

FLÁVIO TARTUCE

DIREITO CIVIL

DIREITO DE FAMÍLIA

5



14.^a edição

Revista, atualizada e ampliada

Sala de Aula Virtual

FLÁVIO
TARTUCE



EDIÇÃO
2019



DIREITO CIVIL

DIREITO DE FAMÍLIA



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de ciências exatas, humanas, jurídicas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada e à preparação para concursos.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

FLÁVIO TARTUCE

DIREITO CIVIL

DIREITO DE FAMÍLIA



14.^a edição

Revista, atualizada e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.
- Nas obras em que há material suplementar *on-line*, o acesso a esse material será disponibilizado somente durante a vigência da respectiva edição. Não obstante, a editora poderá franquear o acesso a ele por mais uma edição.
- Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2019 by

EDITORA FORENSE LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998). Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).
- A Editora Forense passou a publicar esta obra a partir da 11.^a edição.
- Capa: Danilo Oliveira
Foto: iravgustin/Shutterstock
- Produção digital: Ozone
- Fechamento desta edição: 27.11.2018
- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**

SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

T198d

Tartuce, Flávio

Direito civil : direito de família – v. 5 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-8396-3

1. Direito de família – Brasil. I. Título. II. Série.

18-49108

CDU: 347.961(81)

Meri Gleice Rodrigues de Souza - Bibliotecária CRB-7/6439

*Às famílias Ragusa (Itália),
Tartuce (Líbano), Danesi (Itália) e Silva (Brasil).*

...Razões das nossas origens...
À Leia, ao Enzo, ao Pietro e à Laís.



NOTA DO AUTOR À 14.^a EDIÇÃO

Como tem acontecido ano a ano, todo o trabalho desenvolvido acaba repercutindo nas novas edições dos meus livros que são lançadas. E não foi diferente em 2018. Muito intenso foi o trabalho, numerosas foram as atividades e muitas foram as inclusões inseridas nas versões 2019 das obras.

Os livros desta coleção foram atualizados de acordo com as principais alterações legislativas e também com as mais relevantes decisões jurisprudenciais prolatadas em 2018, especialmente pelo STF e pelo STJ. Além disso, foram incluídas novas posições doutrinárias, não só minhas como também de outros colegas doutrinadores. Ressalto que este livro está totalmente atualizado até o seu fechamento, com tudo o que aconteceu recentemente no mundo civilístico brasileiro. Aquilo que não foi incluído merecerá os devidos comentários de atualização em nossa *Sala de Aula Virtual*, que acompanha a obra e que foi aprimorada para o ano de 2019. A propósito, fico honrado em saber que outros autores do GEN percorrerão o mesmo caminho editorial, sendo o meu trabalho pioneiro nesse segmento de atualização virtual.

No último ano, tive a felicidade de lançar duas obras por esta casa editorial. A primeira delas, em coautoria com o Ministro Luis Felipe Salomão, procura dialogar doutrina e jurisprudência de temas de Direito Privado (*Direito Civil – Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*. São Paulo: Atlas). Com a ampla participação de professores e julgadores, o livro foi lançado no Superior Tribunal de Justiça, na Associação dos Advogados de São Paulo e no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

e alguns de seus textos foram incluídos nesta coleção. O segundo livro foi o meu novo *Manual de responsabilidade civil. Volume único* (São Paulo: Método), em que pude escrever com mais liberdade e profundidade alguns dos temas que constam do Volume 2 desta série bibliográfica. Sem dúvidas, os dois livros servem para o complemento de estudos dos leitores desta obra.

Também ressalto que, em 2018, iniciei o meu estágio pós-doutoral na Faculdade de Direito da USP, minha *alma mater*, sob a supervisão do amigo Professor José Fernando Simão. Pretendo desenvolver pesquisa sobre a sucessão legítima, especialmente sobre a quota dos herdeiros necessários. A minha volta ao Largo São Francisco como aluno, com toda certeza, trouxe-me ganhos pessoais e acadêmicos, que devem repercutir nos meus escritos.

E foram muitos os eventos, cursos e congressos dos quais participei em 2018, com destaque para os seguintes: curso para os assessores do STF sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência; *VIII Jornada de Direito Civil*, pela primeira vez como coordenador-geral da Comissão de Direito das Obrigações; *XIV Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor* do BRASILCON, em São Paulo; *X Encontro Nacional de Direito Civil e Processo Civil*, realizado na cidade de Salvador e promovido pela Múltipla Eventos; *IX Encontro Anual da AASP*, em Belo Horizonte; curso na Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul; aula aberta para a graduação e a pós-graduação na Faculdade de Direito de Franca; palestra para os alunos de graduação na USINO, em Sorocaba; Congresso da OAB do Espírito Santo, evento na Escola da Magistratura do Espírito Santo; palestra para os alunos de graduação da Faculdade ESAMC, em Santos; aula de pós-graduação no Instituto Lui Mário Moutinho, em Recife; *II Jornada de Direito Processual Civil*, participação no *VI Congresso Brasileiro do IBDCIVIL*, em Fortaleza; palestra em mais uma Semana Jurídica da UNAERP, em Ribeirão Preto; organização e participação do *VIII Congresso Paulista de Direito de Família e das Sucessões* do IBDFAMSP, na AASP; participação na audiência pública do Superior Tribunal de Justiça, de debate da cláusula penal nos negócios jurídicos imobiliários (Temas n. 470 e 471); palestra na *I Conferência Nacional de Direito do Consumidor* do Conselho Federal da OAB em São Paulo; e palestra na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Pontuo que os enunciados aprovados nas duas *Jornadas* do Conselho da Justiça Federal, que interessam a estes livros da coleção, foram aqui incluídos, com os devidos comentários doutrinários.

Muitas foram também as aulas e palestras na Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), na Escola Paulista de Direito (EDP), na Faculdade Autônoma de Direito (FADISP, no doutorado e na graduação) e no G7 Jurídico, minha *novacasa* em cursos preparatórios para as carreiras jurídicas. Ainda na seara acadêmica, participei de cerca de dez bancas finais e de qualificação de mestrado e doutorado, na Faculdade de Direito da USP, na FADISP e na UFPR. Muito intensa foi, igualmente, minha atividade consultiva, com pareceres e atuações arbitrais, o que me mergulhou ainda mais no mundo do Direito Privado, contribuindo para o aprimoramento desta obra.

Por fim, não poderia deixar de destacar a chegada do meu filho Pietro, que ao lado do Enzo e da Laís, quem sabe um dia, darão continuidade a todas essas obras. À minha Princesa Leia, obrigado por tudo...

Espero que todos possam usufruir de tudo o que foi incluído neste volume, pois sempre procurei aprimorá-lo com muito esforço, dedicação e disciplina, para que ele permaneça entre as obras mais lidas e citadas no Brasil.

Não deixem de seguir a minha página do Instagram, para o qual entrei no último ano, e que também serve como complemento de atualização dos meus livros (perfil: flavio.tartuce).

Bons estudos a todos. Boas reflexões. É o que eu sempre desejo.

Aclimação, São Paulo, novembro de 2018.



PREFÁCIO

Pede-me para prefaciар sua bela obra, para minha imensa alegria e honra sem-fim, esse jovem – mas já tão destacado – valor das letras e do pensamento jurídico contemporâneo, Flávio Tartuce.

É ele como um *filho* para mim, e, se houvesse a possibilidade de se dizer sobre *filiação academicamente afetiva*, ele estaria nesta minha relação de parentalidade, indubitavelmente. Trata-se de um jovem expoente do pensamento jurídico transformador – se assim quisermos chamar o percurso epistemológico, associado ao perfil inovador, vivenciado pelo direito como um todo, especialmente pelo Direito Civil – que me tem honrado muito com a possibilidade de tê-lo sempre por perto, em meu grupo de estudos e na lida acadêmica, mormente na docência da disciplina, vista agora por esse novo e tão corajoso perfil.

Flávio Tartuce personifica aquilo que se poderia enunciar como a mais prodigiosa estirpe franciscana (referindo-me à Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP), revelada pelos atávicos dons da docência e da literatura jurídica. Representa, hoje, o que tantos outros juristas já representaram no nosso glorioso passado e ao tempo de suas brilhantes mocidades, e certamente será, no futuro, o que esses mesmos juristas foram e nos deixaram em registro, visando à reconstrução eterna e indispensável das matrizes fundamentais da nossa ciência, a ciência do justo.

O autor tem talento natural para a docência em Direito; nasceu assim. Foi orientado, em suas primeiras investidas na área da pós-graduação, pela Professora Maria Helena Diniz, no seu mestrado na PUCSP, e foi orientado por mim em sei

doutorado na USP. É doutor, neste momento, mas com os olhos postos no prosseguimento de sua carreira docente. É professor-coordenador da área de Direito Civil da Escola Paulista de Direito – EPD, em São Paulo, na qual igualmente ministrava aulas e coordenava a área, há mais de dez anos. Mais recentemente, tornou-se professor titular permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP, onde também sou coordenadora-geral.

Flávio tende para o justo, ainda que em prejuízo do seguro, pois sente dentro de si que a magnitude própria do Direito se prefere *justa a segura*, se houver necessidade de separação entre um e outro dos essenciais atributos desta nossa ciência. Porque assim deve ser, segundo tenho tanto pensado. E assim penso porque verifico, como resultado de minhas reflexões (as quais compartilho – com muito sucesso e grande lucro para mim mesma – com esse jovem autor desta obra cujo prefácio escrevo), que tem ocorrido, hodiernamente, uma profunda alteração axiológica na concepção do Direito, transformação esta que passa pela *crise* do sujeito de direito em favor de uma melhor e mais consentânea consagração da pessoa humana e sua dignidade, tudo sob o matiz dos direitos sociais embutidos na nossa atual Carta Constitucional.

Um olhar atento, atualmente, demonstra-nos que está havendo uma funcionalização de todos os institutos privados, na busca de adequá-los ao prisma novo. Em termos de Direito de Família – mote e linha fundamentais desta bela obra –, a travessia do século nos leva, obrigatoriamente, a repensar as suas matrizes e os seus matizes, refazendo um discurso outrora puramente patrimonializado, para reescrevê-lo, agora centrado no afeto, nos laços de amor, nos liames de família, preocupando-se essencialmente com o projeto pessoal de felicidade de cada um dos membros que compõem o núcleo familiar.

Não há mais, propriamente, um espaço reservado e exclusivo para a propriedade ou para o contrato, e esses espaços impregnando as relações de família. E, assim, urge que se leve a efeito a reorganização das categorias específicas do Direito de Família – como se faz tão bem nesta obra – realizando uma releitura que tenha relação estreita com a visão constitucional acerca da dignidade humana. E é sob esta reflexiva amplitude de visões que Flávio Tartuce escreveu esta obra que se

denomina *Direito civil – Direito de família*, v. 5, publicada pela excelente casa editorial das letras jurídicas, a Editora Forense.

No primeiro capítulo, à guisa de introdução, o autor já estrutura o novo conceito de *Direito de Família*, os novos princípios do Direito de Família e a concepção constitucional de família. Procura mostrar a nova visão desse segmento da ciência do direito e do direito privado, abordando a influência que a transformação recebe das reflexões que são levadas a cabo, contemporaneamente, especialmente pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), destacando a preocupação com a ética e com o apreço pelo social.

No segundo capítulo, o autor explora as questões técnicas relacionadas com o conceito de casamento, os princípios do casamento, a incapacidade matrimonial, os impedimentos matrimoniais, as causas suspensivas, a invalidade do casamento, os seus deveres, a sua prova e a responsabilidade pré-casamentária. Esse capítulo tem um perfil mais técnico que principiológico, propriamente dito, e o seu tratamento dispensado é suficientemente aprofundado.

O terceiro capítulo vai cuidar do regime de bens que rege o casamento, cuidando das principais questões patrimoniais, depois de passar pelo exame dos princípios, das regras, do conceito, do pacto antenupcial. Segue pela análise minuciosa das regras especiais acerca dos quatro regimes e da possibilidade de alterá-los, no curso do matrimônio, inclusive no que diz respeito a casamentos anteriores à vigência da lei nova.

No capítulo subsequente, o quarto, o autor analisa muito bem a dissolução do casamento e da sociedade conjugal, trabalhando o assunto de modo interessante, aprofundado e de agradável leitura. Trata de questões intrincadas, como a que se refere à mitigação da culpa, além da mediação como forma de solução de controvérsias. Cuidou também, com especial atenção, das questões controvertidas quanto ao divórcio e à guarda dos filhos, especialmente tendo em vista a emergência da Emenda Constitucional do Divórcio (EC 66/2010).

A união estável foi abordada no quinto capítulo, com forte influência do magistério de Álvaro Villaça Azevedo, o precursor do tratamento doutrinário da questão, entre nós. O autor desta obra também avança para a análise cuidadosa e

corajosa do tema sobre a união homoafetiva e o estado da arte de seu trato doutrinário e jurisprudencial, no Brasil.

O capítulo subsequente, o sexto, é o mais longo de todos os capítulos e revela o cuidado extremo que teve o autor com o tratamento das relações familiares na órbita da parentalidade, com análise pontual e profunda sobre a filiação, o reconhecimento de filhos, a adoção e o poder familiar. Analisou também – e de modo muito instigante e atual – o importantíssimo tema da parentalidade socioafetiva, enfrentando com bom resultado a questão intrincada da relativização da coisa julgada.

O sétimo capítulo foi dedicado ao exame completo acerca dos alimentos, elevando a análise para além do direito material e enfrentando questões processuais.

O bem de família e a atualíssima questão sobre a discussão da possibilidade de penhora do imóvel do fiador – se for bem de família – foram os assuntos que habitaram, em competentes letras, o oitavo capítulo da obra.

No capítulo nono, o direito assistencial – tutela, curatela e guarda, inclusive sob as luzes do Estatuto da Criança e do Adolescente – foi muito bem esmiuçado pelo autor, fechando com chave de ouro a boa obra que se dedicou a escrever, para sorte da comunidade jurídica profissional e para deleite dos estudiosos em geral.

Revelo-me encantada com o resultado obtido pelo esforço desse jovem e promissor jurista, registrando que este bom livro está presente em minhas indicações bibliográficas e referências literárias.

Por tudo isso, sinto-me à vontade para indicar à comunidade de estudiosos e de aplicadores do direito esta obra, de perfil inovador e transformador, que é exatamente o seu traço fundamental.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Professora Titular da Faculdade de Direito da USP.

Diretora Nacional da Região Sudeste do Instituto Brasileiro de

Direito de Família – IBDFAM.



SUMÁRIO

1. DIREITO DE FAMÍLIA – INTRODUÇÃO

- 1.1 Conceito de Direito de Família. Estágio atual
- 1.2 O novo Direito de Família. Princípios
 - 1.2.1 Direito Civil Constitucional e Direito de Família
 - 1.2.2 Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/1988)
 - 1.2.3 Princípio da solidariedade familiar (art. 3.º, I, da CF/1988)
 - 1.2.4 Princípio da igualdade entre filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC)
 - 1.2.5 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § da CF/1988 e art. 1.511 do CC)
 - 1.2.6 Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 1.566, III e IV, 1.634 do CC e art. 226, §§ 5.º e 7.º, da CF)
 - 1.2.7 Princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1.513 do CC)
 - 1.2.8 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CF/1988 e arts. 1.583 e 1.584 do CC)
 - 1.2.9 Princípio da afetividade
 - 1.2.10 Princípio da função social da família
 - 1.2.11 Princípio da boa-fé objetiva
- 1.3 Concepção constitucional de família

1.4 Resumo esquemático

1.5 Questões correlatas

Gabarito

2. CASAMENTO – CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, INVALIDADE E EFEITOS DO CASAMENTO

2.1 Conceito e natureza jurídica do casamento. Regras iniciais

2.2 Da capacidade para o casamento. Diferenças entre incapacidade e impedimentos

2.3 Impedimentos matrimoniais no Código Civil de 2002

2.4 As causas suspensivas do casamento

2.5 Do processo de habilitação e da celebração do casamento

2.5.1 Casamento nos casos de moléstia grave

2.5.2 Casamento nuncupativo (em viva voz) ou *in extremis vitae moriens* ou *in articulo mortis*

2.5.3 Casamento por procuração

2.5.4 Casamento religioso com efeitos civis

2.5.5 Casamento perante autoridade consular

2.6 Da invalidade do casamento

2.6.1 Introdução

2.6.2 Do casamento inexistente

2.6.3 Do casamento nulo

2.6.4 Do casamento anulável

2.6.5 Do casamento putativo

2.7 Prova do casamento

2.8 Efeitos e deveres do casamento

2.9 Responsabilidade pré-negocial no casamento. A quebra de promessa de casamento. A aplicação da boa-fé objetiva

2.10 Resumo esquemático

2.11 Questões correlatas

Gabarito

3. CASAMENTO. DIREITO PATRIMONIAL – REGIME DE BENS

- 3.1 Introdução. Conceito e princípios dos regimes de bens. Da ação de alteração do regime de bens
- 3.2 Regras gerais quanto ao regime de bens
- 3.3 Pacto antenupcial. Conceito e regras
- 3.4 Regras especiais quanto ao regime de bens
 - 3.4.1 Regime da comunhão parcial
 - 3.4.2 Regime da comunhão universal
 - 3.4.3 Regime da participação final nos aquestos
 - 3.4.4 Regime da separação de bens
- 3.5 Resumo esquemático
- 3.6 Questões correlatas

Gabarito

4. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E DA SOCIEDADE CONJUGAL. ANÁLISE COM A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- 4.1 Introdução. Conceitos iniciais. O sistema introduzido pelo Código Civil de 2002 e as alterações fundamentais instituídas pela EC 66/2010. A infeliz reafirmação da separação de direito pelo Novo CPC. Análise crítica
- 4.2 Questões pontuais relativas ao tema da dissolução da sociedade conjugal e do casamento após a Emenda Constitucional 66/2010
 - 4.2.1 O fim da separação de direito em todas as suas modalidades e a manutenção da separação de fato. Aprofundamentos necessários
 - 4.2.2 Preservação do conceito de sociedade conjugal. A situação das pessoas separadas juridicamente antes da EC 66/2010

- 4.2.3 A existência de modalidade única de divórcio. Fim do divórcio indireto. Regras fundamentais quanto ao divórcio extrajudicial
- 4.2.4 Da possibilidade de se discutir culpa para o divórcio do casal. Do julgamento parcial de mérito nas ações de divórcio (art. 356 do Novo CPC)
- 4.2.5 A questão do uso do nome pelo cônjuge após a EC 66/2010
- 4.2.6 O problema da guarda na dissolução do casamento. Análise atualizada com a EC 66/2010 e com a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/2014). A guarda de animais de estimação e a aplicação das mesmas regras previstas para os filhos. Visão crítica
- 4.2.7 Alimentos na dissolução do casamento e a EC 66/2010. O problema dos alimentos pós-divórcio
- 4.2.8 A responsabilidade civil em decorrência da dissolução do casamento
 - 4.2.8.1 Introdução. Direito de família e responsabilidade civil. Premissas fundamentais para a compreensão do tema
 - 4.2.8.2 A responsabilidade civil nas relações casamentárias. Os danos reparáveis
 - 4.2.8.3 A possibilidade anterior de discussão da reparação de danos em sede de separação judicial. Impacto com a EC 66/2010 e com o Novo CPC
 - 4.2.8.4 A reparação dos danos por quebra da fidelidade (antigo adultério)
 - 4.2.8.5 A reparação dos danos por infidelidade virtual
 - 4.2.8.6 A reparação dos danos por conduta violenta entre os cônjuges. A incidência da Lei Maria da Penha e seus mecanismos de tutela (Lei 11.340/2006)
 - 4.2.8.7 O abuso de direito e sua incidência na relação casamentária. Os casos dos maridos enganados pela gravidez da mulher

4.3 Resumo esquemático

4.4 Questões correlatas

Gabarito

5. DA UNIÃO ESTÁVEL

5.1 Introdução

5.2 Conceito de união estável e seus requisitos

5.3 Diferenças entre união estável e concubinato. A questão das uniões estáveis: plúrimas ou paralelas. A monogamia como princípio da união estável

5.4 Efeitos pessoais e patrimoniais da união estável

5.5 União de pessoas do mesmo sexo ou união homoafetiva

5.6 Resumo esquemático

5.7 Questões correlatas

Gabarito

6. DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO. DISPOSIÇÕES GERAIS, FILIAÇÃO, RECONHECIMENTO DE FILHOS, ADOÇÃO E PODER FAMILIAR

6.1 Disposições gerais quanto ao parentesco

6.2 Filiação. Regras gerais. As antigas presunções de paternidade e as questões de biodireito. O criticável art. 1.601 do Código Civil e a parentalidade socioafetiva. Aprofundamentos quanto à posse de estado de filhos. A multiparentalidade como realidade jurídica da filiação. Primeiros impactos da decisão do STF, prolatada em repercussão geral (STF, RE 898.060/SC, julgada em 21.09.2016)

6.3 Reconhecimento de filhos

6.3.1 Introdução

6.3.2 Reconhecimento voluntário

6.3.3 Reconhecimento judicial

6.3.3.1 Foro competente para apreciar a ação investigatória

- 6.3.3.2 Legitimidade ativa para a ação investigatória
 - 6.3.3.3 Legitimidade passiva para a ação investigatória
 - 6.3.3.4 Fundamentos jurídicos do pedido
 - 6.3.3.5 Valor da causa e outros efeitos
 - 6.3.4 Questões controvertidas quanto à ação investigatória de paternidade
 - 6.3.4.1 Os alimentos na ação investigatória
 - 6.3.4.2 A discussão da parentalidade socioafetiva na ação investigatória
 - 6.3.4.3 A relativização da coisa julgada na ação investigatória
 - 6.3.4.4 A obrigatoriedade do exame de DNA e a presunção de paternidade
 - 6.4 Adoção
 - 6.5 Poder familiar
 - 6.6 Resumo esquemático
 - 6.7 Adendo especial
 - 6.7.1 Art. 1.601
 - 6.8 Questões correlatas
- Gabarito

7. DOS ALIMENTOS

- 7.1 Conceito de alimentos e pressupostos da obrigação alimentar
- 7.2 Características da obrigação alimentar e do direito aos alimentos
- 7.3 Principais classificações dos alimentos
- 7.4 Modalidades contemporâneas de alimentos. Alimentos compensatórios, gravídicos e *intuitu familiae*
- 7.5 Outras regras previstas no Código Civil de 2002 e a extinção da obrigação alimentos. Culpa e alimentos
- 7.6 Regras previstas na Lei 5.478/1968. Aspectos materiais e processuais atualizados perante o Novo CPC

7.7 Resumo esquemático

7.8 Questões correlatas

Gabarito

8. DO BEM DE FAMÍLIA

8.1 Introdução. O bem de família na perspectiva civil-constitucional

8.2 O bem de família convencional ou voluntário

8.3 Bem de família legal

8.4 Resumo esquemático

8.5 Questões correlatas

Gabarito

9. DO DIREITO ASSISTENCIAL – DA TUTELA, DA CURATELA E DA GUARDA. ESTUDO ATUALIZADO PERANTE O NOVO CPC E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

9.1 Introdução

9.2 Da tutela

9.3 Da curatela

9.4 Da guarda

9.5 Resumo esquemático

9.6 Questões correlatas

Gabarito

BIBLIOGRAFIA



DIREITO DE FAMÍLIA – INTRODUÇÃO

Sumário: 1.1 Conceito de Direito de Família. Estágio atual – 1.2 O novo Direito de Família. Princípios: 1.2.1 Direito Civil Constitucional e Direito de Família; 1.2.2 Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988); 1.2.3 Princípio da solidariedade familiar (art. 3.º, I, da CF/1988); 1.2.4 Princípio da igualdade entre filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC); 1.2.5 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5.º, da CF/1988 e art. 1.511 do CC); 1.2.6 Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634 do CC e art. 226, §§ 5.º e 7.º, da CF); 1.2.7 Princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1.513 do CC); 1.2.8 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, *caput*, da CF/1988 e arts. 1.583 e 1.584 do CC); 1.2.9 Princípio da afetividade; 1.2.10 Princípio da função social da família; 1.2.11 Princípio da boa-fé objetiva – 1.3 Concepção constitucional de família – 1.4 Resumo esquemático – 1.5 Questões correlatas – Gabarito.

1.1 CONCEITO DE DIREITO DE FAMÍLIA. ESTÁGIO ATUAL

O Direito de Família pode ser conceituado como o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: *a)* casamento; *b)* união estável; *c)* relações de parentesco; *d)* filiação; *e)* alimentos; *f)* bem de família; *g)* tutela, curatela e guarda. Como se pode perceber, tornou-se comum na doutrina

conceituar o Direito de Família relacionando-o aos institutos que são estudados por esse ramo do Direito Privado. Assim também o faremos. Além desse conteúdo, constante do atual Código Civil, acrescente-se a investigação contemporânea das novas manifestações familiares (*novas famílias*), conforme será demonstrado neste trabalho.

Pois bem, é cediço que as normas de Direito de Família são essencialmente normas de ordem pública ou cogentes, pois estão relacionadas com o *direito existencial*, com a própria concepção da pessoa humana. No tocante aos seus efeitos jurídicos, diante da natureza dessas normas, pode-se dizer que é nula qualquer previsão que traga renúncia aos direitos existenciais de origem familiar, ou que afaste normas que protegem a pessoa.

Ilustrando, é nulo o *contrato de namoro* nos casos em que existe entre as partes envolvidas uma união estável, eis que a parte renuncia por esse contrato e de forma indireta a alguns direitos essencialmente pessoais, como é o caso do direito a alimentos. Esse contrato é nulo por fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC) e também por ser o seu objeto ilícito (art. 166, inc. II, do CC). Sobre o tema em questão, indaga e conclui Pablo Stolze Gagliano: “nesse contexto o ‘contrato de namoro’ poderia ser considerado como uma alternativa para aqueles casais que pretendessem manter a sua relação fora do âmbito da incidência das regras da união estável? Poderiam, pois, por meio de um documento, tornar firme o reconhecimento de que aquela união é apenas um namoro, sem compromisso de constituição de família? Em nosso pensamento, temos a convicção de que tal contrato é completamente desprovido de validade jurídica. A união estável é um fato da vida, uma situação fática reconhecida pelo Direito de Família que se constitui durante todo o tempo em que as partes se portam como se casados fossem, e com indícios de definitividade” (GAGLIANO, Pablo Stolze *Contrato...*, Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>, Seção artigos de convidados. Acesso em: 31 dez. 2012).

Cumpra anotar que a jurisprudência já afastou os efeitos do chamado contrato de namoro, em decisão da 7.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que foi relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Proc. 70006235287, j

16.06.2004). Segundo o magistrado, “esses abortos jurídicos que andam surgindo por aí, que são nada mais que o receio de que um namoro espontâneo, simples e singelo, resultante de um afeto puro, acaba se transformando em uma união com todos os efeitos patrimoniais indesejados ao início”.

Mais recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou extinta uma ação de dissolução de contrato de namoro, por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse processual (TJSP, Apelação 1025481-13.2015.8.26.0554, Acórdão 9559002, Santo André, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira j. 28.06.2016, *DJESP* 11.07.2016). O acórdão acabou por confirmar a sentença, no sentido de que “a impossibilidade jurídica do pedido decorre da ausência de previsão legal que reconheça o denominado ‘contrato de namoro’. Ademais, a hipótese não se assemelha ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato para que os autos possam ser encaminhados a uma das Varas de Família da comarca, haja vista que se trata de ‘contrato’, diga-se, não juntado aos autos, parecendo se tratar de contrato verbal. (...) A preocupação dos requerentes, notadamente a do autor, no sentido de encerrar a relação havida de modo a prevenir outras demandas, o que o requerente não quer que ocorra ‘em hipótese nenhuma’ [*sic*] (último parágrafo de fl. 2), não basta para pedir provimento jurisdicional, desnecessário para o fim colimado”.

Assim, mesmo não havendo proibição para a lavratura de contratos de namoro pelos Tabelionatos nos Estados, a nossa posição é pela sua nulidade absoluta, diante do claro intuito de fraude presente em tais atos, que não podem prevalecer na prática.

Por outro lado, há também normas de direito de família que são normas de ordem privada, como aquelas relacionadas com o regime de bens, de cunho eminentemente patrimonial (arts. 1.639 a 1.688 do CC). Assim, eventualmente, é possível que a autonomia privada traga previsões contrariando essas normas dispositivas.

A própria organização do Código Civil de 2002, no tocante à família, demonstra essa divisão. Primeiramente, os arts. 1.511 a 1.638 tratam do direito pessoal ou existencial. Por conseguinte, nos arts. 1.639 a 1.722, o Código Privado regulamenta o direito patrimonial e conceitos correlatos. É correto afirmar, na verdade, que essa divisão entre direito patrimonial e direito existencial atinge todo o

Direito Privado.

Essa organização do Direito de Família, de imediato, demonstra a tendência de *personalização do Direito Civil*, ao lado da sua *despatrimonialização*, uma vez que a pessoa é tratada antes do patrimônio. Perde o patrimônio o papel de ator principal e se torna mero coadjuvante. Como não poderia ser diferente, no presente volume, o Direito Civil será analisado tendo como esteio a Constituição Federal de 1988 e os seus princípios fundamentais. Talvez o Direito Civil Constitucional salte aos olhos mais até do que nos volumes anteriores desta coleção.

Conforme também é apontado pela doutrina contemporânea, o Direito de Família passou por profundas alterações nas últimas décadas, transformações essas que atingiram também o nosso país. O jurista Eduardo de Oliveira Leite, citando Jean Carbonnier, procurou analisar de forma didática as razões dessas alterações, apontando seis nítidos rumos (*Direito civil...*, 2005, p. 33):

- a) A *estatização* – diante da comum e crescente ingerência do Estado nas relações familiares, o que traz uma tendência de publicização da disciplina, que sempre foi baseada no privatismo.
- b) A *retratação* – nítida redução do grupo familiar em pais e filhos, substituição da família patriarcal pela família nuclear, com um número menor de pessoas.
- c) A *proletarização* – o grupo doméstico perde sua característica plutocrática ou seja, dominada pelo dinheiro.
- d) A *desencarnação* – substituição do elemento carnal e religioso pelo elemento psicológico e afetivo.
- e) A *dessacralização* – desaparecimento do elemento sagrado, da forte influência religiosa da Igreja Católica, o que dá larga margem à vontade individual, à autonomia privada. Ampliam-se a liberdade e o direito de manifestação das ideias.
- f) A *democratização* – a sociedade familiar passa a ser uma sociedade igualitária, substituindo-se a hierarquia pelo companheirismo, e pela possibilidade de todos os membros da entidade familiar opinarem para as

tomadas de decisões.

Complementando, o ilustre professor paranaense, interpretando os arts. 226 e 227 da CF/1988, apresenta interessante quadro comparativo para expor as principais alterações estruturais do Direito de Família (LEITE, Eduardo de Oliveira *Direito civil...*, 2005, p. 34). O quadro, pela excelência do trabalho e de sua didática, está reproduzido a seguir, de forma integral:

Como era	Como ficou
Qualificação da família como legítima.	Reconhecimento de outras formas de conjugabilidade ao lado da família legítima.
Diferença de estatutos entre homem e mulher.	Igualdade absoluta entre homem e mulher.
Categorização de filhos.	Paridade de direitos entre filhos de qualquer origem.
Indissolubilidade do vínculo matrimonial.	Dissolubilidade do vínculo matrimonial.
Proscrição do concubinato.	Reconhecimento de uniões estáveis.

Diante de todas essas alterações históricas e estruturais e de outras que serão comentadas no presente trabalho, pode-se afirmar que há um *Novo Direito de Família*. Mais do que nunca, vale repetir, deve-se estudar esse ramo jurídico tendo como parâmetro os princípios constitucionais encartados no Texto Maior. Isso é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas.

Deve-se ter plena ciência desse novo dimensionamento que vem sendo dado à matéria, para melhor se preparar para as provas de todo o Brasil e para a prática forense. Em reforço, é preciso ter em mente que o direito à constituição da família é um direito fundamental, para que a pessoa *concretize* a sua dignidade. Justamente por isso o Projeto de Lei que pretende instituir o *Estatuto das Famílias* (PL 470/2013), prevê em seu art. 2.º que “O direito à família é direito fundamental de todos”. Como

bem ensina Paulo Lôbo, “a família atual busca sua identificação na solidariedade (art. 3.º, I, da Constituição), como um dos fundamentos da afetividade, após o individualismo triunfante dos dois últimos séculos, ainda que não retome o papel predominante que exerceu no mundo antigo” (*Famílias...*, 2008, p. 2).

Muitas das ideias expostas na presente obra são capitaneadas pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Hoje, tornou-se praticamente obrigatório àquele que atua na área da família e das sucessões ser membro desse instituto, que congrega juristas, professores, magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, psicólogos, psicanalistas, assistentes sociais e pessoas interessadas no estudo da família no Brasil. O IBDFAM foi fundado em 1997 por um grupo de estudiosos brasileiros que acreditavam na busca de novas vertentes para o estudo e a compreensão da família brasileira. Atualmente, o IBDFAM conta com mais de 13 mil associados, sendo composto por alguns dos nossos maiores juristas.

Em síntese, o presente livro perseguirá o caminho trilhado pelo IBDFAM pelos seus fundadores, pelos seus associados, pelas conclusões a que chegaram os seus membros quando da realização dos seus congressos brasileiros e estaduais, pelos seus enunciados, bem como pelos escritos publicados sob o seu selo.

Buscar-se-á analisar o Direito de Família do ponto de vista do afeto, do amor que deve existir entre as pessoas, da ética, da valorização da pessoa e da sua dignidade, do solidarismo social e da isonomia constitucional. Isso porque, no seu atual estágio, *o Direito de Família é baseado mais na afetividade do que na estrita legalidade*, frase que é sempre repetida e que pode ser atribuída a Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Professora Titular da Faculdade de Direito da USP e uma das fundadoras do IBDFAM. Tal premissa ficará evidenciada pela análise dos princípios básicos desse *Novo Direito de Família*.

Passa-se, assim, à abordagem dessa mudança de perspectiva diante de novos princípios que regem a matéria, sendo importante mencionar que para a sistematização a seguir foi precioso o trabalho de Rodrigo da Cunha Pereira, presidente nacional do IBDFAM, conforme a sua tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (*Princípios...*, 2006).

1.2 O NOVO DIREITO DE FAMÍLIA. PRINCÍPIOS

1.2.1 Direito Civil Constitucional e Direito de Família

Como outrora apontado nos outros volumes desta coleção, o Direito Civil Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, tendo como *ponto de origem* a Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados previstos na Constituição Federal de 1988, mas sim de analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil, e vice-versa. Para tanto, deverão irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa, particularmente aquelas que constam nos arts. 1.º a 6.º do Texto Maior.

Relembre-se que tal ideia surgiu na Itália a partir da doutrina de Pietro Perlingieri (ver: PERLINGIERI, Pietro *Perfis...*, 2007). No Brasil, são expoentes dessa escola, entre outros, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloísa Helena Barboza, Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo, Giselda Hironaka, entre outros.

Aqui, no estudo do Direito de Família, mais do nunca, será importante reconhecer a *eficácia imediata e horizontal dos direitos fundamentais*, a *horizontalização* das normas que protegem as pessoas, que devem ser aplicadas nas relações entre particulares, dirigidas que são, também, aos entes privados (sobre o tema: SARMENTO, Daniel *Direitos...*, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang *A eficácia...*, 2005).

Nessa concepção, utilizando-se a tão conhecida simbologia de Ricardo Lorenzetti, o Direito Privado pode ser comparado a um sistema solar em que o *Sol* é a Constituição Federal de 1988, e o *planeta principal* o Código Civil. Em torno desse planeta principal estão os satélites, que são os microssistemas jurídicos ou estatutos, que também merecem especial atenção pelo Direito de Família, caso do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Estatuto do Idoso (LORENZETTI, Ricardo Luís *Fundamentos...*, 1998, p. 45). Nesse *Big Bang Legislativo*, é preciso buscar um diálogo possível de complementaridade entre todas essas leis (*diálogo das fontes*), o que será feito, por exemplo, quando do estudo da

adoção.

Sem dúvidas, deve-se reconhecer também a necessidade da constitucionalização do Direito de Família, pois “grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoração das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil à luz da nova Constituição” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 36).

Ainda no que interessa à constitucionalização do Direito Privado, leciona Paulo Lôbo que “liberdade, justiça, solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3.º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo, são valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um dos seus membros, iluminando a aplicação do direito” (*Famílias...*, 2008, p. 16).

Portanto, alguns dos antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados, surgindo outros, dentro dessa proposta de constitucionalização e personalização, remodelando esse ramo jurídico. Por isso, o Estatuto das Famílias pretende enunciar os regramentos estruturais do Direito de Família, prescrevendo o seu art. 5.º que são seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

Como se verá da leitura até o final deste capítulo, a proposta legislativa está muito próxima dos princípios que aqui são expostos.

1.2.2 Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1 III, da CF/1988)

Enuncia o art. 1.º, inc. III, da CF/1988 que o nosso Estado Democrático de Direito tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que se denomina *princípio máximo*, ou *superprincípio*, ou *macroprincípio*, ou *princípio dos*

princípios. Diante desse regramento inafastável de proteção da pessoa humana é que está em voga, atualmente, falar em *personalização*, *repersonalização* e *despatrimonialização* do Direito Privado (FACHIN, Luiz Edson *Estatuto...*, 2001). Ao mesmo tempo em que o patrimônio perde a importância, a pessoa é supervalorizada.

Na concepção de dignidade humana, deve-se ter em mente a construção de Kant, segundo a qual se trata de um *imperativo categórico* que considera a pessoa humana como um ser racional, um fim em si mesmo.

Ora, não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tem maior ingerência ou atuação do que o Direito de Família. Por certo que é difícil a concretização exata do que seja o princípio da dignidade da pessoa humana, por tratar-se de uma cláusula geral, de um conceito legal indeterminado, com variantes de interpretações. Cabe destacar que o Novo Código de Processo Civil realça a valorização desse princípio, especialmente no seu art. 8.º, ao estabelecer que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana” (*A eficácia...*, 2005, p. 124). A partir desse conceito, entendemos que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade.

Especialmente quanto à interação *família-dignidade*, ensina Gustavo Tepedino que a família, embora tenha o seu prestígio ampliado pela Constituição da República, deixa de ter *valor intrínseco*, como uma instituição meramente capaz de merecer tutela jurídica pelo simples fato de existir. Mais do que isso, segundo o jurista, “a

família passa a ser valorizada de maneira instrumental, tutelada como um núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes” (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina..., Temas...*, 2004, p. 398).

Pois bem, pode-se aqui trazer alguns exemplos de aplicação, pela jurisprudência nacional, do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito de Família.

De início, pode ser citado o comum entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira é bem de família, estando protegido pela impenhorabilidade constante da Lei 8.009/1990. Por todos os antigos julgados, transcreve-se o seguinte:

“Processual. Execução. Impenhorabilidade. Imóvel. Residência. Devedor solteiro e solitário – Lei 8.009/1990. A interpretação teleológica do art. 1.º, da Lei 8.009/1990, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário” (STJ, EREsp 182.223/SP, j. 06.02.2002, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Rel. acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. *DJ* 07.04.2003, p. 209, *REVJUR*, vol. 306, p. 83; Veja: STJ, REsp 276.004/SP (*RSTJ* 153/273, *JBCC* 191/215), REsp 57.606/MG (*RSTJ* 81/306), REsp 159.851/SP –*LEXJTACSP* 174/615 –, REsp 218.377/ES –*LEXSTJ* 136/111, *RDR* 18/355, *RSTJ* 143/385).

Como reconhece a própria ementa da decisão, o que almeja a Lei 8.009/1990 é a proteção da pessoa e não de um grupo específico de pessoas como, por exemplo, a família em si. Com isso, protege-se a própria dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988) e o direito constitucional à moradia, direito social e fundamental (art. 6.º da

CF/1988). O entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça acabou por gerar a edição da Súmula 364 daquele Tribunal superior, *in verbis*: “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

Por certo é que, pelo que consta no art. 226 da CF/1988, uma pessoa solteira não constituiria uma família, nos exatos termos do sentido legal. Um solteiro, como se sabe, não constitui uma entidade familiar decorrente de casamento, união estável ou família monoparental. Estaria, então, o julgador alterando o conceito de *bem de família*? A resposta parece ser positiva, estando ampliado o seu conceito para *bem de residência da pessoa natural* ou *bem do patrimônio mínimo*, utilizando-se a construção do Ministro Luiz Edson Fachin. Reside, nesse ponto, forte tendência de personalização do Direito Privado (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto...*, 2001).

Como segundo exemplo de aplicação da dignidade humana em sede de Direito de Família, pode ser citada a consolidada tendência doutrinária e jurisprudencial de relativização ou mitigação da culpa nas ações de separação judicial. Essa relação entre culpa e dignidade humana foi muito bem feita pelo promotor de justiça e jurista baiano Cristiano Chaves de Farias, quando do *IV Congresso Brasileiro de Direito de Família* do IBDFAM. Foram as suas palavras: “Ora, como a cláusula geral de proteção da personalidade humana promove a dignidade humana, não há dúvida de que se é direito da pessoa humana constituir núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a existência digna” (FARIAS, Cristiano Chaves. *Redesenhando...*, 2004, p. 115). Anote-se que a jurisprudência nacional também estabelece a relação entre a mitigação da culpa e a proteção da dignidade, tema que ainda será aprofundado no Capítulo 4 da presente obra (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.355193-6/001, Belo Horizonte, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade, j. 03.05.2005, *DJMG* 20.05.2005).

Ressalte-se que, com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como *Emenda do Divórcio*, há quem entenda pela extinção total da culpa para a dissolução do casamento, conforme se verá em momento oportuno. De imediato, destaque-se que a Emenda alterou apenas o Texto Maior, sem qualquer

modificação do Código Civil. Cabe à doutrina e à jurisprudência apontar quais as normas que prevalecem e quais estão revogadas no Código Civil de 2002 e na legislação extravagante. Com a inovação, vivificamos a grande revolução do Direito de Família deste século XXI, com enormes desafios para os aplicadores do Direito em geral.

Como terceiro exemplo de incidência da dignidade humana, pode ser invocada a tão comentada *tese do abandono paterno-filial*. Em mais de um julgado, a jurisprudência pátria condenou pais a pagarem indenização aos filhos, pelo abandono afetivo, por clara lesão à dignidade humana. O julgado mais notório é do extinto Tribunal de Alçada Civil de Minas Gerais, no conhecido *caso Alexandre Fortes*, cuja ementa é a seguir transcrita, com referência expressa à dignidade humana:

“Indenização danos morais. Relação paterno-filial. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da afetividade. 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” (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, 7.^a Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 408.555-5, decisão 01.04.2004, Rel. Unias Silva, v.u.).

Naquela ocasião, reformando a decisão de primeira instância, o pai foi condenado a pagar indenização de duzentos salários mínimos ao filho por tê-lo abandonado afetivamente. Isso porque, após a separação em relação à mãe do autor da ação, o seu novo casamento e o nascimento da filha advinda da nova união, o pai passou a privar o filho da sua convivência. Entretanto, o pai continuou arcando com os alimentos para sustento do filho, abandonando-o somente no plano do afeto, do amor. Consta do corpo da decisão que:

“No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu

arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado. Assim, a família não deve mais ser entendida como uma relação de poder, ou de dominação, mas como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não somente do sangue. No estágio em que se encontram as relações familiares e o desenvolvimento científico, tende-se a encontrar a harmonização entre o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, até como necessidade de concretização do direito à saúde e prevenção de doenças, e o direito à relação de parentesco, fundado no princípio jurídico da afetividade. O princípio da afetividade especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional” (A íntegra da decisão encontra-se disponível no *site*: <www.flaviotartuce.adv.br>. Jurisprudência. Acesso em: 31 maio 2005).

Contudo, tal decisão foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 29 de novembro de 2005, que afastou a condenação por danos morais, nos seguintes termos:

“Responsabilidade civil. Abandono moral. Reparação. Danos morais. Impossibilidade. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 757.411/MG, Rel. Mir Fernando Gonçalves, votou vencido o Min. Barros Monteiro, que dele não conhecia. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezzini e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro relator. Brasília, 29 de novembro de 2005 – data de julgamento).

Em suma, entendeu-se, neste primeiro julgado superior, que não se poderia falar em dever de indenizar, pois o pai não estaria obrigado a conviver com o filho.

Segundo este acórdão do Tribunal Superior, não haveria um ato ilícito no caso descrito. Em outras palavras, concluiu-se que o afeto de um pai em relação a um filho não poderia ser imposto.

Tal decisão gerou manifestações contrárias da doutrina, como a que foi enviada por mensagem eletrônica a este autor por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Professora Titular do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no dia 30 de novembro de 2005:

“Queridos amigos e membros de meu grupo de estudos. (...) Hoje provavelmente é um dos dias mais tristes de minha carreira jurídica considerada em sua totalidade... Isso acontece comigo sempre que a fé que tenho nas instituições (e no Poder Judiciário em especial – o que me levou a produzir, com vocês, de meu grupo de estudos, o nosso livro *A outra face do Judiciário*: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas) desaba por terra, como um nada precariamente sustentável... Muito triste... Refiro-me, certamente, à desastrada decisão do STJ, no caso Alexandre, sobre abandono afetivo (veja a decisão abaixo, no final desta mensagem). Quero duas coisas, acerca do assunto, para as nossas reflexões, queridos amigos do grupo de estudos. Primeiro, que releiam, se possível, o artigo que coloquei no nosso livro, e que escrevi a partir da decisão do Tribunal de Alçada de Minas (segue em anexo, o artigo, para facilitar a leitura, se preferirem). Segundo, que pensem em seus pais (e mães), em seus filhos (os que tiverem a sorte divina de tê-los) e que reflitam a respeito do que receberam (ou não), na condição de filhos, de seus próprios pais (e mães), neste contexto afetivo que corre em paralelo com o singelo e jurídico dever de alimentar. Pensem em seus filhos e analisem o que e o quanto vocês lhes oferecem, nesta mesma seara. Finalmente pensem no Alexandre (autor da ação recém-julgada) e analisem se ele se parece conosco e se seu pai se parece com os nossos pais. Se, depois de assim refletir, não acontecer nada em nossos corações, poderemos considerar que o STJ acertou em seu julgamento e que inexiste dano de qualquer espécie a ser reparado. Em consequência, devemos concluir que é normal que um pai

(afinal, segundo o STJ, os pais não têm o dom da ubiquidade, lembrem-se!!!) deixe seu filho para seguir seu projeto pessoal de felicidade, custe o que custar. E, finalmente, devemos refletir acerca de um novo viés que pode estar hoje mesmo nascendo para a sociedade brasileira e para as famílias de nosso país: ‘a Justiça autoriza que os homens (e as mulheres) abandonem afetivamente suas crias, se elas forem empecilhos em suas próprias trilhas de vida, punindo (será mesmo punição ou favor?) apenas com a cessação do poder familiar’!”.’.

O artigo citado pela renomada professora pode ser lido no *site* deste autor (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos.. Disponível em: <www.flavioartuce.adv.br>. Seção Artigos de Convidados. Acesso em: 30 nov. 2005). Sugere-se a leitura do trabalho para uma preciosa complementação, notadamente para que o estudioso chegue a uma conclusão sobre o tema.

A questão do abandono afetivo é uma das mais controvertidas do Direito de Família Contemporâneo. O argumento favorável à indenização está amparado na dignidade humana. Ademais, sustenta-se que o pai tem o dever de gerir a educação do filho, conforme o art. 229 da Constituição Federal e o art. 1.634 do Código Civil. A violação desse dever pode gerar um ato ilícito, nos termos do art. 186 da codificação material privada. O entendimento contrário ampara-se substancialmente na afirmação de que o amor e o afeto não se impõem; bem como em uma suposta monetarização do afeto na admissão da reparação imaterial. A questão é realmente muito controvertida.

Conforme destacado em edições anteriores desta obra, já existiam outras decisões de Tribunais Estaduais que concluíam pela possibilidade de reparação civil em casos tais. Assim, colacionava-se julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que condenou um pai, em sentido muito próximo ao *caso Alexandre Fortes*, a indenizar um filho pela abstenção de convivência. O acórdão teve a relatoria do Des. Caetano Lagrasta, tendo sido assim resumido: “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 dos irmãos.

Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim” (TJSP, Apelação com Revisão 511.903-4/7-00-Marília-SP, 8.^a Câm. de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta j. 12.03.2008, v.u.).

Pois bem, demonstrando evolução quanto ao assunto, surgiu, no ano de 2012, outra decisão do Superior Tribunal de Justiça em revisão ao acórdão anterior, ou seja, admitindo a reparação civil pelo abandono afetivo (caso *Luciane Souza*). A ementa foi assim publicada por aquele Tribunal Superior (*Informativo* n. 496 da Corte):

“Civil e processual civil. Família. Abandono afetivo. Compensação por dano moral. Possibilidade. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. 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. 7. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.04.2012, *DJe* 10.05.2012).

Em sua relatoria, a Ministra Nancy Andrighi ressalta, de início, ser admissível aplicar o conceito de dano moral nas relações familiares, sendo despicienda qualquer discussão a esse respeito, pelos naturais diálogos entre livros diferentes do Código Civil de 2002. Para ela, tal dano moral estaria presente diante de uma obrigação inescapável dos pais em dar auxílio psicológico aos filhos. Aplicando a ideia do cuidado como valor jurídico, Nancy Andrighi deduz pela presença do ilícito e da culpa do pai pelo abandono afetivo, expondo frase que passou a ser repetida nos meios sociais e jurídicos: “amar é faculdade, cuidar é dever”. Concluindo pelo nexo causal entre a conduta do pai que não reconheceu voluntariamente a paternidade de filha havida fora do casamento e o dano a ela causado pelo abandono, a magistrada entendeu por reduzir o *quantum* reparatório que foi fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais) para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça representa correta concretização jurídica dos princípios da dignidade e da solidariedade; sem perder de vista a *função pedagógica* que deve ter a responsabilidade civil. Aliás, tal *função educativa* afasta qualquer argumentação a respeito de uma suposta *monetização do afeto*. Atente-se que esta última falsa premissa, levada às últimas instâncias, afastaria qualquer possibilidade de reparação imaterial em nosso país. Cumpre lembrar, em reforço, que a CF/1988 encerrou o debate sobre a reparação dos danos morais como compensação pelos males sofridos pela pessoa, notadamente pela expressão do seu art. 5.^o, incs. V e X.

Espera-se, assim, que o posicionamento pela reparação dos danos morais em decorrência do abandono afetivo prevaleça na nossa jurisprudência, visando a evitar que outros pais abandonem os seus filhos. Conforme entrevista dada ao *Jornal Folha de S. Paulo*, de 5 de maio de 2012, a autora da ação, Luciane Souza, pretendia apenas

um mínimo de atenção de seu pai, o que nunca foi alcançado. Diante das perdas imateriais irreparáveis que sofreu, não restava outro caminho que não o da indenização civil, o que deve ser acompanhado por outros julgados no futuro.

Como quarto e último exemplo de aplicação da dignidade humana às relações familiares, mencione-se o *direito à busca pela felicidade*, citado como paradigma contemporâneo na impactante decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a igualdade entre a paternidade socioafetiva e a biológica, bem como a possibilidade de multiparentalidade, com vínculo concomitante (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840).

Nos termos do voto do Ministro Relator, “a família, objeto do deslocamento do eixo central de seu regramento normativo para o plano constitucional, reclama a reformulação do tratamento jurídico dos vínculos parentais à luz do sobreprincípio da dignidade humana (art. 1.º, III, da CRFB) e da busca da felicidade. A dignidade humana compreende o ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de determinar-se e desenvolver-se em liberdade, de modo que a eleição individual dos próprios objetivos de vida tem preferência absoluta em relação a eventuais formulações legais definidoras de modelos preconcebidos, destinados a resultados eleitos *a priori* pelo legislador. Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (BVerfGE 45, 187). A superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias construídas pelas relações afetivas interpessoais dos próprios indivíduos é corolário do sobreprincípio da dignidade humana. O direito à busca da felicidade, implícito ao art. 1.º, III, da Constituição, ao tempo que eleva o indivíduo à centralidade do ordenamento jurídico-político, reconhece as suas capacidades de autodeterminação, autossuficiência e liberdade de escolha dos próprios objetivos, proibindo que o governo se imiscua nos meios eleitos pelos cidadãos para a persecução das vontades particulares. Precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos da América e deste Egrégio Supremo Tribunal Federal: RE 477.554-AgR Rel. Min. Celso de Mello, *DJe* 26.08.2011; ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, *DJe* 14.10.2011. O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em

modelos preconcebidos pela lei”.

Em repercussão geral, foi fixada a tese segundo a qual a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios. O acórdão é revolucionário, trazendo uma nova forma de pensar o Direito de Família e das Sucessões, como se verá em outros trechos deste e do próximo volume desta coleção.

1.2.3 Princípio da solidariedade familiar (art. 3.º, I, da CF/1988)

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil pelo art. 3.º, inc. I, da CF/1988, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Por razões óbvias, esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais. A importância da solidariedade social é tamanha que o princípio constituiu a temática principal do *VI Congresso Brasileiro do IBDFAM*, realizado em Belo Horizonte em novembro de 2007. Deve-se entender por solidariedade o ato humanitário de *responder* pelo outro, de *preocupar-se* e de *cuidar* de outra pessoa.

A solidariedade familiar justifica, entre outros, o pagamento dos alimentos no caso da sua necessidade, nos termos do art. 1.694 do atual Código Civil. A título de exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplicou o princípio, considerando o dever de prestar alimentos mesmo nos casos de união estável constituída antes da entrada em vigor da Lei 8.971/1994, que concedeu aos companheiros o direito a alimentos e que veio tutelar os direitos sucessórios decorrentes da união estável:

“Alimentos x união estável rompida anteriormente ao advento da Lei 8.971, de 29.12.1994. A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o dever de solidariedade não decorre exclusivamente do casamento, mas também da

realidade do laço familiar. Precedente da Quarta Turma” (STJ, REsp 102.819/RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.11.1998, *DJ* 12.04.1999, p. 154).

O que o julgado reconhece, é que normas de ordem pública podem retroagir, principalmente aquelas que visam à manutenção digna da pessoa humana, especialização da ideia de solidariedade patrimonial.

Mas vale lembrar que a solidariedade não é só patrimonial, é afetiva e psicológica. Nesse princípio, portanto, “ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado (CF 227) o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação” (DIAS, Maria Berenice *Manual...*, 2004, p. 64).

Entretanto, mesmo assim, nos termos do Texto Maior, “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (art. 226, § 8.º, da CF/1988), o que igualmente consagra a solidariedade social na ótica familiar. Frise-se que o princípio da solidariedade familiar também implica em respeito e consideração mútuos em relação aos membros da entidade familiar.

Por igual ilustrando, será discutida na presente obra a possibilidade de se pleitear os alimentos após o divórcio, cuja suposta viabilidade está amparada no princípio da solidariedade social, até porque o vínculo de família não existe mais.

Anote-se, por oportuno, que há julgados que aplicam a ideia também após o término do exercício do poder familiar, fazendo incidir o princípio em questão. A título de ilustração, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Direito de família. Ação de alimentos. Pensão fixada em percentuais específicos em favor da companheira, do filho menor impúbere e dos filhos maiores. Verba que não atende às necessidades da criança e dos demais filhos

que, embora maiores, ainda estudam. Recurso provido em parte. 1) Como sabido, a obrigação alimentar decorrente do casamento e da união estável fundamenta-se no dever de mútua assistência, que existe durante a convivência e persiste mesmo depois de rompido o relacionamento. Já o dever dos pais de prestar alimentos aos filhos é contemporâneo ao exercício do poder familiar, de sorte que a obrigação de sustento só persiste enquanto presente a menoridade do alimentando. Todavia, mesmo após o fim do poder familiar pelo adimplemento da capacidade civil é possível a imposição do encargo alimentar ao genitor, o qual passa a ser devido por força da relação de parentesco, tendo em vista o princípio da solidariedade familiar. 2) Nos três casos aplica-se o art. 1.694 do Código Civil de 2002, que estabelece que os parentes e companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição de vida, devendo o encargo alimentar ser fixado na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (TJMG, Apelação Cível 1062457-23.2009.8.13.0382, Lavras, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Soares de Freitas, j. 02.12.2010, *DJEMG* 12.01.2011).

O tema será aprofundado e estudado com incrementos no capítulo próprio deste livro, que trata dos alimentos.

1.2.4 Princípio da igualdade entre filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988 art. 1.596 do CC)

Determina o art. 227, § 6.º, da CF/1988 que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Complementando o texto constitucional, o art. 1.596 do CC/2002 tem exatamente a mesma redação, consagrando ambos os dispositivos o princípio da igualdade entre filhos.

Esses comandos legais regulamentam especificamente na ordem familiar a

isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, constante do art. 5.º, *caput*, da CF/1988, um dos princípios do Direito Civil Constitucional (“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, nos termos seguintes”).

Está superada, nessa ordem de ideias, a antiga discriminação de filhos que constava da codificação anterior, principalmente do art. 332 do CC/1916, cuja lamentável redação era a seguinte: “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”. Como é notório, este dispositivo já havia sido revogado pela Lei 8.560/1992, que regulamentou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento.

Em suma, juridicamente, todos os filhos são iguais perante a lei, havidos ou não durante o casamento. Essa igualdade abrange também os filhos adotivos, os filhos socioafetivos e aqueles havidos por inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro). Diante disso, não se pode mais utilizar as odiosas expressões *filho adulterino* ou *filho incestuoso* que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões *filho espúrio* ou *filho bastardo*, comuns em passado não tão remoto. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo *filho havido fora do casamento*, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

1.2.5 Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5.º, da CF/1988 e art. 1.511 do CC)

Assim como há a igualdade entre os filhos, como outra forma de especialização da isonomia constitucional a lei reconhece a igualdade entre homens e mulheres no que se refere à sociedade conjugal ou convivencial formada pelo casamento ou pela união estável (art. 226, § 3.º, e art. 5.º, I, da CF/1988).

Consigne-se que o art. 1.º do atual Código Civil utiliza a expressão *pessoa*, não mais o termo *homem*, como fazia o art. 2.º do CC/1916, deixando claro que não será admitida qualquer forma de distinção decorrente do sexo, mesmo que terminológica. Especificamente, prevê o art. 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por óbvio, essa igualdade deve estar presente na união estável, também reconhecida como entidade familiar pelo art. 226, § 3.º, da CF/1988 e pelos arts. 1.723 a 1.727 do Código Civil.

Diante do reconhecimento dessa igualdade, como exemplo prático, o marido ou companheiro pode pleitear alimentos da mulher ou companheira, ou mesmo vice-versa. Além disso, um pode utilizar o nome do outro livremente, conforme convenção das partes (art. 1.565, § 1.º, do CC).

No que concerne aos alimentos, reconhecendo essa igualdade, há julgados anteriores do Tribunal de Justiça de São Paulo apontando que a mulher apta a trabalhar não terá direito a alimentos em relação ao ex-cônjuge. Em alguns casos, a jurisprudência paulista entende que haverá direito à pensão somente por tempo razoável para sua recolocação no mercado de trabalho:

“Alimentos. Prova de dedicação da mulher ao lar, em prejuízo da atividade profissional para a qual se formou. Direito à pensão por tempo razoável para sua recolocação no mercado de trabalho. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação Cível 196.277-4/SP, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Aguilar Cortez, 23.08.2001, v.u.).

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça vinha reformando essas decisões, que mereceriam análise caso a caso. Para ilustrar, transcreve-se o seguinte julgado:

“Família. Alimentos entre cônjuges. Prazo. Se, na constância do casamento, a mulher não dispõe dos meios próprios para prover o seu sustento e se o seu marido tem capacidade para tanto, não se pode fixar o dever alimentício pelo prazo de apenas um ano, apenas porque é jovem e capaz para

o trabalho. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 555.429/RJ, 4.^a Turma Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 08.06.2004, v.u., *Boletim AASP* 2.413/1.010, abril de 2005).

Porém, mais recentemente, o mesmo STJ tem seguido o entendimento anterior do Tribunal Paulista, fixando por tempo razoável o que se convencionou denominar de *alimentos transitórios*. Vejamos o teor da publicação constante do *Informativo* n. 444, de agosto de 2010:

“Alimentos transitórios. A estipulação de alimentos transitórios (por tempo certo) é possível quando o alimentando ainda possua idade, condição e formação profissional compatíveis com sua provável inserção no mercado de trabalho. Assim, a necessidade de alimentos perdura apenas até que se atinja a aguardada autonomia financeira, pois, nesse momento, não mais necessitará da tutela do alimentante, então, liberado da obrigação (que se extinguirá automaticamente)” (STJ, REsp 1.025.769/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.08.2010).

Tal posição consolidou-se de tal forma que passou a compor a ferramenta *Jurisprudência em Teses* do Tribunal da Cidadania. Conforme a premissa número 14 da sua Edição 65, de 2016, “Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ter caráter excepcional, transitório e devem ser fixados por prazo determinado, exceto quando um dos cônjuges não possua mais condições de reinserção no mercado do trabalho ou de readquirir sua autonomia financeira” (acórdãos citados, como precedentes: REsp 1.370.778/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10.03.2016 *DJE* 04.04.2016; AgRg no AREsp 725.002/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 08.09.2015, *DJE* 01.10.2015; AgRg no REsp 1.537.060/ DF, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01.09.2015, *DJE* 09.09.2015; REsp 1.454.263/CE, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.04.2015, *DJE* 08.05.2015; REsp 1.496.948/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03.03.2015, *DJE* 12.03.2015).

Essa mudança de postura na jurisprudência superior merece aplausos, pois

melhor adaptada à emancipação plena da mulher, especialmente no plano profissional. Como se verá em capítulo próprio, tem-se entendido que os alimentos entre os cônjuges têm caráter excepcional e transitório.

Outra aplicação dessa igualdade pode repercutir no âmbito processual, especialmente no que diz respeito ao foro privilegiado da mulher para a propositura das ações de Direito de Família.

Ora, para este autor não haveria mais razão para se aplicar o art. 100, inc. I, do CPC/1973, que previa o foro privilegiado a favor da mulher para as ações correlatas ao casamento. E o fundamento da rejeição deste autor sempre foi a igualdade entre homem e mulher. Esse entendimento crescia entre os civilistas, principalmente entre aqueles que são adeptos do Direito Civil Constitucional. Entre os processualistas Alexandre Freitas Câmara igualmente não via mais suporte de aplicação do dispositivo, no seguinte sentido:

“Em sentido contrário à manutenção do dispositivo, porém, tem-se manifestado a melhor doutrina, no nosso sentido com razão, uma vez que não pode haver, em razão do sexo, privilégio criado por norma infraconstitucional. Além disso, há outro argumento contrário à vigência do dispositivo aqui analisado. É que essa norma perdeu sua razão de ser. A competência para alguns feitos era fixada pela residência (e não domicílio) da mulher casada porque esta, antes da vigente Constituição, não podia fixar seu próprio domicílio. Isto porque, como sabido, antes da atual ordem constitucional o domicílio conjugal era fixado pelo marido. Hoje, quando a administração do casal cabe a ambos os cônjuges, tendo desaparecido a figura do ‘cabeça do casal’, nada impede que a mulher fixe seu próprio domicílio. Sendo assim, deve-se aplicar aqui a regra geral, e, pois, nas ações de separação, conversão desta em divórcio, e anulação de casamento, será competente o juízo do foro de domicílio do réu” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições...*, 2006, p. 101).

No âmbito jurisprudencial, vale dizer que existiam decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo não aplicando mais a norma:

“Ação de separação judicial. Propositura no foro de domicílio de seu autor, o varão. Exceção declinatória *fori* apresentada pelo cônjuge feminino, com base no artigo 100, *caput*, I, do Código de Processo Civil. O foro privilegiado da mulher não mais subsiste, ante a atual Constituição Federal. Mas a exceção havia que ser acolhida à luz da norma geral do artigo 94, *caput*, do Código de Processo Civil. Agravo de instrumento do autor insistindo no processamento da causa no foro de seu domicílio que se improvê, tornando insubsistente a liminar da fls. 61” (TJSP, Agravo de Instrumento 358.2502-4/1, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Marco César 15.03.2005, v.u.).

“Competência. Ação de conversão de separação consensual em divórcio. Propositura pela mulher em seu alegado foro de domicílio, distinto o foro de domicílio do réu. Exceção de incompetência apresentada por este, declinando pelo foro de seu domicílio, a par de sustentar ser este o real domicílio da autora. Acolhimento em primeiro grau que se mantém, desprovido agravo de instrumento da autora. O artigo 100, *caput*, I, do CPC, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, e resolve-se a matéria pela regra geral do artigo 94, importando apenas perquirir qual o foro de domicílio do réu, aqui incontroverso” (TJSP, Agravo de Instrumento 328.152-4/0, Campinas, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Sérgio Gomes, 11.05.2004, v.u.).

Porém, o entendimento majoritário anterior, sobretudo entre os processualistas e nos Tribunais Superiores, era de que se tratava de uma norma especial de competência que continuava tendo aplicação (STF, RE 227.114/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 22.11.2011; STJ, CC 22.603/MT, 2.^a Seção, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 23.09.1998, *DJ* 16.11.1998, p. 6; STJ, CC 8.189/RJ, 2.^a Seção Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 31.08.1994, *DJ* 26.09.1994, p. 25.579). Como a jurisprudência ainda vinha aplicando normalmente o dispositivo, a corrente que pugnava pela sua manutenção era a que deveria ser tida como majoritária para os devidos fins, inclusive na prática familiarista.

De qualquer forma, este autor já destacava que a Lei 11.340/2006, conhecida como *Lei Maria da Penha* e que traz mecanismos para coibir a violência doméstica, flexibilizou aquela antiga regra do art. 100, I, do CPC/1973. Isso porque o art. 15 da citada lei possibilita que a mulher promova ações cíveis no foro de domicílio ou de sua residência; no foro do lugar da ocorrência do fato que baseou a demanda ou no foro de domicílio do seu agressor.

Na verdade, no tocante ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, a grande dificuldade reside em saber até que ponto vai essa *igualdade* no plano fático e concreto.

De toda sorte, o Novo CPC não repetiu o foro privilegiado da mulher para as ações de Direito de Família, o que veio em boa hora. O art. 100, inciso I, do CPC/1973 equivale ao art. 53, inciso I, do CPC/2015, segundo o qual é competente o foro: para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável: *a)* de domicílio do guardião de filho incapaz; *b)* do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz; *c)* de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal.

Como se nota, além da feliz inclusão da ação de dissolução de união estável, o dispositivo prevê o foro privilegiado a favor do guardião do filho incapaz, sendo a incapacidade, e não mais o sexo, o fator de vulnerabilidade a ser levado em conta. Não havendo filho incapaz, será competente o foro do último domicílio do casal. Por fim, não sendo possível o enquadramento das regras anteriores, será competente o foro de domicílio do réu, conforme a regra geral das ações pessoais (art. 46 do CPC/2015, correspondente ao art. 94 do CPC/1973). A doutrina tem entendido que se trata de *foros subsidiários* e não concorrentes. Nesse sentido, o Enunciado n. 108, aprovado na *II Jornada de Direito Processual Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2018 e que contou com a atuação deste autor. Para o presente autor, reafirme-se, a mudança do sistema processual vem em boa hora, buscando concretizar a igualdade constitucional entre homens e mulheres.

1.2.6 Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 1.566, III e IV

1.631 e 1.634 do CC e art. 226, §§ 5.º e 7.º, da CF)

Como decorrência lógica do princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, surge o princípio da igualdade na chefia familiar, que pode ser exercida tanto pelo homem quanto pela mulher em um regime democrático de colaboração, podendo inclusive os filhos opinar (conceito de *família democrática*). Substitui-se uma *hierarquia* por uma *diarquia*.

Assim sendo, pode-se utilizar a expressão *despatriarcalização do Direito de Família*, eis que a figura paterna não exerce o poder de dominação do passado. O regime é de companheirismo e de cooperação, não de hierarquia, desaparecendo a ditatorial figura do *pai de família* (*pater familias*), não podendo sequer se utilizar a expressão *pátrio poder*, substituída por *poder familiar*.

No Código Civil de 2002, o princípio em questão pode ser percebido pelo que consta dos incs. III e IV do art. 1.566. Isso porque são deveres do casamento a mútua assistência e o respeito e consideração mútuos, ou seja, prestados por ambos os cônjuges, de acordo com as suas possibilidades pessoais e patrimoniais.

Complementando, enuncia o art. 1.631 do CC/2002 que durante o casamento ou união estável compete o poder familiar aos pais. Na falta ou impedimento de um deles, o outro exercerá esse poder com exclusividade. Em caso de eventual divergência dos pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer um deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo.

1.2.7 Princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1.513 do CC)

Dispõe o art. 1.513 do CC em vigor que “é defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. Trata-se de consagração do *princípio da liberdade ou da não intervenção* na ótica do Direito de Família. O princípio é reforçado pelo art. 1.565, § 2.º, da mesma codificação, pelo qual o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada qualquer forma de coerção por parte de instituições privadas ou públicas em relação a esse direito. Segundo o Enunciado n. 99 do CJF/STJ, aprovado na

Jornada de Direito Civil, o último dispositivo deve ser aplicado às pessoas que vivem em união estável, o que é óbvio e com o qual se deve concordar.

Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família. A autonomia privada é muito bem conceituada por Daniel Sarmiento como *o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses*. Ensina o autor fluminense que “esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade” (SARMENTO Daniel. *Direitos fundamentais...*, 2005, p. 188). Como se pode perceber, o fundamento constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano.

A autonomia privada não existe apenas em sede contratual, mas também na ótica familiar. Quando escolhemos, na *escalada do afeto* (conceito de Euclides de Oliveira), com quem ficar, com quem namorar, com quem noivar, com quem ter uma união estável ou com quem casar, estamos falando em autonomia privada (OLIVEIRA, Euclides. *A escalada...*, *Anais do V Congresso Brasileiro...*, 2006, p. 315). Quanto ao *ato de ficar*, trata-se do *primeiro degrau da escalada do afeto*, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça entendeu que tal conduta pode influenciar na presunção de paternidade, principalmente se somada à recusa ao exame de DNA. Vejamos a ementa:

“Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual. Paternidade reconhecida. A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e consequente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor. Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de

relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples ‘ficar’, relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual. Recurso especial provido” (STJ, REsp 557.365/RO, 3.^a Turma, Rel. Min Nancy Andrighi, j. 07.04.2005, DJ 03.10.2005, p. 242).

Pois bem, retornando à análise do art. 1.513 do CC/2002, deve-se ter muito cuidado na sua leitura. Isso porque o real sentido do texto legal é que o Estado ou mesmo um ente privado não pode intervir coativamente nas relações de família. Porém, o Estado poderá incentivar o controle da natalidade e o planejamento familiar por meio de políticas públicas.

Repise-se que a Constituição Federal de 1988 incentiva a paternidade responsável e o próprio planejamento familiar, devendo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desses direitos, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas (art. 226, § 7.º, da CF/1988). Além disso, o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, § 8.º, da CF/1988). É importante ainda dizer que a Lei 9.263/1996 regulamentou o art. 226, § 7.º, da Constituição, que trata do planejamento familiar, proibindo que até mesmo o Estado utilize ações de regulação da fecundidade com o objetivo de realizar o controle demográfico.

Tudo isso consagra o *princípio da não intervenção*. Contudo, é pertinente apontar que esse princípio deve ser lido e ponderado perante outros princípios, como no caso do *princípio do melhor interesse da criança e do adolescente*, que será analisado a seguir.

Não se olvide, em complemento, uma tendência de intervenção do Estado nas relações de filiação, podendo ser citada a Lei 13.010/2014, conhecida como *Lei da Palmada* ou *Lei Menino Bernardo*, a ser abordada no capítulo 6 desta obra.

1.2.8 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (ar

227, *caput*, da CF/1988 e arts. 1.583 e 1.584 do CC)

Prevê o art. 227, *caput*, da CF/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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”. Essa proteção é regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que considera criança a pessoa com idade entre zero e 12 anos incompletos, e adolescente aquele que tem entre 12 e 18 anos de idade. Quanto ao jovem, foi promulgada, depois de longa tramitação, a Lei 12.825/2013, conhecida como Estatuto da Juventude, e que reconhece amplos direitos às pessoas com idade entre quinze e vinte e nove anos de idade, tidas como jovens.

Em reforço, o art. 3.º do próprio ECA determina que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da *proteção integral*, 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 de dignidade.

Também complementando o que consta do Texto Maior, o art. 4.º do ECA enuncia que: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

Cite-se, em continuidade, e também com vistas à citada proteção, a recente Lei 13.257/2016, que trata das políticas públicas para a proteção da *primeira infância*. O art. 2.º da citada norma reconhece a primeira infância como o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança. A lei estabelece, ainda, que a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4.º do ECA, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e

serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral (art. 3.º).

As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância devem ser elaboradas e executadas de forma a: *a)* atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã; *b)* incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento; *c)* respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais; *d)* reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança; *e)* articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância; *f)* adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços; *g)* articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado; *h)* descentralizar as ações entre os entes da Federação; e *i)* promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social (art. 4.º da Lei 13.257/2016).

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor ou maior interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecido pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças. O CC/2002, nos seus arts. 1.583 e 1.584, acaba por reconhecer tal princípio, ao regular a guarda durante o poder familiar. Esses dois dispositivos foram substancialmente alterados, inicialmente, pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que passou a determinar como regra a guarda compartilhada, a prevalecer sobre a guarda unilateral, aquela em que um genitor detém a guarda e o outro tem a regulamentação de vistas em seu favor. Ampliou-se o sistema de proteção anterior, visando atender ao melhor interesse da criança e do adolescente na fixação

da guarda, o que era reconhecido pelos Enunciados ns. 101 e 102 do CJF/STJ aprovados na *I Jornada de Direito Civil*. Em 2014, tais dispositivos foram novamente alterados pela Lei 13.058, que ainda receberá a devida análise crítica nesta obra.

Insta esclarecer, de imediato, que na *guarda compartilhada* ou *conjunta* o filho convive com ambos os genitores. De toda sorte, haverá um lar único, não se admitindo, *a priori*, a guarda alternada ou fracionada, em que o filho fica um tempo com um genitor e um tempo com o outro de forma sucessiva (*guarda da mochila*, pois a criança fica o tempo todo de um lado para outro). A nova lei parece confundir ambos os conceitos, como se verá. Para a efetivação da guarda compartilhada, recomenda-se a medição interdisciplinar, uma vez que ela pressupõe certa harmonia mínima entre os genitores, muitas vezes distante na prática, o que parece não ter sido considerado pela Lei 13.058/2014.

Por fim, demonstrando a amplitude de aplicação do princípio de melhor interesse da criança e do adolescente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não cabe qualquer alegação de nulidade processual, mesmo pelo Ministério Público, nos casos em que o processo de adoção for realizado de acordo com os ditames que protegem o menor. Destaque-se a ementa do julgado: “Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Adoção. Intimação do Ministério Público para audiência. Art 166 da Lei 8.069/1990. Fim social da lei. Interesse do menor preservado. Direito ac convívio familiar. Ausência de prejuízo. Nulidade inexistente. Não se declara nulidade por falta de audiência do Ministério Público se – a teor do acórdão recorrido – o interesse do menor foi preservado e o fim social do ECA foi atingido. O art. 166 da Lei 8.069/1990 deve ser interpretado à luz do art. 6.º da mesma lei” (STJ REsp 847.597/SC, 3.ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 06.03.2008 DJ 01.04.2008, p. 1). Eis aqui outro tema que será ainda aprofundado, em capítulo próprio deste livro.

1.2.9 Princípio da afetividade

O afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das

relações familiares. Mesmo não constando a expressão *afeto* do Texto Maior como um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana. Por isso é que, para fins didáticos e metodológicos, destaca-se o princípio em questão, como fazem Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2007, p. 67) e Paulo Lôbo (*Famílias...*, 2008, p. 47).

Merecem destaque as palavras da *juspsicanalista* Giselle Câmara Groeninga, para quem “O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade” (GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito...*, 2008, p. 28).

Apesar de algumas críticas contundentes e de polêmicas levantadas por alguns juristas, não resta a menor dúvida de que a afetividade constitui um princípio jurídico aplicado ao âmbito familiar. Conforme bem aponta Ricardo Lucas Calderon, em sua precisa dissertação de mestrado defendida na UFPR, “parece possível sustentar que o Direito deve laborar com a afetividade e que sua atual consistência indica que se constitui em princípio no sistema jurídico brasileiro. A solidificação da afetividade nas relações sociais é forte indicativo de que a análise jurídica não pode restar alheia a este relevante aspecto dos relacionamentos. A afetividade é um dos princípios do direito de família brasileiro, implícito na Constituição, explícito e implícito no Código Civil e nas diversas outras regras do ordenamento” (CALDERON, Ricardo Lucas. *O percurso...*, Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 set. 2012. Ver, ainda: CALDERON, Ricardo Lucas. *Princípio...*, 2017).

Cabe anotar que o Professor Calderon teve destacada atuação, em nome do IBDFAM e como *amicus curiae*, no julgamento da repercussão geral da socioafetividade perante o STF (RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840).

Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. Na linha do exposto por José de Oliveira Ascensão, os princípios são como “grandes orientações que se depreendem, não apenas do complexo legal, mas de toda a ordem jurídica” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução...*, 2005, p. 404).

Os princípios estruturam o ordenamento, gerando consequências concretas, por sua marcante função para a sociedade. E não restam dúvidas de que a afetividade constitui um código forte no Direito Contemporâneo, gerando alterações profundas na forma de se pensar a família brasileira, como se verá pela presente obra. Do mesmo modo, concluindo que o afeto tem valor jurídico, aponta a Ministra Nancy Andrighi, em brilhante julgado de sua lavra:

“A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em

vínculos lastreados em comprometimento amoroso” (STJ, REsp 1.026.981/RJ 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 04.02.2010, *DJe* 23.02.2010).

Na mesma linha, cite-se, mais uma vez, o revolucionário acórdão do Supremo Tribunal Federal na análise da repercussão geral a respeito da prevalência da filiação socioafetiva ou da filiação biológica (RE 898.060/SC, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840). Nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, “a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)” (STF, RE 898.060/SC).

Interessante mencionar o voto do Ministro Celso de Mello, que afirmou ser a afetividade um princípio implícito do sistema civil-constitucional brasileiro, com valor jurídico inquestionável.

De toda sorte, deve ser esclarecido que o *afeto* equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o *afeto positivo* por excelência. Todavia, há também o *ódio*, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporâneo.

Concretizando o princípio da afetividade, a sua valorização prática remonta ao brilhante trabalho de João Baptista Villela, jurista de primeira grandeza, escrito em 1979, tratando da *desbiologização da paternidade*. Na essência, o trabalho procura dizer que o vínculo familiar constitui mais um vínculo de afeto do que um vínculo

biológico. Assim surge uma nova forma de parentesco civil, a *parentalidade socioafetiva*, baseada na *posse de estado de filho*. É o resumo do trabalho:

“A paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural. Embora a coabitação sexual, da qual pode resultar gravidez, seja fonte de responsabilidade civil, a paternidade, enquanto tal, só nasce de uma decisão espontânea. Tanto no registro histórico como no tendencial, a paternidade reside antes no serviço e no amor que na procriação. As transformações mais recentes por que passou a família, deixando de ser unidade de caráter econômico, social e religioso, para se afirmar fundamentalmente como grupo de afetividade e companheirismo, imprimiram considerável esforço ao esvaziamento biológico da paternidade. Na adoção, pelo seu caráter afetivo, tem-se a prefigura da paternidade do futuro, que radica essencialmente a ideia de liberdade” (VILLELA, João Baptista Desbiologização..., Separada da *Revista da Faculdade de Direito...*, Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=150>>. Acesso em: 31 jul. 2007).

Sobre a valorização desse vínculo afetivo como fundamento do parentesco civil, escreve muito bem Paulo Lôbo que “o modelo tradicional e o modelo científico partem de um equívoco de base: a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A origem biológica era indispensável à família patriarcal, para cumprir suas funções tradicionais. Contudo, o modelo patriarcal desapareceu nas relações sociais brasileiras, após a urbanização crescente e a emancipação feminina, na segunda metade deste século. No âmbito jurídico, encerrou definitivamente seu ciclo após o advento da Constituição de 1988. O modelo científico é inadequado, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação, uma vez que outros são os valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. (...) Em suma, a identidade genética não se confunde com a identidade da filiação, tecida na complexidade das relações afetivas, que o ser humano constrói entre a liberdade e o desejo” (LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico...*, Disponível em:

<<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 24 jan. 2006).

Compartilhando da mesma posição seguida pelo autor da presente obra, entende o citado doutrinador que o *princípio da afetividade* tem fundamento constitucional, particularmente na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988), na solidariedade social (art. 3.º, I, da CF/1988) e na igualdade entre filhos (arts. 5.º, *caput*, e 227, § 6.º, da CF/1988). Em síntese, conclui o renomado jurista alagoano, um dos fundadores do Instituto Brasileiro do Direito de Família (IBDFAM), que:

“Impõe-se a distinção entre origem biológica e paternidade/maternidade. Em outros termos, a filiação não é um determinismo biológico, ainda que seja da natureza humana o impulso à procriação. Na maioria dos casos, a filiação deriva-se da relação biológica; todavia, ela emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade. No estágio em que nos encontramos, há de se distinguir o direito de personalidade ao conhecimento da origem genética, com esta dimensão, e o direito à filiação e à paternidade/ maternidade, nem sempre genético. O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência e não do sangue. A história do direito à filiação confunde-se com o destino do patrimônio familiar, visceralmente ligado à consanguinidade legítima. Por isso, é a história da lenta emancipação dos filhos, da redução progressiva das desigualdades e da redução do *quantum* despótico, na medida da redução da patrimonialização dessas relações” (LÔBO, Paulo. *Princípio jurídico...*, cit.).

A título de exemplo, um marido que reconhece como seu o filho de sua mulher, estabelecendo um vínculo de afeto, não poderá, depois de aperfeiçoada a *socioafetividade*, quebrar esse vínculo. Como se diz nos meios populares, “pai é aquele que cria”.

A defesa de aplicação da paternidade socioafetiva, atualmente, é muito comum entre os doutrinadores do Direito de Família. Tanto isso é verdade que, por ocasião

da *I Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal sob a chancela do Superior Tribunal de Justiça, foi aprovado o Enunciado n. 103, com a seguinte redação: “O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho”. Na mesma Jornada doutrinária, aprovou-se o Enunciado n. 108 do CJP/STJ estabelecendo que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

Em continuidade, na *III Jornada de Direito Civil*, patrocinada pelo mesmo STJ e promovida em dezembro de 2004, foi aprovado o Enunciado n. 256 do CJP/STJ, pelo qual: “A posse de estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil”.

Na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em outubro de 2006, foram aprovados três enunciados doutrinários relativos ao tema. O primeiro, de número 339, prevê que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. O segundo, de número 341, dispõe: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”. Por fim, em consonância com o princípio da igualdade entre filhos, que também deve ser aplicado quanto à guarda, foi aprovado o Enunciado n. 336 do CJP/STJ, prevendo que “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família”.

Na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, mais um enunciado surgiu, prescrevendo com apurada técnica que “O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais” (Enunciado n. 519).

Por igual, na jurisprudência, a adoção da *paternidade socioafetiva* vem encontrando uma ordem crescente de aplicação, caso inclusive do Tribunal de Justiça

de São Paulo. Em voto vencedor proferido em 8 de julho de 2005, o Desembargador José Luiz Gavião de Almeida aponta que: “A assunção do vínculo parental não pode ser afastada simplesmente. Se alguém assume o papel de pai, não pode, mais tarde, dele desistir sob a alegação de que não o é biologicamente. Nem sempre a paternidade jurídica está espaldada por uma paternidade biológica” (Processo 353.002.4/4-00). No Superior Tribunal de Justiça, há um crescente de decisões aplicando a socioafetividade para a determinação do vínculo de filiação (por todos, ver: STJ, REsp 1.088.157/PB, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 23.06.2009, *DJe* 04.08.2009; e REsp 234.833/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 25.09.2007, *DJ* 22.10.2007, p. 276). Outros julgados serão expostos no decorrer deste livro.

Contudo, não é o momento de aprofundarmos o tratamento do tema. Isso será feito em outras oportunidades, quando do estudo das formas de parentesco civil e do reconhecimento de filhos, especialmente com a análise do revolucionário julgado do STF, em repercussão geral, prolatado no ano de 2016. No presente momento, é interessante apenas deixar claro que a afetividade é um dos principais regramentos do *Novo Direito de Família* que desponta e que a *parentalidade socioafetiva* é uma tese que ganha força na doutrina e na jurisprudência.

1.2.10 Princípio da função social da família

Há algum tempo se afirmava, nas antigas aulas de *educação moral e cívica*, que a família é a “*celula mater*” da sociedade. Apesar de as aulas serem herança do período militar ditatorial, a frase destacada ainda serve como luva no atual contexto, até porque o art. 226, *caput*, da CF/1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

Desse modo, as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida que a socialidade também deve ser aplicada aos institutos de Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil. Nesse sentido, aliás, posicionou-se o saudoso Miguel Reale ao discorrer sobre a *função social da família no Código Civil*

(*História...*, 2005, p. 254-257).

Entre os clássicos, Clóvis Beviláqua já demonstrava que a família estaria sujeita às influências biológicas e, sucessivamente, aos fatos sociais: “a família primitiva é vacilante, inconsistente, não toma um caráter fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligada que se acha somente pelas energias biológicas. Mas a disciplina social, pouco a pouco, intervém, pela religião, pelos costumes, pelo direito, e a sociedade doméstica vai-se, proporcionalmente, aperfeiçoando por moldes mais seguros, mais definíveis e mais resistentes” (BEVILÁQUA, Clóvis *Direito...*, 1916, p. 4) E arremata, com base em Spencer, argumentando que “a evolução dos tipos familiares está em correlação com a evolução da inteligência e do sentimento; que as relações domésticas mais elevadas, sob o ponto de vista ético, são também as mais elevadas sob o ponto de vista biológico e sociológico”.

Na doutrina contemporânea, lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho que “a principal função da família e a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso...*, 2011, p. 98).

A título de exemplo, a socialidade pode servir para fundamentar o parentesco civil decorrente da *paternidade socioafetiva*. Pode servir também para a conclusão de que há outras entidades familiares, caso da união homoafetiva, conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal em histórica decisão de maio de 2011 (publicada no seu *Informativo* n. 625). Isso tudo porque a sociedade muda, a família se altera e o Direito deve acompanhar essas transformações.

A jurisprudência, por diversas vezes, reconhece a necessidade de interpretação dos institutos privados de acordo com o contexto social. Com relação ao bem de família, particularmente quanto à impenhorabilidade dos bens móveis que guarnecem a residência da entidade familiar, pode-se transcrever o seguinte julgado do STJ:

“Processual civil. Lei 8.009/1990. Bem de família. Hermenêutica
Aparelho de televisão, jogo de sofá, *freezer*, máquina de lavar roupa e

máquina de lavar louça. Impenhorabilidade. Videocassete. Penhorabilidade. Precedentes. Hermenêutica. Recurso parcialmente provido. I – A Lei 8.009/1990, ao dispor que são impenhoráveis os equipamentos que guarnecem a residência, inclusive móveis, não abarca tão somente os indispensáveis à moradia, mas também aqueles que usualmente a integram e que não se qualificam como objetos de luxo ou adorno. II – O aparelho de videocassete, no entanto, salvo situações excepcionais, não se inclui entre os bens impenhoráveis, consoante orientação acolhida pela turma. III – Ao juiz, em sua função de intérprete e aplicador da lei, em atenção aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, como admiravelmente adverte o art. 5.º, LICC, incumbe dar-lhe exegese construtiva e valorativa, que se afeiçoe aos seus fins teleológicos, sabido que ela deve refletir não só os valores que a inspiraram mas também as transformações culturais e sócio-políticas da sociedade a que se destina” (STJ, REsp 162.998/PR, 4.ª Turma, Rel. Mir Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 16.04.1998, DJ 01.06.1998, p. 141).

É interessante verificar que a decisão é de 1998. Atualmente, o videocassete tornou-se até obsoleto, substituído que foi pelo aparelho de DVD e, sucessivamente, por programas digitais ligados à televisão. Será que esses objetos podem ser considerados essenciais à família? Uma televisão, às vésperas de uma Copa do Mundo, seria essencial a uma família? Para essa conclusão, recomenda-se a análise caso a caso das situações descritas, de acordo com o meio social que circunda a situação fática.

Em suma, não reconhecer função social à família e à interpretação do ramo jurídico que a estuda é como não reconhecer função social à própria sociedade.

1.2.11 Princípio da boa-fé objetiva

Após muita reflexão e estudo do tema, resolvemos incluir nesta obra, a partir da edição *solitária* de 2014, o princípio da boa-fé objetiva como um dos baluartes do Direito de Família brasileiro.

Como se extrai da sua Exposição de Motivos, o Código Civil de 2002 foi construído a partir de três princípios fundamentais: a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*. A *eticidade* representa a valorização do comportamento ético--socializante, notadamente pela boa-fé objetiva. A *socialidade* tem relação direta com a função social dos institutos privados, caso da família, o que foi estudado no tópico anterior. Por fim, a *operabilidade* tem dois sentidos. O primeiro é de facilitação ou simplicidade dos institutos civis, o que pode ser percebido de várias passagens da codificação. O segundo sentido é de efetividade, o que foi buscado pelo *sistema de cláusulas gerais* adotado pelo CC/2002, sendo essas janelas ou molduras abertas deixadas pelo legislador, para preenchimento pelo aplicador do Direito, caso a caso (sobre o tema, ver: REALE, Miguel. *História...*, 2005; e BRANCO, Gerson Lui Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes...*, 2002).

O Novo CPC, seguindo a mesma trilha, também trouxe uma valorização considerável da boa-fé objetiva processual, em vários de seus dispositivos. De início, merece destaque o seu art. 5.º, segundo o qual aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Ademais, foi incluído expressamente o dever de cooperação processual, eis que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (art. 6.º do CPC/2015). Além disso, a boa-fé objetiva processual é fator integrante da decisão judicial (art. 489, § 3.º, do CPC/2015).

A boa-fé objetiva representa uma evolução do conceito de boa-fé, que saiu do plano da mera intenção – boa-fé subjetiva –, para o plano da conduta de lealdade das partes. O Enunciado n. 26, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, define a boa-fé objetiva como a exigência de comportamento leal das partes. Diante de seu desenvolvimento no Direito Alemão, notadamente por autores como Karl Larenz, a boa-fé objetiva está relacionada com os *deveres anexos* ou *laterais de conduta*, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, 1999). São considerados deveres anexos, entre outros:

- dever de cuidado em relação à outra parte negocial;

- dever de respeito;
- dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;
- dever de agir conforme a confiança depositada;
- dever de lealdade e probidade;
- dever de colaboração ou cooperação;
- dever de agir com honestidade;
- dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

Conforme também desenvolvido no Direito alemão, por Staub, a quebra desses deveres anexos gera a *violação positiva do contrato ou da obrigação*, com responsabilização civil objetiva daquele que desrespeita a boa-fé objetiva. Nesse sentido, no Brasil, o Enunciado n. 24, da *I Jornada de Direito Civil, in verbis*: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

Essa responsabilização independentemente de culpa está amparada igualmente pelo teor do Enunciado n. 363, da *IV Jornada de Direito Civil*, segundo o qual “os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, sendo obrigação da parte lesada apenas demonstrar a existência da violação”. O grande mérito do último enunciado doutrinário, de autoria do Professor Wanderlei de Paula Barreto, é a previsão de que a boa-fé objetiva é preceito de ordem pública.

Pois bem, o que se pretende sustentar nesta obra é que a boa-fé objetiva tem plena aplicação ao Direito de Família, conforme vêm entendendo doutrina e jurisprudência nacionais. Na doutrina, merecem destaque os trabalhos de Anderson Schreiber (*O princípio..., Anais do V Congresso Brasileiro...*, 2006), Jones Figueirêdo Alves (*Abuso de direito..., Anais do V Congresso Brasileiro...*, 2006), Fernanda Pessanha do Amaral Gurgel (*Direito de família...*, 2009) e Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (*Curso...*, 2012).

Da jurisprudência, extrai-se conclusão constante de ementa do Superior Tribunal de Justiça, da lavra da sempre citada Ministra Nancy Andrighi, que “nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob

suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica” (STJ, REsp 1.087.163/RJ, 3.^a Turma, Rel. Mir Nancy Andrigli, j. 18.08.2011, DJe 31.08.2011). O instituto do *venire contra factum proprium* será a seguir analisado.

Como já se extrai do julgado supratranscrito e de toda a doutrina aqui citada, a boa-fé objetiva tem três funções no Código Civil de 2002, plenamente aplicáveis aos institutos familiares.

A primeira função da boa-fé objetiva é a *função de interpretação*, retirada do art. 113 do Código Civil, eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé. Como os institutos familiares, caso do casamento, são negócios jurídicos, não haveria qualquer óbice de aplicação dessa função aos institutos objeto deste livro, até porque o dispositivo em comento está colocado na Parte Geral da codificação privada.

A segunda função é a de *controle*, retirada do art. 187 do CC, uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito (“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”). Segundo a doutrina brasileira, consolidada pelo Enunciado n. 37, aprovado na *Jornada de Direito Civil*, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é

objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico.

Dessa forma, a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos da *I Jornada de Direito Civil*. Pelas mesmas razões expostas anteriormente, não há qualquer óbice para aplicação desse comando aos institutos familiares. Muito ao contrário, tem-se afirmado que “a cláusula geral do art. 187 do Código Civil tem fundamento constitucional nos princípios da solidariedade, devido processo legal e proteção da confiança e aplica-se a todos os ramos do direito” (Enunciado n. 414 da *V Jornada de Direito Civil*).

A última função da boa-fé objetiva é a de *integração*, abstraída do art. 422 do CC/2002, segundo o qual: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Relativamente à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado n. 25 do CJP/STJ, da *I Jornada*, “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.

Nos termos do Enunciado n. 170 da *III Jornada*, “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Apesar de serem parecidos, os enunciados têm conteúdos diversos, pois o primeiro é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo é dirigido às partes do negócio jurídico. Haveria um óbice formal para a aplicação dessa norma para os institutos familiares, eis que muitos acreditam não se tratarem de *institutos contratuais*. A propósito do casamento, o tema será exposto no próximo capítulo. De qualquer forma, seria ilógico aplicar as duas funções anteriores da boa-fé objetiva e não aplicar a presente finalidade, razão pela qual se conclui que o dispositivo deve ser lido com menção aos *negociantes* e não somente aos *contratantes*.

No que toca a essa função integrativa da boa-fé objetiva, é preciso estudar os *conceitos parcelares da boa-fé objetiva*, advindos do Direito Comparado e retirados

da obra do jurista lusitano Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha *Da boa-fé...*, 2001). No presente momento, é interessante tecer algumas palavras sobre a *supressio*, a *surrectio* e a máxima *venire contra factum proprium non potest*, aqui outrora mencionada.

A *supressio* (*Verwirkung*) significa a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar do tempo. O sentido pode ser notado pela leitura do art. 330 do CC/2002, ao estatuir que “o pagamento reiteradamente feito em outro local faz presumir renúncia do credor relativamente ao previsto no contrato”. Ilustrando, caso tenha sido previsto no instrumento obrigacional o benefício da obrigação portátil (cujo pagamento deve ser efetuado no domicílio do credor), e tendo o devedor o costume de pagar no seu próprio domicílio de forma reiterada, sem qualquer manifestação do credor, a obrigação passará a ser considerada quesível (aquela cujo pagamento deve ocorrer no domicílio do devedor).

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes. Ambos os conceitos constituem *duas faces da mesma moeda*, conforme afirma José Fernando Simão em suas exposições.

Julgados nacionais têm aplicado a *supressio* e a *surrectio* aos alimentos, concluindo por sua renúncia tácita em decorrência do seu não exercício pelo credor em momento oportuno. De início, do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Ação de alimentos. Pleito ajuizado por esposa separada de fato. Improcedência da ação. Cabimento. Inércia da autora por aproximadamente seis anos, no exercício do direito de pretender alimentos, acarretou verdadeira *supressio*. Autora, ademais, que admite haver sido auxiliada, neste período, por sua filha. Ausência de demonstração do binômio necessidade/possibilidade. Recurso improvido” (TJSP, Apelação 0004121-

24.2008.8.26.0024, Acórdão 6030240, Andradina, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 04.07.2012, *DJESP* 30.07.2012).

Do Tribunal Gaúcho, sempre pioneiro, podem ser extraídas as seguintes ementas, com grande relevância prática:

“Agravado de instrumento. Execução de alimentos. Prisão. Rito. Artigo 733. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 12 anos permitiu com sua conduta a criação de uma legítima expectativa no devedor e na efetividade social de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, o filho deixou de exercer seu direito a alimentos, por mais de 12 anos, admitindo sua representante legal que a paternidade e auxílio econômico ao filho era exercido pelo seu novo esposo. Caso em que se mostra ilegal o Decreto prisional com base naquele vetusto título alimentar. Deram provimento. Unânime” (TJRS, Agravo de Instrumento 156211-74.2011.8.21.7000, Canoas 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 18.08.2011, *DJERS* 24.08.2011).

“Apelação cível. Embargos à execução de alimentos. Ausência de relação obrigacional pelo comportamento continuado no tempo. Criação de direito subjetivo que contraria frontalmente a regra da boa-fé objetiva. *Supressio*. Extinção material do vínculo de mútua assistência. Os atos e negócios jurídicos devem ser efetivados e interpretados conforme a boa-fé objetiva, e também encontram limitação nela, se a contrariarem. Inteligência dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil. Em atenção à boa-fé objetiva, o credor de alimentos que não recebeu nada do devedor por mais de 20 anos permitiu com

sua conduta a criação de uma legítima expectativa – no devedor e na efetividade social – de que não haveria mais pagamento e cobrança. A inércia do credor em exercer seu direito subjetivo de crédito por tão longo tempo, e a consequente expectativa que esse comportamento gera no devedor, em interpretação conforme a boa-fé objetiva, leva ao desaparecimento do direito, com base no instituto da *supressio*. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. No caso, a exequente/embargada – por longos 24 anos – não recebeu alimentos do seu falecido pai e sequer buscou cobrar o débito. Caso em que deve ser mantida a sentença que extinguiu a execução, em razão da perda da eficácia do título de alimentos executado. Negaram provimento” (TJRS, Apelação Cível 70033073628, São Leopoldo, 8.^a Câmara Cível, Re Des. Rui Portanova, j. 03.12.2009, *DJERS* 11.12.2009, p. 85).

O último julgado transcrito tem o mérito de demonstrar as três funções da boa-fé objetiva, relacionando-as aos institutos familiares e processuais, conforme aqui foi proposto. De toda sorte, pode surgir argumento de que os alimentos envolvem ordem pública, devendo prevalecer sobre a boa-fé objetiva. Em verdade, conforme outrora demonstrado, a boa-fé objetiva também é princípio de ordem pública (Enunciado n. 363 da *IV Jornada de Direito Civil*), concluindo os julgadores por sua prevalência nos casos expostos.

Em relação ao *venire contra factum proprium*, trata-se da vedação do comportamento contraditório, conforme a dicção do Enunciado n. 362 da *IV Jornada de Direito Civil*: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. Para Anderson Schreiber, que desenvolveu excelente trabalho específico sobre o tema no Brasil, podem ser apontados quatro pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: 1.º) um fato próprio, uma conduta inicial; 2.º) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; 3.º) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; 4.º) um dano ou um potencial de dano decorrente da contradição (SCHREIBER, Anderson *A proibição...*, 2005, p. 124). Como se extrai do acórdão

do Superior Tribunal de Justiça antes transcrito, há plena inserção do conceito ao campo do Direito de Família, sem prejuízo de outras menções nos capítulos posteriores deste livro.

Por oportuno, como mais uma ilustração prática, a vedação do comportamento contraditório foi bem aplicada pelo Tribunal do Distrito Federal em caso envolvendo acordo de partilha entre ex-cônjuges. Nos termos da ementa, “o princípio *nemo potest venire contra factum proprium* encerra proibição ao comportamento contraditório e a não aceitabilidade do *venire* não se firma apenas no comportamento conflitante, mas, sobretudo, na quebra da confiança que fora gerada em terceiros, conduta que não pode ser acobertada pelo Judiciário, que, diante de tais situações, deve comprometer-se com o caso e aplicar o direito de forma sistêmica, como um todo que é, e não de forma fragmentada, resultando que, pautadas as condições que nortearem a dissolução do vínculo conjugal, devem prevalecer, não se afigurando possível que o varão, após convencionar o rateio do patrimônio amealhado na constância do vínculo, almeje desconsiderar parcialmente o acordado e na parte em que lhe reputara prejudicial” (TJDF, Apelação Cível 20100110901256, 1.^a Turma, Rel. Teófilo Caetano, j. 04.09.2013).

Para findar as ilustrações sobre o *venire*, do ano de 2017, merece destaque aresto superior que afastou a possibilidade de um dos ex-companheiros rejeitar acordo que havia celebrado extrajudicialmente, a respeito da dissolução do primeiro período da união estável. Conforme a ementa, “houve acordo extrajudicial acerca da dissolução do primeiro período da união estável entabulada pelas partes, que vieram a retomar a relação em momento subsequente, no qual restaram estabelecidas todas as questões relativas àquela fase, inclusive sob o prisma patrimonial, sem a interposição de nenhum recurso ou ressalva”. Desse modo, conforme o acórdão, “rediscutir questões concernentes ao acordo firmado revela manifesta violação do princípio da boa-fé objetiva tendo em vista a legítima expectativa de que a controvérsia já havia sido solucionada pelas partes quando da sua celebração” (STJ, REsp 1.620.710/GO 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 14.03.2017, *DJe* 21.03.2017). Apesar de não haver menção, o principal argumento parece ser a vedação do comportamento contraditório.

Existem outros conceitos parcelares, caso da máxima *tu quoque*, que igualmente será estudada nesta obra em momento oportuno. Também como desdobramento da boa-fé objetiva, o Superior Tribunal de Justiça debateu, no ano de 2018, a possibilidade de aplicação da *teoria do adimplemento substancial* para as verbas alimentares. Por essa teoria, amplamente aplicada aos contratos, se a obrigação tiver sido quase toda cumprida, sendo a mora insignificante, não caberá a extinção do negócio jurídico, mas apenas outros efeitos, como a cobrança. O Enunciado n. 361, da *IV Jornada de Direito Civil*, estabelece uma relação entre a ideia e os princípios da função social do contrato – no sentido de conservação negocial – e da boa-fé objetiva.

No caso analisado pelo STJ, discutiu-se a possibilidade de afastamento da prisão civil diante do adimplemento substancial da obrigação alimentar, em cerca de 95% do montante devido, representando a dívida módicos R\$ 205,43. O Ministro Luis Felipe Salomão votou pela aplicação da teoria, citando todos os desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva e da razoabilidade, tendo sido seguido pelo Desembargador Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF da 5.ª Região). Porém, prevaleceu o Voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira, seguido pelos Ministros Maria Isabel Gallotti e Marco Buzzi.

Como constou da ementa do aresto, “a Teoria do Adimplemento Substancial, de aplicação estrita no âmbito do direito contratual, somente nas hipóteses em que a parcela inadimplida revela-se de escassa importância, não tem incidência nos vínculos jurídicos familiares, revelando-se inadequada para solver controvérsias relacionadas a obrigações de natureza alimentar. O pagamento parcial da obrigação alimentar não afasta a possibilidade da prisão civil. Precedentes. O sistema jurídico tem mecanismos por meio dos quais o devedor pode justificar o eventual inadimplemento parcial da obrigação (CPC/2015, art. 528) e, outrossim, pleitear a revisão do valor da prestação alimentar (L. 5.478/1968, art. 15; CC/2002, art. 1.699)” (STJ, HC 439.973/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. j. Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 16.08.2018, *DJe* 04.09.2018).

Com o devido respeito, apesar dos louváveis argumentos em contrário, ficamos com os julgadores vencidos, uma vez que a prisão civil do devedor de alimentos deve

ser a última medida a ser tomada, a *ultima ratio*. Como constou do voto do Ministro Salomão, com a aplicação do adimplemento substancial, “impede-se o uso desequilibrado do direito – com a coerção pessoal – em prol da dignidade humana do alimentante que, de boa-fé, demonstra seu intento de saldar a obrigação, dando concretude ao finalismo ético buscado pelo ordenamento jurídico, impedindo o cerceamento da liberdade em razão de dívida insignificante” (HC 439.973/MG). Espera-se, assim, que o tema volte ao Tribunal da Cidadania e que tenha solução diversa, especialmente na Terceira Turma da Corte Superior.

Como se nota, todas essas aplicações demonstram que, realmente, a boa-fé objetiva é um dos pilares do Direito de Família Contemporâneo, a encerrar o estudo dos seus princípios fundamentais.

1.3 CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DE FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 tem um capítulo próprio que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso (*Capítulo VII, do Título VIII – Da Ordem Social*). Interpretando-se um dos dispositivos constantes desse capítulo, o art. 226 do Texto Maior, pode-se dizer que a família é decorrente dos seguintes institutos:

- Casamento civil, sendo gratuita a sua celebração e tendo efeito civil o casamento religioso, nos termos da lei (art. 226, §§ 1.º e 2.º).
- União estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º). A união estável está regulamentada nos arts. 1.723 a 1.727 do CC/2002, sem prejuízo de outros dispositivos da atual codificação.
- Entidade monoparental, ou seja, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4.º). Não há qualquer regulamentação específica dessa entidade no Código Civil ou em outra lei especial.

Alguns comentários práticos devem ser feitos em relação à concepção constitucional de família.

Primeiramente, a respeito da entidade monoparental, Eduardo de Oliveira Leite prefere utilizar a expressão *famílias monoparentais*, ensinando que “uma família é definida como monoparental quando a pessoa considerada (homem e mulher) encontra-se sem cônjuge ou companheiro, e vive com uma ou várias crianças. Enquanto na França determinou-se a idade-limite desta criança – menor de 25 (vinte e cinco) anos –, no Brasil, a Constituição limitou-se a falar em descendentes, tudo levando a crer que o vínculo pais $\times$ filhos dissolve-se naturalmente com a maioridade de 18 (dezoito) anos, conforme disposição constante no art. 5.º do CC brasileiro” (*Famílias...*, 2003, p. 22). Concorde-se com a utilização dessa expressão e com o critério mencionado pelo jurista paranaense.

É imperioso ainda verificar que há uma tendência de ampliar o conceito de família para outras situações não tratadas especificamente pelo Texto Maior. Para demonstrar esses novos modelos de família, Maria Berenice Dias fala em *Famílias Plurais*, preferindo o termo *Direito das Famílias* para o seu *Manual*, no que é acompanhada por outros juristas, caso de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (*Curso...*, 2012).

Afirma a doutrinadora e vice-presidente nacional do IBDFAM que: “O novo modelo de família funda-se sob os pilares da repersonalização, da afetividade, da pluralidade e do eudemonismo, impingindo uma nova roupagem axiológica ao direito de família (...) A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes, como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 41). Logo em seguida, a jurista traz as seguintes formas de entidades familiares:

- a) *Família matrimonial*: decorrente do casamento.
- b) *Família informal*: decorrente da união estável.
- c) *Família homoafetiva*: decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, já reconhecida por nossos Tribunais Superiores, inclusive no tocante ao casamento homoafetivo (ver *Informativo* n. 486 do STJ e *Informativo* n. 625 do STF). O tema ainda será devidamente aprofundado na presente

obra.

- d) *Família monoparental*: constituída pelo vínculo existente entre um dos genitores com seus filhos, no âmbito de especial proteção do Estado.
- e) *Família anaparental*: decorrente “da convivência entre parentes ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade e propósito”, tendo sido essa expressão criada pelo professor Sérgio Resende de Barros (DIAS, Maria Berenice *Manual...*, 2007, p. 46). Segundo as próprias palavras do Professor da USP: “que se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai, nem mãe. De origem grega, o prefixo ‘ana’ traduz ideia de privação. Por exemplo, ‘anarquia’ significa ‘sem governo’. Esse prefixo me permitiu criar o termo ‘anaparental’ para designar a família sem pais” (BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos...*, Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>>. Acesso em: 20 mar. 2007). Vale lembrar aqui a hipótese de duas irmãs idosas que vivem juntas, o que pode sim constituir uma família, conforme o entendimento do STJ a seguir exposto.
- f) *Família eudemonista*: conceito que é utilizado para identificar a família por seu vínculo afetivo, pois, nas palavras de Maria Berenice Dias, citando Belmiro Pedro Welter, a família eudemonista “busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação dos seus membros” (*Manual...*, 2007, p. 52). A título de exemplo, pode ser citado um casal que convive sem levar em conta a rigidez dos deveres do casamento, previstos no art. 1.566 do CC.

Justamente diante desses novos modelos de família é que se tem entendido que a família não pode se enquadrar numa *moldura rígida*, em um suposto rol taxativo (*numerus clausus*), como aquele constante do Texto Maior. Em outras palavras, o rol constante do art. 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo (*numerus apertus*).

Essa constatação faz com que seja inconstitucional qualquer projeto de lei que procure restringir o conceito de família, caso do *Estatuto da Família*, no singular, em

trâmite no Congresso Nacional. Por essa proposição, somente constituiriam famílias as entidades formadas por pessoas de sexos distintos que sejam casadas ou vivam em união estável, e seus filhos.

A tendência de ampliação do conceito de família é confirmada pelo STJ, ao reconhecer que o imóvel em que residem duas irmãs é bem de família, pois ambas constituem uma entidade familiar: “Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei 8.009/1990” (STJ, REsp 57.606/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Fontes d Alencar, j. 11.04.1995, *DJ* 15.05.1995, p. 13.410). O julgado mencionado reconhece como entidade familiar algo que não se enquadra em qualquer conceito do art. 226 da CF/1988, o que denota que o rol desse dispositivo não é fechado.

A mesma conclusão – pelo rol constitucional meramente exemplificativo – é retirada do reconhecimento consolidado da união homoafetiva como entidade familiar pela jurisprudência brasileira.

Conforme se extrai de ementa do Superior Tribunal de Justiça que admitiu o casamento homoafetivo, “inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado ‘família’, recebendo todos eles a ‘especial proteção do Estado’. Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados – deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade” (STJ, REsp 1.183.378/RS, 4.^a Turma Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011, *DJe* 01.02.2012). Repise-se que o tema ainda será devidamente aprofundado neste livro.

Merece destaque o conceito de família, em sentido genérico, desenvolvido por

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, no sentido de tratar-se de “un núcleo existencial integrado por pessoas unidas por um vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes” (*Novo Curso...*, 2011, p. 45). Na esteira desses entendimentos, leis recentes trazem conceitos ampliados de família, havendo séria dúvida se tais construções devem ser utilizadas apenas nos limites das próprias legislações ou para todos os efeitos jurídicos.

De início, a *Lei Maria da Penha* (Lei 11.340/2006) dispõe no seu art. 5.º, II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Na mesma linha, a antes denominada *Nova Lei da Adoção* (Lei 12.010/2009) consagra o conceito de *família extensa ou ampliada*, que vem a ser aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (alteração do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990).

Como se pode notar, as novas categorias valorizam o afeto, a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar. Destaque-se que a tendência é a de que tais conceitos sejam utilizados em todos os âmbitos, em um sentido de complementaridade com as outras leis (*diálogo das fontes legais*).

De qualquer forma, é interessante deixar claro que alguns juristas e professores ainda entendem que esse rol é taxativo, *numerus clausus*, *muitas vezes por um apego a valores sociais e religiosos do passado*. A despeito desse posicionamento, é relevante a crítica de Cristiano Chaves de Farias que entende se tratar de um equívoco ou de um problema hermenêutico, “uma vez que a interpretação sistemática e teleológica dos preceitos constitucionais conduz, como mão segura, à ideia de inclusão de outros modelos familiares” (FARIAS, Cristiano Chaves. *Direito constitucional...*, 2004, p. 26). Mais à frente e no mesmo trabalho, conclui o doutrinador baiano, com quem se concorda, que: “A entidade familiar deve ser entendida hoje como grupo social fundado, essencialmente, por laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do texto constitucional” (p. 30).

Filia-se estritamente a tais palavras diante da tendência demonstrada de se admitir outras manifestações familiares, posicionamento este que já foi adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente em relação à união homoafetiva e ao casamento homoafetivo.

Ressalte-se que tramita no Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional, de autoria original do Deputado Antônio Carlos Biscaia, conforme proposição formulada pelo IBDFAM. Nela, seria dada nova redação ao § 4.º do art 226 do Texto Maior, nos seguintes termos: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, ou união afetiva de convivência estável e com objetivo de constituição de família”. A proposta está em fase de colheita de assinaturas, e deve ser aprovada em breve. A proposição está de acordo com o conceito de *famílias plurais*, defendida por esta obra.

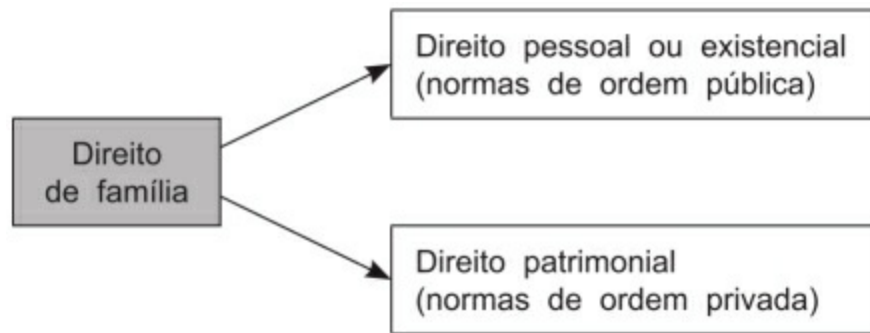
Finalmente, interessante tecer alguns comentários sobre o conceito de *família mosaico* ou *famílias pluriparentais*. O tema foi abordado no *V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, realizado em 2005, por Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, do Paraná (FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN Konstanze. *As famílias...*, *Anais do V Congresso Brasileiro...*, 2006, p. 507). Essa entidade familiar é aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros, tendo sido objeto de matéria da revista *Veja*, em agosto de 2004. Utiliza-se o símbolo do *mosaico*, diante de suas várias cores, que representam as várias origens.

A título de exemplo, imagine-se um caso em que *A* já foi casado por três vezes, tendo um filho do primeiro casamento, dois do segundo e um do terceiro. *A*, dissolvida a última união, passa a viver em união estável com *B*, que tem cinco filhos: dois do primeiro casamento, um do segundo, um do terceiro e um de união estável também já dissolvida. No caso em questão, haverá uma *família mosaico* que, sem dúvida, deve ser reconhecida como entidade familiar.

Com esse instigante conceito encerra-se o capítulo introdutório desta obra.

1.4 RESUMO ESQUEMÁTICO

– *Conceito de Direito de Família*: ramo do Direito Civil que tem como conteúdo o estudo dos seguintes institutos jurídicos: casamento, união estável, relações de parentesco, filiação, reconhecimento de filhos, alimentos, bem de família, tutela, curatela e guarda. Acrescente-se o atual tema das *novas famílias*. O Direito de Família é constituído, na essência, por normas de ordem pública, relacionadas com o direito pessoal ou existencial. Mas há também normas de ordem privada, de cunho patrimonial. Nesse sentido, podemos compor o seguinte gráfico:



– *Transformações e princípios*: o Direito de Família vem passando por profundas transformações estruturais, diante de novos princípios que são aplicáveis a esse ramo jurídico, alguns de índole constitucional. Fazendo trabalho de sistematização, podemos apontar os seguintes regramentos básicos:

- a) Princípio de proteção da dignidade da pessoa humana, incluindo a ideia de busca pela felicidade (art. 1.º, III, da CF/1988).
- b) Princípio da solidariedade familiar (art. 3.º, I, da CF/1988).
- c) Princípio da igualdade entre filhos (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC).
- d) Princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros (art. 226, § 5.º, da CF/1988 e art. 1.511 do CC).
- e) Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 226, § 5.º, e 226, § 7.º, da CF/1988 e arts. 1.566, III e IV, 1.631 e 1.634 do CC).
- f) Princípio da não intervenção ou da liberdade (art. 1.513 do CC).
- g) Princípio do melhor interesse da criança (art. 227, *caput*, da CF/1988 e ar

1.583 e 1.584 do CC).

- h) Princípio da afetividade.
- i) Princípio da função social da família.
- j) Princípio da boa-fé objetiva.

– *Concepção constitucional de família*: a família, base da sociedade, pode decorrer de:

- a) Casamento.
- b) União estável.
- c) Famílias monoparentais, ou seja, relações entre ascendentes e descendente caracterizadas pela afetividade.

Observação importante: A doutrina e a jurisprudência majoritárias vêm apontando que o rol constante da Constituição Federal é exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*). Assim sendo, podem existir outras manifestações familiares, além daquelas expressas no Texto Maior. Exemplo: duas irmãs que residem em um imóvel constituem família e o imóvel é protegido pela impenhorabilidade da Lei 8.009/1990 (STJ). Trata-se de uma *família anaparental*. A jurisprudência superior brasileira já consolidou o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar (ver *Informativo* n. 625 do STF e *Informativo* n. 486 do STJ). A tendência das leis contemporâneas é igualmente de reconhecer conceitos amplos de família, englobando a união homoafetiva. Cite-se a Lei 11.340/2006, conhecida como *Lei Maria da Penha*, ao dispor no seu art. 5.º, II, que se deve entender como família a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa. Na mesma linha, a *Lei da Adoção* (Lei 12.010/2009) consagra o conceito de *família extensa ou ampliada*, que vem a ser aquela que se estende para além da unidade de pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (alteração do art. 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei

8.069/1990).

1.5 QUESTÕES CORRELATAS

01. (DPE/MA – FCC – Defensor Público – 2015) Sobre a pluralidade do conceito de família, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em sua redação original reconheceu expressamente como entidades familiares

- (A) as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, chamadas pela doutrina de famílias homoafetivas, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no ano de 2011.
- (B) apenas as matrimoniais, informais e monoparentais, mas não impede o reconhecimento de outros possíveis arranjos familiares como decorrência dos princípios e direitos fundamentais.
- (C) apenas as matrimoniais e informais, equiparando-as expressamente pelo princípio da igualdade entre cônjuges e companheiros, de modo que qualquer distinção que a lei estabeleça entre o casamento e a união estável é inconstitucional.
- (D) as famílias anaparentais, que são aquelas formadas por pessoas sem ascendência ou descendência entre si, mas que se reúnem com base no afeto e no objetivo de juntos constituírem uma família.
- (E) as famílias pluriparentais ou recompostas, como aquelas decorrentes de vários casamentos, uniões estáveis ou outros relacionamentos afetivos de seus membros.

02. (DPU – CESPE – Defensor Público Federal de Segurança Categoria – 2015) Tendo em vis que a diversidade e a multiplicidade de relações intersubjetivas têm se refletido na interpretação das normas jurídicas, julgue o item que se segue.

Conforme entendimento do STJ, a paternidade socioafetiva deve prevalecer em detrimento da biológica.

- () Certo
- () Errado

03. (DPU – CESPE – Defensor Público Federal de Segurança Categoria – 2015) Tendo em vis que a diversidade e a multiplicidade de relações intersubjetivas têm se refletido na interpretação das normas jurídicas, julgue o item que se segue.

Conforme o STF, não se deve considerar a orientação sexual das pessoas no que se refere à interpretação do conceito de família, de modo que o tratamento dado a casais heteroafetivos e a pares homoafetivos deve ser isonômico.

- () Certo
- () Errado

04. (MPE-PB – Promotor de Justiça Substituto – FCC – 2018) A respeito dos poderes do Estado em matéria de direito de família, é correto afirmar:

- (A) É defeso a qualquer pessoa de direito público interferir na comunhão de vida instituída pela família, sendo o planejamento familiar de livre escolha, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.
- (B) É defeso a qualquer pessoa de direito público, mas não às de direito privado de natureza assistencial, interferir na comunhão de vida instituída pela família, e, no caso de planejamento familiar, incumbe ao Estado orientar o casal nas escolhas e assistir na decisão sobre métodos contraceptivos.
- (C) É inconstitucional a regra que estabelece ser o casamento civil, porque as pessoas têm liberdade de optar pelo casamento religioso com a mesma eficácia, e independentemente de qualquer outra formalidade.
- (D) A direção da sociedade conjugal será exercida exclusivamente em colaboração pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos, sendo vedado recorrer à autoridade administrativa ou judiciária para dirimir eventuais controvérsias.
- (E) A guarda compartilhada de filhos, no caso de divórcio, só pode ser decidida em acordo amigável entre pai e mãe, e não por decreto do Juiz.

05. (TJSP – 177.º Concurso – Exame Oral) O que significa e como é aplicado à diferença de sexo: o princípio da isonomia? Onde está o princípio da isonomia na Constituição Federal de 1988?

Resposta: Apontar que o princípio da isonomia consta do art. 5.º da CF/1988 e é consubstanciado na oração de Ruy Barbosa: “A lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais”. Salientar que uma das especialidades dessa isonomia seria justamente a igualdade entre os cônjuges ou os companheiros, que consta do inc. I daquele comando legal. Explorar a aplicação ou não do art. 100, I, do CPC, que prevê o foro privilegiado a favor da esposa como um exemplo de aplicação dessa isonomia.

06. (MP/MG – 2.ª fase – 2006) Discorra sobre a paternidade socioafetiva.

Resposta: Formular dissertação com base nos pontos levantados no presente capítulo quanto ao princípio da afetividade.

GABARITO

01 – B	02 – ERRADO	03 – CERTO
04 – A		



CASAMENTO – CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, INVALIDADE E EFEITOS DO CASAMENTO

Sumário: 2.1 Conceito e natureza jurídica do casamento. Regras iniciais – 2.2 Da capacidade para o casamento. Diferenças entre incapacidade e impedimentos – 2.3 Impedimentos matrimoniais no Código Civil de 2002 – 2.4 As causas suspensivas do casamento – 2.5 Do processo de habilitação e da celebração do casamento: 2.5.1 Casamento nos casos de moléstia grave; 2.5.2 Casamento nuncupativo (em viva voz) ou *in extremis vitae momentis*, ou *in articulo mortis*; 2.5.3 Casamento por procuração; 2.5.4 Casamento religioso com efeitos civis; 2.5.5 Casamento perante autoridade consular – 2.6 Da invalidade do casamento: 2.6.1 Introdução; 2.6.2 Do casamento inexistente; 2.6.3 Do casamento nulo; 2.6.4 Do casamento anulável; 2.6.5 Do casamento putativo – 2.7 Prova do casamento – 2.8 Efeitos e deveres do casamento – 2.9 Responsabilidade pré-negocial no casamento. A quebra de promessa de casamento. A aplicação da boa-fé objetiva – 2.10 Resumo esquemático – 2.11 Questões correlatas – Gabarito.

2.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO REGRAS INICIAIS

O casamento pode ser conceituado como a união de duas pessoas, reconhecida

e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseado em um vínculo de afeto. Na doutrina atual, destaca-se o interessante conceito oferecido por Maria Helena Diniz, para quem: “O casamento é o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família” (DINIZ Maria Helena. *Curso...*, 2005, p. 39). Consigne-se, de igual modo, o conceito de Paulo Lôbo, para quem “o casamento é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família por livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado” (LÔBO, Paulo *Famílias...*, 2008, p. 76).

Nota-se que, pela conceituação clássica, seguida em edições anteriores desta obra, o casamento exigiria diversidade de sexos. Todavia, desde 2011, com a decisão do STF sobre união homoafetiva, reconhece-se, no Brasil, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou *casamento homoafetivo*. Nessa linha, posicionou-se o Superior Tribunal de Justiça, ao final daquele mesmo ano, conforme acórdão assim publicado no seu *Informativo* n. 486:

“Casamento. Pessoas. Igualdade. Sexo. *In casu*, duas mulheres alegavam que mantinham relacionamento estável há três anos e requereram habilitação para o casamento junto a dois cartórios de registro civil, mas o pedido foi negado pelos respectivos titulares. Posteriormente ajuizaram pleito de habilitação para o casamento perante a vara de registros públicos e de ações especiais sob o argumento de que não haveria, no ordenamento jurídico pátrio, óbice para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Foi-lhes negado o pedido nas instâncias ordinárias. O Min. Relator aduziu que, nos dias de hoje, diferentemente das constituições pretéritas, a concepção constitucional do casamento deve ser plural, porque plurais são as famílias; ademais, não é o casamento o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, qual seja, a proteção da pessoa humana em sua dignidade. Assim sendo, as famílias formadas por pessoas homoafetivas não são menos dignas de proteção do Estado se comparadas com

aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. O que se deve levar em consideração é como aquele arranjo familiar deve ser levado em conta e, evidentemente, o vínculo que mais segurança jurídica confere às famílias é o casamento civil. Assim, se é o casamento civil a forma pela qual o Estado melhor protege a família e se são múltiplos os arranjos familiares reconhecidos pela CF/1988, não será negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos nubentes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas e o afeto. Por consequência, o mesmo raciocínio utilizado tanto pelo STJ quanto pelo STF para conceder aos pares homoafetivos os direitos decorrentes da união estável deve ser utilizado para lhes proporcionar a via do casamento civil, ademais porque a CF determina a facilitação da conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3.º). Logo, ao prosseguir o julgamento, a Turma, por maioria, deu provimento ao recurso para afastar o óbice relativo à igualdade de sexos e determinou o prosseguimento do processo de habilitação do casamento, salvo se, por outro motivo, as recorrentes estiverem impedidas de contrair matrimônio” (STJ, REsp 1.183.378/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011).

Consigne-se que, na mesma linha da possibilidade jurídica do casamento homoafetivo, concluiu o Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de São Paulo, em decisão publicada em 23 de outubro de 2012, com a seguinte ementa: “Registro civil das pessoas naturais – recurso interposto contra sentença que indeferiu a habilitação para o casamento entre pessoas do mesmo sexo – orientação emanada em caráter definitivo pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 4277), seguida pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.183.378) – Impossibilidade de a via administrativa alterar a tendência sacramentada na via jurisdicional – Recurso provido” (Apelação Cível 0010043-42.2012.8.26.0562, da Comarca de Santos).

Conforme se extrai da precisa e técnica relatoria do Des. José Renato Nalini que menciona as decisões dos Tribunais Superiores, “a partir da sinalização das

Cortes Superiores, inúmeras as decisões amparadas e fundamentadas nesses julgados. Inclusive em São Paulo. Se, na via administrativa, fosse alterada essa tendência, o Judiciário se veria invocado a decidir, agora na esfera jurisdicional, matéria já sacramentada nos Tribunais com jurisdição para todo o território nacional. Como servos da Constituição – interpretada por aquele Colegiado que o pacto federativo encarregou guardá-la – os juízes e órgãos do Poder Judiciário não podem se afastar da orientação emanada em caráter definitivo pelo STF. É por isso que, doravante, os dispositivos legais e Constitucionais relativos ao casamento e à união estável não podem mais ser interpretados à revelia da nova acepção jurídica que lhes deram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça”.

Ao final do mesmo ano de 2012, a Corregedoria do Tribunal de Justiça de São Paulo acabou por regulamentar a possibilidade do casamento homoafetivo diretamente nos Cartórios de Registro Civil, por meio do seu Provimento CC 41/2012, que disciplina que “Aplicar-se-ão ao casamento ou à conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo as normas disciplinadas nesta Seção”. Desse modo, na porção geográfica de elaboração desta obra, admite-se, plenamente e desde 2012, o casamento homoafetivo.

Fez o mesmo, em âmbito nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da sua Resolução n. 175, de 2013, que veda às autoridades competentes, caso dos responsáveis pelos Cartórios de Registro Civil de todo o País, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

No âmbito doutrinário, na *VII Jornada de Direito Civil*, realizada pelo Conselho da Justiça Federal em 2015, aprovou-se enunciado segundo o qual é existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Enunciado n. 601). Cabe pontuar que desse evento participaram juristas com as mais variadas visões sobre o Direito de Família e, mesmo assim, a proposta aprovada conseguiu ampla maioria, o que demonstra uma sedimentação doutrinária a respeito do tema no País.

Frise-se que não houve ainda qualquer alteração legislativa no sentido de admissão da nova entidade familiar, o que não deve ser considerado como óbice para o seu amplo reconhecimento, pois cabe à doutrina e à jurisprudência a tarefa de

adequar a norma ao fato social, o que vem ocorrendo. Confirmada a premissa de inclusão, todas as regras pessoais e patrimoniais do casamento entre pessoas de sexos distintos incidem para o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Feita tal pontuação importante, no que concerne à sua natureza jurídica do casamento, três são as teorias que procuram justificá-la.

- a) *Teoria institucionalista*: para essa corrente, o casamento é uma *instituição social*. Essa concepção é defendida por Maria Helena Diniz, pois a ideia de matrimônio é oposta à de contrato (*Curso...*, 2005, p. 44). Haveria aqui uma forte carga moral e religiosa, que vem sendo superada pela doutrina e pela jurisprudência.
- b) *Teoria contratualista*: o casamento constitui um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação. Parece-nos que a essa corrente está filiado Silvio Rodrigues, que assim define o instituto: “Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem a mútua assistência” (*Direito civil...*, 2002, p. 19). É pertinente apontar que essa corrente é adotada pelo Código Civil português, que em seu art. 1.577.º traz a seguinte previsão: “Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.
- c) *Teoria mista ou eclética*: segundo essa corrente, o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação, corrente esta que é defendida por Eduardo de Oliveira Leite (*Direito civil...*, 2005, p. 50), Guilherme Calmon Nogueira da Gama (*Direito...*, 2008, p. 10-11), Roberto Senise Lisboa (*Manual...*, 2004, v. 5, p. 82), Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Manual...*, 2005, p. 25), entre outros autores.

Das três correntes expostas, somos adeptos da terceira (*teoria eclética ou*

mista). Quanto à primeira corrente, entendemos que ela se encontra superada pela aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares. No que concerne à segunda, achamos exagerado afirmar que o casamento é um contrato. Isso porque o contrato ainda é conceituado, em uma visão clássica, como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral que visa a criação, a modificação ou a extinção de direitos e deveres, com *conteúdo patrimonial*. Ora, quando as pessoas se casam não buscam esse intuito patrimonial, mas afetivo, para uma comunhão plena de vida (art. 1.511 do CC). Pelo menos é o que se espera. Em reforço, deve-se observar que a principiologia do casamento é totalmente diversa dos regramentos básicos aplicáveis aos contratos.

Desse modo, melhor considerar o casamento como um negócio jurídico bilateral *sui generis*, especial. Trata-se, portanto, de um negócio híbrido: na formação é um contrato, no conteúdo é uma instituição. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa ensina que, “em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico bilateral; o casamento-estado é uma instituição” (*Direito...*, 2005, p. 45).

Superadas a conceituação e a análise da natureza jurídica do casamento, é interessante abordar os dispositivos iniciais que tratam do instituto no Código Civil de 2002.

Primeiramente, enuncia o art. 1.511 do CC/2002 que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Como outrora exposto, esse dispositivo consagra a igualdade entre os cônjuges.

Complementando o que consta do Texto Maior, estabelece o atual Código Civil que o casamento é civil e gratuita a sua celebração (art. 1.512 do CC). Quanto à habilitação para o casamento, nossa lei civil dispõe que o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei. Vê-se, aqui, traço de proteção das classes mais desfavorecidas, o *Direito Civil dos Pobres*, o que remonta à clássica obra de Antonio Menger (*El derecho civil...*, 1898).

Conforme o outrora analisado art. 1.513 do CC/2002, é proibido a qualquer pessoa, seja de direito público ou de direito privado, intervir ou interferir nas

relações familiares. O dispositivo consagra o *princípio da liberdade ou da não intervenção*.

A respeito do aperfeiçoamento desse negócio jurídico, este ocorre no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz (autoridade celebrante), a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e essa autoridade os declara casados (art. 1.514 do CC). Atente-se que antes da celebração do casamento deve ser realizado o processo de habilitação, que ainda será estudado (arts. 1.525 a 1.532 do CC).

Encerrando o estudo inicial da categoria jurídica casamento, cumpre lembrar que três são os princípios relacionados com o casamento, conforme aponta a nossa melhor doutrina (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil...*, 2005, p. 51; e DINIZ Maria Helena. *Curso...*, 2005, p. 47).

O primeiro deles é o *princípio da monogamia*, que continua vigente em nosso ordenamento jurídico para o casamento. Esse regramento pode ser retirado do art. 1.521, VI, do CC, que dispõe que não podem casar as pessoas casadas, o que constitui um impedimento matrimonial a gerar a nulidade absoluta do casamento (art. 1.548, II, do CC).

O segundo princípio é o da *liberdade de união*, que consubstancia a livre escolha da pessoa do outro cônjuge como manifestação da autonomia privada, princípio esse que também pode ser retirado do art. 1.513 do Código Civil em vigor.

Por fim, há o *princípio da comunhão de vida ou comunhão indivisa, regido pela igualdade entre os cônjuges*, pois “os nubentes comungam os mesmos ideais, renunciando os institutos egoísticos ou personalistas, em função de um bem maior que é a família” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil...*, 2005, p. 52).

Esse último princípio consta do art. 1.565 da atual codificação privada, pois, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. Retira-se esse regramento também do art. 1.511 do CC/2002, pelo qual “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

2.2 DA CAPACIDADE PARA O CASAMENTO. DIFERENÇ.

ENTRE INCAPACIDADE E IMPEDIMENTOS

Não se pode confundir a incapacidade para o casamento com os impedimentos matrimoniais. A primeira (incapacidade) impede que alguém se case com qualquer pessoa, enquanto os impedimentos somente atingem determinadas pessoas em determinadas situações. Em outras palavras, os impedimentos envolvem a *legitimação*, conceituada como uma capacidade ou condição especial para celebrar determinado ato ou negócio jurídico.

Aspecto que sempre mereceu críticas é o fato de o CC/2002 não trazer um rol específico a respeito das pessoas capazes (ou incapazes) de casar, tratando apenas da idade mínima para tanto (art. 1.517). *De lege ferenda*, esse rol sequer consta do Projeto de Lei 470/2013, conhecido como *Estatuto das Famílias* do IBDFAM, no plural, que pretende descodificar tal matéria, tratando-a em separado, em lei especial. Todavia, mostrando certa evolução, o texto do Estatuto das Famílias enuncia que os relativamente incapazes necessitam de autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais.

Pois bem, como não há regras específicas a respeito da capacidade para o casamento, sempre foi necessário socorrer-se à Parte Geral do CC/2002, em complemento ao que consta do seu art. 1.517. Todavia, como exposto no Volume 1 desta Coleção, a teoria das incapacidades foi substancialmente alterada pela recente Lei 13.146, de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A mudança estrutural que interessa em matéria de capacidade para o casamento diz respeito à revogação de todos os incisos do art. 3.º do Código Civil. No sistema anterior, eram tidos como absolutamente incapazes: *a)* os menores de dezesseis anos (menores impúberes); *b)* os enfermos e deficientes mentais sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil; e *c)* as pessoas que por causa transitória ou definitiva não pudessem exprimir sua vontade. Em edições anteriores deste livro afirmávamos que esses sujeitos também seriam os incapazes para o casamento.

Porém, o panorama legal mudou. Na nova redação do art. 3.º do Código Civil somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não mais havendo

maiores que tenham tal condição. A antiga previsão do seu inciso II foi totalmente retirada do sistema. O seu anterior inciso III passou a compor o inciso III do art. 4.º em substituição aos excepcionais com desenvolvimento completo. Em suma, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade, caso do sujeito em coma, passaram a ser relativamente incapazes para os atos civis em geral.

Assim, com as mudanças citadas, parece que o sistema finalmente encontrou uma coerência técnica, pois os incapazes para o casamento são apenas os menores de 16 anos, nos termos do art. 1.517 do Código Civil e do novo art. 3.º do Código Civil devidamente atualizado com a Lei 13.146/2015. Como se verá a seguir, o Estatuto da Pessoa com Deficiência também retirou do sistema a possibilidade de nulidade absoluta do casamento da pessoa enferma mental, tendo sido revogado o art. 1.548, inciso I, da codificação material. Isso também colaborou para a citada coerência técnica, na opinião deste autor.

Oportuno ressaltar que as pessoas com deficiência tiveram uma inclusão familiar plena pelo seu estatuto protetivo. Conforme o art. 6.º da Lei 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: *a)* casar-se e constituir união estável; *b)* exercer direitos sexuais e reprodutivos; *c)* exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; *d)* conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; *e)* exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e *f)* exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, como se vê, pretendeu igualar a pessoa com deficiência para os atos existenciais, o que representa um notável avanço, na *opinium* deste autor.

Na tutela das pessoas com deficiência, substituiu-se a premissa da *dignidade-vulnerabilidade* pela *dignidade-igualdade*. Todavia, alguns reparos devem ser feitos na lei, especialmente perante o Novo CPC. Por isso, somos favoráveis, em parte, à aprovação do Projeto de Lei 757/2015, originário do Senado Federal, e que tem nosso parecer de apoio parcial. A análise do cerne da proposição será feita neste

livro.

Feitas tais considerações, ainda a respeito da capacidade matrimonial e em complemento, o homem e a mulher com dezesseis anos (idade núbil) podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil (18 anos) – art. 1.517 do CC. Havendo divergência entre os pais, a questão será levada ao juiz, que decidirá de acordo com o caso concreto, sempre buscando a proteção integral do menor e da família, ambos amparados constitucionalmente (art. 1.517, parágrafo único, do CC). Conforme esclarecedor enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, “O artigo 1.517 do Código Civil, que exige autorização dos pais ou responsáveis para casamento, enquanto não atingida a maioridade civil, não se aplica ao emancipado” (Enunciado n. 512 do CJF/STJ).

Prevvia originalmente o art. 1.518 do Código Civil que a autorização especial para o casamento poderia ser revogada pelos pais, tutores ou curadores até a celebração do casamento. Esse comando também foi alterado pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), passando a enunciar que “até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização”. Como se percebe, não há mais menção aos curadores, uma vez que não se decreta mais a nulidade das pessoas que estavam mencionadas no art. 1.548, inciso I, do CC/2002, ora revogado pelo mesmo Estatuto, como antes destacado.

Essa autorização pode ser revogada pelos pais, tutores ou curadores até a celebração do casamento (art. 1.518 do CC). Se a denegação do consentimento for injusta, esta pode ser suprida pelo juiz, também sempre em busca da proteção integral do menor e da família (art. 1.519 do CC).

O art. 1.520 do CC/2002 traz questão polêmica, diante de duas novas leis que surgiram sucessivamente à codificação material, a Lei 11.106/2005 e a Lei 12.015/2009. É a redação do dispositivo do Código Civil em comento: “Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez”. A polêmica deve ser analisada separadamente, levando-se em conta a entrada em vigor das duas leis, de forma sucessiva.

De início, a Lei 11.106/2005 afastou a extinção da punibilidade nos casos de estupro presumido (art. 107, incs. VII e VIII, do CP), ou seja, na hipótese de alguér manter uma relação sexual com uma criança com idade inferior a 14 anos, e depois se casar com ela. Como não há que se falar mais em extinção da punibilidade, muitos doutrinadores passaram a entender que o art. 1.520 do CC estaria revogado na parte que tratava da extinção da pena criminal.

Todavia, em edições anteriores desta obra, havia manifestação em sentido contrário, ou seja, ainda pela possibilidade do casamento, havendo o estupro presumido. A essa conclusão também chegava Luiz Augusto Zamuner, em artigo publicado no *site* do autor desta obra, a quem se filiava (A Lei 11.106/2005..., Disponível em <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 7 fev. 2006). Vejamos os argumentos esposados anteriormente, naquele ano de 2005.

Primeiramente, não se poderia falar em revogação da norma civil, pois o menor poderia sim, em alguns casos, exercer a opção de se casar com aquele que praticou o crime contra os costumes. Como a ação penal, no caso do crime em questão, era considerada de natureza privada, estávamos diante de um caso de renúncia ou perdão tácito, que decorreria de fato incompatível com a pretensão de ver o agente punido, no caso, com a celebração do casamento.

Em casos tais, se a menor quisesse se casar, a sua vontade poderia ser considerada relevante para tal finalidade, conforme o Enunciado n. 138 do CJP/STJ da *I Jornada de Direito Civil* (“A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3.º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”). Com base nesse enunciado doutrinário, o magistrado poderia autorizar o casamento se a menor declarasse querer viver com o pai da criança e desde que demonstrasse discernimento bastante para tanto, o que seria provado por perícia psicológica.

Além desse argumento penal, poderia ser utilizado um argumento civil. Como a família deve ser analisada de acordo com o contexto social, o casamento com o autor do crime poderia ser tido como uma forma de abrandar o problema de uma gravidez indesejada. Ou melhor, seria adequado enviar o criminoso, pai dessa criança que

ainda vai nascer, para a cadeia?

Quanto a essa indagação, respondia Luiz Augusto Zamuner: “Considerando que nossa Constituição Federal põe o casamento como instituição principal para a formação de família, sendo essa ‘a base da sociedade’ (art. 226), seria possível considerar inconstitucional a dita revogação das causas extintivas da punibilidade, pois elas representavam forma de proteção da entidade familiar. Aliás, *a priori*, seria razoável afastar a espada criminal do autor de crime sexual se a própria vítima concordou, posteriormente, em com esse constituir família. Isso porque o Direito Penal deve ser encarado como a *ultima ratio*, e nesse quadro apresentado já teria havido a estabilização social. Mas essa matéria ainda deve ser analisada cautelosamente pela jurisprudência, em casos concretos ou até mesmo pela via concentrada de controle de constitucionalidade”.

Sem dúvida, o Direito Penal deve ser *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido, enquanto o Direito de Família busca a pacificação social, a vida conjunta em harmonia. Em reforço, anteriormente, poderia ser citado o princípio de melhor interesse da criança e do adolescente (*best interest of the child*), bem como a *função social da família*, regramentos outrora estudados na introdução deste livro.

Ora, poderia ser ilustrado o caso de uma menina de 13 anos que teve relacionamento sexual com um homem de 18 anos e dele ficou grávida. O pai da criança não tem qualquer antecedente criminal e a menor quer casar com o *criminoso* a qualquer custo. Ambos se amam. Se entendêssemos simplesmente pela derrogação do dispositivo, esse casamento não poderia ser realizado. Como conclusão, o pai da criança iria para a cadeia e a menor ficaria em situação de desamparo. Aliás, na prática, possivelmente constituiria uma união estável com o pai da criança, passando a visitá-lo na prisão. Acredita-se que o casamento e a consequente extinção da punibilidade do agente eram a melhor solução para esse caso descrito. E justamente por poder ser aplicado a casos como esse é que o art. 1.520 do CC deveria permanecer incólume. Por esse entendimento, o Direito de Família acabaria prevalecendo sobre o Direito Penal.

Em edições anteriores, sustentávamos a aplicação do dispositivo do Código Civil em alguns casos, ou seja, a sua manutenção. Por certo é que muitas situações que

ocorreram na prática não são *românticas* como a aqui descrita...

De toda sorte, nos livros antecedentes era exposta corrente que já defendia a revogação parcial do dispositivo, trazendo do mesmo modo fundamentos que deveriam ser considerados, caso do promotor em Minas Gerais, Thales Tácito de Pontes Luz de Pádua Cerqueira:

“Portanto, o art. 1.520 do NCC, que versa sobre o casamento excepcionando a regra da idade núbil, permitindo-o para evitar a imposição de pena criminal, realmente terá parte como letra-morta (e não derogado) por força do desaparecimento jurídico do art. 107, VII e VIII, ou seja, prevalecerá apenas a parte que autoriza o casamento abaixo da idade núbil quando resulta gravidez, eis que a outra parte ficou sem ‘alma’” (CERQUEIRA, Thales Tácito de Pontes Luz de Pádua. A Lei 11.106/2005..., disponível em: <<http://www.ammp.com.br/headerCanal.php?IdCanal=MjM&id=Mg=>>, acesso em: 6 mar. 2006).

No mesmo sentido, ensinava Maria Berenice Dias que: “a transformação da mulher em excludente da criminalidade era algo denominado, no mínimo, odioso. Ainda que foram excluídos pela Lei 11.106/2005 os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, que previam o casamento da vítima como causa de extinção da punibilidade. Com isso restou derogada a possibilidade de permitir o casamento de uma adolescente para evitar a imposição de pena criminal. Isso significava nada mais do que a descriminalização do estupro, absolvendo-se o estuprador se ele casasse com a vítima, mesmo que fosse ela menor de idade. Permanece tão só a possibilidade de ser autorizado o casamento quando das relações sexuais com quem ainda não atingiu a idade núbil (ou seja, tenha menos de 16 anos) resultem gravidez (CC 1.520)” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 98).

Destaca-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já havia entendido que o fato do criminoso constituir união estável com a vítima não gerava a extinção da sua punibilidade penal em casos semelhantes ao aqui exposto:

“Extinção de punibilidade. Estupro de vítima menor de 14 anos e união estável. Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de se aplicar a regra prevista no inciso VII do art. 107 do CP em favor de condenado por estupro, que passou a viver em união estável com a vítima, menor de quatorze anos, e o filho, fruto da relação (CP: ‘Art. 107. Extingue-se a punibilidade:... VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes...’). Entendeu-se que somente o casamento teria o condão de extinguir a punibilidade, e que a união estável sequer poderia ser considerada no caso, haja vista a menor ser incapaz de consentir. Ressaltaram-se, também, as circunstâncias terríveis em que ocorrido o crime, quais sejam, o de ter sido cometido pelo tutor da menor, e quando esta tinha nove anos de idade. Asseverou-se, por fim, o advento da Lei 11.106/2005, que revogou os incisos VII e VIII do art. 107 do CP. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, relator, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence que davam provimento ao recurso para declarar a extinção da punibilidade, reconhecendo a união estável, e aplicando, por analogia, em face do art. 226, § 3.º, da CF, o inciso VII do art. 107 do CP, tendo em vista o princípio da ultratividade da lei mais benéfica” (STF, RE 418.376/MS, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, Rel. p. acórdão Min. Joaquim Barbosa, 09.02.2006).

No passado, este autor sustentava que, no caso descrito no julgado, de relacionamento com uma menor de nove anos de idade, por óbvio, dever-se-ia entender que o casamento não poderia ser realizado. Isso porque a manifestação da vontade da menor não seria juridicamente relevante para tanto. Essa seria justamente uma das situações *não românticas* como mencionado outrora; muito ao contrário, haveria uma trágica situação, não se podendo extinguir a punibilidade penal daquele que manteve o relacionamento com a menor. No caso em questão, o art. 1.520 do CC não teria incidência.

A conclusão anterior, em suma, era na linha de se analisar caso a caso, o que traria a conclusão de que seria melhor considerar que o art. 1.520 do CC não foi

derrogado ou revogado parcialmente de forma tácita. Nesse sentido, determinando uma leitura civil-constitucional do art. 1.520 do CC, o teor do Enunciado n. 329 do CJP/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil* ocorrida em Brasília em outubro de 2006, prevê que: “A permissão para casamento fora da idade núbil merece interpretação orientada pela dimensão substancial do princípio da igualdade jurídica, ética e moral entre o homem e a mulher, evitando-se, sem prejuízo do respeito à diferença, tratamento discriminatório”.

Pois bem, a segunda lei penal, a Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009, parece ter encerrado o debate anterior, não sendo mais possível o casamento da menor com aquele que cometeu o crime antes denominado como de estupro presumido, em hipótese alguma. Isso porque o Código Penal, ao tratar dos *crimes sexuais contra vulnerável*, passou a prever em seu art. 217-A que é crime “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”. O tipo penal passou a ser denominado como *estupro de vulnerável*, sendo certo que a vulnerabilidade encerra uma presunção absoluta ou *iure et de iure*.

Outro ponto fulcral da alteração consta do novo art. 225, parágrafo único, do Código Penal, segundo o qual, havendo pessoa vulnerável, a ação penal do crime sexual é pública incondicionada.

Desse modo, não sendo mais a ação penal de natureza privada, não pode o casamento funcionar como forma de perdão tácito do crime, conforme outrora era exposto. Em suma, desaparece o fundamento principal da tese que era anteriormente defendida por este autor.

Em reforço, apesar das tentativas de alguns juristas e julgadores em mitigar a ideia de vulnerabilidade, essa realmente parece encerrar um conceito jurídico absoluto. A esse propósito, aliás, o presente autor já se manifestou em outras obras, tratando de Direito do Consumidor, que a vulnerabilidade gera uma presunção absoluta, que não pode ser declinada ou afastada por interpretação do jurista (por todos: TARTUCE, Flávio; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual...*, 2017). Dessa forma, deve ser mantida a coerência na análise da ideia de *parte vulnerável*.

A propósito, seguindo essa linha, entendeu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em agosto de 2015 e em sede de incidente de recursos

repetitivos, que, “para a caracterização do crime de estupro de vulnerável, previsto no artigo 217-A do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime” (STJ, REsp 1.480.881/PI, 3.^a Seção, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 26.08.2015, DJe 10.09.2015, publicado no seu *Informativo n. 568*). No mesmo sentido, a Súmula 593 da Corte, de outubro de 2017: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

Como se pode notar, a nova lei e a decisão superior destacada colocam o Direito Penal em posição de prestígio em relação ao Direito de Família, o que pode ser lamentável em algumas situações, para alguns juristas. A esse propósito, entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, que “as especificidades do caso concreto poderão determinar solução diversa. Verificando o juiz ter havido namoro sério, numa ambiência psicológica de maturidade inequívoca das partes envolvidas, especialmente a incapaz (e isso não é incomum nos dias de hoje) e concorrendo, ainda, a anuência dos pais, poder-se-ia, em tese, reconhecer a atipicidade do fato criminoso, o que justificaria, por consequência, a autorização para casar. Faltaria, nessa linha de inteligência, justa causa para a própria ação penal passível, portanto, de trancamento” (*Novo curso...*, 2011, p. 167).

Apesar dessa posição doutrinária, ressalve-se que o Superior Tribunal de Justiça concluiu em 2015, na última decisão citada, que a ideia de vulnerabilidade não pode ser mitigada em casos tais. Ademais, nos últimos tempos, tem-se contestado duramente o casamento das pessoas menores de 16 anos, havendo projeto de lei avançado em curso no Congresso Nacional com o objetivo de retirar a sua possibilidade do nosso ordenamento jurídico (PLC 56/2018).

Superada essa questão delicada, lembre-se que enquanto os impedimentos matrimoniais apenas atingem determinadas pessoas, a incapacidade matrimonial veda que a pessoa se case com qualquer um que seja. Em relação aos impedimentos, o

CC/2002 inovou substancialmente no tocante à matéria. Isso porque o art. 183 do CC/1916 trazia em seus dezesseis incisos, de forma concentrada e confusa, todos os impedimentos. Com tom didático, diante da operabilidade, o Código Civil de 2002 trata apenas de uma espécie de impedimento e não mais de impedimentos absolutos, relativos e impedientes, como fazia a codificação material anterior.

Na verdade, as hipóteses antes tratadas como de impedimentos absolutos, agora são os únicos casos de impedimentos admitidos (art. 1.521 do CC/2002), e que continuam a gerar a nulidade absoluta do casamento (art. 1.548 do CC/2002). Os impedimentos que antes eram tidos como relativos, atualmente são tratados como causas de anulabilidade (art. 1.550 do CC/2002). Por fim, os antigos impedimentos impedientes são causas suspensivas pelo atual Código Privado (art. 1.523), apenas trazendo sanções aos cônjuges, não gerando a nulidade absoluta ou relativa do matrimônio celebrado.

Nesse sentido, é interessante visualizar o quadro comparativo a seguir:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
Impedimentos dirimentes públicos ou absolutos (art. 183, I a VIII) – gerava o casamento nulo.	Impedimentos matrimoniais (art. 1.521) – casamento nulo.
Impedimentos dirimentes privados ou relativos (art. 183, IX a XII) – gerava o casamento anulável.	Causas de anulabilidade (art. 1.550) – casamento anulável.
Impedimentos impedientes (art. 183, XIII a XVI) – gerava o casamento irregular.	Causas suspensivas (art. 1.523) – apenas impõem sanções aos cônjuges.

Além dessa alteração estrutural, o atual Código Civil revisou as hipóteses que antes eram tratadas, principalmente diante das mudanças de costumes e da ética familiar. Isso poderá ser percebido a partir de agora, com o estudo específico da matéria.

2.3 IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Como impedimentos para o casamento, o art. 1.521 do CC/2002 traz um rol taxativo (*numerus clausus*) daquelas pessoas que não podem casar em determinados casos. As situações são tidas como de maior gravidade, envolvendo ordem pública, além dos interesses das próprias partes. Vejamos essas hipóteses.

a) Não podem casar os ascendentes com os descendentes até o infinito, no caso de parentesco natural (impedimento decorrente de parentesco consanguíneo).

Assim, o filho não pode casar com a mãe, o neto com a avó, o bisneto com a bisavó, o trineto com a trisavó e assim sucessivamente, sem limites. Duas são as razões para tanto. A primeira visa a impedir o *incesto*, ou seja, relações sexuais entre pessoas da mesma família, tendo índole moral, sendo este um dos *negativos absolutos de Freud*. A segunda razão é evitar problemas congênitos à prole, comuns em casos tais, o que alguns ainda denominam *eugenia*. Conforme a clássica *Enciclopédia Saraiva de Direito*, em verbete de José Lopes Zarzuela, a eugenia significa “o conjunto de princípios científicos destinados à procriação hígida” (*Enciclopédia Saraiva...*, 1977, p. 242).

b) Não podem casar os colaterais até terceiro grau (impedimento decorrente de parentesco consanguíneo).

De acordo com esse impedimento, não podem se casar os irmãos, que são colaterais de segundo grau, sejam bilaterais (mesmo pai e mesma mãe) ou unilaterais (mesmo pai ou mesma mãe). A regra também se estende aos tios e sobrinhas, tias e sobrinhos, que são colaterais de terceiro grau (é a hipótese do chamado *casamento avuncular*). Sobre os últimos, continua em vigor o Decreto-lei 3.200/1941, no sentido de que o casamento entre colaterais de terceiro grau pode ser realizado se não houver risco à prole, o que deve ser aprovado por uma junta médica formada por dois profissionais da área.

O Enunciado n. 98 do CJF/STJ, aprovado na *Jornada de Direito Civil* (2002), consubstanciando o entendimento doutrinário da maioria, aponta que não

houve revogação dessa lei específica (norma especial anterior). Em síntese, o referido decreto-lei afasta o impedimento moral no caso de casamento entre colaterais de terceiro grau, devendo a junta médica esclarecer quanto ao impedimento científico.

Da jurisprudência paulista, admitindo tal casamento, o que confirma o entendimento doutrinário antes esposado: “Casamento. Tio e sobrinha. Autorização judicial. Extinção do processo. Impossibilidade jurídica do pedido. Artigo 1.521, IV, do Código Civil. Prevalência do disposto no Decreto-lei n. 3.200/41. Ocorrência Admissibilidade do enlace desde que autorizado por exames pré--nupciais. Prosseguimento do feito para realização de tais exames. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação Cível 414.053-4/0-00, Mococa, 5.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Casconi, j. 26.04.2006).

Atente-se ao fato de constar proposta no antigo Projeto Ricardo Fiúza (PI 6.960/2002, atual PL 699/2011) no sentido de acrescentar ao art. 1.521 um parágrafo único admitindo o casamento entre tios e sobrinhos. A proposta tem a seguinte redação: “Poderá o juiz, excepcionalmente, autorizar o casamento dos colaterais de terceiro grau, quando apresentado laudo médico que assegure inexistir risco à saúde dos filhos que venham a ser concebidos”. Trata-se do que se denomina como *casamento avuncular*. O termo *avuncular* denota justamente o vínculo existente entre tios e sobrinhos, conforme pesquisa realizada por José Fernando Simão em edições anteriores desta obra. A expressão consta com esse sentido no *Dicionário Houaiss*.

Por fim, quanto aos *primos-irmãos*, ou primos, que são colaterais de quarto grau, esses podem se casar livremente.

c) Não podem casar os afins em linha reta (impedimento decorrente de parentesco por afinidade).

Nos termos do art. 1.595 do CC, há parentesco por afinidade entre um cônjuge (ou companheiro) e os parentes do outro consorte (ou convivente). Pelo texto legal, o impedimento existe somente na afinidade em linha reta até o infinito (sogra e genro, sogro e nora – linha reta ascendente; padrasto e enteada, madrasta e enteado – linha reta descendente; e assim sucessivamente até o infinito). A razão é apenas moral. Tanto isso é verdade que os cunhados podem se casar, depois de terminado o

casamento, pois são parentes afins colaterais, hipótese em que não há impedimento.

O Código Civil de 2002 inovou no ponto de reconhecer a afinidade também em decorrência da união estável (art. 1.595), não sendo esta forma de parentesco extinta na linha reta com a dissolução do casamento ou da união estável (art. 1.595, § 2.º, do CC). Em outras palavras, *sogra é para a vida inteira*: casado uma vez, o vínculo permanece eternamente e, com isso, o impedimento matrimonial. Esclareça-se, em reforço, que o parentesco por afinidade na linha reta é infinito, o que engloba o citado impedimento. Assim, também não se pode casar com a mãe da sogra, a avó da sogra, a bisavó da sogra e assim sucessivamente, sem limitações.

No que concerne ao parentesco por afinidade na linha reta descendente, merece destaque a consolidada valorização social da afetividade, na relação constituída entre padrastos, madrastas e enteados, tema que ainda será aprofundado. Confirmando tal valorização, a Lei 11.924/2009, de autoria do Deputado Clodovil Hernandez, passou a admitir que o enteado utilize o sobrenome do padrasto ou madrasta, introduzindo no art. 57 da Lei de Registro Públicos (Lei 6.015/1976) o § 8.º, *in verbis*: “O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2.º e 7.º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família”. Diante dessa realidade, pensamos que se deve sustentar a impossibilidade de casamento entre irmãos socioafetivos, que foram *criados juntos* como tal desde a infância. Para este autor, devem eles ser tratados como irmãos biológicos, incidindo o impedimento matrimonial previsto no art. 1.521, IV, do CC/2002. A afirmação ganha força com a decisão do Supremo Tribunal Federal, do ano de 2016, que equiparou a parentalidade socioafetiva à biológica (publicada no *Informativo* n. 840 da Corte).

d) Não podem casar o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; os ascendentes e descendentes em casos envolvendo a adoção; o adotado com o filho do adotante (impedimentos em decorrência do parentesco civil formado pela adoção).

São aplicadas as mesmas regras do parentesco consanguíneo ou natural. Para

fins didáticos pode-se dizer que *a adoção imita a família natural*. De qualquer sorte, o adotado pode se casar com a irmã do adotante, pois esta seria como se sua tia fosse. Como visto, não há esse impedimento na família natural se uma junta médica afastar os problemas congênitos à prole, que não estarão presentes por razões óbvias nos casos em questão. Em reforço, a lei não prevê expressamente esta última hipótese como caso de impedimento matrimonial.

e) Não podem casar as pessoas casadas (impedimento decorrente de vínculo matrimonial).

O Código em vigor continua consagrando o *princípio da monogamia*. Mesmo sendo tratada como impedimento matrimonial – e assim deve ser visualizada como categoria jurídica criada pela lei –, a hipótese parece ser de incapacidade matrimonial. Isso porque a pessoa casada não pode contrair matrimônio com qualquer um que seja (CARVALHO NETO, Inacio de. *Incapacidade...*, 2004, p. 20).

f) Não podem casar o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (impedimento decorrente de crime).

Filia-se à parcela da doutrina que considera existir o impedimento somente nos casos de crime doloso e havendo trânsito em julgado da sentença penal condenatória (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 1.224; VENOSA, Sílvio de Salvo *Código...*, 2010, p. 1.372; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo *Novo Curso...*, 2011, p. 230).

Assim, se o casamento ocorre ainda no curso do processo criminal, será reputado válido, pois quando da celebração não havia a limitação à autonomia privada, que somente pode decorrer de lei. O casamento permanece válido, mesmo no caso de sentença penal transitada em julgado superveniente, ou seja, posterior ao matrimônio. De qualquer forma, há quem veja desatualização nesse impedimento, sendo pertinente ressaltar que o Projeto de Estatuto das Famílias do IBDFAM retira : hipótese como impedimento matrimonial (art. 24).

Por razões óbvias, o Código Civil em vigor não menciona mais o impedimento no caso do “cônjuge adúltero com o seu corréu, por tal condenado” (art. 183, inc. VII,

do CC/1916). *Primeiro*, diante do fato do crime de adultério não ser mais tipificado. *Segundo*, em decorrência da consolidada relativização da culpa nas outrora ações de separação-sanção, que não são mais possíveis diante da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como *Emenda do Divórcio*. *Terceiro*, por uma clara mudança nos costumes familiares nacionais.

Sabe-se que os impedimentos matrimoniais aqui transcritos geram a nulidade absoluta do casamento (art. 1.548, inc. II, do CC). No que concerne à sua oposição no Cartório de Registro das Pessoas Naturais, essa poderá ocorrer até o momento da celebração, por qualquer pessoa capaz (art. 1.522 do CC). Caso o oficial do registro e o juiz tenham conhecimento do impedimento, deverão reconhecê-lo de ofício (*ex officio*). Essa oposição é regulamentada pelos arts. 1.529 e 1.530 do CC que, como será visto, tratam do processo de habilitação para o casamento.

Aqui, interessante apontar que a expressão “juiz” constante do art. 1.522, parágrafo único, do CC, deve ser interpretada em sentido amplo, incluindo o juiz de paz, o juiz de casamento, ou eventual juiz de direito que tenha conhecimento do impedimento.

Encerrado o estudo dos impedimentos matrimoniais, passa-se às causas suspensivas para o casamento.

2.4 AS CAUSAS SUSPENSIVAS DO CASAMENTO

Como é normalmente apontado, as causas suspensivas do casamento são situações de menor gravidade, geralmente para impedir confusão patrimonial, envolvendo ordem privada. Justamente por isso, as causas suspensivas não geram nulidade absoluta ou relativa do casamento, mas apenas impõem sanções aos nubentes. Em regra, essas sanções são a imposição do regime da separação total legal ou obrigatória (art. 1.641, I, do CC) e a suspensão do casamento (art. 1.524 do CC).

Isso quer dizer que, havendo casamento, sem que tenham sido alegadas as causas suspensivas, o casamento é válido, mas o regime de comunhão parcial de bens será ineficaz, tendo em vista que se aplicam as regras da separação de bens.

Curioso notar que, com relação à suspensão, a doutrina se divide a respeito do

seu termo final.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a suspensão deve se verificar até o momento em que a causa suspensiva for afastada (GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito...*, 2005, p. 68). Por outra via, Francisco Cahali, em atualização à obra de Silvic Rodrigues, entende que a suspensão deve ocorrer até que se verifique a existência ou não da causa suspensiva. Caso seja verificada, o casamento se realiza, mas o regime imposto será o da separação de bens. Caso inexista a causa, os cônjuges podem escolher livremente o regime (RODRIGUES, Silvio. *Direito civil...*, 2002, p. 46).

Essa segunda corrente parece ser a mais correta, eis que a suspensão só dura até a apuração da procedência ou não da causa suspensiva.

São causas suspensivas, ou seja, *não devem casar*, conforme o art. 1.523 do CC:

a) Viúvo ou viúva que tiver filho do cônjuge falecido enquanto não fizer o inventário dos bens do casal com a respectiva partilha, o que visa a evitar confusão patrimonial.

Eventualmente, sendo feita a prova de ausência de prejuízo para os envolvidos, o casamento poderá ser celebrado por qualquer regime, sem a imposição de sanções (art. 1.523, parágrafo único, do CC). A título de exemplo, cite-se a elaboração de *inventário negativo*, inclusive extrajudicialmente (apontando que aquele casal dissolvido não tinha bens, ou sendo eventualmente provado que os bens já foram todos doados sem que haja qualquer nulidade. Atente-se que a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, que visou a esclarecer dúvidas quanto à prática da então Lei 11.441/2007, que introduziu no sistema o inventário extrajudicial, por escritura pública, enuncia em seu art. 28 a possibilidade do inventário negativo extrajudicial, por escritura pública.

Acredita-se que esse entendimento deve ser mantido com o Novo Código de Processo Civil que, em seu art. 730, reafirmou a possibilidade do inventário extrajudicial no seu art. 610, *in verbis*: “Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial. § 1.º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá

documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. § 2.º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial”.

Para essa primeira causa suspensiva, além da imposição do regime da separação legal ou obrigatória de bens, o art. 1.489, inc. II, do CC consagra a imposição de uma *hipoteca legal* a favor dos filhos sobre os bens imóveis dos pais que passarem a outras núpcias antes de fazerem o inventário do cônjuge falecido. Há, portanto, nessa primeira hipótese de causa suspensiva, uma *dupla sanção* aos cônjuges.

Vale dizer, ainda, que se o filho for apenas do cônjuge falecido, ou seja, não for filho do viúvo ou viúva que pretende se casar novamente, não se impõe a causa suspensiva ao cônjuge sobrevivente, pois se trata de limitação da autonomia privada que somente pode decorrer de lei, não admitindo interpretação extensiva ou analogia. O mesmo ocorre se o filho for apenas daquele que pretende se casar.

b) Viúva ou a mulher cujo casamento se desfez por nulidade absoluta ou relativa até dez meses depois do começo da viuvez ou da dissolução da sociedade conjugal.

O objetivo da previsão é evitar confusões sobre a paternidade do filho que nascer nesse espaço temporal (*turbatio* ou *confusio sanguinis*), sendo certo que a norma somente se aplica à mulher, por razões óbvias.

Todavia, se for provada a ausência de gravidez ou o nascimento de filho nesse período, esta causa suspensiva será afastada, uma vez que não haverá prejuízo (art. 1.523, parágrafo único, do CC). Parte da doutrina conclui que essa última regra também será aplicada se for provada a *existência de gravidez*, diante das presunções constantes do art. 1.597, I e II, do CC (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Már Luiz. *Código Civil...*, 2005, p. 769). Entretanto, não se filia a esse último entendimento, pois as referidas presunções são relativas (*iuris tantum*), admitindo prova em contrário.

Anote-se que, com os avanços da medicina, esta causa suspensiva tende a

desaparecer, pois se busca cientificamente a realização eficiente de um exame que demonstre a parentalidade da criança via exame de DNA, sem que isso ofereça riscos à prole e à sua mãe. A propósito dessa busca, a Professora Silmara Chinellato aponta a sua viabilidade atual, com base na doutrina médica de João Lélío Peake de Mattos Filho, afirmando que “o exame de DNA intraútero permite afirmar a grande integração entre Direito e Ciência Médica, ‘possibilitando suporte técnico para que a Justiça seja exercida em toda a sua plenitude’” (CHINELLATO, Silmara Juny *Comentários...*, 2004, p. 131). O exame, segundo tais estudos, dá-se pela análise de amostras do vilo corial.

Por fim, frise-se que não havia previsão legal de imposição de causa suspensiva sobre as hipóteses de separação ou divórcio, pois estes exigiam prazos maiores do que aquele que consta do dispositivo aqui comentado (dez meses), não havendo razão plausível para as suas menções. Deve-se atentar ao fato de que a separação de direito foi extinta com a aprovação da *Emenda do Divórcio*, não havendo mais prazos mínimos para o pedido de dissolução do casamento. A premissa é mantida mesmo tendo sido a separação de direito reafirmada pelo Novo CPC, tema que ainda será aprofundado nesta obra.

Assim, para manter a coerência do sistema, a norma deveria ser alterada para incluir a menção ao divórcio. De toda sorte, a tendência de proposta legislativa é de se abolir as causas suspensivas do casamento, como consta do Projeto de *Estatuto das Famílias* do IBDFAM, no plural. Consta da justificativa da proposta, que conta com o apoio deste autor que “Foram suprimidas as causas suspensivas do casamento, previstas no Código Civil, porque não suspendem o casamento, representando, ao contrário, restrições à liberdade de escolha de regime de bens”. De fato, o instituto em estudo está superado pelo tempo, apegado a um patrimonialismo exagerado, que não pode mais prevalecer na atualidade.

c) O divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal, o que também visa a evitar confusões quanto ao patrimônio.

A razão da inclusão dessa previsão no atual Código Civil é que o divórcio

poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (art. 1.581 do CC). Nos termos da Lei 11.441/2007, do art. 1.124-A do CPC/1973 e do art. 733 do CPC/2015 atente-se ao fato de que o divórcio e também a partilha podem ser extrajudiciais, por escritura pública. Também aqui, não havendo prejuízo patrimonial, o casamento poderá ser celebrado por qualquer regime, cessando a causa suspensiva (art. 1.523, parágrafo único, do CC).

d) Tutor e o curador, bem como seus parentes (descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos) com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessada a tutela ou curatela, ou não estiverem saldadas as respectivas contas prestadas.

A *ratio* da causa suspensiva é moral, pois, supostamente, o tutor ou o curador poderia induzir o tutelado ou o curatelado a erro, diante de uma relação de confiança. De qualquer modo, o objetivo também é a proteção patrimonial. Mais uma vez demonstrada a inocorrência de prejuízo para a pessoa tutelada ou curatelada, o casamento poderá ser celebrado por qualquer regime, pois desaparece a causa suspensiva (art. 1.523, parágrafo único, do CC).

O Código Civil em vigor não faz menção ao impedimento impediente que constava do art. 183, inc. XVI, do Código Privado anterior, qual seja, o que obstava o casamento do “juiz, ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercício, salvo licença especial da autoridade judiciária superior”. A lei previa este impedimento uma vez que o órfão ou a viúva poderia ter um sentimento de paixão pelo juiz ou escrivão de forma a viciar a sua vontade, razão pela qual o seu patrimônio deveria ser protegido. Diante da mudança nos costumes e do consciente coletivo nacional, tais previsões não mais se justificavam, razão de sua retirada da codificação privada.

Seguindo no estudo da matéria, anote-se que as causas suspensivas do casamento podem suspender a realização do matrimônio. Nesses casos, somente poderão ser arguidas por parentes em linha reta, consanguíneos ou afins (pais, avós, sogros, pais dos sogros etc.) e pelos colaterais em segundo grau, consanguíneos ou

afins (irmãos ou cunhados). Isso porque as causas suspensivas incidem em situações de interesse particular ou ordem privada, à luz do disposto no art. 1.524 do CC. Assim sendo, não poderão ser declaradas de ofício por eventual juiz ou pelo oficial do registro civil.

De qualquer forma, pelo teor do Enunciado n. 330 do CJF/STJ, da *V Jornada de Direito Civil*, realizada em 2006, o direito de alegar uma causa suspensiva se estende à hipótese de parentesco civil: “As causas suspensivas da celebração do casamento poderão ser arguidas inclusive pelos parentes em linha reta de um dos nubentes e pelos colaterais em segundo grau, por vínculo decorrente de parentesco civil”.

Resumindo, quanto à oposição dos impedimentos e das causas suspensivas do casamento, observar o seguinte quadro comparativo:

		Momento da oposição	Legitimados
Oposição (em declaração escrita, assinada e com provas)	Impedimentos	No processo de habilitação e até o momento da celebração.	Juiz e oficial do registro (de ofício), Ministério Público e qualquer interessado.
	Causas suspensivas	Só no processo de habilitação, até 15 dias após os proclamas.	Parentes em linha reta e colateral até 2.º grau (consanguíneos ou afins).

Por fim, adianta-se que, desaparecendo o motivo de imposição da causa suspensiva, justifica-se a ação de alteração de regime de bens, a ser proposta por ambos os cônjuges (art. 1.639, § 2.º, do CC). Nesse sentido, o Enunciado n. 262 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *III Jornada de Direito Civil, em 2003* “A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas nos incs. I e III do art 1.641 do Código Civil, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs”. Essa premissa vem sendo muito bem aplicada pela

jurisprudência nacional (STJ, REsp 821.807/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Fátima Nanc Andrichi, j. 19.10.2006, *DJU* 13.11.2006, p. 261; TJSP, Apelação sem Revisão 552.439.4/9, Acórdão 2630948, São Vicente, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel Des. Beretta da Silveira, j. 27.05.2008, *DJESP* 28.07.2008). Adiante-se que o Novo Código de Processo Civil procurou trazer regras regulamentares instrumentais para essa ação de alteração do regime de bens, tema tratado no próximo capítulo desta obra.

2.5 DO PROCESSO DE HABILITAÇÃO E DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

O casamento é tido como um negócio jurídico complexo, especial e formal. Talvez o casamento seja, ao lado do testamento, o negócio que apresenta o maior número de requisitos especiais e solenidades. Isso pode ser percebido pelo estudo do seu processo de habilitação e da celebração do casamento.

Inicialmente, segundo o art. 1.525 do CC/2002, o requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, devendo ser instruído com os seguintes documentos:

- a) certidão de nascimento ou documento equivalente;
- b) autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ato judicial que a supra;
- c) declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;
- d) declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;
- e) certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Conforme a redação original do art. 1.526 do CC, esse processo de habilitação

seria realizado perante o oficial do Registro Civil e, após a audiência do Ministério Público, seria homologado pelo juiz (art. 1.526 do CC). Consoante se destacou em edições anteriores da obra, esse comando legal era criticado pela doutrina, no sentido de burocratizar bastante o casamento, justamente pela necessidade de homologação pelo juiz.

Sobre a sua redação original, foi aprovado, na *I Jornada de Direito Civil*, em 2002, o Enunciado n. 120 do CJF/STJ, dispondo “deverá ser suprimida a expressão ‘será homologada pelo juiz’ no art. 1.526, o qual passará a dispor: ‘Art. 1.526. A habilitação de casamento será feita perante o oficial do Registro Civil e ouvido o Ministério Público’”. Foram as justificativas do enunciado doutrinário em questão, com as quais se concordava, diante da tendência de *desjudicialização dos interesses e conflitos*: “Desde há muito que as habilitações de casamento são fiscalizadas e homologadas pelos órgãos de execução do Ministério Público, sem que se tenha quaisquer notícias de problemas como, por exemplo, fraudes em relação à matéria. A judicialização da habilitação de casamento não trará ao cidadão nenhuma vantagem ou garantia adicional, não havendo razão para mudar o procedimento que extrajudicialmente funciona de forma segura e ágil”.

Diante do polêmico dispositivo, o Professor Francisco José Cahal demonstrava que o entendimento quanto à exigência do que consta do art. 1.526 do CC variava nas unidades de Federação (*Família...*, 2004, p. 16-23):

- No Estado de São Paulo, conforme parecer da Corregedoria-Geral de Justiça (Processo 28/2003 – CGJ/DEGE 1 – São Paulo), o juiz de direito deveria homologar o casamento, mas somente nos casos de dúvidas, como naqueles relacionados com os impedimentos matrimoniais e as causas suspensivas. De acordo com o Ato 289/2002 da Procuradoria-Geral de Justiça, o Ministério Público do Estado de São Paulo somente atuaria nesses casos de maior complexidade, estando dispensada a sua atuação nos demais casos, por livre convencimento.
- No Estado de Minas Gerais, conforme decisão também da Corregedoria-Geral de Justiça (Aviso 011/CACOR/2003, DIFIX), o juiz de direito

seria autoridade competente para homologar o casamento nos termos do art. 1.526 do CC, para qualquer situação, havendo ou não impedimento. O juiz competente seria o da Vara Cível ou da Vara de Registros Públicos, quando houvesse.

- No Estado de Mato Grosso do Sul (Provimento 001/2003), a homologação seria feita pelo juiz de paz.

Afastando tal variação nos Tribunais estaduais, e na tendência de *desjudicialização* ou *fuga do Judiciário*, surgiu a Lei 12.133, de 17 de dezembro de 2009, que deu nova redação ao dispositivo, a saber: “Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz”. Como se pode notar, a nova norma segue a tendência consolidada na *I Jornada de Direito Civil*, o que vem em boa hora. Sintetizando a nova norma, aponta Mário de Carvalho Camargo Neto quais são os aspectos principais da alteração:

“1. Apenas será necessária a homologação do juiz nas habilitações para casamento que forem impugnadas;

2. O objetivo desta alteração é a simplificação dos procedimentos, a *desjudicialização* e a desburocratização;

3. A simplificação atende à demanda social, viabilizando a formalização das uniões conjugais;

4. A nova lei não altera o Ato n.º 289/2002 do PGJ/CGMP/CPJ do Estado de São Paulo, podendo ser dispensada a audiência do Ministério Público;

5. A habilitação pode ser feita por meio de procurador, sendo esta a melhor interpretação do novo texto;

6. A mudança reconhece a atividade do registrador civil como profissional do direito, dotado de fé pública e submetido ao princípio da legalidade, deixando a este a atribuição de verificar o atendimento à lei” (CAMARGO NETO, Mário de Carvalho. *Lei 12.133...*, disponível em:

<<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>>. Acesso em: 12 fev. 2010).

Pois bem, estando em ordem a documentação exigida pela lei, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante quinze dias nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se publicará na imprensa local, se houver (art. 1.527 do CC). Esse dispositivo legal disciplina a *publicação dos proclamas do casamento*, que poderá ser dispensada pela autoridade competente pela homologação do casamento em casos de urgência (art. 1.527, parágrafo único, do CC).

Nos termos de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2006, “O juiz não pode dispensar, mesmo fundamentadamente, a publicação do edital de proclamas do casamento, mas sim o decurso do prazo” (Enunciado n. 513). Não se filia ao teor do enunciado doutrinário, pois ele está distante do texto legal e do princípio da operabilidade, no sentido de facilitação dos institutos civis, um dos baluartes da atual codificação privada. Em suma, valoriza-se muito o aspecto formal e pouco a materialidade dos atos jurídicos, o que está na contramão das teses defendidas por este autor.

Consagra o art. 1.528 do Código Civil o dever de o oficial do registro de esclarecer os nubentes a respeito dos fatos que podem ocasionar a invalidade do casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens. Exemplificando, o oficial do registro deve informar sobre os impedimentos matrimoniais, sob pena da violação desse dever gerar a sua responsabilização civil, nos termos do art. 186 do Código vigente e da legislação específica.

Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas (art. 1.529 do CC). Opostos esses, o oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes a nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu (art. 1.530 do CC). Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé.

O procedimento dessa oposição está previsto no art. 67, § 5.º, da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973). Por este dispositivo, apresentado c

impedimento, o oficial dará ciência do fato aos nubentes, para que indiquem, em três dias, prova que pretendam produzir, remetendo os autos a juízo. Produzidas as provas pelo oponente e pelos nubentes no prazo de dez dias, e ouvidos os interessados e o órgão do Ministério Público em cinco dias, decidirá o juiz em igual prazo.

Por outro lado, se cumpridas as formalidades previstas em lei e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação (art. 1.531 do CC). Essa habilitação, determina o art. 1.532 do CC, terá eficácia de noventa dias, contados de quando for extraído o certificado.

Relativamente à celebração do casamento, está ocorrerá no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão de habilitação (art. 1.533 do CC).

O ato deve ser presidido pelo juiz de paz. Observe-se que a matéria, até o momento, não está regulamentada de forma uniforme em nosso país. O art. 98, inc. II, da CF/1988 preceitua que a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão “justiça de paz, remunerada, composta de cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, com mandato de quatro anos e competência para, na forma da lei, celebrar casamentos, verificar, de ofício ou em face de impugnação apresentada, o processo de habilitação e exercer atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação”. Não há uniformidade quanto à justiça de paz no Brasil, sendo certo que cada unidade da Federação tomou um rumo.

Isso é apontado pela Professora Maria Helena Diniz, que demonstra essa alternância na regulamentação:

“No Estado de São Paulo, a autoridade competente para celebrar o ato nupcial é o Juiz de Casamentos (Dec.-lei 13.375/1947; Res. SJDC 26/1997) até que se elabore lei para criar a Justiça de Paz (Constituição do Estado de São Paulo, 1989, art. 89 e Disposições Transitórias, art. 16). Tal juiz, cuja função não é remunerada, é nomeado pelo secretário da Justiça. Cada município tem dois suplentes para o juiz de casamento, que o substituirão em caso de impedimento; no Estado do Rio de Janeiro, era o Juiz do Registro

Civil (Dec.-lei 8.524/1945, art. 67, I) e hoje é o juiz de paz (Constituição Estadual, art. 168, e Res. 6/1997 do CSM); no Estado do Paraná, o Juiz de Direito (Lei Estadual 4.667/1962, art. 83, VIII, c). Na maioria das unidades federativas o juiz de paz é a autoridade competente, determinada pelas respectivas leis de organização judiciária” (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2007, p. 98, nota 189).

No que concerne ao ato solene, este será realizado na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes. Se as partes quiserem, e consentindo a autoridade celebrante, o casamento poderá ser celebrado em outro edifício, público ou particular (art. 1.534 do CC).

Nesse último caso, ficará o edifício particular de portas abertas durante o ato (art. 1.534, § 1.º, do CC). O número de testemunhas aumenta para quatro, o que igualmente se aplica se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever (art. 1.534, § 2.º, do CC).

Presentes os contraentes, pessoalmente ou por procurador especial, juntamente com as testemunhas e o oficial do registro, o presidente do ato, após ouvir dos nubentes a afirmação de que pretendem casar por livre e espontânea vontade, declarará efetuado o casamento, nos seguintes termos:

“De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados”.

Essa é a regra do art. 1.535 da atual codificação material privada. Como se pode perceber, a redação da oração que deve ser dita é bem confusa e arcaica. Por isso, entendo que o dispositivo distancia-se da *operabilidade*, no sentido de *simplicidade* do Direito Privado. Melhor seria alterar o dispositivo numa linguagem a ser compreendida pelo cidadão comum, pelo *brasileiro médio*. Como enuncia o próprio Código Civil, no seu art. 113, os negócios jurídicos devem ser interpretados

conforme os usos do lugar de sua celebração. Nesse contexto social, forçoso entender que são possíveis variações na forma de expressão, desde que não se prejudique a sua essência. Assim, por exemplo, no caso de casamento homoafetivo, as expressões marido e mulher podem ser substituídas por *cônjuges* ou por outra que os consortes preferirem.

Logo após a celebração do casamento, será lavrado o assento no livro de registro (art. 1.536 do CC). No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, pelas testemunhas, e pelo oficial do registro, constarão:

- a) os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;
- b) os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;
- c) o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;
- d) a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;
- e) a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;
- f) o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;
- g) o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

Pelo que consta nos arts. 1.535 e 1.536 do atual Código Civil, fica uma dúvida: qual o momento exato de celebração do casamento? Quando da declaração oral do presidente do ato ou quando do assento no registro civil?

A resposta correta é que o ato será plenamente firmado com a declaração solene pela autoridade competente, o que também é esclarecido pelo outrora comentado art. 1.514 do CC (“O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados”).

Sobre o tema, é interessante transcrever os esclarecimentos de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, no sentido de que “o registro do casamento não é ato constitutivo do vínculo conjugal, que se tem por perfeito finda a celebração, com a proclamação solene, pela autoridade que preside o ato, de que os nubentes se encontram casados, por sua livre e espontânea vontade. O registro é, pois, meio de prova do casamento – embora não seja o único –, mas não essencial à produção dos seus efeitos” (*Código Civil...*, 2003, p. 107). Em complemento, pode-se dizer que o registro está no plano da eficácia do casamento, não no plano da validade, o qual é constituído pela declaração dos nubentes.

Nos casos de autorização para casar (envolvendo menores, por exemplo), o seu instrumento transcrever-se-á integralmente na escritura antenupcial (art. 1.537 do CC). Por outra via, estabelece o art. 1.538 do CC que a celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes:

- recusar a solene afirmação da sua vontade;
- declarar que esta não é livre e espontânea;
- manifestar-se arrependido.

Aliás, o nubente que der causa à suspensão do ato não poderá retratar-se no mesmo dia (art. 1.538, parágrafo único, do CC). Essa regra será aplicada mesmo se a manifestação tiver sido feita em tom jocoso (*animus jocandi*) ou de brincadeira.

Encerrando o tratamento da matéria, anote-se que o Código Civil de 2002 consagra especiais de casamento, quanto à sua celebração, e que merecem ser abordadas. Passamos ao estudo pontual dessas formas especiais de celebração do casamento.

2.5.1 Casamento nos casos de moléstia grave

De acordo com o art. 1.539 do Código em vigor, se um dos nubentes estiver acometido por *moléstia grave*, o presidente do ato celebrará o casamento onde se encontrar a pessoa impedida, e sendo urgente ainda que à noite. O ato será celebrado

perante duas testemunhas que saibam ler e escrever. À luz da *operabilidade*, da facilitação do Direito Privado, houve redução no número de testemunhas, que antes era de quatro, conforme exigia o art. 198 do CC/1916. Por óbvio que a urgência dispensa o processo de habilitação anterior (TJRS, Apelação Cível 70013292107 Carazinho, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 11.01.2006).

Eventual falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento será suprida por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro *ad hoc*, nomeado pelo presidente do ato (art. 1.539, § 1.º, do CC). O termo avulso, lavrado por esse oficial nomeado às pressas, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado (art. 1.539, § 2.º, do CC).

2.5.2 Casamento nuncupativo (em viva voz) ou *in extremis vitae momentis*, ou *in articulo mortis*

O casamento nuncupativo está tratado no art. 1.540 da codificação, nos termos seguintes: “Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau”.

Essa forma especial de casamento não poderá ser utilizada com o intuito de enriquecimento sem causa, o que pode motivar a decretação da sua nulidade absoluta, por fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC). Também não poderá prevalecer se decorrer de simulação absoluta, o que de igual modo gera a sua nulidade (art. 167 do CC). Aqui, portanto, temos casos excepcionais de invalidade, em que podem ser aplicadas as regras gerais da teoria das nulidades previstas na Parte Geral do Código Civil.

Justamente para evitar fraudes é que o art. 1.541 da atual codificação prescreve que, realizado esse casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhes tome por

termo a declaração de: *a)* que foram convocadas por parte do enfermo; *b)* que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; *c)* que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.

Dessa forma, instaura-se um procedimento de jurisdição voluntária, no qual deve intervir o Ministério Público. Autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz (da autoridade judicial mais próxima) procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, na forma ordinária, ouvidos os interessados que o requererem, dentro em quinze dias (art. 1.541, § 1.º, do CC).

Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, o casamento será tido como válido e assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes (§ 2.º). Se da decisão ninguém tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos (§ 3.º). O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração – efeitos *ex tunc* (§ 4.º). Aplicando as normas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte:

“Civil e processual civil. Apelação cível. Casamento nuncupativo. Sentença homologatória de termo de celebração de casamento em iminente risco de vida, bem como de adjudicação dos bens inventariados. Ausência de comprovação de vício quanto a manifestação da vontade inequívoca do moribundo em convolar núpcias. Testemunhos que comprovam o nível de consciência do *de cujus*. Observância de todas as formalidades legais com base nos artigos 1.540 e 1.541 do Código Civil de 2002. Verba honorária aplicada de forma escorreita. Recurso conhecido e desprovido. Manutenção da sentença” (TJRN, Apelação Cível 2010.015840-5, Natal, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Amaury de Souza Moura Sobrinho, *DJRN* 01.04.2011, p. 56).

Por fim, serão dispensadas as formalidades previstas nos arts. 1.540 e 1.541 do CC, se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro (§ 5.º). Isso porque a confirmação posterior afasta a necessidade de todas essas formalidades para se verificar a

idoneidade da vontade.

A princípio, não sendo respeitados os requisitos constantes desses dispositivos, o casamento deve ser tido como ineficaz, não gerando efeitos. Eventualmente, pode entender-se que o mesmo não foi celebrado, o que também afasta os seus efeitos jurídicos. No último caso, deduz-se que o casamento é inexistente, pois sequer existiu no plano jurídico. Para concluir da última maneira, deve-se seguir a teoria da inexistência do negócio jurídico, como ainda será exposto.

Todavia, alguns julgados têm afastado o rigor na análise desses requisitos. Da jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo pode ser extraída a seguinte ementa: “Casamento nuncupativo. Presença dos requerimentos legais previstos para a validade do ato. Celebração efetiva do casamento *in extremis*. Declaração espontânea do desejo de se receberem por marido e mulher. Determinação de efetivação do registro previsto no artigo 76, § 5.º, da Lei 6.015/1973. Recurso provido” (TJSP Apelação Cível 107.743-4, Sorocaba, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles de Toledo, j. 01.09.1999). Este autor está filiado integralmente à ementa, em prol da operabilidade, no sentido de facilitação dos institutos privados, um dos regramentos fundamentais do Código Civil de 2002.

2.5.3 Casamento por procuração

O casamento também poderá ser celebrado por procuração, conforme o art. 1.542 da atual codificação privada, desde que haja instrumento público com poderes especiais para tanto. Vale dizer que a eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias da sua celebração (art. 1.542, § 3.º). Eventualmente, se o casamento for celebrado no 91.º dia, deve ser considerado inexistente ou nulo, o que depende da filiação ou não à *teoria da inexistência*.

A título de exemplo, Tício (mandante) pode outorgar poderes para Mévio (mandatário) casar-se com Maria (outra nubente), já que irá viajar para o exterior, por longo período. Se Tício (mandante) quiser revogar o mandato, a revogação não necessita chegar ao conhecimento do mandatário (art. 1.542, § 1.º, do CC). Entretanto, somente é possível revogar o mandato para o casamento por meio de instrumento

público (art. 1.542, § 4.º).

Celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação anterior, responderá o mandante por perdas e danos perante o eventual prejudicado, caso do outro nubente, por exemplo. Entendemos que a expressão *perdas e danos* deve ser encarada em sentido amplo, incluindo eventuais danos materiais e morais decorrentes da sua revogação (Súmula 37 do STJ). Ilustrando, estão incluídas as despesas materiais com a celebração do casamento. Isso, sem falar que a revogação do mandato é motivo para a anulação do casamento, nos termos do art. 1.550, inc. V, do atual Código Civil.

No casamento *in extremis*, nada impede que o nubente que não esteja em iminente risco de vida seja representado nesse casamento nuncupativo (art. 1.542, § 2.º, do CC).

A doutrina não vê óbice para que o casamento seja celebrado por procurações outorgadas por ambos os cônjuges, se ambos não puderem comparecer (VENOSA Sílvio de Salvo. *Direito...*, 2005, p. 111). Porém, o autor citado, como Orlando Gomes, não vê com bons olhos o fato de a procuração ser outorgada a um mesmo procurador, pois isso desvirtuaria a natureza do consentimento de ambos. Esses entendimentos devem ser tidos como majoritários para os devidos fins. A título de curiosidade, o Código Civil português parece ter adotado esse entendimento ao dispor, em seu art. 1.620.º, 1, da seguinte forma: “É lícito *a um* dos nubentes fazer-se representar por procurador na celebração do casamento” (grifos nossos).

2.5.4 Casamento religioso com efeitos civis

Apesar da separação entre o Estado e a Igreja, o Código Civil de 2002 inovou no que se refere ao Código Civil de 1916, ao trazer duas regras quanto aos efeitos jurídicos do casamento religioso. A inovação é parcial, pois já havia previsão quanto ao casamento religioso com efeitos civis no art. 226, § 2.º, da Constituição Federal (“O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei”) e no art. 73 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973).

O primeiro desses dispositivos constantes da atual codificação é o art. 1.515,

in verbis: “O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração”. Como se observa, também esse casamento gerará efeitos jurídicos a partir da celebração. Na verdade o registro tem efeitos retroativos (*ex tunc*) até a celebração do ato.

Aplicando a norma, é interessante trazer à colação interessante julgado do Tribunal Gaúcho, que reconheceu os efeitos civis de casamento religioso celebrado em 1893, para fins de obtenção de cidadania italiana por parte da bisneta do casal:

“Registro civil. Suprimento judicial de casamento civil. Casamento religioso realizado em 1893. Possibilidade. Bisneta que visa a obtenção de cidadania italiana. 1. Diante do disposto no art. 226, § 2.º, da Constituição Federal e no art. 1.515 do Código Civil, é atribuído ao casamento religioso o efeito civil, desde que atendidas as exigências da Lei para validade do casamento civil. 2. É de ser reconhecida a possibilidade de suprimento do registro civil de casamento dos bisavós quando demonstrada a vontade das partes à época, em 1893, e resta inequívoca a formação de uma família com prole, não se podendo perder de vista que o casamento civil no Brasil somente foi instituído através do Decreto n.º 181, de 1890. Recurso desprovido” (TJRS, Apelação Cível 459972-74.2010.8.21.7000, Montenegro, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 23.03.2011, *DJERS* 06.04.2011).

O termo *religioso* deve ser lido em sentido amplíssimo, englobando qualquer religião, o que está de acordo com o direito fundamental à liberdade de credo previsto na Constituição Federal, em seu art. 5.º, VI. Assim concluiu o mesmo Tribunal do Rio Grande do Sul, em decisão do ano de 2002 (TJRS, Apelação Cível 70003296555, 8.ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 27.06.2002). A esse propósito, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho discorrem sobre a possibilidade do *casamento espírita*, citando decisão paradigmática do Tribunal de Justiça da Bahia que concluiu por sua viabilidade (*Novo curso...*, 2011, p. 129).

O Projeto 699/2011 – antigo projeto Ricardo Fiuza – pretende alterar o dispositivo do Código Civil, para que passe a ter a seguinte redação: “Art. 1.515. O casamento religioso, celebrado e registrado na forma do § 2.º do art. 1.512 do CC, e não atentando contra a monogamia, contra os princípios da legislação brasileira, contra a ordem pública e contra os bons costumes, poderá ser registrado pelos cônjuges no Registro Civil, em que for, pela primeira vez, domiciliado o casal”. A proposta é louvável, pois acaba detalhando a atual previsão legal, inclusive à luz do princípio da monogamia, vedando casamentos religiosos sucessivos.

Os requisitos do casamento religioso são os mesmos do casamento civil, o que inclui o registro, conforme preceitua o art. 1.516 da atual codificação privada.

No que tange ao registro em si, seu prazo de natureza decadencial é de noventa dias, contados de sua realização, mediante comunicação do celebrante ao ofício competente, ou por iniciativa de qualquer interessado, desde que haja sido homologada previamente a habilitação regulamentada pela codificação (art. 1.516, § 1.º, do CC). Após o referido prazo, o registro dependerá de nova habilitação.

Se o casamento religioso for celebrado sem as formalidades exigidas pela legislação (processo de habilitação), terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente (art. 1.516, § 2.º, do CC). Nesse caso, deve ser respeitado o prazo de noventa dias, contados de quando foi extraído o certificado para a eficácia dessa habilitação (art. 1.532 do CC). Sendo homologada a habilitação e certificada a inexistência de impedimento, o oficial fará o registro do casamento religioso. Os efeitos do registro, nessa segunda situação, também são retroativos, ou seja, *ex tunc*.

Como se nota, duas são as situações de casamento religioso com efeito civil: precedido ou não de processo de habilitação.

Será nulo o registro civil do casamento religioso se, antes dele, qualquer dos consorciados houver contraído com outrem casamento civil (art. 1.516, § 3.º). Isso porque não podem casar as pessoas casadas (art. 1.521, VI, do CC), o que consubstancia violação ao referenciado *princípio da monogamia*.

Encerrando as formas especiais de casamento, parte-se ao estudo do casamento

perante autoridade consular.

2.5.5 Casamento perante autoridade consular

Estatui o art. 1.544 da atual codificação que o casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado no Brasil, em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao nosso país. Segundo o mesmo dispositivo, esse registro deverá ser feito no cartório do respectivo domicílio ou, em sua falta, no 1.º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

A norma trata da prova do casamento, mas acaba regulamentando essa forma especial de celebração. Conforme ensina Maria Helena Diniz, aplica-se a regra *locus regit actum*, ou seja, o matrimônio de brasileiro celebrado fora do Brasil deve ser provado de acordo com a norma do país onde foi realizado o ato (*Código Civil...*, 2005, p. 1.246). Em outras palavras, em relação aos brasileiros que se casam no exterior, o casamento será considerado autêntico, nos termos da lei ou lugar em que foram feitos, legalizadas as certidões pelos cônsules ou, quando por estes tomados, nos termos do regulamento consular (art. 32 da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos).

Conforme reconheceu decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o requisito do registro no Brasil no prazo de 180 dias é mero fator relativo à prova do casamento no País, não influenciando na validade ou mesmo na eficácia do matrimônio no País. Desse modo, o registro pode ocorrer mesmo após o citado prazo. O *decisum* merece destaque em sua ementa:

“Família. Apelação. Ação anulatória de transcrição em cartório brasileiro de casamento celebrado no exterior. Decisão judicial anterior de dissolução de união estável entre as mesmas partes. Irrelevância. Recurso improvido. O casamento entre brasileiros celebrado no exterior produz efeitos no território nacional mesmo que averbado após o prazo de 180 dias previsto no artigo 1.544 do CC/02, porquanto o traslado da referida certidão para o cartório

brasileiro destina-se apenas a fazer prova de sua celebração, não interferindo em sua validade e eficácia no âmbito do território nacional. Assim, faz-se irrelevante a prévia existência de decisão judicial transitada em julgado em que foi dissolvida a união estável entre as mesmas partes, pois, em havendo casamento, o vínculo conjugal só poderia ser rompido mediante divórcio” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.07.506350-3/0021, Belo Horizonte, 3. Câmara Cível, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 15.10.2009, *DJEMG* 11.12.2009).

O acórdão retira o caráter peremptório da exigência legal, contando com o apoio deste autor, eis que no Direito Civil Contemporâneo o material deve prevalecer sobre o formal (*princípio da operabilidade*).

Consigne-se ainda que, a respeito dos estrangeiros residentes no Brasil, estes podem se casar perante as autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes (art. 7.º, § 2.º, da Lei de Introdução). Como lembra Sílvio de Salvo Venosa, o casamento pode ser realizado no consulado ou fora dele, de acordo com as normas e solenidades do país estrangeiro. Os efeitos do ato é que obedecem à lei brasileira, mas esse casamento não é passível de assento no registro civil (VENOSA Sílvio de Salvo. *Direito...*, 2005, p. 109). Ensina ainda o doutrinador que não haverá competência da autoridade consular se um dos nubentes for brasileiro ou tiver nacionalidade diversa do país representado.

Por fim, pontue-se de imediato que também é possível o divórcio por escritura pública lavrada perante a autoridade consular, o que foi introduzido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei 12.874, de outubro de 2013. O tema será analisado no Capítulo 4 desta obra.

2.6 DA INVALIDADE DO CASAMENTO

2.6.1 Introdução

A invalidade de um ato ou negócio jurídico está relacionada com a *teoria das nulidades*, estudada na Parte Geral do Código Civil. Mas como o casamento é um

negócio jurídico complexo e único (*sui generis*), existem normas especiais quanto à sua invalidade, que devem necessariamente ser consideradas diante de um tratamento específico que consta da Parte Especial da codificação material.

De qualquer forma, como muitas vezes não há solução dentro dessas regras especiais, será buscado o *socorro técnico* na teoria geral do negócio jurídico para solucionar eventuais dúvidas ou conflitos. Isso porque todo casamento é um negócio jurídico, não havendo aplicação por analogia ou interpretação extensiva, mas mera incidência direta da norma jurídica (subsunção declarativa). Vale dizer que essa aplicação ocorrerá somente em casos excepcionais, eis que existem dispositivos legais previstos para as nulidades do casamento.

Quando se estuda os problemas que atingem o casamento, a doutrina aponta três hipóteses:

- casamento inexistente;
- casamento nulo;
- casamento anulável.

Como exposto nos volumes 1 e 3 da presente coleção, a aceitação da *teoria da inexistência do negócio jurídico* não é unânime na doutrina brasileira. Na verdade, ali foi demonstrado que o Código Civil de 2002 não adota expressamente o plano da existência, o que pode ser retirado da análise do seu art. 104, que trata diretamente da validade do negócio jurídico.

Silvio Rodrigues é um dos autores que sempre criticou a *teoria da inexistência do negócio jurídico*, contando com o pleno apoio do presente autor. Para ele, a teoria da inexistência seria inexata, inútil e inconveniente. Inexata, pois, muitas vezes, o ato inexistente cria algo cujos efeitos devem ser afastados por uma ação judicial. Inútil, porque a noção de nulidade absoluta pode substituir a ideia de inexistência muito bem. Inconveniente, uma vez que, sendo considerada desnecessária uma ação judicial para afastar os efeitos do negócio inexistente, o direito à prestação jurisdicional está sendo afastado, principalmente no que concerne às pessoas de boa-fé (RODRIGUES Silvio. *Direito...*, 1994, v. 1, p. 291-292).

Como bem leciona o próprio Silvio Rodrigues a respeito da origem da *teoria da inexistência*, “A ideia surgiu na doutrina francesa, através da obra de Zacarias, e apareceu para solucionar um problema que se propunha de maneira relevante, em matéria de casamento. Neste campo, e para manter a estabilidade do matrimônio, a doutrina apregoa e a jurisprudência acolhe o preceito de que não há nulidade virtual, ou seja, todas as eventuais nulidades do casamento devem constar expressamente da lei. *Pás de nullité sans texte!* Casos aparecem, entretanto, em que, embora não se encontre texto de lei, é inconcebível o casamento. Assim, por exemplo, a hipótese de matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo. Embora a lei silencie sobre tal nulidade, é evidente que tal conúbio não pode sobrevier, pois é do próprio conceito de matrimônio ser ele a reunião de sexo diverso” (RODRIGUES, Silvio *Direito...*, 1994, v. 1, p. 290-291).

Insta notar que o exemplo prático que gerou a criação da teoria – o casamento entre pessoas do mesmo sexo – perdeu relevo em nosso país, conforme a sua aceitação jurídica na prática, conforme outrora demonstrado. Tal constatação, a meu ver, enfraquece ainda mais a *teoria da inexistência do negócio jurídico*.

De toda sorte, outros tantos juristas – talvez a maioria da doutrina – são adeptos e aceitam a teoria da inexistência, especialmente Caio Mário da Silva Pereira, Marcos Bernardes de Mello, Antonio Junqueira de Azevedo, Francisco Amaral, Álvaro Villaça Azevedo, Zeno Veloso, Renan Lotufo, José Fernando Simão Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho.

De qualquer modo, apesar da não adoção pelo presente autor, o plano da existência deve ser estudado quando se trata do casamento que, como ressaltado, é um negócio com natureza jurídica especial, única. Nas provas de graduação e nos concursos públicos, é comum a solicitação de questões envolvendo o *casamento inexistente*. Também é comum, na *prática familiarista*, a utilização do recurso da ação declaratória de inexistência do casamento, o que igualmente justifica a sua abordagem, notadamente pela proposta deste livro, como *curso* de Direito Civil.

Ressalte-se, findando a presente introdução, que os casos de inexistência – para aqueles que a admitem – e de invalidade do casamento – nulidade e anulabilidade – geram a sua extinção por motivos anteriores à sua celebração (*planos*

da existência e da validade). Não se confundem, assim, com o divórcio, que gera a extinção do casamento por motivos posteriores à sua celebração (*plano da eficácia*).

2.6.2 Do casamento inexistente

O ato inexistente é considerado *um nada para o direito*, pois não gera efeitos no âmbito jurídico. Em casos tais, o negócio jurídico não apresenta os seus mínimos pressupostos de existência, quais sejam: *partes, vontade, objeto e forma*. Tais elementos, a partir da doutrina de Pontes de Miranda, formam o *suporte fático do negócio jurídico* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado...*, 1974, t. III).

Como antes exposto, com base em Silvio Rodrigues, frise-se que a teoria da inexistência do casamento surgiu na Europa no século XIX (1808) para contornar o problema do casamento entre pessoas do mesmo sexo, não tratado pelo Código Civil Francês de 1804 como hipótese de nulidade absoluta.

Pois bem, a partir da doutrina contemporânea que admite a ideia, três são as hipóteses apresentadas a respeito do casamento inexistente (GONÇALVES, Carlo Roberto. *Direito...*, 2005, p. 124, e VENOSA, Sílvio de Salvo *Direito...*, 2003, p. 113). Vejamos, pontualmente.

a) Casamento entre pessoas do mesmo sexo

Esse casamento poderia ocorrer, por exemplo, havendo fraude no registro, sendo hipótese a se considerar anteriormente no plano prático. Imaginava-se o caso de um casamento entre homossexuais em que um se encontrava travestido de mulher e portava documentação falsa. O caso era tido como de inexistência do casamento, conforme a tradição jurídica brasileira.

A esse propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do ano de 2009, afastou a possibilidade de habilitação do casamento homoafetivo diretamente no Registro Civil (TJRS, Acórdão 70030975098, Porto Alegre, 7. Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 30.09.2009, *DJERS* 06.11.2009, p. 85). O acórdão estava na contramão da tendência da época, que era

justamente de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em revolucionário *decisum* de 5 de maio de 2011, que a união homoafetiva deve ser equiparada à união estável para todos os efeitos, inclusive para a conversão em casamento, aplicando-se o art. 1.726 do CC (*Informativo* n. 625 da Corte). Sendo assim, surgiram no Brasil decisões judiciais sucessivas de conversão, admitindo-se o *casamento homoafetivo*, o que é tendência nos países ocidentais evoluídos. No mesmo sentido, há enunciado doutrinário aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, realizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em novembro de 2011 (Enunciado n. 526 do CJF/STJ).

A tese era sustentada há tempos por alguns juristas, caso de Maria Berenice Dias, a principal defensora dos direitos homoafetivos em nosso país (*Manual...*, 2009, p. 252-253). Diante dessa decisão do STF, se é possível a conversão da união estável em casamento, também o é o casamento homoafetivo celebrado diretamente, sem que haja união estável prévia. Pensar o contrário representaria um retrocesso, uma volta ao Direito Civil burocratizado dos séculos passados. Nessa linha, reafirme-se a aprovação, na *VII Jornada de Direito Civil*, em 2015, de enunciado doutrinário estabelecendo ser existente e válido o casamento entre pessoas do mesmo sexo (Enunciado n. 601).

Dando início a essa verdadeira revolução conceitual, na jurisprudência, repise-se que o Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos (4 a 1), concluiu pela viabilidade jurídica do casamento entre pessoas do mesmo sexo (REsp 1.183.378/RS, publicado no seu *Informativo* n. 486). Como se extrai do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, aqui citado no primeiro capítulo da obra e proferido em outubro de 2011, “é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento – diferentemente do que ocorria com os diplomas superados –, deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do

Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. A fundamentação do casamento hoje não pode simplesmente emergir de seu traço histórico, mas deve ser extraída de sua função constitucional instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana. Por isso não se pode examinar o casamento de hoje como exatamente o mesmo de dois séculos passados, cuja união entre Estado e Igreja engendrou um casamento civil sacramental, de núcleo essencial fincado na procriação, na indissolubilidade e na heterossexualidade” (REsp 1.183.378/RS).

Ora, há forte tendência mundial em se admitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo, debate que chegou ao Brasil e consolidou-se por meios desses julgados do ano de 2011, culminando com o amplo reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. A questão se concretizou de tal forma que a Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça, de maio de 2013, estabelece a obrigatoriedade de celebração dos casamentos homoafetivos pelas autoridades competentes, não havendo mais a necessidade de ações judiciais de conversão. Em suma, a revolução teve início na doutrina e na jurisprudência, faltando apenas o reconhecimento legal do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Por fim, é interessante aqui discorrer sobre o casamento do transexual, cuja situação não se confunde com a do homossexual. Como se sabe, e isso foi exposto no Volume 1 da presente coleção, o transexualismo sempre foi reconhecido por entidades médicas como uma patologia, pois a pessoa tem “um desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ao autoextermínio” (Resolução 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina). O transexual sempre foi tido como uma forma de *wanna be*, pois a pessoa supostamente quer ser do sexo oposto, havendo choques psíquicos graves a atormentá-la. Porém, como destacado em edições anteriores nesta obra, uma salutar tendência de tratar a hipótese não como uma patologia, mas como uma condição social, substituindo-se o termo *transexualismo* por *transexualidade*.

Pois bem, nos últimos anos, essa tendência de *despatologização* da situação da *pessoa trans* acabou por se consolidar na jurisprudência superior brasileira, não se podendo utilizar mais expressão *transexualismo*, que indica justamente a existência

de uma patologia, mas *transexualidade*.

Como primeiro marco jurisprudencial importante sobre o tema, em 2017, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a alteração do sexo no registro civil, sem a necessidade de realização de prévia cirurgia, conforme decisão prolatada pela Quarta Turma, no Recurso Especial 1.626.739/RS, no mês de maio daquele ano. O relator Ministro Luis Felipe Salomão, argumentou pela existência de um *direito ao gênero*, com base no sexo psicológico da pessoa humana. Sustentou, ainda, que o direito à felicidade deve conduzir a uma mudança de paradigma na Corte, uma vez que, “se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante do registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se, a meu juízo, flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade”. E concluiu o seu julgamento com as seguintes palavras: “em atenção à cláusula geral de dignidade da pessoa humana, penso que a jurisprudência desta Corte deve avançar para autorizar a retificação do sexo do indivíduo transexual no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de adequação sexual, desde que dos autos se extraia a comprovação da alteração no mundo fenomênico (como é o caso presente, atestado por laudo incontroverso), cuja averbação, nos termos do § 6.º do artigo 109 da Lei de Registros Públicos, deve ser efetuada no assentamento de nascimento original, vedada a inclusão, ainda que sigilosa, da expressão transexual ou do sexo biológico” (STJ, REsp 1.626.739/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.05.2017).

Pontue-se que, naquela ocasião, foi aplicado o teor de enunciado doutrinário aprovado na *I Jornada de Direito da Saúde*, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2014, com os seguintes dizeres: “quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil”.

Em 2018, surgiram duas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

confirmando essa *despatologização da transexualidade*, uma delas em repercussão geral, e que era mencionada nas edições anteriores deste livro (RE 670.422). No primeiro *decisum*, prolatado em março de 2018, analisou-se a possibilidade de alteração do nome civil da pessoa *trans* ou *transgênero* – expressões consideradas adequadas para tais hipóteses pelo próprio STF –, podendo tal alteração ser efetivada no Cartório de Registro Civil, sem a necessidade de autorização judicial, realização de laudo médico demonstrando a patologia ou cirurgia prévia. Vejamos a publicação do acórdão, constante do *Informativo* n. 892 da Corte:

“Direito civil. Pessoas naturais. Transgêneros e direito a alteração no registro civil. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental. Com base nessas assertivas, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/1973. Reconheceu aos transgêneros, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à alteração de prenome e gênero diretamente no registro civil. O Colegiado assentou seu entendimento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, bem como no Pacto de São José da Costa Rica. Considerou desnecessário qualquer requisito atinente à maioridade, ou outros que limitem a adequada e integral proteção da identidade de gênero autopercebida. Além disso, independentemente da natureza dos procedimentos para a mudança de nome, asseverou que a exigência da via jurisdicional constitui limitante incompatível com essa proteção. Ressaltou que os pedidos podem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado pelo solicitante, sem a

obrigatoriedade de comprovar requisitos, tais como certificações médicas ou psicológicas, ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes. Pontuou que os pedidos devem ser confidenciais e os documentos não podem fazer remissão a eventuais alterações. Os procedimentos devem ser céleres e, na medida do possível, gratuitos. Por fim, concluiu pela inexigibilidade da realização de qualquer tipo de operação ou intervenção cirúrgica ou hormonal. Vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (relator), Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O relato assentou a possibilidade de mudança de prenome e gênero no registro civil, mediante averbação no registro original, condicionando-se a modificação, no caso de cidadão não submetido à cirurgia de transgenitalização, aos seguintes requisitos: a) idade mínima de 21 anos; e b) diagnóstico médico de transexualismo, presentes os critérios do art. 3.º da Resolução 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Considerou inconstitucional interpretação que encerre a necessidade de cirurgia para ter-se a alteração do registro quer em relação ao nome, quer no tocante ao sexo. Os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes condicionaram a alteração no registro civil à ordem judicial e à averbação no registro civil de nascimento, resguardado sigilo no tocante à modificação” (STF, ADI 4275/DF, Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, j. 28.02 e 1.º.03.2018).

Como se pode perceber, o julgamento não foi unânime, pois alguns Ministros pretendiam apontar alguns critérios que deveriam ser observados para a alteração do nome, especialmente a presença do diagnóstico de *transexualismo*, entendimento que compartilho, por um aspecto médico a seguir destacado.

Sucessivamente, em agosto de 2018, julgou-se o Recurso Extraordinário 670.422, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, em que foram fixadas as seguintes teses a respeito da situação da *pessoa trans*, novamente sem unanimidade:

“1. O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil. Não se exige, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial quanto pela via administrativa. 2. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo ‘transgênero’. 3. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. 4. Efetuando--se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar, de ofício, ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros dos órgãos públicos ou privados, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos” (STF, RE 670422/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15.08.2018 publicado no seu *Informativo* n. 911).

Além dessas decisões do STF e do STJ, dois outros *marcos* do ano de 2018 devem ser aqui mencionados. O primeiro deles é o novo relatório da Organização Mundial da Saúde (OMS) relativo à classificação internacional de doenças (CID 11) que não era atualizado desde o ano de 1990, emitido em junho de 2018. Na nova lista, a transexualidade deixou de ser uma doença mental e passou a ser uma incongruência de gênero. Em outras palavras, deixou de ser um problema psíquico e passou a ser tratado como um problema sexual. Como se pode perceber, a OMS não fez uma *despatologização absoluta* da transexualidade, o que pode gerar críticas à decisão do STF, ao dispensar o laudo médico prévio para a alteração do nome no registro civil. O nosso Tribunal Máximo teria legitimidade ou mesmo condições técnicas para afastar esse tratamento médico? Com o devido respeito, penso que não.

O outro marco a ser destacado, agora na realidade nacional, é o Provimento 73 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), também de junho de 2018, visando a orientar os cartórios de registro civil para a alteração do nome da *pessoa trans*. Em termos gerais, a norma administrativa apresenta os requisitos formais para que ocorra tal alteração, sendo criticada por alguns registradores e especialistas da área por trazer

muitos entraves burocráticos para tanto. Suas regras serão analisadas mais à frente, quando da abordagem do nome.

Voltando-se à vigente Resolução do CFM (1.955/2010), ela não considera ilícita a realização de cirurgias que visam à adequação do sexo, geralmente do masculino para o feminino, autorizando a sua realização em nosso país. Tanto isso é verdade que a jurisprudência nacional, há tempos, vem autorizando a realização dessa cirurgia, sendo permitida a mudança do nome e do registro da pessoa. A título de exemplo, transcreve-se a conhecida decisão mencionada no Volume 1 desta coleção:

“Registro civil. Retificação. Assento de nascimento. Transexual. Alteração na indicação do sexo. Deferimento. Necessidade da cirurgia para a mudança de sexo reconhecida por acompanhamento médico multidisciplinar. Concordância do Estado com a cirurgia que não se compatibiliza com a manutenção do estado sexual originalmente inserto na certidão de nascimento. Negativa ao portador de disforia do gênero do direito à adequação do sexo morfológico e psicológico e a consequente redesignação do estado sexual e do prenome no assento de nascimento que acaba por afrontar a lei fundamental. Inexistência de interesse genérico de uma sociedade democrática em impedir a integração do transexual. Alteração que busca obter efetividade aos comandos previstos nos arts. 1.º, III, e 3.º, IV, da CF. Recurso do Ministério Público negado, provido o do autor para o fim de acolher integralmente o pedido inicial, determinando a retificação de seu assento de nascimento não só no que diz respeito ao nome, mas também no que concerne ao sexo” (TJSP, Apelação Cível 209.101-4, Espírito Santo do Pinhal, 1.ª Câmara de Direito Privado Rel. Elliot Akel, j. 09.04.2002, v.u.).

Consigne-se que o Superior Tribunal de Justiça, em 2009, seguiu essa linha de raciocínio, conforme decisão assim publicada no seu *Informativo* n. 411:

“Alteração. Prenome. Designativo. Sexo. O recorrente autor, na inicial pretende alterar o assento do seu registro de nascimento civil, para mudar seu

prenome, bem como modificar o designativo de seu sexo, atualmente constante como masculino, para feminino, aduzindo como causa de pedir o fato de ser transexual, tendo realizado cirurgia de transgenitalização. Acrescenta que a aparência de mulher, por contrastar com o nome e o registro de homem, cause diversos transtornos e dissabores sociais, além de abalos emocionais e existenciais. Assim, a Turma entendeu que, tendo o recorrente se submetido à cirurgia de redesignação sexual nos termos do acórdão recorrido, existindo, portanto, motivo apto a ensejar a alteração do sexo indicado no registro civil, a fim de que os assentos sejam capazes de cumprir sua verdadeira função, qual seja, a de dar publicidade aos fatos relevantes da vida social do indivíduo, deve ser alterado seu assento de nascimento para que nele conste o sexo feminino, pelo qual é socialmente reconhecido. Determinou, ainda, que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual” (STJ, REsp 1.008.398/SP, 3.^a Turma, Rel Min. Nancy Andrigli, j. 15.10.2009).

De toda sorte, pontue-se que esse entendimento anterior parece estar totalmente superado no próprio STJ, pois a Corte passou a considerar que a pessoa transexual não pode ser tratada como um doente, cabendo a alteração do nome e do sexo no registro civil independentemente da realização de cirurgia prévia. Na mesma linha, as decisões do Supremo Tribunal Federal aqui antes expostas e analisadas, que dispensam até a ação judicial para tanto.

Voltando-se ao debate que diz respeito ao Direito de Família, imagine-se o exemplo mais comum de transexualidade, qual seja, o de uma pessoa de sexo ou gênero masculino que quer ser do sexo ou gênero feminino. Após todos os trâmites médicos e legais, essa pessoa faz a cirurgia de adequação do sexo e consegue alterar o seu nome e a indicação de sexo ou gênero perante o registro civil. Por certo é que essa pessoa passa a ser do gênero feminino.

A dúvida que surge é a seguinte: essa *nova mulher* poderá se casar com um homem? Deve-se responder positivamente, como sempre fizeram Carlos Roberto

Gonçalves (*Direito civil...*, 2005, p. 128) e Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2007, p. 249). Assim, em hipótese alguma se pode falar em inexistência desse casamento contraído, até porque a tese do casamento inexistente entre pessoas do mesmo sexo foi superada.

Resta saber se o transexual ainda tem o dever de informar o outro nubente do seu estado anterior quando da iminência do casamento. Como antes afirmávamos, tratar-se-ia de um dever anexo, relacionado com a boa-fé objetiva, que também merece ser aplicada às relações familiares. Sendo assim, a quebra desse dever anexo poderia gerar a anulabilidade do casamento por erro quanto à identidade do outro nubente (art. 1.550, III, c/c o art. 1.557, I, do CC).

Entretanto, essas afirmações anteriores ficam em dúvida diante de toda a tendência de *despatologização* da situação da *pessoa trans*, bem como do reconhecimento de um *direito ao gênero*. A possibilidade de anulação de casamento em casos tais pode até ser vista como hipótese de discriminação, o que merece maiores reflexões por parte deste autor.

b) Ausência de vontade

Outro caso apontado como motivo de inexistência do casamento é a ausência de vontade (*vontade zero*, como afirma didaticamente José Fernando Simão). Anote-se que o elemento volitivo é o que diferencia os negócios jurídicos dos fatos naturais ou fatos jurídicos *stricto sensu*.

Um exemplo de ausência de vontade apontado pela doutrina que aceita a teoria da inexistência é aquele envolvendo a coação física ou *vis absoluta*. Trata-se da pressão física que retira totalmente a vontade da pessoa. Ilustre-se com os casamentos celebrados por pessoa sedada, drogada ou hipnotizada. Os exemplos, como se nota, têm reduzida aplicação prática. O Tribunal do Rio de Janeiro aplicou a ideia à situação em que o nubente se apresentava em situação de debilidade emocional quando da celebração do casamento (TJRJ, Acórdão 4091/1995, 6.^a Câmara Cível Rel. Des. Pedro Ligiero, j. 24.09.1996).

De qualquer forma, como o casamento é um ato complexo e formal, acredita-se que dificilmente haverá casamento celebrado por pessoa sem vontade. Vale lembrar

que essa ausência deve percorrer todo o processo de habilitação, bem como a celebração do ato em si.

c) Casamento celebrado por autoridade totalmente incompetente (incompetência razione materiae)

A doutrina aqui seguida por igual considera inexistente o casamento celebrado por autoridade totalmente incompetente, havendo incompetência em relação à matéria (*ratione materiae*). São elencados os casos de casamento celebrado por juiz de direito – nas hipóteses em que o juiz de paz ou de casamento for a autoridade competente –, por promotor de justiça, por delegado de polícia, somente perante a autoridade eclesiástica – sem a conversão em casamento civil ou perante uma *autoridade local*. Como *autoridade local*, podem ser citados os casamentos celebrados pelos coronéis e fazendeiros, pelo interior do Brasil no passado.

Maria Helena Diniz entende que, nesse caso de incompetência absoluta, não se aplica o art. 1.554 do CC/2002, pelo qual o ato pode ser convalidado se a autoridade incompetente exercer publicamente o ato, ocorrendo o posterior registro. Desse modo, a renomada professora titular da PUCSP entende que essa previsão legal somente se aplica aos casos de incompetência relativa, em relação ao local, *ratione loci* (*Código Civil...*, 2005, p. 1.252).

Por outra via, alguns doutrinadores, caso de Carlos Roberto Gonçalves e Eduardo de Oliveira Leite, nas obras citadas, entendem que o dispositivo também se aplica aos casos de incompetência absoluta em relação à matéria.

Com todo o respeito em relação aos últimos posicionamentos, que a melhor solução é considerar a hipótese como de nulidade absoluta, por desrespeito à forma (art. 166, IV e V, do CC). Assim sendo, o ato pode sim ser convalidado, com base no art. 1.554 do CC. Isso porque o motivo da convalidação é a boa-fé dos cônjuges, no caso a boa-fé objetiva, a boa conduta. E a *boa-fé faz milagres no Direito*, podendo convalidar o que é nulo (vide a norma do art. 167, § 2.º, do CC, que traz a *inoponibilidade do ato simulado perante terceiros de boa-fé*).

Por esse caminho, a título de exemplo, poderá ser convalidado pela coabitação um casamento nulo que perdurou por muito tempo. Se considerarmos que o casamento

é inexistente nesse caso, haverá entre as partes mera união estável, o que não se coaduna com a vontade dos contraentes, que sempre quiseram o casamento. Esse entendimento, na verdade, confirma a tese de que a *teoria da inexistência* pode gerar situações injustas e que, para o casamento, em alguns casos, deve-se buscar socorro na teoria das nulidades prevista na Parte Geral do Código Civil.

A encerrar o estudo da teoria da inexistência do casamento, interessante frisar que o Código Civil não traz qualquer tratamento para ação visando reconhecer a inexistência do casamento, o que, em regra, não é necessário, pois o ato inexistente é um nada para o Direito, como visto. Mas, em algumas situações, será necessária ação específica para afastar efeitos deste ato que não existe.

Conforme apontam os adeptos da teoria da inexistência, para essa ação aplicam-se as mesmas regras previstas para a ação de nulidade absoluta, tais como a inexistência de prazos para sua declaração (não sujeita à decadência), a possibilidade de sua propositura pelo Ministério Público e efeitos retroativos da sentença (*ex tunc*). Além disso, tem-se reconhecido que a inexistência do casamento pode ser conhecida de ofício pelo juiz, como nas hipóteses de casamento celebrado por autoridade absolutamente incompetente, em razão da matéria (TJMG, Acórdão 1.0223.99.031856-8/001, Divinópolis, 14.^a Câmara Cível, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula, j. 14.06.2006, *DJMG* 11.07.2006).

Aqui reside mais um motivo para se criticar a teoria da inexistência do casamento. Assim, se serão aplicadas as regras de nulidade absoluta, inútil seria o plano da existência, sendo melhor considerar que o casamento é nulo.

Por fim, ressalve-se que o casamento inexistente não pode ser reconhecido como casamento putativo, não gerando efeitos aos cônjuges que estejam de boa-fé. Em outras palavras, o art. 1.561 do CC não deve ser aplicado a essa forma de vício, segundo a interpretação majoritária do último comando.

Eis mais uma e última razão para se criticar a *teoria da inexistência*, pois a boa-fé não pode curar o que não existe. Ora, se as hipóteses aqui analisadas fossem enquadradas como de nulidade absoluta, seria perfeitamente possível o aproveitamento do ato como um casamento, para todos os efeitos familiares. Tal interpretação se coaduna com a expressão do art. 226, *caput*, da CF/1988, segundo a

qual a família é a base da sociedade, contando com especial proteção do Estado. Ademais, representa clara aplicação dos princípios da função social e da boa-fé no âmbito do Direito de Família.

2.6.3 Do casamento nulo

O art. 1.548 do CC em vigor preconiza, de forma inicialmente taxativa, as hipóteses de nulidade absoluta do casamento. Advirta-se, contudo, que a primeira delas foi revogada pela Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) restando apenas a segunda. Vejamos.

a) Casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil (art. 1.548, I, do CC; ora revogado)

A norma jurídica visava a proteger aqueles que não têm vontade relevante para o ato a ser celebrado. A proteção era considerada a mesma constante do então art. 3.º, inc. II, do CC, também incluindo os doentes mentais sem discernimento, eis que *enfermidade* e *doença* seriam expressões sinônimas (DINIZ, Maria Helena. *Código...*, 2010, p. 1.081; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código...*, 2005, p. 780).

Deveria apenas ser feita a ressalva de que não se exigia o processo de interdição prévio para o casamento ser considerado nulo. Nessa linha, decisão anterior do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“Nulidade. Interdição. Laudo pericial. Casamento nulo. A circunstância de à época do casamento ainda não estar declarada a interdição de um dos nubentes, não torna válida a união matrimonial. Não é o Decreto de interdição que cria a incapacidade, porém a alienação mental. Laudo pericial categórico em afirmar que o autor, muitos anos antes de seu casamento já era portador de doença mental que o tornou incapaz de manifestar sua vontade” (TJRJ Apelação Cível 2023/1993, Rio de Janeiro, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des Wilson Marques, j. 16.12.1993).

De toda sorte, com vistas à plena inclusão das pessoas com deficiência, esse dispositivo foi revogado expressamente pelo art. 114 da Lei 13.146/2015. Assim, as pessoas antes descritas no comando podem se casar livremente, não sendo mais consideradas como absolutamente incapazes no sistema civil brasileiro.

A inovação veio em boa hora, pois a lei presumia de forma absoluta que o casamento seria prejudicial aos então incapazes, o que não se sustentava social e juridicamente. Aliás, conforme se retira do art. 1.º da norma emergente, o Estatuto da Pessoa com Deficiência é destinado a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania. A possibilidade atual de casamento dessas pessoas parece tender a alcançar tais objetivos, especialmente pelo que consta do art. 6.º da mesma norma.

De qualquer modo, este autor entende que é preciso retomar a antiga previsão constante originalmente no art. 3.º do Código Civil de 2002, no sentido de ser reconhecida como absolutamente incapaz a pessoa que não tenha qualquer condição de exprimir vontade. Cite-se, como exemplos, a pessoa que se encontra em coma profundo ou o portador do mal Alzheimer. Nesse sentido, demos parecer ao Projeto de Lei 757/2015, em curso no Congresso Nacional, e que pretende alterar o Código Civil de 2002, o Código de Processo Civil de 2015 e o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Urge, portanto, que o dispositivo revogado em matéria de nulidade de casamento volte parcialmente ao sistema jurídico, sem que exista qualquer relação com a pessoa com deficiência, assim como deve ocorrer com a reintrodução da regra do art. 3.º, inciso III, no CC/2002.

Caso isso não ocorra, uma solução possível para resolver o problema seria concluir que, nos casos em que não há vontade daquele que celebra o ato, o negócio jurídico deveria ser considerado inexistente, como propõe Zeno Veloso (*Estatuto... Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>>. Acesso em: 20 maio 2015*).

No entanto, reafirme-se que o grande problema técnico é que a *teoria da inexistência* não foi adotada expressamente pela nossa legislação privada, que

procurou resolver os problemas e vícios do negócio jurídico no plano da validade com o tratamento relativo ao negócio nulo (art. 166 do CC/2002) e ao negócio anulável (art. 171 do CC/2002). Assim, opinamos, naquele projeto, que o caminho pela *teoria da inexistência* geraria muita instabilidade e incerteza, como sempre ocorreu na prática. Isso já justifica o retorno parcial do comando, com a ressalva de que ele não pode atingir a pessoa com deficiência, pelo menos em regra, pelo que consta do art. 6.º do EPD.

Feita tal pontuação, acrescente-se que havia uma questão polêmica a respeito da antiga previsão. Como enquadrar a previsão das pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não pudessem exprimir vontade, antes prevista no art. 3.º, III, do CC/2002)? O casamento celebrado por essas pessoas será inexistente, nulo ou anulável?

Por certo é que, para alguns dos adeptos da *teoria da inexistência*, o casamento seria considerado inexistente, por ausência de vontade. Esse posicionamento sempre foi o seguido por José Fernando Simão, conforme edições anteriores desta obra, então em coautoria.

De qualquer forma, havia entendimento firme na doutrina enquadrando a hipótese como de anulabilidade, nos termos do art. 1.550, IV, do CC (*incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade*). Assim concluíam, por exemplo, Flávio Augusto Monteiro de Barros (*Manual...*, 2005, p. 41), Maria Helena Diniz (*Código...*, 2010, p. 1.083), Paulo Lôbo (*Famílias...*, 2008, p. 104), Jorge Shiguemitsu Fujita (*Direito civil...*, 2008, v. 7, p. 63) e Aurélia Lizete Barros Czapski (*Código...*, 2010, p. 1.245).

Tal forma de pensar chegou a ser adotada pelo STJ, em remoto julgado, referente ao CC/1916 (STJ, EDcl no AgRg no Ag 24.836/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 18.10.1993, DJ 13.12.1993, p. 27.463). O Enunciado n. 332 do CJF/STJ, aprovado na *IV Jornada de Direito Civil*, deu interpretação restritiva ao art. 1.548, inc. I, do CC, não admitindo a nulidade absoluta do casamento das pessoas então descritas no art. 3.º, III, do CC e seguindo, portanto essa corrente, que era tida como majoritária. Assim: “A hipótese de nulidade prevista no inc. I do art. 1.548 do Código Civil se restringe ao casamento realizado por

enfermo mental absolutamente incapaz, nos termos do inc. II do art. 3.º do Código Civil”.

Porém, para este autor, a hipótese então descrita no art. 3.º, inc. III, do CC seria de nulidade absoluta do casamento se a pessoa incapaz não tivesse a mínima condição de exprimir sua vontade. Isso porque a previsão do então art. 3.º, III, estaria mais próxima do anterior art. 1.548, I, do que do art. 1.550, IV, todos da atual codificação. Parecia entender da mesma forma o professor Carlos Roberto Gonçalves, nos seguintes termos:

“A primeira hipótese é compreensiva de todos os casos de insanidade mental, permanente e duradoura, caracterizada por graves alterações das faculdades psíquicas, que acarretam a incapacidade absoluta do agente (art. 3.º, II). O Código estabelece uma gradação necessária para a debilidade mental, ao considerar relativamente incapazes os que, ‘por deficiência mental, tenham discernimento mental reduzido’ (art. 4.º, II), referindo-se aos fracos da mente ou fronteiriços.

Desse modo, quando a debilidade mental privar totalmente o amental do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, acarretará a incapacidade absoluta (CC, art. 3.º, II) e a nulidade do casamento por ele contraído; quando, porém, causar apenas a sua redução, acarretará a incapacidade relativa e a anulabilidade do casamento, nos termos do art. 1.550, IV, do Código Civil” (GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito...*, 2005, p. 136).

A transcrição servia ainda para esclarecer a situação do surdo-mudo. Se ele estivesse enquadrado na anterior regra do art. 4.º do CC, havendo possibilidade parcial de comunicação, o seu casamento celebrado sem assistência seria anulável (art. 1.550, IV, do CC). Se não houvesse qualquer condição de comunicação ou mesmo de discernimento (art. 3.º do CC), o casamento seria nulo (nos termos do então art. 1.548, I, do CC). Consigne-se nesse sentido posicionavam-se Fernando Sartori (*A invalidade...*, *Direito...*, 2009), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvale

(*Direito das famílias...*, 2008, p. 159).

Porém, com a mudança do sistema pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência esse panorama mudou consideravelmente, o que parece afastar toda a polêmica anterior. Isso porque as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade passaram a ser tratadas como relativamente incapazes, pelo novo art. 4.º, III, do Código Civil. Desse modo, não há mais como enquadrar o sei casamento como nulo, mas apenas como anulável, presente um incapaz de consentir e de manifestar de modo inequívoco a sua vontade (art. 1.550, IV, do CC).

Em reforço, nota-se que o casamento nulo, no sistema ora em vigor, somente estará presente na hipótese de infringência aos impedimentos matrimoniais, não se cogitando mais a nulidade por problema de vontade. Em resumo, a Lei 13.146/2015 parece ter sanado mais essa controvérsia, pelo menos no campo técnico-jurídico.

b) Casamento celebrado com infringência a impedimento matrimonial (art. 1.548, II, do CC)

Como demonstrado, os únicos impedimentos matrimoniais estão previstos no art. 1.521 do CC (impedimentos decorrentes de parentesco consanguíneo, de parentesco por afinidade, de parentesco civil, de vínculo matrimonial e de crime cometido). Como esses impedimentos são insanáveis e graves, a lei consagra como consequência da sua infringência a nulidade absoluta do casamento.

Superada a análise das hipóteses de nulidade do casamento, é preciso estudar os seus *efeitos e procedimentos*.

Primeiramente, a eventual ação correspondente é denominada *ação declaratória de nulidade absoluta de casamento*. Diante desse caráter declaratório é que se afirma que a ação é imprescritível (critério científico de Agnelo Amorim Filho, RT 300/7 e 744/725), além de envolver preceitos de ordem pública e de Direito de Família. Em reforço, nos termos do art. 169 do CC/2002, a nulidade não convalida pelo decurso do tempo (TJMG, Acórdão 1.0106.06.020387-9/001 Cambuí, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, j. 19.07.2007 DJMG 02.08.2007).

A decretação de nulidade pode ser promovida mediante ação direta, por

qualquer interessado ou mesmo pelo Ministério Público, igualmente por envolver preceitos de ordem pública (art. 1.549 do CC).

Quanto ao foro competente, este seria o da residência da mulher, pelo que constava do art. 100, inciso I, do CPC/1973. Todavia, a regra passou a ser o foro de domicílio do guardião do incapaz, pelo Novo CPC. Não o havendo, o foro competente é o do último domicílio do casal. Por fim, será competente o foro de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal (art. 53 do Novo CPC).

Na linha do que leciona a doutrina quase com unanimidade, a nulidade absoluta não pode ser reconhecida de ofício, mas apenas o impedimento matrimonial, de acordo com o art. 1.522 do CC (por todos: VENOSA, Sílvio de Salvo *Direito...*, 2005, p. 126). Eis aqui mais um exemplo de aplicação do princípio da não intervenção, constante do art. 1.513 do CC. Não se olvide a existência de certa polêmica, uma vez que, como a matéria de nulidade é de ordem pública, deveria ser conhecida de ofício pelo juiz, nos termos da regra do parágrafo único do art. 168 do CC/2002. Em suma, o último dispositivo deveria prevalecer em relação ao princípio da não intervenção.

Essa ação declaratória de nulidade poderá ainda ser precedida de medida cautelar de separação de corpos, assim como a ação anulatória, devendo o juiz conceder a liminar com maior brevidade possível se for constatada a sua necessidade (art. 1.562 do CC). No sistema processual anterior, caberia a medida cautelar de separação de corpos, enquadrada no art. 888, inciso VI, do CPC/1973; dispositivo não reproduzido pelo Estatuto Processual emergente. No novo sistema instrumental, acreditamos que a medida está sujeita às regras da tutela de urgência ou de evidência, o que dependerá de um correto preenchimento pela jurisprudência nos próximos anos (arts. 300 e seguintes, do CPC/2015).

Conforme é apontado pelo senso comum jurídico, e isso também serve para a ação anulatória, não há mais a necessidade de atuação do curador de vínculo, ou *guardião do casamento*, conforme previa o art. 222 do CC/1916. O curador existia para evitar conluio dos cônjuges objetivando a anulação de casamento, pois somente por meio da ação é que se conseguia romper o vínculo conjugal. Com a edição da Lei 6.515/1977, que introduziu o divórcio no Brasil, a ação de nulidade e a anulatória

perderam prestígio, pois os cônjuges podem se utilizar do divórcio consensual, sendo inútil a propositura de ação de nulidade ou de anulação simuladas. A figura do curador, assim, perdeu a sua utilidade também.

Entretanto, em ambos os casos – de nulidade ou anulabilidade do casamento –, como se trata de *ação de estado*, haveria a necessidade de atuação do Ministério Público como fiscal da lei, nos termos do art. 82, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973 (VENOSA, Sílvio de Salvo *Direito...*, 2003, p. 130). Nessa linha, da jurisprudência anterior, pronunciada sob a vigência da norma instrumental anterior: TJCE, Apelação 0000011-70.2009.8.06.0131, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Ernani Barreira Porto, *DJCE* 09.08.2012, p. 54; TJSP, Apelação com Revisão 645.963.4/2, Acórdão 4036513, São José dos Campos, 8.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 02.09.2009, *DJESP* 27.10.2009 e TJGO, Apelação Cível 94292-1/188, Processo 200503291239, Posse, 3.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Arédio Ferreira, j. 04.04.2006, *DJGO* 25.04.2006). Todavia, como esse dispositivo processual não foi reproduzido pelo Novo CPC, acreditamos que esse entendimento anterior não mais prevalecerá. Assim, somente haverá necessidade de atuação do MP nas demandas que envolvam os incapazes.

Seguindo no estudo dessa demanda, os efeitos da sentença da ação declaratória de nulidade são retroativos, ou seja, *ex tunc*, conforme prevê o art. 1.563 da atual codificação. A parte final do dispositivo traz uma inovação importante que merece ser comentada. Determina o referido comando legal que essa sentença com efeitos retroativos não poderá “prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem resultante de sentença transitada em julgado”. A eficácia legal do dispositivo é inegável, trazendo interessante conclusão.

Dois institutos são aqui protegidos: a boa-fé objetiva (daquele que adquiriu direitos com boa conduta – v.g., adquirente de um imóvel que pagou o preço com total pontualidade) e a coisa julgada (conforme previsão constante do art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e art. 6.º da Lei de Introdução). Com essa proteção, a boa-fé objetiva, no que tange ao Direito de Família, é elevada ao posto de preceito de ordem pública. Primeiro, por estar ao lado da coisa julgada. Segundo, porque consegue *vencer* o ato nulo, a exemplo do que ocorre pela previsão do citado art. 167, § 2.º, do CC

(*inoponibilidade do ato simulado perante terceiros de boa-fé*).

A título de exemplo, imagine-se o seguinte caso: *A* e *B*, marido e mulher, vendem um imóvel a *C*, que o adquire de boa-fé. O casamento dos primeiros é declarado nulo por sentença judicial, pois *A* já era casado. No caso em questão, mesmo havendo essa nulidade, o que geraria eventual partilha do bem, a venda deve ser reputada válida, pois celebrada com boa-fé por *C*. O cunho social da norma é indeclinável, seguindo toda uma tendência de proteger aquele que age bem, movido pela boa-fé.

Por fim, consigne-se que o Novo Código de Processo Civil traz um tópico próprio a respeito das ações de Direito de Família, atribuindo um rito especial a tais demandas (arts. 693 a 699 do CPC/2015). Não há previsão expressa de aplicação dessas normas específicas às ações de invalidade do casamento (nulidade absoluta ou relativa). Nos termos do art. 693 do Novo *Codex*, “as normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação”.

Na opinião deste autor, é possível entender que o rol previsto no artigo é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), e não taxativo (*numerus clausus*). Fixada tal premissa, o procedimento especial pode ser perfeitamente aplicado à ação de nulidade do casamento. Pontue-se que essa nossa forma de pensar foi adotada no *X Congresso Brasileiro do IBDFAM*, em outubro de 2015, com a aprovação do Enunciado n. 19 daquela entidade, segundo o qual “O rol do art. 693 do Novo CPC é meramente exemplificativo, e não taxativo”.

2.6.4 Do casamento anulável

As hipóteses de anulabilidade do casamento constam de rol taxativo (*numerus clausus*) previsto no art. 1.550 do CC, sem prejuízo de outros dispositivos que completem o tratamento da matéria. Ressalte-se que o Código Civil de 2002 retirou uma previsão de anulabilidade que era totalmente desatualizada, envolvendo o rapto (art. 183, X, do CC/1916). Passa-se ao estudo das causas de anulabilidade pela sistemática atual:

a) Casamento contraído por quem não completou a idade mínima para casar (art. 1.550, I, do CC)

Como demonstrado, o Código Civil de 2002 iguala a idade núbil em 16 anos, tanto para homem quanto para mulher. Isso porque a puberdade é apontada como um requisito para a constituição do casamento. O menor que tiver menos idade do que o limite mínimo para casar necessitará de autorização judicial, sempre atendendo ao seu melhor interesse (*best interest of the child*) – art. 1.520 do CC.

Eventualmente, sendo celebrado o casamento sem a referida autorização judicial, o ato será considerado anulável, desde que proposta ação anulatória no prazo de cento e oitenta dias, pelo próprio menor, por seus representantes legais ou por seus ascendentes (art. 1.552 do CC).

Sobre o início da contagem desse prazo decadencial, há as seguintes regras:

- Se a ação for proposta pelo próprio menor, devidamente representado, o prazo será contado a partir do momento em que completar a idade núbil.
- Se a ação for proposta pelo representante legal ou ascendente, o prazo será contado a partir do momento em que o casamento foi celebrado.

Para o início da contagem desse prazo, são utilizadas as regras constantes do art. 1.560, § 1.º, do CC. Destaque-se que o prazo de cento e oitenta dias é decadencial, pois a ação anulatória é constitutiva negativa (critério científico de Agnelo Amorim Filho).

Sem prejuízo dessa ação anulatória, o Código Civil em vigor enuncia hipóteses em que *o casamento pode ser convalidado, inclusive por confirmação das partes. Lembre-se que convalidar significa tornar válido o que inicialmente era inválido*. Em suma, é sanado um problema que envolve o plano da validade, o *segundo degrau da Escada Pontean*a.

A primeira possibilidade dessa convalidação consta do seu art. 1.551, pelo qual não se anula o casamento, por motivo de idade, se dele resultou gravidez, não sendo necessária sequer a autorização do seu representante legal. A norma tem sua razão de ser, visando a amparar a família pelo casamento, nos termos do art. 226,

caput, da CF/1988.

Além dessa regra, enuncia o art. 1.553 da atual codificação material que o menor poderá, depois de completar a idade núbil, confirmar o seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial. Essa confirmação expressa está em sintonia com o art. 172 do CC/2002, segundo o qual “O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro”.

b) Casamento contraído por menor em idade núbil (entre 16 e 18 anos), não havendo autorização do seu representante legal (art. 1.550, II, do CC)

O menor entre 16 e 18 anos não necessita de autorização judicial para se casar, mas apenas do consentimento de seus pais ou outros representantes, caso dos tutores (art. 1.517 do CC). Trata-se de uma *autorização especial*, que não se confunde com assistência, tratada pela Parte Geral do Código Civil.

Sendo desrespeitada essa premissa, o prazo para a propositura da ação anulatória é decadencial de cento e oitenta dias, ação essa que somente pode ser proposta pelo incapaz (ao deixar de sê-lo), por seus representantes legais ou por seus herdeiros necessários (art. 1.555, *caput*, do CC).

A respeito da contagem dos prazos, há as seguintes regras, constantes do § 1.º do mesmo dispositivo material:

- Se a ação for proposta pelo menor, o prazo será contado a partir do momento em que completar 18 anos.
- Se a ação for proposta pelo representante legal, o prazo será contado a partir da celebração do casamento.
- Sendo proposta a ação por herdeiro necessário, o prazo será contado da data do óbito do menor.

Por fim, não se anulará esse casamento quando à sua celebração tiverem assistido os representantes legais do menor, ou se esses representantes tiverem manifestado a sua aprovação (art. 1.555, § 2.º, do CC). Como se pode perceber, o vício em questão é sanável, podendo o casamento ser convalidado. Na verdade, se os

representantes que não autorizaram o casamento estavam presentes à celebração e nada fizeram para impedir a realização, concordaram tacitamente com o enlace. Se pudessem, posteriormente, requerer a anulação, agiriam contrariamente aos ditames da boa-fé objetiva em nítido comportamento contraditório proibido pelo ordenamento (*venire contra factum proprium*).

Concluindo, os menores recebem um tratamento específico quando se fala em capacidade para o casamento. Diante desse tratamento diferenciado, não podem ser invocadas as regras previstas para a teoria das nulidades na Parte Geral do Código Civil. Nota-se que o casamento celebrado por menores, sejam eles absoluta ou relativamente incapazes, é anulável. Confrontando-se com o tratamento relativo aos demais negócios jurídicos, os contratos celebrados por menores de 16 anos – absolutamente incapazes –, sem a devida representação, são nulos (art. 166, inc. I, do CC). Já os contratos celebrados por menores entre dezesseis e dezoito anos – relativamente incapazes – são anuláveis (art. 171, inc. I, do CC).

c) Casamento celebrado sob coação moral (arts. 1.550, III, e 1.558 do CC)

A coação moral ou *vis compulsiva* constitui um vício da vontade ou do consentimento, havendo tratamento específico na Parte Geral do Código Civil (arts 151 a 155). Quanto ao casamento, consta conceito específico de coação no art. 1.558 da atual codificação material, sendo interessante confrontar as duas formas de coação previstas na atual codificação privada:

Art. 151 do CC. Coação para os negócios jurídicos em geral	Art. 1.558 do CC. Coação para o casamento
Fundada em temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família ou aos seus bens. Eventualmente, o dano iminente também pode atingir pessoa que não seja da família do negociante.	Quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges tiver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e honra, sua ou de seus familiares.

Como se observa, há um tratamento diferenciado. Pelo que consta da lei, não se considera coação para o casamento o temor de mal considerável a bens ou a pessoa que não seja da família do contraente.

De toda sorte, apesar dessa diferenciação na literalidade, este autor entende que é possível que os dois comandos se comuniquem, para os devidos fins de anulabilidade. Em suma, é possível anular um casamento por coação relacionada ao patrimônio ou a pessoa que não seja da família do coato. Além dessa necessária interação entre livros distintos do Código Civil, outros comandos da Parte Geral relativos à coação merecem aplicação para o enfrentamento da coação no casamento. Esclareça-se que tais deduções foram incluídas nesta obra após a atuação deste autor em parecer jurídico elaborado em ação de anulação de casamento e de pacto antenupcial, em trâmite no Estado do Paraná.

Em relação a esses outros comandos, de início, é o caso do art. 152 do CC que recomenda a análise *in concreto* da coação, levando em conta o sexo, a idade, a experiência, a saúde e o temperamento do coagido. No casamento, do mesmo modo, não se pode considerar coação o mero temor reverencial (art. 153). A coação exercida por terceiro também pode anular o casamento, desde que o outro cônjuge tenha conhecimento ou devesse ter conhecimento do vício (arts. 154 e 155). Mais uma vez percebe-se a aplicação de normas da teoria geral do negócio jurídico, uma vez que o casamento assume essa natureza jurídica.

No que tange ao prazo para anular o casamento celebrado sob coação, esse é decadencial de quatro anos, contados da celebração do casamento (art. 1.560, IV, do CC). Nesse ponto, mais uma vez se percebe um tratamento diferenciado, pois, no caso dos negócios jurídicos em geral, o prazo de quatro anos é contado a partir do momento em que cessar a coação (art. 178, I, do CC).

Essa ação anulatória é personalíssima e somente poderá ser proposta pelo cônjuge que sofreu a coação. O ato poderá ser convalidado, havendo posterior coabitação entre os cônjuges e ciência do vício, pelo tempo que o juiz entender que é razoável (art. 1.559). o dispositivo, ao prever que a coabitação sana a invalidade, adota a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*), proibindo que aquele que *coabitou*, ou seja, que manteve relação sexual

com o outro cônjuge ou com ele viveu, ingresse com a ação anulatória do casamento. O sentido ético da norma é, portanto, indiscutível, pela relação com a boa-fé objetiva. Contudo, nem sempre será fácil a prova desta coabitação.

d) Casamento celebrado havendo erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (arts. 1.550, III, 1.556 e 1.557 do CC)

O casamento pode ser anulado se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro (*error in persona*). Como é notório, no erro a pessoa se engana sozinha, sendo esse o requisito essencial para a anulação do casamento. O dolo, conforme aponta a melhor doutrina, não anula o casamento (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito...*, 2003, p. 144).

Aqui também existem alterações engendradas pela Lei 13.146/2015, que institui o Estatuto da Pessoa com Deficiência, com vistas à sua inclusão para atos civis existenciais, possibilitando amplamente o seu casamento, com o afastamento do erro como causa de anulação.

O art. 1.557 da codificação substantiva traz um rol de situações caracterizadoras do erro, e que merecem um estudo especial. A citada norma emergente alterou o seu inciso III e revogou o seu inciso IV. Senão, vejamos:

Inciso I – No que diz respeito a identidade, honra e boa fama do outro cônjuge, sendo esta uma informação de conhecimento ulterior pelo nubente e que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. A honra deve ser tida em sentido amplo, englobando tanto a autoestima (*honra subjetiva*) quanto a reputação social (*honra objetiva*). Na última ideia estaria também a boa fama. Vários são os exemplos apontados pela doutrina e jurisprudência sendo interessante citar os seguintes: casamento celebrado com homossexual, com bissexual, com transexual operado que não revelou sua situação anterior, com viciado em tóxicos, com irmão gêmeo de uma pessoa, com pessoa violenta, com viciado em jogos de azar, com pessoa adepta de práticas sexuais não convencionais, entre outras hipóteses (DINIZ, Maria Helena *Código...*, 2010, p. 1.087). Cite-se, ainda, a hipótese de “pessoa idosa e

ingênua que se casou com mulher vinte e nove anos mais jovem, pensando que esta lhe tinha afeto, quando os fatos imediatamente posteriores à celebração demonstraram que o interesse era apenas patrimonial” (TJRJ, Apelação 200900121641, Rio de Janeiro, 19.^a Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Brandão, j. 04.08.2009, Data de Publicação: 04.11.2009).

Inciso II – A ignorância de crime anterior ao casamento e que por sua natureza torne insuportável a vida conjugal. Como o requisito da insuportabilidade prevalece, não há necessidade do trânsito em julgado da sentença penal, bastando a repercussão social do crime. Exemplo: casar-se com um grande traficante de drogas, desconhecendo essa característica do outro cônjuge.

Inciso III – A ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, *que não caracterize deficiência*, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou pela herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência. Pontue-se que a Lei 13.146/2015 incluiu a exceção destacada, a respeito da pessoa com deficiência, não cabendo a anulação do casamento em casos tais. Exemplos anteriores de defeitos físicos irremediáveis, mantidos no sistema: hermafroditismo (duas manifestações sexuais); deformações genitais; ulcerações no pênis e impotência *coeundi*, aquela para o ato sexual (TJMG, Apelação cível 10024122275746001, Rel. Washington Ferreira, 7.^a Câmara Cível, j. 25.06.2013). É importante destacar que a impotência *generandi* ou *concupiendi* (para ter filhos) não gera a anulabilidade do casamento. Exemplos de moléstias graves e transmissíveis: tuberculose, AIDS, hepatite, e sífilis. Em todos os casos relacionados, há presunção absoluta ou *iure et de iure* da insuportabilidade da vida em comum, razão pela qual ela não é mencionada na lei.

Atente-se que foi revogado pela Lei 13.146/2015 o antigo inciso IV do art. 1.557 da codificação civil, que mencionava a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, tornasse insuportável a vida em comum.

Eram exemplos aqui antes mencionados a esquizofrenia, a psicopatia, a psicose, a paranoia, entre outros. Era apontada a desnecessidade de a pessoa estar interdita, no sistema anterior à revogação. Agora, o casamento das pessoas citadas será válido, o que visa a sua plena inclusão social, objetivo primordial do Estatuto da Pessoa com Deficiência, especialmente pelo que consta do seu art. 6.º.

Anote-se que a lei civil já não elencava mais como fundamento do erro quanto à pessoa o defloramento da mulher, ignorado pelo marido (art. 219, inc. IV, do CC/1916). Por óbvio que esse dispositivo perdeu a aplicação prática há tempos, antes mesmo do Código Civil de 2002, não estando adaptado às mudanças de costumes em nosso país.

Superada a análise dos casos que motivam a anulação do casamento por erro a respeito da pessoa, verifique-se que o prazo decadencial para a ação anulatória é de três anos, contados da celebração do casamento (art. 1.560, inc. III, do CC). Essa ação somente cabe ao cônjuge que incidiu em erro, sendo uma ação personalíssima, conforme o art. 1.559 do CC.

Ainda conforme o último dispositivo, a coabitação posterior, havendo ciência do vício, convalida o casamento, salvo nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557 (defeito físico irremediável, moléstia grave ou doença mental grave), pois as situações são de extrema gravidade. Mais uma vez, a norma adota a máxima *venire contra factum proprium non potest*, ao vedar que o cônjuge que coabitou ingresse com a ação para anular o casamento, a não ser naqueles casos excepcionais.

Admitindo a convalidação do ato por coabitação, em hipótese de erro, transcreve-se decisão do Tribunal Paulista: “Casamento. Anulação. Erro essencial quanto a pessoa do outro cônjuge. Confissão pelo marido, na semana seguinte ao ato de que era dependente de drogas. Aceitação das condições e consentida nova chance. Renovação da prática de uso de drogas. Pretendido reconhecimento da insuportabilidade da vida comum. Não acolhimento. Coabitação. Fator que afasta o pleito de anulação. Aplicação do artigo 1.559, do Código Civil. União válida. Extinção do feito confirmada. Recurso improvido” (TJSP, Acórdão 407.842-4/4-00, São Vicente, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Élcio Trujillo, j. 23.05.2006) O conteúdo do aresto tem o total apoio doutrinário deste autor.

e) Do incapaz de consentir e de manifestar de forma inequívoca a sua vontade (art. 1.550, IV, do CC)

Conforme ressaltado, essa previsão continua a englobar os ébrios habituais, entendidos como os alcoólatras, e os viciados em tóxicos (art. 4.º, II, do CC atualizado com a Lei 13.146/2015). Todavia, o comando não incide mais para as pessoas com discernimento mental reduzido e aos excepcionais sem desenvolvimento completo, constantes do art. 4.º, incisos II e III, da codificação, antes da recente alteração.

Reafirme-se que essas pessoas podem se casar livremente, até porque foi incluído um § 2.º no art. 1.550 do CC/2002 pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. O preceito emergente passou a prever que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador. Mais uma vez, nota-se o objetivo de plena inclusão social da pessoa com deficiência, especialmente para os atos existenciais familiares, afastando-se a tese de que o casamento poderia ser-lhe prejudicial.

O prazo decadencial para a ação anulatória é de cento e oitenta dias, contados do casamento, nos termos do art. 1.560, *caput* e § 1.º, do Código em vigor.

Em resumo, foi visto que os casos envolvendo os menores são de anulabilidade do casamento (art. 1.550, I e II); que não mais existem maiores absolutamente incapazes, tendo sido revogado o art. 1.548, I, do CC; e que os casos envolvendo os demais incapazes são de anulabilidade (art. 1.550, IV). Vale repisar, ademais, que as pessoas com deficiência podem se casar livremente, nos termos do novo § 2.º do art. 1.550 do Código Civil.

Pois bem, quanto aos incapazes tratados nos arts. 3.º e 4.º da atual codificação, devidamente atualizados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, faltou abordar uma hipótese: a do pródigo (art. 4.º, inc. IV, do CC). Como se sabe, o pródigo é aquele que gasta de maneira destemperada o seu próprio patrimônio, podendo chegar a um estado de miserabilidade, razão pela qual há uma interdição relativa quanto aos atos de alienação de bens (art. 1.782 do CC). Justamente porque a interdição é relativa é que o pródigo pode se casar.

Aliás, vale dizer que não sendo celebrado pacto antenupcial, o regime do seu casamento será o da comunhão parcial (*regime legal*), nos termos do art. 1.640, *caput*, do CC. Não há que se falar na imposição do regime da separação obrigatória de bens, pois o prodígio não consta do art. 1.641 da mesma codificação. Como antes defendido, as limitações à autonomia privada devem decorrer necessariamente de lei, o que não é o caso.

É de se indagar se, para celebrar o pacto antenupcial, fazendo a opção por outro regime, o prodígio deverá ser assistido. A questão é controversa. Há aqueles que entendem que a resposta é positiva (GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito...*, 2005, p. 620). Isso porque o referido pacto tem natureza contratual, envolvendo a administração de patrimônio.

Não havendo a referida assistência, somente o pacto será anulável, nos termos do art. 171, I, do CC, o que não atinge o casamento celebrado. Isso, desde que proposta ação anulatória no prazo de quatro anos, a contar de quando cessar a incapacidade (art. 178, III). A questão, mais uma vez, é solucionada pela teoria geral do negócio jurídico. Não sendo proposta a referida ação no prazo assinalado, o pacto será convalidado pelo tempo, tornando-se plenamente válido. Esse parece ser o melhor entendimento.

Por outro lado, há quem entenda que o art. 1.782 do CC, que limita o prodígio, sem assistência, de praticar certos atos da vida civil é restritivo de direitos e não comporta interpretação extensiva (CARVALHO SANTOS, João Manuel *Código Civil...*, 1937, p. 427).

Ademais, a escolha de um regime de bens diverso do regime da comunhão parcial não significa forma de dissipação patrimonial, mesmo porque o prodígio pode se casar por meio de pacto, optando pelo regime da separação de bens. Essa é a opinião, por exemplo, de José Fernando Simão.

Vista a situação do prodígio, é possível formular a seguinte tabela comparativa relativa *aos incapazes e ao casamento*, devidamente atualizada frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência:

Absolutamente incapazes	Relativamente incapazes (art. 4.º do CC)

(art. 3.º do CC)	
– Passou a mencionar apenas os menores de 16 anos, sendo o seu casamento anulável.	I – Menores entre 16 e 18 anos – casamento anulável. II – Ébrios habituais (alcoólatras) e viciados em tóxicos – casamento anulável. III – Passou a mencionar as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade – casamento anulável. IV – Pródigos – casamento válido.

f) Casamento celebrado por procuração, havendo revogação do mandato (art. 1.550, V, do CC)

Enuncia a atual codificação civil que o casamento poderá se anulado se realizado por mandatário e ocorrendo a revogação do mandato, sem que o representante e o outro cônjuge tivessem conhecimento dessa revogação pelo mandante. Essa revogação terá efeitos se realizada antes da celebração do casamento. Em caso contrário o ato encontra-se aperfidoado, não sendo o caso de sua anulação.

O prazo para a propositura da ação anulatória, em casos tais, é de cento e oitenta dias, contado a partir do momento que chegou ao conhecimento do mandante a realização do casamento (art. 1.560, § 2.º, do CC). Também deve ser considerada como hipótese de revogação a invalidade do mandato reconhecida judicialmente, caso da sua nulidade absoluta (art. 1.550, § 1.º, do CC). Em suma, a nulidade absoluta ou relativa do mandato gera a anulação do casamento. Cite-se o caso em que a procuração não foi celebrada por escritura pública, conforme exige o art. 1.542 do CC, gerando a nulidade absoluta do mandato, por desrespeito à forma e à solenidade (art. 166, incs. IV e V, do CC).

Por razões óbvias, a anulação do casamento cabe somente ao mandante, que detém a titularidade dessa ação personalíssima. O outro cônjuge não poderá anular o casamento após a sua celebração, o que constitui outra aplicação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*). Nesse ponto está presente outro exemplo de incidência da boa-fé objetiva em sede de

Direito de Família.

Esse casamento também será convalidado se houver coabitação entre os cônjuges em qualquer hipótese conforme prevê o próprio art. 1.550, V, da atual codificação material. Novamente, é a boa-fé objetiva que proíbe um comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e impede a anulabilidade do casamento. A questão da prova da manutenção de relação sexual, mais uma vez repise-se, não será tão simples. De qualquer forma, em situações de dúvida, deve-se entender pela manutenção do casamento quando houver coabitação (*in dubio pro casamento*).

g) Casamento celebrado perante autoridade relativamente incompetente (art. 1.550, VI, do CC)

O presente autor segue a corrente segundo a qual trata apenas de incompetência relativa em relação ao local (*ratione loci*). A título de exemplo, pense-se o caso de um juiz de paz de uma determinada localidade que realiza o casamento em outra, fora de sua competência. Aqui também se enquadra a incompetência *ratione personae*, quando o substituto do juiz de casamento for incompetente (DINIZ, Maria Helena *Código Civil...*, 2005, p. 1.252).

O prazo para a propositura da ação anulatória em ambos os casos é decadencial de dois anos contado da data da celebração do casamento. Entendemos que essa ação caberá somente aos cônjuges, únicos interessados na ação. De qualquer forma discute-se a possibilidade do MP promover essa ação.

O art. 1.554 do CC/2002 *serve como luva* para essa hipótese prevendo que: “Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil”. A hipótese é de convalidação do ato, sanando o vício de forma e conservando o casamento.

Encerradas as hipóteses legais, é preciso aqui estudar os *efeitos e procedimentos do casamento anulável*.

De início, a medida judicial adequada para o reconhecimento do vício é denominada *ação anulatória de casamento*, que tem natureza constitutiva negativa, o

que justifica os prazos decadenciais (critério científico de Agnelo Amorim Filho). Mais uma vez, a competência para o julgamento não é mais do foro de residência da mulher (art. 100, inciso I, do CPC/1973), mas, em regra, do foro de domicílio do guardião do incapaz (art. 53, I, do CPC/2015).

Assim como ocorre com a ação de nulidade, não há mais a intervenção do curador de vínculo, figura banida pela Lei do Divórcio e pelo atual Código Civil. Quanto à atuação do MP, parece-nos não ser mais cabível, pelo que consta do Novo CPC, que não reproduziu o antigo art. 82, inciso IV, do seu antecessor: com exceção dos casos que envolvam incapazes. Além disso, a ação de anulação pode ser precedida por pedido de separação de corpos, nos termos do art. 1.562 do Código Civil.

Segue-se a corrente que sustenta não ter o Ministério Público legitimidade para promover a referida ação que cabe, em regra, ao interessado, conforme as hipóteses já estudadas (LÔBO, Paulo. *Famílias...*, 2008, p. 105). Isso vale também para os casos envolvendo incapazes, prevalecendo a regra segundo a qual a anulabilidade somente pode ser arguida pelos interessados (art. 177 do CC/2002). A premissa deve ser mantida na vigência do Novo CPC.

Como ocorre com a nulidade absoluta, a anulabilidade do casamento não pode ser reconhecida de ofício (princípio da não intervenção). Não sendo proposta a ação anulatória nos prazos decadenciais previstos, o ato convalesce, passando a ser reputado válido.

Dúvidas restam sobre a eficácia dos efeitos da decisão da ação anulatória de casamento, se os mesmos são *ex tunc* (retroativos) ou *ex nunc* (não retroativos). A questão coloca em conflito os arts. 177 e 182 do CC, ambos da Parte Geral da codificação, conforme está exposto no Volume 1 desta coleção.

Pelo art. 177 do CC, a ação anulatória não produz efeitos antes do trânsito em julgado da sentença, o que traria efeitos *ex nunc* à sentença correspondente. Pelo art. 182 do CC, anulado o negócio jurídico (no caso, o casamento), as partes serão restituídas à situação anterior, se isso for possível – efeitos *ex tunc* parciais, pela volta ao *status quo*.

Quem melhor demonstra a controvérsia é Zeno Veloso. Ensina o mestre a razão

do equívoco de entender que os efeitos não são retroativos:

“Trata-se, sem dúvida, de entendimento equivocado, que decorre, talvez, da leitura distorcida do art. 177, primeira parte (...), que corresponde ao art. 152, primeira parte, do Código Civil de 1916” (*Invalidade...*, 2005, p. 331).

E arremata o jurista paraense:

“O que o art. 177, primeira parte, enuncia é que o negócio anulável ingressa no mundo jurídico produzindo os respectivos efeitos e depende de uma ação judicial, da sentença, para ser decretada a sua anulação. Os efeitos do negócio anulável são precários, provisórios. Advindo a sentença anulatória, os efeitos que vinham produzindo o negócio inquinado são defeitos. Nada resta, nada sobra, nada fica, pois a desconstituição é retroativa, vai à base, ao começo, ao nascimento do negócio jurídico defeituoso e carente, o que, enfática e inequivocamente, afirma o art. 182, como já dizia o Código velho, no art. 158. Quanto a isso não há mudança alguma, em nosso entendimento. O art. 177, primeira parte, deve ser visto e recebido diante do sistema e interpretado conjuntamente com o art. 182, que transcrevemos acima” (VELOSO, Zeno. *Invalidade...*, 2005, p. 331).

Desse modo, há de se defender a produção de efeitos retroativos parciais à sentença anulatória do casamento, eis que se deve buscar a volta à situação primitiva, anterior à celebração do negócio anulado, se isso for possível. No caso em questão, diga-se, os cônjuges voltarão ao estado de solteiros com a anulação do casamento. Sem dúvida, trata-se de um efeito retroativo.

Apesar de seguirmos esse posicionamento defendido por Zeno Veloso, sempre esclarecemos, no passado, que ainda prevalecia o entendimento quanto aos efeitos *ex nunc* da ação anulatória de casamento. Na doutrina, esse último é o entendimento de Maria Helena Diniz (*Curso...*, 2007, vol. 5, p. 276) e Caio Mário da Silva Pereira (*Instituições...*, 2004, p. 645). O debate também diz respeito à anulação do negócio jurídico em geral, sendo necessário retomar esse tema, desenvolvido no Volume 1

desta coleção.

Quando da *VI Jornada de Direito Civil*, evento realizado em 2013, foi feita proposta de enunciado doutrinário no sentido de ser a corrente seguida por este autor a majoritária. De acordo com o exato teor da proposição: “Os efeitos da anulabilidade do negócio jurídico, excetuadas situações particulares como as obrigações de trato sucessivo, relações trabalhistas e em matéria societária, são idênticos aos da nulidade e ocorrem de forma *ex tunc*. Anulado o negócio, os efeitos se projetam para o futuro e também de forma retroativa para o passado”.

Nas suas justificativas, o autor da proposta, juiz de direito e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo, Augusto Passamani Bufulin, ressalta que “No Brasil, apesar de haver uma corrente que defende a eficácia *ex nunc* da ação anulatória, como Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Arnaldo Rizzardo a corrente majoritária, defendida por Humberto Theodoro Júnior, Zeno Veloso, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Nader, Renan Lotufo, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Leonardo Mattietto, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues, afirma que os efeitos da anulabilidade e da nulidade são idênticos no plano da eficácia e operam de forma *ex nunc*, para o futuro, e *ex tunc*, retroativamente ao passado, pois o vício encontra-se presente desde a formação do negócio. Esse é o entendimento correto a ser dado ao art. 182 do CC”.

Em suma, há quem veja que a corrente que apregoa efeitos *ex tunc* para o ato anulável é a majoritária. Talvez a não aprovação do enunciado doutrinário em questão demonstrava que tal premissa ainda não é a verdadeira.

Ao final do ano de 2016, surgiu decisão monocrática no âmbito do STJ, e aprofundar ainda mais o debate, proferida pela Ministra Maria Isabel Gallotti. Segundo a julgadora, “na doutrina, não se desconhece a divergência quanto à eficácia da ação anulatória. Segundo defende a doutrina clássica, os efeitos da decisão judicial na ação anulatória não são retro-operantes, possuindo efeitos apenas para o futuro (Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves, Arnaldo Rizzardo, Caio Mário, e Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery), de outro giro, a corrente majoritária defende que os efeitos da anulabilidade, no plano da eficácia, são idênticos ao da nulidade, e operam efeitos tanto para o futuro como para o passado,

uma vez que algo que é ilegal não pode produzir efeitos (Humberto Theodoro Júnior, Zeno Veloso, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Paulo Nader, Renata Lotufo, Flávio Tartuce, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald, Orlando Gomes e Silvio Rodrigues). Esse é o entendimento que se infere do art. 182 do CC/2002. (...). Como se observa, o art. 182 do CC/2002 reza que os efeitos do negócio jurídico inválido devem cessar a partir da sua anulação, se anuláveis, ou não devem produzir efeitos, se nulos. Ressalte-se que é comando imperativo da parte final do art. 182 do CC/2002 a restituição das partes ao estado anterior, ou, se impossível a restituição, que haja indenização com o equivalente, como consequência dos efeitos retro-operantes da nulidade ou anulabilidade de qualquer negócio jurídico. Isso porque a restituição das partes ao estado anterior é inerente à eficácia restitutória contida na decisão judicial, sob pena de flagrante injustiça, mesmo em se tratando de anulabilidade de negócio jurídico” (Decisão monocrática no Recurso Especial 1.420.839/MG, Min. Maria Isabel Gallotti, j. 07.10.2016).

As palavras transcritas, sem dúvida, reforçam a corrente doutrinária seguida por este autor, no sentido de que a anulabilidade também produz efeitos *ex tunc*, afirmação que igualmente vale para a anulação do casamento. De fato, talvez seja essa a posição majoritária no momento, tendo ocorrido um *giro de cento e oitenta graus* na civilística nacional.

Como palavras finais sobre a ação anulatória de casamento, cabe lembrar que o Novo Código de Processo Civil traz um tópico próprio a respeito das ações de Direito de Família, atribuindo um rito especial a tais demandas (arts. 693 a 699 do CPC/2015). Apesar do primeiro dispositivo não mencionar as ações fundadas em nulidade absoluta ou relativa do casamento, este autor entende pela aplicação desse procedimento especial para as situações de invalidade, pelo fato de ser o rol das demandas descrito no art. 693 do CPC/2015 meramente exemplificativo (*numerus apertus*). Nesse sentido, vale mencionar, mais uma vez, o Enunciado n. 19 do IBDFAM, aprovado no seu *X Congresso Brasileiro*, em 2015.

Superada a análise do casamento nulo e do casamento anulável, partimos ao estudo da produção ou não de seus efeitos, ou seja, do casamento putativo.

2.6.5 Do casamento putativo

O casamento nulo ou anulável pode gerar efeitos em relação à pessoa que o celebrou de boa-fé e aos filhos, sendo denominado *casamento putativo*. A expressão *putare*, de origem latina, quer dizer crer, imaginar, pensar. Portanto, casamento putativo é o casamento que existe na imaginação do contraente de boa-fé. O instituto está tratado no art. 1.561 do CC, *in verbis*:

“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.

§ 1.º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.

§ 2.º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos aproveitarão”.

O antigo Projeto Ricardo Fiuza, atual PL 699/2011, pretende introduzir no dispositivo mais um parágrafo com a seguinte redação: “Os efeitos mencionados no *caput* desse artigo se estendem ao cônjuge coato”. A alteração é louvável, uma vez que o coato, vítima da coação, jamais estará de boa-fé, porque se foi vítima da violência, dela tinha conhecimento. Entretanto, mesmo não estando de boa-fé, receberá, pelo projeto, os efeitos do casamento válido. Explica o Deputado Ricardo Fiuza que, “para que a questão não fique dependendo de interpretação (ora construtiva, ora restritiva), é de toda conveniência que o cônjuge coato seja equiparado, pela lei, ao cônjuge de boa-fé” (*O novo Código Civil...*, 2004, p. 226).

Repise-se que o casamento somente será putativo nos casos de nulidade ou anulabilidade, nunca nos casos de inexistência matrimonial. No presente ponto, repise-se, surge justificativa para não se aceitar a *teoria da inexistência*, pois as conclusões podem ser injustas.

A boa-fé mencionada no art. 1.561 do CC é a *boa-fé subjetiva*. O dispositivo, ao contrário do que se poderia pensar, não trata da *boa-fé objetiva*, aquela relacionada com a conduta e os deveres anexos, conforme ensinam Luiz Edson Fachir

e Carlos Eduardo Pianovski Ruzuk.

“Refere-se o art. 1.561 ao denominado casamento putativo. Trata-se de tutela jurídica àquele que manifesta o consentimento em estado de ignorância quanto a vício capaz de dirimi-lo, que se designa por meio da figura jurídica da boa-fé. A noção de boa-fé pode apresentar-se como princípio, e é designada por boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), ou como estado, tratando-se de boa-fé subjetiva. Trata-se, aqui, como é evidente, da denominada boa-fé subjetiva, que se manifesta como estado de ignorância, e não, propriamente, da boa-fé objetiva, que se coloca como princípio. Sem embargo, não se pode deixar de reconhecer que a boa-fé também se aplica às relações de família, e que pode ser identificada, até mesmo, em certas hipóteses de casamento putativo, embora de modo puramente accidental, sem repercussão no que tange a seus efeitos” (*Código civil...*, 2003, v. XV, p. 188).

Interessante acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal concluiu que se deve presumir a boa-fé dos cônjuges em casos tais, o que está em sintonia com a principiologia do Código Civil de 2002. Ademais, de forma correta, entendeu-se que a citada boa-fé deve ser analisada de acordo com a realidade social do momento de celebração do casamento:

“Civil. Família. Nulidade de casamento. Apelação. Matrimônio realizado com impedimento. Casamento anterior. Declaração da nulidade do segundo. Boa-fé do cônjuge presumida e comprovada. Art. 1.561, CC/02. Produção de todos os efeitos. Casamento putativo. 1. A boa-fé necessária para o reconhecimento do casamento putativo deve ser verificada no momento da celebração do matrimônio e, como decorre, naturalmente, de erro, a existência de conduta ética é presumida. 2. Deve-se considerar o desenvolvimento dos fatos conforme a época em que se passaram. Na década de 70, os meios de comunicação não eram rápidos, eficientes e acessíveis como hoje, e as distâncias eram ‘maiores’. 3. Residindo a cônjuge de boa-fé no ambiente rural

de outra Comarca e sendo pessoa de pouca instrução (analfabeta), não é desarrazoado supor que ela realmente não possuía conhecimento acerca do impedimento matrimonial de seu falecido marido, com quem conviveu por mais de 30 anos. 4. Recurso conhecido e provido para garantir ao casamento putativo descrito a produção de todos os efeitos do casamento válido” (TJDF, Recurso 2003.07.1.010759-4, Acórdão 536.110, 2.^a Turma Cível, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho, *DJDFTE* 26.09.2011, p. 115).

De acordo com o *caput* do dispositivo em comento, o casamento putativo produz efeitos somente até o trânsito em julgado da sentença anulatória. Maria Berenice Dias comenta, com propriedade, que a ação anulatória produz efeitos *ex tunc*; porém, reconhecida a boa-fé, os efeitos da desconstituição do casamento só vigoram a partir do seu trânsito em julgado (efeitos *ex nunc*), o que seria exceção à regra. São suas palavras: “Esta é uma das hipóteses em que, por expressa previsão legal, um ato jurídico produz efeitos por tempo diferenciado. Havendo boa-fé somente de um dos nubentes, com relação a ele o casamento terá duração e eficácia por um período de tempo; da data da celebração até o trânsito em julgado. Com relação ao cônjuge de má-fé, a sentença dispõe de efeito retroativo à data do casamento. Assim, durante um período de tempo, uma pessoa foi casada e outra não” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 261).

Pois bem, se um dos cônjuges estava de boa-fé, os efeitos do casamento somente atingirão ele e os filhos, trazendo, por exemplo, a possibilidade de o cônjuge enganado pleitear alimentos (art. 1.561, § 1.º, do CC). Mas fica a dúvida: esses alimentos serão devidos somente até o trânsito em julgado da sentença anulatória?

Sílvio de Salvo Venosa responde positivamente pelo que consta expressamente do art. 1.561, *caput*, da codificação (*Direito...*, 2004, p. 151). Apesar de responder dessa forma, Venosa demonstra o entendimento em contrário, pelo qual o dever de alimentos persiste, tese encabeçada por Yussef Said Cahali. O autor paulista traz três julgados nesse sentido, do Distrito Federal, do Paraná e de São Paulo (*Direito...*, 2004, p. 151).

Flávio Monteiro de Barros segue essa última corrente, apontando que três

efeitos persistem após a sentença anulatória: *a)* o direito de usar o nome; *b)* a emancipação; *c)* a pensão alimentícia (*Manual...*, 2005, p. 51). Filia-se a esse entendimento, pois tais efeitos envolvem direitos existenciais da personalidade do cônjuge de boa-fé, que devem persistir, como regra, em virtude do princípio constitucional que visa à proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988).

A hipótese de boa-fé de apenas um dos cônjuges é completada pela previsão do art. 1.564 do CC, que ainda procura imputar culpa a uma das partes pela nulidade ou anulabilidade do casamento, o que é criticado pela doutrina contemporânea que prega o fim da culpa para a dissolução dos vínculos do casamento (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 262). De acordo com a redação literal desse comando legal, o culpado sofrerá as seguintes sanções:

- Perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente, caso da necessidade de devolver bens, dependendo do regime de bens adotado.
- Obrigação de cumprir as promessas feitas no contrato antenupcial, como é caso de doações antenupciais.

Sílvio de Salvo Venosa mais uma vez comenta muito bem esse dispositivo. Ensina o doutrinador paulista que o cônjuge de má-fé não pode pretender a meação dos bens do outro cônjuge, se casado pelo regime da comunhão parcial. O inocente, entretanto, terá direito à meação do patrimônio trazido pelo culpado. O culpado não poderá ainda ser considerado herdeiro do inocente. Todavia, deverão ser partilhados os bens havidos durante o casamento pelo esforço comum, aplicação do princípio que veda o enriquecimento sem causa (VENOSA, Sílvio de Salvo *Direito...*, 2004, p. 150).

Fica em dúvida a eficácia do dispositivo com a *Emenda do Divórcio*, notadamente para a corrente que prega a impossibilidade total de discussão da culpa nas questões envolvendo o casamento. Todavia, mesmo entre aqueles que são partidários da tese da *morte da culpa* no divórcio, há quem entenda pela viabilidade de sua discussão na anulação do casamento. Nesse sentido, é o parecer de Paulo

Lôbo:

“A culpa permanecerá em seu âmbito próprio: o das hipóteses de anulabilidade do casamento, tais como os vícios de vontade aplicáveis ao casamento, a saber, a coação e o erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. A existência de culpa de um dos cônjuges pela anulação do casamento leva à perda das vantagens havidas do cônjuge inocente e ao cumprimento das promessas feitas no pacto antenupcial (art. 1.564 do Código Civil)” (LÔBO, Paulo Luiz Netto. Divórcio..., disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 11 fev. 2010).

Como se pode perceber de imediato, a *Emenda do Divórcio* desperta uma série de polêmicas, uma vez que altera apenas o Texto Constitucional, sem qualquer revogação ou modificação dos dispositivos do Código Civil. Cabe à doutrina e à jurisprudência apontar quais as categorias que permanecem e quais não terão mais eficácia. Enormes são os desafios, portanto.

Por outra via, estando ambos os cônjuges de boa-fé, em regra, o casamento produzirá efeitos para ambos até o trânsito em julgado da sentença anulatória (art. 1.561, *caput*, do CC). Eventual pacto antenupcial gerará efeitos até essa decisão final, com a necessidade de eventual partilha de bens adquiridos na vigência da união até essa data. Em suma, ambos os cônjuges serão beneficiados. Quanto aos alimentos, poderão ser fixados de acordo com o binômio *possibilidade/necessidade*, mesmo após essa sentença.

Por fim, se ambos os cônjuges estavam de má-fé quando da celebração do ato, os efeitos do casamento somente atingirão os filhos (art. 1.561, § 2.º, do CC). Na verdade, em todas as hipóteses os filhos merecerão o mesmo tratamento, devendo ser resguardados todos os seus direitos e sem distinção de sua origem, diante da igualdade consagrada no art. 227, § 6.º, da CF e no art. 1.596 do CC.

2.7 PROVA DO CASAMENTO

A prova está no plano da eficácia do negócio jurídico e o casamento celebrado em nosso país é provado pela certidão do seu registro, conforme prevê o art. 1.543 do CC (*prova direta*). Esse registro traz como conteúdo a fé pública, servindo como prova específica para a situação de casado.

Contudo, justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova (art. 1.543, parágrafo único, do CC). O dispositivo em questão trata das *provas diretas supletórias* (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 1.245). Como tais provas, podem ser citadas aquelas em que consta a situação de casado, tais como a cédula de identidade, o passaporte, a certidão de proclamas etc.

Restou demonstrado que, quanto ao casamento de brasileiro celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, este deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil. Esse registro deverá ocorrer no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1.º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir (art. 1.544 do CC). A prova desse casamento, portanto, é feita pela certidão do registro, conforme outrora comentado.

Ao lado das *provas diretas* do casamento, o Código Civil também trata da *prova indireta*, que é feita pela *posse de estado de casados*, ou seja, pela demonstração pública da situação de casados. A doutrina aponta serem três os requisitos para a demonstração da posse de estado de casados (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil...*, 2005, p. 92):

- a) *Nomen* ou *nominatio*: pelo fato de um cônjuge utilizar o nome do outro.
- b) *Tractatus* ou *tractatio*: pois os cônjuges se tratam como se fossem casados.
- c) *Fama* ou *reputatio*: diante do reconhecimento geral, da reputação social, de que ambos são casados.

Nesse contexto, prescreve o art. 1.545 da atual codificação que o casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum. Essa regra deverá ser aplicada salvo se existir certidão do Registro Civil que prove que já era

casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado. Sobre o tema, Euclides de Oliveira destaca que: “Verifica-se que a disposição legal, ao reconhecer a existência do casamento pela situação de posse do estado de casados, quando seja impossível a prova material, tem a clara intenção de proteger a prole comum aos cônjuges que não possam manifestar vontade ou tenham falecido. Trata-se na verdade, de uma presunção de casamento, que só pode ser afastada por rigorosa impugnação, em face da existência de casamento anterior” (OLIVEIRA, Euclides de *União...*, 2003, p. 57).

Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de eventual processo judicial, o registro da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que diz respeito aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento (art. 1.546 do CC). Em suma, os efeitos da sentença declaratória da ação que visa provar o casamento são retroativos (*ex tunc*).

Por fim, nessa ação, deve-se reconhecer a regra *in dubio pro matrimonio*. Isso porque, na dúvida entre as provas favoráveis e as provas contrárias, deve-se julgar pela existência do casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na *posse do estado de casados*. Esse ditame de interpretação ou hermenêutica consta do art. 1.547 da atual codificação privada.

2.8 EFEITOS E DEVERES DO CASAMENTO

Foi exposto, de forma exaustiva, que o casamento é um negócio jurídico complexo, com regras especiais na sua formação, constituindo, ainda, uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação (*teoria eclética ou mista*). Desse modo, o casamento gera efeitos jurídicos amplos, trazendo deveres para ambos os cônjuges que pretendem essa comunhão plena de vida. Esses efeitos e deveres estão no plano da eficácia do casamento, situando-se no *terceiro degrau da Escada Pontean*a.

Pelo casamento, tanto o homem quanto a mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família – *comunhão plena de vida* (art. 1.565 do CC). Como primeiro efeito do casamento,

qualquer um dos nubentes poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro (art. 1.565, § 1.º, do CC). Diante da igualdade entre homem e mulher a regra se aplica a ambos os cônjuges. De qualquer modo, pelo que consta do próprio dispositivo legal, percebe-se que a inclusão do nome não é obrigatória. Lembre-se que o atual Código Civil reconhece o nome como um direito da personalidade (arts. 16 a 19), o que faz com que as normas que o protegem tenham natureza cogente, ou de ordem pública.

Além disso, diante dessa natureza, deve-se entender que o nome incorporado passa a ser elemento da personalidade do cônjuge que o incorporou, e não mais do outro cônjuge. Para o Superior Tribunal de Justiça, tal acréscimo pode ocorrer mesmo após a celebração do casamento, desde que por ação judicial (STJ, REsp 910.094/SC, Rel. Raul Araújo, j. 04.09.2012, publicado no seu *Informativo* n. 503).

Relativamente ao planejamento familiar, este é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito (§ 2.º do art. 1.565 do CC). Como visto, é vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas, o que melhor consubstancia o *princípio da liberdade ou da não intervenção* (art. 1.513 do CC). Segundo o Enunciado n. 99 CJF/STJ, aprovado na *Jornada de Direito Civil*, o art. 1.565, § 2.º, também deve ser aplicado à união estável, diante do seu reconhecimento constitucional como entidade familiar. O mesmo vale para a união homoafetiva.

O art. 1.566 da atual codificação privada, a exemplo do art. 233 do CC/1916, enuncia os deveres de ambos os cônjuges no casamento. A grave quebra desses deveres poderia motivar, no sistema anterior, a *separação-sanção*, nos termos literais do art. 1.572, *caput*, do CC, dispositivo que deve ser tido como revogado diante da Emenda Constitucional 66/2010, na opinião doutrinária seguida pelo presente autor.

O primeiro dever é o de *fidelidade recíproca* (art. 1.566, I). Ocorrendo infidelidade, havia motivo para a separação-sanção, apesar da forte tendência doutrinária e jurisprudencial de relativização da culpa. Todavia, o panorama mudou com a *Emenda do Divórcio*, como se verá mais adiante.

Vale ainda dizer que não se utiliza mais a expressão *adultério*, que perdeu a sua razão de ser, até porque o termo quer dizer literalmente, *violação do leito alheio* ou *cópula* (LIMONGI FRANÇA, Rubens *Enciclopédia Saraiva...*, 1977, p. 450).

Ora, não necessariamente haverá tal *violação*, ou mesmo a *cópula*, no ato de *infidelidade*, expressão melhor adaptada à realidade contemporânea. Entretanto, alguns autores, caso de Maria Helena Diniz e Silvio Rodrigues, ainda utilizavam a expressão.

Aliás, entende o segundo doutrinador pela possibilidade de *perdão do adultério*, mesmo tendo sido revogado o art. 319 do CC/1916 já pela Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977). Para o saudoso autor paulista, “embora o legislador tenha revogado o art. 319 do Código Civil, o princípio nele contido pode ser proveitosamente alegado em ação de desquite; ademais, diante da modificação de orientação no que concerne aos pressupostos do desquite (v. n. 116, *supra*), a revogação daquele artigo impu-nha-se como medida de coerência” (RODRIGUES, Silvio *Direito...*, 2002, p. 252).

Em suma, de acordo com as lições do último jurista citado, alguém poderia perdoar o adultério se continuasse a conviver ou coabitar com o culpado, o que era confirmado pelo novo Código Civil, que exigia a insuportabilidade da vida em comum como requisito da separação-sanção (art. 1.572, *caput*, do CC). Destaque-se, novamente, que a separação-sanção não existe mais no sistema, diante da *Emenda do Divórcio*, o que praticamente exclui a pertinência de tal debate. A nova ordem jurídica instituída pela Emenda, na verdade, confirma a tese de possibilidade de perdão da infidelidade, principalmente para a corrente que prega a *morte da culpa* para a dissolução do casamento.

Concorda-se em parte com Silvio Rodrigues. De fato, é possível que o cônjuge perdoe o outro, o que é até praxe, pois o casamento é fundado em uma relação de afeto. De qualquer forma, ressalte-se que não se filia à utilização da expressão *adultério*, sendo melhor falar em *infidelidade* quando o referido dever matrimonial é quebrado.

Interessante aqui frisar que nossa melhor doutrina contemporânea apontava, antes da Emenda do Divórcio, novas modalidades de adultério ou infidelidade, adaptadas à realidade do século XXI (DINIZ, Maria Helena *Curso...*, 2002, p. 291, e *O estado...*, 2002, p. 483), a saber:

- a) *Adulterio ou infidelidade virtual* – nos casos em que um dos cônjuges mantém contatos amorosos com outra(s) pessoa(s), pela internet. Esses contatos podem ocorrer por meio de *chats*, *e-mails*, Skype e Google Talk (comunicação via telefone e computador), e por comunidades virtuais como o Facebook. Para tanto, não haveria necessidade sequer de contato sexual para a configuração da infidelidade, havendo no caso uma conduta desonrosa do cônjuge que pratica tais atos (art. 1.573, VI, do CC). Há julgados anteriores admitindo a sua configuração, principalmente em primeira instância, inclusive com a imputação do dever de indenizar ao cônjuge culpado. Quanto à responsabilização civil, condenando o cônjuge ao pagamento de R\$ 20.000,00 a título de danos morais, cite-se decisão da 2.^a Vara Cível de Brasília, com a seguinte ementa: “Direito civil. Ação de indenização. Dano moral. Descumprimento dos deveres conjugais. Infidelidade. Sexo virtual (internet). Comentários difamatórios. Ofensa à honra subjetiva do cônjuge traído. Dever de indenizar. Exegese dos arts. 186 e 1.566 do Código Civil de 2002. Pedido julgado precedente” (Processo 2005.01.1.118170-3, Ação: Reparação de danos, Requerente: Q. E. M., Requerido: R. R. M., Decisão prolatada em 21 maio 2008, Jui Jansen Fialho de Almeida).
- b) *Adulterio ou infidelidade casto ou da seringa* – nos casos em que a esposa realizava uma inseminação artificial heteróloga com material genético de terceiro colhido em banco de sêmen, sem a devida autorização do marido. A hipótese tanto podia se enquadrar como injúria grave quanto como conduta desonrosa, ambas a motivar a separação-sanção (art. 1.573, III e VI, do CC), no sistema anterior.

Com a entrada em vigor da EC 66/2010 a questão da infidelidade deve ser vista com ressalvas. Como é notório, alterou-se o art. 226, § 6.º, da Constituição Federal de 1988, que passou a prever que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Não há mais menção à separação judicial, havendo corrente doutrinária de peso que afirma a impossibilidade de discussão da culpa para a

dissolução do casamento. Essa é a opinião de Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, Giselda Maria Fernandes Novae Hironaka, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, conforme manifestações exaradas ao autor desta obra. Para essa corrente, não é mais possível a discussão da culpa na separação judicial – agora extinta –, e no divórcio, para qualquer finalidade.

Todavia, de forma distinta pensa o autor desta obra, eis que a culpa, em casos excepcionais, pode ser discutida para a dissolução do casamento (TARTUCE, Flávio A PEC do Divórcio... *Jornal Carta Forense*, 2010, p. A-28). Isso porque a fidelidade continua sendo um *dever* do casamento e não uma mera *faculdade*. Assim, em algumas situações de sua não mitigação, a culpa pode ser discutida em sede de divórcio. Além da manutenção do dever de fidelidade como regra do casamento – sendo a culpa a sua violação –, conserva-se no sistema um modelo dualista, com e sem culpa. Para este autor, ficam então mantidas as novas modalidades de infidelidade apontadas por Maria Helena Diniz, não mais para a separação-sanção, mas para eventual discussão em sede de ação de divórcio. O tema está aprofundado no Capítulo 4 da presente obra, representando uma das principais divergências que decorrem da Emenda Constitucional 66/2010.

Superado esse ponto, a *vida em comum, no domicílio conjugal*, antigo *dever de coabitação*, constitui expressamente outro dever decorrente do casamento (art. 1.566, II), o que inclui o débito conjugal (dever de manter relações sexuais), de acordo com a doutrina tradicional (RODRIGUES, Silvio *Comentários...*, 2003, p. 126).

Atualmente, o conceito de coabitação tem sido analisado tendo em vista a realidade social, de modo a admitir-se a *coabitação fracionada*. Nessa realidade, é possível que cônjuges mantenham-se distantes, em lares distintos, por boa parte do tempo, sem que haja o rompimento do afeto, do amor existente entre eles, vínculo mais forte a manter a união. Anote-se, ainda, que é possível que os cônjuges até durmam em camas separadas, sem que isso seja motivo para a separação do casal. O que vale, em suma, é o afeto entre eles, o compartilhamento do amor fraterno com o objetivo de manutenção do casamento.

Desse modo, é de se concordar integralmente com Antônio Carlos Mathias

Coltro, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Tereza Cristina Monteiro Mafrando afirmam, sobre o dever de vida em comum do domicílio conjugal, que “esse dever não se viola com as separações transitórias, às vezes até necessárias, tampouco em razão de necessidade funcional ou profissional” (*Comentários...*, 2005, p. 301). Lembre-se que o art. 1.569 da atual codificação prescreve que o cônjuge, eventualmente, poderá ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício da sua profissão, ou a interesses particulares relevantes. Em suma, não deve haver rigidez na análise desse dever matrimonial.

Ainda no que concerne à coabitação, diante do regime democrático que deve imperar nas relações familiares, esse mesmo art. 1.569 do CC dispõe que o domicílio conjugal será escolhido por ambos os cônjuges.

O terceiro dever é o de *mútua assistência* (art. 1.566, III, do Código Civil) sendo entendida não só como assistência econômica, mas também assistência afetiva e moral. Relativamente ao comando legal, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk ensinam que:

“Outro efeito gerado pelo casamento é o da mútua assistência, que consiste, essencialmente, em ajuda e cuidados nos aspectos morais, espirituais, materiais e econômicos. Tais deveres expressam-se em vários momentos da vida familiar, como no cuidado do outro quando enfermo, no conforto prestado nas adversidades e vicissitudes da vida, compartilhando dores e alegrias. Assim, é um dever de conteúdo ético, variável historicamente conforme os costumes de uma sociedade em dado tempo e determinado local” (FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil...*, 2003, p. 209).

A título de exemplo, um dos cônjuges deve se preocupar com os problemas pessoais do outro, auxiliando-o na solução desses problemas. Como outrora exposto, o casamento gera uma comunhão plena de vida, tanto no aspecto material quanto no imaterial.

No que tange à colaboração patrimonial, o art. 1.568 do mesmo Código

Privado prevê que cada cônjuge deve concorrer, na proporção dos seus bens e dos seus rendimentos, para o sustento da família e para a educação dos filhos, qualquer que seja o regime matrimonial adotado entre eles.

Também constitui dever expresso decorrente do matrimônio *o sustento, guarda e educação dos filhos* (art. 1.566, IV, do CC). Essa previsão mantém relação direta com a solidariedade social prevista na Constituição Federal (art. 3.º, I), que obviamente deve estar presente nas relações familiares (*solidariedade familiar*), até mais do que em qualquer outra relação. Vale lembrar que a família é a *celula mater* da sociedade e, se a solidariedade não for atendida em relações dessa natureza, o que dizer quanto ao restante das relações privadas? Note-se que, curiosamente, o dever de guarda, sustento e educação dos filhos não é apenas um dever entre pais e filhos, mas também entre os cônjuges e, como será visto, entre os companheiros.

Por fim, constitui dever do matrimônio *o respeito e consideração mútuos* (art. 1.566, V, do CC). Como se afirma em meios populares e religiosos, o casamento é feito *para a alegria e para a tristeza, para a saúde e para a doença*. Teremos outras oportunidades de comentar esse dispositivo, quando tratarmos da aplicação da boa-fé objetiva ao casamento, particularmente quando da abordagem do art. 1.708 da codificação vigente.

O Código Civil de 2002 estabelece, ainda, um dever de colaboração entre os cônjuges quanto à direção da sociedade conjugal, sem distinção entre marido ou mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos, conforme o seu art. 1.567, *caput*. Mais uma vez, pode-se afirmar que se substituiu a *hierarquia* do marido pela *diarquia* conjugal. Sendo assim, o último dispositivo é o que ampara a ideia de *família democrática*. Para Maria Celina Bodin de Moraes “a família democrática nada mais é do que a família em que a dignidade dos seus membros, das pessoas que a compõem, é respeitada, incentivada e tutelada. Do mesmo modo, a família ‘dignificada’, isto é, abrangida e conformada com o conceito de dignidade humana é, necessariamente, uma família democratizada” (A família democrática..., *Anais...*, 2006, p. 619).

Havendo eventual divergência entre os cônjuges, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz, que decidirá de acordo com os interesses do casal e dos filhos. É o

que dispõe o art. 1.567, parágrafo único, do CC. O dispositivo segue a ideia de *judicialização dos conflitos familiares*, pois leva ao Poder Judiciário a solução de uma questão que interessa aos componentes da família. Pode-se afirmar que o dispositivo está na contramão da tendência de *fuga do Poder Judiciário*. Essa tendência, de celeridade e de desburocratização, culminou com o surgimento da Lei 11.441/2007, que passou a possibilitar a separação e o divórcio extrajudiciais (*desjudicialização*). Anote-se mais uma vez que, com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, a separação extrajudicial perdeu sua razão de ser, conforme a corrente seguida por este autor, subsistindo apenas o divórcio extrajudicial.

Por fim, de acordo com o art. 1.570 do CC, eventualmente, a administração da sociedade conjugal e a direção da família poderão ser exercidas exclusivamente por um dos cônjuges, estando o outro:

- a) em lugar remoto ou não sabido;
- b) encarcerado por mais de cento e oitenta dias; e
- c) interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente.

A jurisprudência do Tribunal do Rio de Janeiro discutiu a incidência da norma, merecendo colação a seguinte ementa: “Requerimento de alvará para autorização judicial com vistas à gestão da administração do lar conjugal pela mulher. Caracterização de situação de episódica falta de discernimento pelo varão. Sentença de extinção do processo por apontada impossibilidade jurídica do pedido. Inconsistência do referido fundamento, de vez que inócua qualquer vedação do ordenamento jurídico à pretensão em tela. Amparo do pedido pelos arts. 1.567, parágrafo único, e 1.570 do novo Código Civil. Situação, além disso, respaldada pelo disposto no art. 1.109, CPC, que dispensa expressamente o órgão judicial de observância da legalidade estrita. Necessidade de dilação probatória. Anulação da sentença. Provimento do apelo” (TJRJ, Acórdão 2005.001.50995, 3.^a Câmb. Cível Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, j. 25.04.2006). Na *opinião* deste autor, a decisão foi precisa e correta ao deferir o alvará para que a esposa fizesse a gestão

dos bens do casal.

2.9 RESPONSABILIDADE PRÉ-NEGOCIAL NO CASAMENTO QUEBRA DE PROMESSA DE CASAMENTO. APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA

Para encerrar o presente capítulo, será exposta e debatida a responsabilidade pré-negocial no casamento, ou seja, sobre a quebra de promessa de casamento como fato gerador do dever de indenizar, inclusive por danos morais. A quebra dessa promessa ocorre, muitas vezes, quando se estabelece um compromisso de noivado, de modo a fazer surgir o *dever de indenizar nos sponsais*, matéria, aliás, tratada pelo Código Civil Alemão (BGB), nos seus §§ 1.297 a 1.302. A possibilidade de reparação nesse caso vem sendo abordada pela doutrina e pela jurisprudência, havendo posicionamentos em ambos os sentidos.

Entre os que são favoráveis à indenização nessas situações, pode ser citado o promotor de Justiça paranaense Inácio de Carvalho Neto, que lembra o fato de que nosso “Código, ao contrário dos Códigos alemão, italiano, espanhol, peruano e canônico, não regula sequer os efeitos do descumprimento da promessa”. Mas, para esse autor, “isto não impede que se possa falar em obrigação de indenizar nestes casos, com base na regra geral da responsabilidade civil. Como afirma Yussef Cahali, optou-se por deixar a responsabilidade civil pelo rompimento da promessa sujeita à regra geral do ato ilícito” (*Responsabilidade...*, 2004, p. 401).

Na esteira do transcrito, é plenamente possível a indenização de danos morais em decorrência da quebra da promessa de casamento futuro por um dos noivos.

Em sentido contrário, Maria Berenice Dias entende que, em casos tais, são indenizáveis somente os danos emergentes, os prejuízos diretamente causados pela quebra do compromisso. Para essa doutrinadora, não há que se falar em danos morais ou mesmo em lucros cessantes. São suas palavras:

“Falando em dano moral e ressarcimento pela dor do fim do sonho acabado, o término de um namoro também poderia originar responsabilidade

por dano moral. Porém, nem a ruptura do noivado, em si, é fonte de responsabilidade. O noivado recebia o nome de sponsais e era tratado como uma promessa de contrair, ou seja, a promessa do casamento, que poderia ensejar indenização. Quando se dissolve o noivado, com alguma frequência é buscada a indenização não só referente aos gastos feitos com os preparativos do casamento, que se frustrou, mas também aos danos morais. Compete à parte demonstrar as circunstâncias prejudiciais em face das providências porventura tomadas em vista da expectativa do casamento. Não se indenizam lucros cessantes, mas tão somente os prejuízos diretamente causados pela quebra do compromisso, a outro título que não o de considerar o casamento como um negócio, uma forma de obter o lucro ou vantagem. Esta é a postura que norteia a jurisprudência” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 118).

O que se percebe é que entre os membros do Diretório Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), há forte corrente doutrinária que entende não se poder falar em responsabilidade civil por danos morais nas relações familiares.

De fato, para o autor desta obra, não se pode afirmar que o casamento é fonte de lucro, conforme aduz a doutrinadora gaúcha por último citada. Sendo assim, não há como ressarcir lucros cessantes. Mas, ao contrário, entende ser possível a reparação dos danos morais nos casos que envolvem as relações de família, particularmente no caso aqui estudado. Nesse sentido, opina que a complexidade das relações pessoais recomenda a análise caso a caso.

Especificamente sobre a quebra de promessa de casamento futuro, é forçoso concluir que, no Código Civil de 2002, o dever de indenizar surge não com base no art. 186, que trata do *ato ilícito puro*, mas com fundamento no art. 187, que disciplina o abuso de direito *como ilícito equiparado*. Esse é o ponto de divergência entre o posicionamento deste autor e o da maioria da doutrina, que reconhece o dever de indenizar nessas situações em decorrência do ato ilícito propriamente dito. Enuncia o art. 187 do atual Código Civil que “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”. A questão, em suma, está em profundo debate.

Na jurisprudência, podem ser encontrados julgados que apontam para a reparabilidade dos danos morais em casos tais:

“Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais c.c. extinção de condomínio. Sentença *ultra petita*. Ruptura de noivado. Enganação. Danos morais configurados. Imóvel financiado. Interesse da Caixa Econômica Federal. Extinção de condomínio prejudicada. É defeso ao juiz proferir sentença decidindo além do pedido inicial, sob pena de nulidade parcial da sentença. A ruptura do noivado, embora cause sofrimento e angústia ao nubente, por si só, não gera o dever de indenizar, pois, não havendo mais o vínculo afetivo, não faz sentido que o casal dê prosseguimento ao relacionamento. Todavia, se o rompimento do noivado ocorreu de forma extraordinária, em virtude de enganação, por meio de promessas falsas e mentiras desprezíveis, causando dor e humilhação na noiva abandonada, configuram-se os danos morais. (...)” (TJMG, Apelação Cível 1.0701.12.031001-9/001, Rel. Des. Rogério Medeiros, j. 16.06.2016 DJEMG 24.06.2016).

“Responsabilidade civil. Rompimento de noivado às vésperas do casamento. Falta de motivo justo, gerando responsabilidade e indenização. Dano moral. Configuração. Valor da indenização fixado moderadamente. Reconvenção improcedente face à culpa do réu pelo rompimento. Recurso da apelante provido e do apelado desprovido. O noivado não tem sentido de obrigatoriedade. Pode ser rompido de modo unilateral até momento da celebração do casamento, mas a ruptura imotivada gera responsabilidade civil, inclusive por dano moral, cujo valor tem efeito compensatório e repressivo, por isto deve ser em quantia capaz de representar justa indenização pelo dano sofrido” (TJPR, Acórdão 4651, Apelação Cível Londrina, 3.^a Vara Cível, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Gomes da

Silva, publicação 13.03.2000).

Também foram encontradas decisões que afastam totalmente a possibilidade de reparação dos danos morais por quebra de noivado:

“Apelação. Ação de indenização. Fim de noivado. Dano material e moral. Não comprovação. Segundo dispõe o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo do direito pleiteado. Ausentes os requisitos do art. 186 do Código Civil, não é o caso de incidência de danos morais e materiais, ainda mais quando a parte autora não se incumbiu de provar os fatos alegados. Meros dissabores e frustrações advindas do rompimento do noivado não ensejam a condenação em indenização” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.10.124748-4/001, Rel. Des. Pedro Aleixo, j. 16.02.2017, *DJEMG* 06.03.2017).

“Ilegitimidade de parte. Ativa. Ocorrência. Dano material. Prejuízo relativo a despesas realizadas em virtude da celebração do matrimônio da autora suportadas pelo seu progenitor. Hipótese em que deve ser proposta demanda em nome próprio. Recurso do réu provido. Indenização. Responsabilidade civil. Dano moral. Inocorrência. Autora que se iludiu com promessa de casamento. Caso de mera suscetibilidade, que não traduz dano. Ausência de ilicitude do comportamento. Verba indevida. Sentença reformada. Recurso do réu provido, prejudicado o da autora. Sucumbência. Recíproca. Ação e reconvenção julgadas improcedentes. Aplicação do artigo 21 do CPC Repartição das custas e honorários. Recurso do réu provido, prejudicado o da autora” (TJSP, Apelação com Revisão 676.082.4/3, Acórdão 4204065, Maracaí, 6.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vito Guglielmi, j. 19.11.2009, *DJESP* 18.12.2009).

“Responsabilidade civil. Danos morais e materiais. Rompimento de noivado. Os atos do noivo não evidenciaram vontade contrária ao de contrair

matrimônio sendo obrigado a ressarcir a noiva nos gastos efetuados com a cerimônia religiosa. A promessa de casamento, baseada no compromisso amoroso entre o homem e a mulher, é eivada de subjetivismo e riscos, sendo que a sua ruptura não pode acarretar dano moral indenizável. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Apelação 386.368.4/0, Acórdão 3596890, São Paulo, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 14.04.2009, *DJESP* 09.06.2009).

“Danos morais. Noivado. Promessa de casamento. Desfazimento. É incabível dano moral contra o parceiro que desiste de contrair casamento. Improcedência do recurso e condenação da recorrente nos ônus de sucumbência, suspensa a exigibilidade em face da concessão a assistência judiciária gratuita” (TJRS, Processo 71000485318, 2004, Passo Fundo, 3. Turma Recursal Cível, Rel. Juíza Maria José Schmitt Santanna).

Em continuidade, alguns arestos reconhecem apenas os danos materiais decorrentes da não realização do casamento, como as despesas com a realização da festa que acabou não ocorrendo. Nesse sentido, por todos:

“Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e morais. Rompimento do noivado pelo réu 10 dias antes da celebração do casamento. Danos materiais. Ressarcimento. Admissibilidade. Exclusão dos supostos gastos realizados pelo varão com o cartão de crédito da autora não demonstrados e divisão igualitária das despesas efetivamente já adiantadas. Danos morais. Afastamento. Direito do noivo de repensar sua vida antes de contrair matrimônio. Pequeno período de duração do namoro. Ausência de situação vexatória, ou humilhante. Apelo parcialmente provido” (TJSP, Apelação 0005378-26.2011.8.26.0462, Acórdão 8107600, Poá, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Galdino Toledo Junior, j. 16.12.2014, *DJESP* 20.01.2015).

Por fim, há ementas que afastam o dever de indenizar em casos determinados,

em que os danos não estão evidenciados, mas reconhecem a reparabilidade dos danos morais por quebra de promessa de noivado:

“Rompimento de promessa de casamento. Inexistência de dano moral indenizável. O rompimento de relacionamento de longa data, mesmo que às vésperas do casamento, sem qualquer humilhação e de modo discreto, não configura ato ilícito ou abuso de direito. Lucros cessantes. Não comprovação de que a autora tenha abandonado o emprego por causa do casamento. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação 0279770-49.2009.8.26.0000, Acórdão 6080323, Tanabi, 5.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Moreira Viegas, j. 01.08.2012, *DJESP* 16.08.2012).

“Noivado. Rompimento. Dano moral e material. Descaracterização. Somente se caracteriza a ocorrência do dano moral indenizável em decorrência de rompimento de noivado, quando este se verifica às vésperas da data do casamento. Não se configura a ocorrência de danos materiais decorrentes de despesas contraídas em virtude da declaração da data do casamento, quando, após o rompimento, os bens adquiridos permaneceram de posse da parte autora. Recurso não provido” (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Acórdão 0382351-0, Apelação Cível, 2002, comarca Belo Horizonte/Siscon, Órgão Julgador 2.^a Câmara Cível, Rel. Juiz Alberto Aluizio Pacheco de Andrade, j. 20.05.2003, dados de publicação: não publicada, decisão unânime).

Conforme pesquisas realizadas para esta obra, o que se tem percebido, na prática jurisprudencial, é a prevalência de julgados que afastam a reparação dos danos morais nos casos de quebra de promessa de casamento.

Na verdade, diante da casuística, é preciso conciliar todos esses entendimentos jurisprudenciais para chegar a uma conclusão plausível dentro do caso concreto a ser analisado. Em suma, a questão não pode ser generalização, como ocorre muitas vezes na prática, infelizmente.

Repise-se que, para a primeira corrente transcrita, é possível a reparação de danos morais se a não celebração do casamento prometido causar lesão psicológica ao noivo ou ao namorado. Quando de sua exposição no *V Congresso Brasileiro do IBDFAM* no dia 27 de outubro de 2005, Jones Figueirêdo Alves, ao discorrer sobre o abuso de direito, utilizou uma expressão que, aqui, serve como uma luva: *estelionato do afeto* (ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito..., *Anais do V Congresso...*, 2006, p. 481-505).

Concorda-se que a mera quebra da promessa não gera, por si só, o dano moral. Não há de se confundir o dano moral com os meros aborrecimentos que a pessoa sofre no seu dia a dia. Porém, em alguns casos, os danos morais podem estar configurados, principalmente naqueles em que a pessoa é substancialmente enganada pela outra parte envolvida, a qual desrespeita toda a confiança depositada sobre si.

Cite-se, a esse propósito, o rumoroso caso julgado pelo Tribunal de Minas Gerais a seguir colacionado:

“Apelação cível. Indenização por danos materiais e morais. Noivado desfeito às vésperas do casamento. Traição. Danos materiais e morais caracterizados. Dever de indenizar. A vida em comum impõe aos companheiros restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo inconteste o dever de fidelidade mútua. O término de relacionamento amoroso, embora seja fato natural da vida, gerará dever de indenizar por danos materiais e morais, conforme as circunstâncias que ensejaram o rompimento. São indenizáveis danos morais e materiais causados pelo noivo flagrado pela noiva mantendo relações sexuais com outra mulher, na casa em que moravam, o que resultou no cancelamento do casamento marcado para dias depois e dos serviços contratados para a cerimônia. Recurso não provido” (TJMG, Apelação Cível 5298117-04.2007.8.13.0024, Belo Horizonte, 10.^a Câmara Cível, Rel. Des. Mota e Silva, j. 31.08.2010, *DJEMG* 21.09.2010).

Ademais, pode gerar dano moral a situação em que a noiva descobre que o seu

noivo que descumpriu a promessa é bissexual, sendo tal fato notório em pequena cidade do interior. Isso gera repercussões negativas sobre a honra da pessoa, de modo a caracterizar o dano imaterial. E o que dizer de um caso em que o noivo transmite à noiva uma doença sexualmente transmissível, sendo esse o motivo da ruptura? Sem dúvida, estará presente o seu dever de indenizar.

Imagine-se, ainda, outra situação: em uma pacata cidade do interior de Minas Gerais, Tício namora Madalena há cerca de dez anos, típico namoro longo de uma cidade do interior. Depois de muito tempo, Tício resolve fazer a promessa de casamento. As famílias fazem uma grande festa de noivado, em que Tício pede oficialmente a *mão* da namorada e marca o casamento para um ano depois.

Todos os preparativos são feitos: o pai da noiva paga todas as despesas da festa e da celebração do casamento, os convites são distribuídos para todos os amigos das famílias, os padrinhos são convocados, os presentes são entregues. No dia e no local marcado para a celebração das núpcias, toda a comunidade local comparece: autoridades, familiares, padrinhos, imprensa, colunistas sociais. A Igreja Matriz da cidade está toda decorada. Na iminência do casamento, no mesmo dia, o noivo manda um mensageiro com um bilhete assinado dizendo que não irá mais casar, pois não ama a noiva, mas outra mulher. Nessa situação, o noivo não terá o dever de reparar o dano sofrido? Não estará caracterizado o dano moral à noiva, além dos danos materiais suportados por seu pai? Acredita-se que sim. Na situação extrema, o dano moral será reparável sempre.

Além desses exemplos, muitos outros poderiam surgir. Por isso é que se recomenda a análise caso a caso, à luz da boa-fé objetiva, da eticidade. De qualquer forma, merece destaque a ressalva anterior sobre o fundamento jurídico da reparação moral em casos tais. Com todo o respeito, não se segue o entendimento pelo qual a reparação está motivada no art. 186 do atual CC, dispositivo que conceitua o ato ilícito.

Isso porque não há de se falar em lesão ou violação de direitos quando alguém não celebra o casamento prometido, pois a promessa de casamento não vincula a sua celebração futura. Desse modo, não há ato ilícito propriamente dito.

O dever de indenizar, em casos tais, decorre do abuso de direito, pelo

desrespeito à boa-fé objetiva ou, dependendo do caso, aos bons costumes. Desse modo, o dever de indenizar, nos moldes do art. 927, *caput*, do CC, tem por fundamento o art. 187 da codificação material. Desse modo, a conduta de abuso gera uma *responsabilidade pré-negocial casamentária* em decorrência do desrespeito aos deveres anexos na fase anterior ao casamento. Trata-se de mais uma aplicação do princípio da boa-fé objetiva aos institutos familiares, na linha do defendido no Capítulo 1 desta obra.

Aliás, se fôssemos adeptos da corrente que aponta ser o casamento um contrato, falaríamos que a quebra da promessa de noivado gera uma espécie de *responsabilidade pré-contratual*, conforme pregam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, chegando à conclusão pela reparação civil em casos tais (*Novo Curso...*, 2011, p. 137).

É forçoso lembrar que o abuso de direito é *lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências*, conforme conceituava Rubens Limongi França. No caso em questão percebe-se que a promessa de um casamento futuro é perfeitamente lícita. Mas, se a parte promitente abusar desse direito, ao desrespeitar os deveres que decorrem da boa-fé, presente estará o seu dever de indenizar.

Isso gera, sem dúvidas, uma mudança de paradigma. Anote-se que a regra a respeito do dever de indenizar o ato ilícito continua sendo a responsabilização mediante culpa em sentido amplo, que engloba o dolo e a culpa estrita. Mas, como se sabe, em caso de abuso de direito ou de quebra dos deveres anexos, a responsabilidade não depende de culpa, pelo que consta dos citados Enunciados n. 24 e 37 do Conselho da Justiça Federal, aprovados na *I Jornada de Direito Civil, realizada no ano de 2002*. É justamente isso que pode ocorrer na quebra da promessa de noivado ou de casamento futuro em algumas situações.

Concluindo, vislumbra-se que a boa-fé objetiva dá um novo tratamento à matéria, pois a quebra de promessa de casamento futuro deve ser encarada como uma quebra do dever de lealdade, que é inerente a qualquer negócio jurídico celebrado, inclusive ao casamento.

2.10 RESUMO ESQUEMÁTICO

– *Conceito de casamento*: o casamento é a união de duas pessoas reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada com o objetivo de constituição de uma família e baseada em um vínculo de afeto. Pela conceituação clássica, o casamento exigiria diversidade de sexos. Todavia, a tendência é o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo ou *casamento* homoafetivo (v. *Informativo* n. 486, STJ e Resolução n. 175 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ).

– *Natureza jurídica*: existem três correntes a respeito da natureza jurídica do casamento:

- a) *Teoria institucionalista*: para essa corrente, o casamento é uma instituição social. Essa concepção é defendida por Maria Helena Diniz.
- b) *Teoria contratualista*: o casamento constitui um contrato de natureza especial, e com regras próprias de formação. A essa corrente está filiado Silvio Rodrigues. A ideia também foi adotada pelo Código Civil Português.
- c) *Teoria mista ou eclética*: segundo essa corrente, o casamento é uma instituição quanto ao conteúdo e um contrato especial quanto à formação. Trata-se da corrente à qual se filia o autor deste livro.

– *Princípios do casamento*: são princípios do casamento o que demonstra a sua natureza de negócio jurídico especial:

- a) *Princípio da monogamia* – continua vigente em nosso ordenamento jurídico podendo ser retirado do art. 1.521, VI, do CC, que dispõe que não podem casar as pessoas casadas, o que constitui um impedimento matrimonial a gerar a nulidade absoluta do casamento (art. 1.548, II, do CC).
- b) *Princípio da liberdade de união* – consubstancia a livre escolha da pessoa do outro cônjuge como manifestação da autonomia privada, princípio esse que pode ser retirado do art. 1.513 do Código em vigor.

- c) *Princípio da comunhão de vida ou comunhão indivisa, amparado na igualdade entre os cônjuges* – retirado o art. 1.511 do CC, e também do seu art. 1.565, pois, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

– *Impedimentos do casamento (art. 1.521 do CC)*: impedem a realização do casamento e geram a sua nulidade absoluta (art. 1.548, inc. II, do CC):

“Art. 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem c foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.”

– *Causas suspensivas do casamento (art. 1.523 do CC)*: não geram a nulidade absoluta ou relativa do casamento, mas apenas impõem sanções aos cônjuges. A principal sanção é a imposição do regime da separação absoluta de bens (art. 1.641, I, do CC). Vejamos as suas hipóteses:

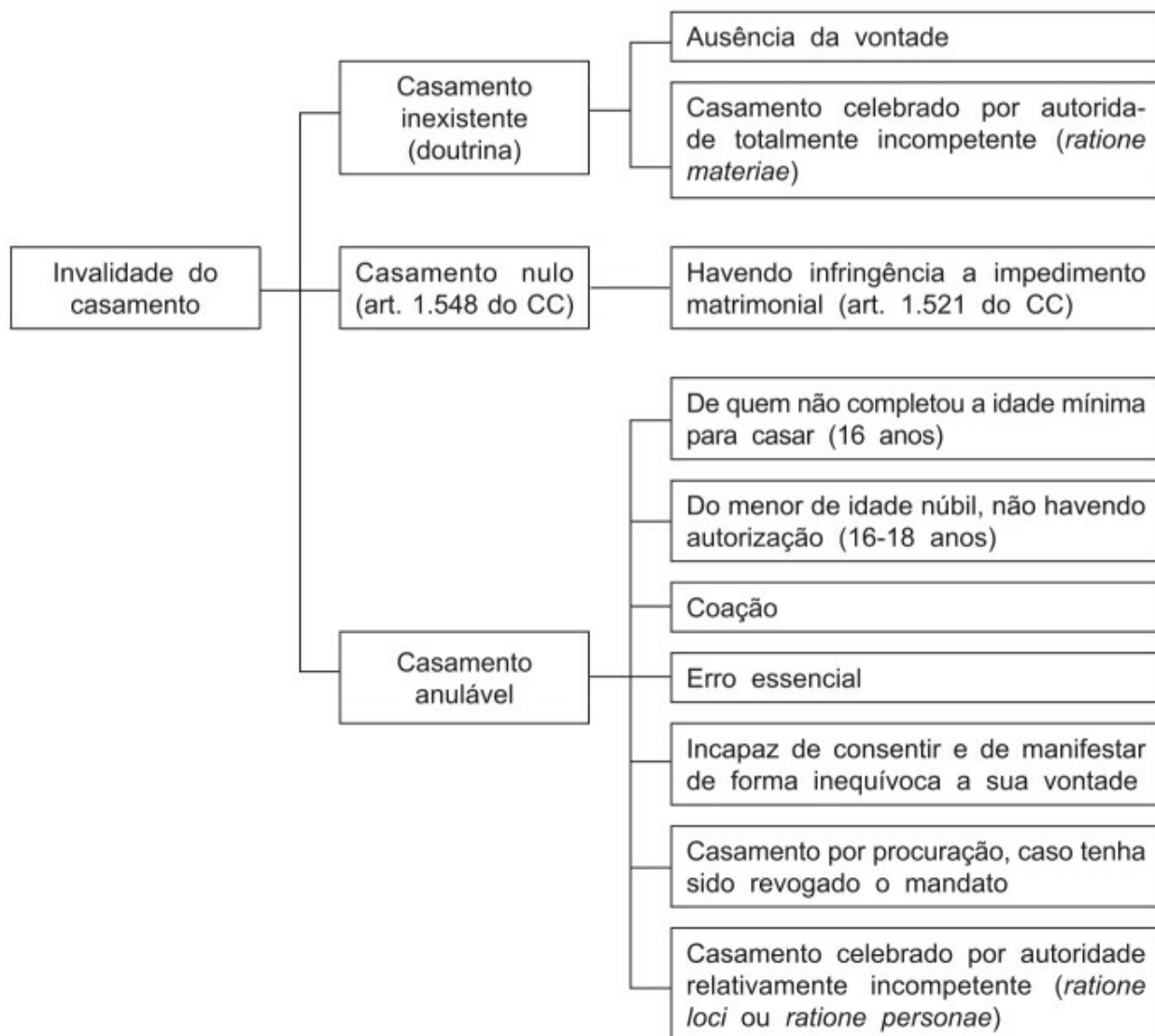
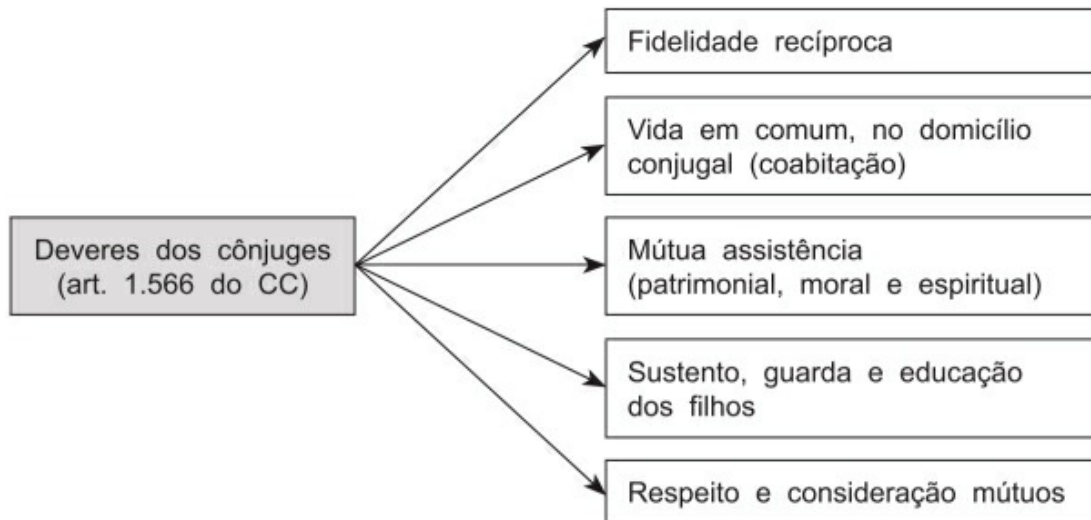
“Art. 1.523. Não devem casar:

I – o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

II – a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;

III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

IV – o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.”



2.11 QUESTÕES CORRELATAS

01. (Magistratura/DF – 2011) Referindo-se aos impedimentos para o matrimônio, considere as proposições abaixo e assinale a incorreta:

- (A) podem casar o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- (B) não podem casar os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- (C) podem casar o cônjuge sobrevivente com o que fora absolvido por crime de homicídio consumado contra o seu consorte;
- (D) não podem casar os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive.

02. (Magistratura/PB – CESPE/2011) Considerando as disposições legais e doutrinárias a respeito do direito de família, assinale a opção correta.

- (A) tanto o casamento nulo quanto o anulável requerem, para a sua invalidação, pronunciamento judicial em ação própria, visto que ao juiz é vedado declarar de ofício a invalidade.
- (B) os pais que tenham consentido, mediante ato escrito, casamento de filho menor de dezoito anos de idade poderão revogar a autorização, inclusive durante a celebração do casamento, desde que por ato escrito.
- (C) é admitida a alteração de regime de bens entre os cônjuges, independentemente de autorização judicial.
- (D) de acordo com o Código Civil, a relação concubinária mantida simultaneamente ao matrimônio gera, após o seu encerramento, direito a indenização e direitos hereditários.
- (E) no denominado casamento religioso com efeitos civis, o registro tem natureza meramente probatória, não constituindo ato essencial para a atribuição dos efeitos civis.

03. (MPE-PR – 2013) É hipótese de nulidade do casamento:

- (A) O casamento do menor de 16 anos;
- (B) O casamento com infringência de impedimento;
- (C) O casamento contraído com erro sobre a pessoa do outro nubente;
- (D) O casamento do menor entre 16 e 18 anos não autorizado por seu representante legal;
- (E) O casamento do menor emancipado, sem autorização de seu representante legal.

04. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJDF – CESPE/2014) Acerca do casamento assinale a opção correta.

- (A) É possível a anulação de casamento, sob o fundamento de erro essencial quanto à pessoa, em caso de impotência *coeundi* do cônjuge, por impossibilitar a realização da finalidade do matrimônio, ainda que tenha havido coabitação anterior à celebração do casamento e por mais

de três anos após essa celebração.

- (B) O casamento nulo ou anulável produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória se ambos os cônjuges o contraíram de boa-fé.
- (C) Sobrevindo prole, não podem ser anulados os efeitos civis do casamento celebrado em infringência a impedimento dirimente decorrente de má-fé de ambos os cônjuges.
- (D) É válido o casamento nuncupativo realizado perante o oficial do registro, em caso de interditado portador de moléstia grave, na presença de duas testemunhas e do curador.
- (E) O casamento religioso celebrado sem a observância das formalidades legais, das causas suspensivas e da capacidade matrimonial poderá ser inscrito no registro civil, no prazo estabelecido no Código Civil, mediante requerimento do celebrante ou dos interessados.

05. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJSP – VUNESP/2014) Assinale a alternativa correta.

- (A) Basta o adultério da mulher, desde que confessado judicialmente, para ilidir a presunção legal de paternidade gerada pelo casamento.
- (B) O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes, pelo prazo máximo de sessenta dias, sob pena de abandono.
- (C) 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, sendo vedada a utilização da ata notarial em matéria de direito de família.
- (D) A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado.

06. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJSP – VUNESP/2014) Sobre o instituto do casamento, assinale a alternativa correta.

- (A) O casamento não pode ser realizado por procuração com poderes especiais, ainda que por instrumento público.
- (B) O suprimimento judicial de idade é previsto em favor de pessoa sem idade núbil, em razão de gravidez ou para evitar a imposição de pena criminal, ao passo que o suprimimento judicial do consentimento viabiliza o casamento de pessoa com idade núbil, em caso de denegação injusta de qualquer um dos pais, de ambos, ou do representante legal.
- (C) A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presente quatro testemunhas se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever, sob pena de nulidade do ato.
- (D) Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da

autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de oito testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau.

07. (TJAL – FCC – Juiz Substituto – 2015) A respeito do casamento putativo, é correto afirmar que

- (A) não encontra previsão legal, sendo criação da jurisprudência, para regularizar a posse do estado de casado.
- (B) produz todos os efeitos, embora nulo ou anulável, independentemente de boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, tendo em vista a necessidade de segurança jurídica em matéria de casamento.
- (C) se não for nulo, mas apenas anulável, 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.
- (D) 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.
- (E) não produz nenhum efeito, porque o casamento se regula por normas de ordem pública.

08. (TJPE – FCC – Juiz Substituto – 2015) Na habilitação para o casamento, se houver oposição de impedimento, o oficial

- (A) indeferirá o pedido de habilitação e remeterá o oponente e os nubentes às vias ordinárias em juízo, para decisão do magistrado.
- (B) encaminhará a oposição ao juiz, sem efeito suspensivo do procedimento, que, depois de regular instrução e manifestação do Ministério Público, decidirá até a data do casamento.
- (C) encaminhará os autos, imediatamente, ao juiz, que intimará o oponente e os nubentes a indicarem provas, que serão produzidas e, ouvido o Ministério Público, decidirá.
- (D) dará ciência do fato aos nubentes para que indiquem provas que desejam produzir, colhendo-as e em seguida remeterá os autos ao juiz que, ouvido o Ministério Público, decidirá. (E) dará ciência do fato aos nubentes, para que indiquem provas que desejam produzir e remeterá os autos ao juiz que decidirá depois da produção das provas pelo oponente e pelos nubentes, com a participação do Ministério Público.

09. (DPE-MT – UFMT – Defensor Público – 2016) Segundo o Código Civil, após as alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015), em relação ao casamento e à união estável, assinale a afirmativa correta.

- (A) Os primos estão impedidos de contrair matrimônio entre si.
- (B) A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.
- (C) A união estável não se constituirá se ocorrerem as causas suspensivas do casamento.
- (D) No regime da comunhão parcial de bens, excluem-se na comunhão as benfeitorias em bens

particulares de cada cônjuge.

- (E) É nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

10. (MPE-GO – Promotor de Justiça Substituto – 2016) A respeito do casamento, assinale a alternativa correta:

- (A) a eficácia da habilitação será de cento e vinte dias, a contar da data em que foi extraído o certificado.
- (B) o nubente que não estiver em iminente risco de vida não poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.
- (C) há impedimento para o casamento entre os afins em linha reta, permanecendo-se a afinidade ainda que ocorra a dissolução do casamento ou da união estável.
- (D) é nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

11. (TJMG – CONSUPLAN – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2016) Sobre o casamento por procuração, assinale a alternativa correta, segundo os dispositivos do Código Civil em vigor.

- (A) Não se permite celebração do casamento por procuração.
- (B) O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público ou particular, cuja procuração será irrevogável.
- (C) A eficácia do mandato outorgado para casar não ultrapassará noventa dias.
- (D) Não se opera revogação de procuração outorgada por escritura pública, apenas de procuração outorgada por instrumento particular.

12. (TJSP – VUNESP – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provisão – 2016) declaração de nulidade do casamento importa

- (A) a preservação da filiação apenas em relação ao genitor que estiver de boa-fé.
- (B) a preservação da filiação materna ou paterna, desde que presentes as condições do casamento putativo.
- (C) a nulidade da filiação, em observância à regra de que atos nulos não se convalidam e não são aptos a produzir atos válidos.
- (D) a preservação da filiação materna ou paterna, mesmo que ausentes as condições do casamento putativo.

13. (DPE-SC – FCC – Defensor Público Substituto – 2017) O casamento realizado por pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil mas expressando sua vontade diretamente e o casamento do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento é, respectivamente,

- (A) válido e inexistente.
- (B) válido e anulável.
- (C) anulável e inexistente.
- (D) nulo e nulo.
- (E) nulo e anulável.

14. (TJRO – IESES – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provento – 2017) São impedidos de contrair casamento, de acordo com o Código Civil:

- I. Os parentes por afinidade em linha reta entre si, independente do limite de grau.
 - II. Os irmãos, bilaterais ou unilaterais entre si.
 - III. As pessoas divorciadas que ainda não realizaram a partilha dos bens do casamento anterior.
- Assinale a alternativa correta:

- (A) Apenas as assertivas I e II são verdadeiras.
- (B) Todas as assertivas são verdadeiras.
- (C) Apenas a assertiva II é verdadeira.
- (D) Apenas as assertivas I e III são verdadeiras.

15. (TJRO – IESES – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2017) Segundo legislação Civilista Brasileira, no que corresponde ao instituto do casamento podemos afirmar, exceto:

- (A) O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.
- (B) O casamento é civil e sua celebração é onerosa.
- (C) É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.
- (D) O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

16. (MPE-PR – Promotor Substituto – 2017) É nulo o casamento:

- (A) Contraído com infringência de impedimento.
- (B) De quem não completou a idade mínima para casar.
- (C) Do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal.
- (D) Por vício da vontade.
- (E) Realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges.

17. (UECE/FUNECE – Advogado – 2017) Considerando os impedimentos ao matrimônio elencado

no Código Civil Brasileiro, NÃO pode(m) casar:

- (A) o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante.
- (B) o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros.
- (C) o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.
- (D) o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal.

18. (TJ-MG – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimento – CONSULPLAN – 2017) São impedidos de casar

- (A) os parentes colaterais até o quarto grau.
- (B) os afins em linha reta e em linha colateral.
- (C) o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante.
- (D) o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal.

19. (MPE-PB – Promotor de Justiça Substituto – FCC – 2018) Sobre o processo de habilitação, celebração e o registro do casamento, considere as afirmativas a seguir:

I. A habilitação será feita pessoalmente ou por procurador perante o Oficial do Registro Civil, ouvido o Juiz de casamentos e, se houver impugnação, manifestar-se-á o Ministério Público antes de ser submetida ao Juiz de Direito competente, que a decidirá.

II. Quando a solenidade do casamento for realizada em edifício particular, ficará este de portas abertas durante o ato, presentes quatro testemunhas, parentes ou não dos contraentes, bastando, porém, duas testemunhas se a solenidade realizar-se em cartório, salvo se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever, hipótese em que também serão necessárias quatro testemunhas.

III. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau, as quais comparecerão, perante a autoridade judiciária mais próxima, em dez dias, sendo irrecorrível a decisão do juiz que considerar válido o casamento.

IV. A invalidade do mandato para o casamento, judicialmente decretada, equipara-se à sua revogação, a qual, porém, não autorizará a anulação do casamento, se sobrevier a coabitação entre os cônjuges.

V. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação perante o Oficial do Registro Público poderá ser registrado desde que apresentados pelo celebrante ou pelos nubentes com o requerimento de registro, a prova de celebração do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil, suprimindo eles eventual falta de requisitos no termo da celebração.

Está correto o que se afirma APENAS em

- (A) I e II.

- (B) II e III
- (C) III e IV.
- (D) IV e V.
- (E) II e IV.

20. (MPE-PB – Promotor de Justiça Substituto – FCC – 2018) O Ministério Público pode, mediante ação direta, promover a decretação de nulidade de casamento

- (A) por incompetência da autoridade celebrante.
- (B) realizado entre madrasta, que novamente viuvar-se, e seu enteado. (C) realizado entre primos.
- (D) do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento.
- (E) de quem não completou a idade mínima para casar.

21. (TJ-SP – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimto – VUNESP – 2011) Apresentado requerimento de habilitação para o casamento, constatou-se que o nubente contava com dezessete anos de idade, mas tinha sido emancipado, enquanto que a nubente possuía dezessete anos, porém estava sob tutela. Nesse caso hipotético, no que concerne à autorização para contrair matrimônio, deve o Oficial do Cartório de Registro Civil exigir autorização

- (A) dos genitores da nubente sob tutela ou ato judicial que a supra.
- (B) do tutor da nubente ou ato judicial que a supra.
- (C) dos genitores de ambos os nubentes ou ato judicial que a supra.
- (D) dos genitores do nubente emancipado, bem como de um curador especial nomeado para a nubente sob tutela ou ato judicial que a supra.

22. (TJ-AM – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimto – ESES – 2018) Sobre o casamento, responda às questões:

- I. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi realizado o requerimento.
- II. O nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo.
- III. Caso a celebração do casamento seja suspensa ante a recusa solene da vontade de um dos contraentes, não é possível a retratação no mesmo dia.

Assinale a correta:

- (A) Apenas a assertiva II é verdadeira.
- (B) Todas as assertivas são falsas.
- (C) Apenas as assertivas II e III são verdadeiras.
- (D) Todas as assertivas são verdadeiras.

GABARITO

01 – A	02 – A	03 – B
04 – B	05 – D	06 – B
07 – D	08 – E	09 – B
10 – C	11 – C	12 – D
13 – B	14 – A	15 – B
16 – A	17 – A	18 – C
19 – E	20 – B	21 – B
22 – C		



CASAMENTO. DIREITO PATRIMONIAL – REGIME DE BENS

Sumário: 3.1 Introdução. Conceito e princípios dos regimes de bens. Da ação de alteração do regime de bens – 3.2 Regras gerais quanto ao regime de bens – 3.3 Pacto antenupcial. Conceito e regras – 3.4 Regras especiais quanto ao regime de bens: 3.4.1 Regime da comunhão parcial; 3.4.2 Regime da comunhão universal; 3.4.3 Regime da participação final nos aquestos; 3.4.4 Regime da separação de bens – 3.5 Resumo esquemático – 3.6 Questões correlatas – Gabarito.

3.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO E PRINCÍPIOS DOS REGIME DE BENS. DA AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Após o tratamento do direito pessoal, o Código Civil de 2002 disciplina os direitos patrimoniais relacionados com o casamento, particularmente as regras quanto aos regimes de bens. A atual codificação traz regras gerais a respeito desse tratamento patrimonial (arts. 1.639 a 1.652), preceitos relacionados com o pacto antenupcial (arts. 1.653 a 1.657), bem como regras especiais quanto aos quatro regimes previstos: comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), comunhão universal (arts.

1.667 a 1.671), participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e separação de bens (arts. 1.687 e 1.688). Deve ficar claro que, admitido o *casamento homoafetivo*, na linha do que vêm decidindo os Tribunais Brasileiros, todas as regras aqui analisadas incidem para tais entidades familiares, sem qualquer distinção.

Como se sabe, não há mais regulamentação do *regime dotal*, que constava do Código Civil de 1916, nos arts. 278 a 311, que, na realidade, mesmo na vigência do revogado diploma, não tinha qualquer aplicação prática. O regime dotal representava verdadeira letra morta da lei, sendo apelidado de “regime dos coronéis”.

O regime matrimonial de bens pode ser conceituado como o conjunto de regras relacionadas com interesses patrimoniais ou econômicos resultantes da entidade familiar, sendo as suas normas, em regra, de ordem privada.

Diante da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, que banuiu do sistema familiarista todas as formas de separação jurídica – incluindo a separação judicial e a extrajudicial –, um apontamento deve ser feito. Isso, diante de várias menções à *dissolução da sociedade conjugal* em regras relativas ao regime de bens. Reafirme-se que o presente autor entende que a separação jurídica está banida do sistema jurídico, mesmo tendo sido reafirmada pelo Novo CPC.

Ora, é notório que o divórcio põe fim ao casamento e também à sociedade conjugal, sendo certo que, extinto o primeiro, também estará finda a segunda categoria. Desse modo, onde se lê nos dispositivos *dissolução da sociedade conjugal*, pode-se entender *dissolução do casamento e da sociedade conjugal*. O esclarecimento de Paulo Lôbo segue esse raciocínio, merecendo destaque:

“Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu sentido o *caput* do art. 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte,

a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e *a fortiori* a sociedade conjugal” (LÔBO, Paulo. Divórcio..., disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 12 fev. 2010).

Superado esse esclarecimento, ao qual se perfilha, destaque-se que são princípios que regem o regime de bens:

a) Princípio da autonomia privada.

Como é notório, esse princípio, na visão pós-moderna ou contemporânea do Direito Privado, substitui o antigo princípio da autonomia da vontade. A autonomia privada decorre da liberdade e da dignidade humana, sendo o direito que a pessoa tem de se autorregulamentar. Há plena liberdade na escolha do regime de bens, conforme o art. 1.639, *caput*, do CC/2002 (“É lícito aos nubentes, antes de celebrad o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”).

Porém, essa vontade não poderá estar viciada, sob pena de se reconhecer a nulidade ou anulabilidade do pacto antenupcial. Filia-se à doutrina que aponta ser esse princípio, em regra, irrestrito, somente encontrando limites nas normas de ordem pública (autonomia plena). Assim sendo, é possível que os cônjuges celebrem casamento por outro regime de bens, que não seja um dos mencionados pela legislação em vigor, ou mesmo combine os vários regimes de bens existentes (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito...*, 2003, p. 356). Nessas hipóteses, o regime será denominado *regime misto*. Porém, esse novo regime escolhido não pode ferir normas cogentes, de ordem pública.

Nesse sentido, o Enunciado n. 331 do CJP/STJ, aprovado na *V Jornada de Direito Civil* (2006), prevê que “o estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumpre certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial”. A título de exemplo, o casal pode estabelecer que, quanto aos bens móveis, incide o regime da separação de bens; em relação aos imóveis adquiridos, o regime da comunhão parcial. Também é possível convencionar que

somente haverá comunicação de quantias depositadas em conta-corrente conjunta do casal, e assim sucessivamente.

Esclareça-se que também é possível a criação de um regime novo, com regramento *totalmente atípico*, desde que, mais uma vez, não se atinja as normas de ordem pública. Com esse pensamento doutrinário, as palavras de Silmara Juny Chinellato, com base em Zeno Veloso: “os interessados não estão obrigados a seguir os modelos legais, os regimes-tipo regulados na lei civil, podendo modificá-los, combiná-los e até ir além, modificando-os, e também estabelecer ‘um regime peculiar, um regramento atípico, imaginado e criado por eles próprios’” (CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários...*, 2004, p. 278).

A criação de um regime diferente da relação constante da codificação material, estabelecendo apenas a comunicação de certos bens, parece ser uma opção cada vez mais comum, em especial no caso de casais que atuam como prestadores de serviços ou como profissionais liberais, e que desejam a valorização do patrimônio decorrente de seu trabalho. Muitas vezes, na prática, o regime da comunhão parcial pode trazer uma comunicação de bens não desejada pelas partes.

b) Princípio da indivisibilidade do regime de bens.

Apesar de ser viável juridicamente a criação de outros regimes que não estejam previstos em lei, não é possível fracionar os regimes em relação aos cônjuges. Em outras palavras, o regime é único para ambos os consortes, em particular diante da isonomia constitucional entre marido e mulher (arts. 5.º e 226 da CF/1988) e do princípio da comunhão indivisa (art. 1.511 do CC/2002). Com aplicação prática desse princípio, será nulo o pacto antenupcial que determinar o regime da comunhão universal de bens para o marido e o da separação de bens para a esposa.

Como exceção anterior ao princípio em questão poderia ser citada a previsão do art. 1.572, § 3.º, que trazia um benefício patrimonial ao cônjuge doente na separação-remédio, agora suprimida pela EC 66/2010 (BARROS, Flávio August Monteiro de. *Manual...*, 2005, p. 63). O tema ainda será desenvolvido no próximo capítulo do livro, devidamente atualizado com o Novo CPC, que, infelizmente, tratou

da separação judicial.

Como exceção ainda aplicável, mencione-se o tratamento diferenciado no casamento putativo quando há má-fé de um dos cônjuges (art. 1.561 do CC). Como visto, o cônjuge de boa-fé é atingido pelos efeitos do casamento; o de má-fé, não. Em outras palavras, o cônjuge de boa-fé terá a seu favor a aplicação das regras relativas ao regime de bens adotado. O cônjuge de má-fé estará submetido às regras obrigacionais relacionadas ao enriquecimento sem causa, tendo de provar os bens que foram adquiridos pelo trabalho e esforços próprios, nos termos do art. 884 do Código Civil. Ademais, o cônjuge de má-fé perderá em favor do cônjuge de boa-fé todas as vantagens advindas do casamento, sendo a ele imputada a culpa, nos termos do art. 1.564 do CC/2002.

c) Princípio da variedade de regime de bens.

Como visto, a lei consagra quatro possibilidades de regimes de bens aos nubentes. No silêncio das partes, prevalecerá o regime da comunhão parcial, que é o *regime legal* ou *supletório* (art. 1.640, *caput*, do CC). O regime de bens adotado começa a vigorar desde a data do casamento (art. 1.639, § 1.º, do CC).

d) Princípio da mutabilidade justificada.

Aqui será utilizada a mesma nomenclatura apontada por Maria Helena Diniz (*Curso...*, 2005, p. 159), a mais correta do ponto de vista técnico. Ao contrário da codificação material anterior, o art. 1.639, § 2.º, do CC em vigor, possibilita a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial, em pedido motivado de ambos os nubentes, apurada a procedência das razões invocadas e desde que ressaltados os direitos de terceiros.

Aprofundaremos na análise desse princípio, dessa interessante inovação trazida pelo Código Civil de 2002, e que se tornou comum na prática familiarista. O tema deve ser atualizado frente ao Novo Código de Processo Civil que, em seu art 734, trata dos procedimentos especiais quanto a essa ação de alteração do regime de bens.

Inicialmente, percebe-se que a regra é clara no sentido de que somente será

possível a alteração do regime mediante pedido de ambos os cônjuges ao juiz. Surge mais uma demanda com a nova codificação: a *ação de alteração do regime de bens*, que segue jurisdição voluntária, correndo perante a Vara de Família, desde que a Comarca tenha tal especialização. Não havendo, a ação tramita na Vara Cível. Destaque-se, *de lege ferenda*, a tentativa de se criar a possibilidade de alteração administrativa do regime de bens, mediante escrita pública, a ser lavrada perante o Tabelionato de Notas. O Projeto de Lei conhecido como *Estatuto das Famílias* traz tal proposição no seu art. 39, seguindo a tendência de *desjudicialização* das contendas, o que vem em boa hora.

No mesmo sentido, o *Projeto de Lei de Desburocratização*, que contou com sugestões deste autor. Pela projeção, afasta-se a necessidade de uma ação judicial para a alteração do regime. Ora, se o casamento é celebrado em um Cartório, se o regime de bens é escolhido em um Cartório e se cabe o divórcio no Cartório, desde a Lei 11.441/2007, por que a alteração do regime de bens deve ser judicial? A dúvida demonstra que as previsões atuais, de judicialização dessa medida, não têm sentido técnico-jurídico.

Assim, pela proposta, o § 2.º do art. 1.639 do Código Civil passaria a ter a seguinte redação: “é admissível alteração do regime de bens mediante escritura pública firmada por ambos os cônjuges a ser averbada no Registro Civil das Pessoas Naturais, no Registro de Imóveis e, se for o caso, no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins”. Em complemento, introduz-se um § 3.º no mesmo preceito, prevendo que a alteração do regime de bens não terá eficácia retroativa e será ineficaz com relação a terceiros de boa-fé, tema que ainda será aqui analisado. A respeito da união estável, em tom similar, há proposta de inclusão de um parágrafo único no art. 1.725 do Código Civil, preceituando que a alteração do regime de bens poderá ser feita por meio de contrato escrito, produzindo-se efeitos a partir da data de sua averbação e, igualmente, sendo ineficaz a modificação a terceiros de boa-fé. A proposta também visa a revogar os dispositivos do CPC/2015 a seguir analisados.

De todo modo, pontue-se que o Novo CPC confirmou a necessidade de uma ação judicial para tanto, cabendo trazer a lume a regra do seu art. 734, *caput*, que está em vigor no momento: “A alteração do regime de bens do casamento, observados os

requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros”. Na verdade, a reafirmação da necessidade de uma demanda judicial no CPC/2015 já nasce desatualizada diante de outras projeções mais avançadas e da posição da doutrina.

O segundo ponto a ser observado é que, nos termos do CC/2002 e do CPC/2015, a alteração somente é possível se for fundada em “pedido motivado” ou “motivadamente”, desde que “apurada a procedência das razões invocadas”. Esse *justo motivo*, constitui uma cláusula geral, a ser preenchida pelo juiz caso a caso, à luz da operabilidade. Para o seu devido preenchimento devem ser levados em conta interesses subjetivos das partes, bem como questões objetivas relativas ao ordenamento jurídico.

Na doutrina, Maria Helena Diniz ensina que a proibição de que marido e mulher casados pelo regime da comunhão universal ou da separação obrigatória constituam sociedade empresária, constante do art. 977 do CC/2002, é motivo para a alteração do regime de bens (*Curso...*, 2005, p. 160, nota 356).

Realmente, essa situação poderia ser apontada como um motivo para a alteração. Entretanto, a doutrina tem entendido que essa proibição do art. 977 do CC somente atinge as sociedades constituídas após a entrada em vigor da nova codificação (Enunciado n. 204 do CJF/STJ). No mesmo sentido, o Parecer Jurídico 125/2003 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, que retira a utilidade prática do exemplo. Não tem sido diferente a conclusão da jurisprudência, com base na proteção do direito adquirido (TJSP, Apelação Cível 358.867-5/0, São Paulo, 1ª Câmara de Direito Público, data do registro: 26.04.2006, Rel. Des. Renato Nalini Voto 11.033). Em suma, na opinião deste autor, o exemplo envolvendo o art. 977 do CC não pode ser utilizado.

Como primeira ilustração concreta de subsunção da alteração do regime de bens, repise-se o desaparecimento de causa suspensiva do casamento, sendo possível alterar o regime da separação obrigatória de bens para outro (Enunciado n. 262 do CJF/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*). Esse pode ser tido, atualmente, como principal exemplo de *justo motivo* para a alteração de regime de bens. Imagine-se a

hipótese de casamento celebrado pela separação obrigatória diante de uma causa suspensiva, que é superada pelos fatos e pelo tempo. Da jurisprudência, cabe transcrever parte de ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, aqui outrora mencionado, aplicada a esse exemplo:

“Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro permitem a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico” (STJ, REsp 821.807/PR, 3.^a Turma Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 19.10.2006, *DJ* 13.11.2006, p. 261).

Ou, ainda, do Tribunal Paulista: “Regime imposto por Lei em razão da inobservância da causa suspensiva apontada, a qual agora já não mais existe, vez que a partilha já foi regularizada, deixando de existir a causa suspensiva (artigo 1.523, inciso III do Código Civil) e, por consequência, torna-se insubsistente tal imposição legal, ou seja, a obrigatoriedade do regime da separação de bens (artigo 1.641, inciso I do Código Civil), que reflete de forma negativa aos interesses do casal. Possibilidade. Pretensão razoável que atende ao disposto no § 2.º, do artigo 1.639 do CC/2002” (TJSP, Apelação sem Revisão 552.439.4/9, Acórdão 2630948, São Vicente, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 27.05.2008 *DJESP* 28.07.2008). Outros julgados estaduais seguem a mesma premissa.

Como outra concretização, pode ser mencionado algum interesse patrimonial relevante do casal ou de qualquer dos cônjuges. Da mesma jurisprudência paulista, a possibilidade de alteração do regime de bens diante de dificuldades contratuais

encontradas por um dos consortes:

“Regime de bens. Pedido de alteração do regime de comunhão parcial de bens para o de separação total. Alegação de dificuldade de contratação de financiamento para aquisição de imóvel residencial, por força das dívidas contraídas pelo cônjuge varão. Preenchimento dos requisitos previstos no art. 1.639, § 2.º, do Código Civil verificado. Ausência de óbice à alteração do regime de bens do casamento. Medida que não acarretará prejuízo algum aos cônjuges ou aos filhos. Terceiros que não serão atingidos pela alteração, que gerará efeitos apenas ‘ex nunc’. Alteração determinada. Recurso provido” (TJSP, Apelação com Revisão 600.593.4/4, Acórdão 4048973, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 08.09.2009 *DJESP* 06.11.2009).

Do Tribunal de Minas Gerais, ilustre-se com acórdão que admitiu a alteração do regime de bens diante do nascimento de um filho extraconjugal de um dos membros do casal, o que igualmente parece ser um motivo justo para a incidência do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002:

“Apelação cível. Procedimento de jurisdição voluntária. Alteração do regime de bens do casamento. Filho nascido de relacionamento extraconjugal. Filha comum. Motivo justo. Recurso provido. I. A individualização do patrimônio dos cônjuges, por meio da alteração do regime de bens da comunhão para o da separação como faculta o art. 1.639, § 2.º, do CCB/02, é solução razoável e que se impõe quando, tendo o varão um filho nascido de relacionamento extraconjugal, os cônjuges querem a preservação da família e dos direitos da filha comum sobre o patrimônio amealhado com o esforço do trabalho de sua mãe. II. Como a má-fé não se presume e como o filho tido fora do casamento pelo varão tem mera expectativa de herdar os bens deixados por este, não é lícito imaginar que seu pai não mais mantenha ou adquira bens após a alteração aqui pretendida, causando-lhe, assim, prejuízos efetivos, o que,

conjugado à documentação que atesta a boa índole dos cônjuges, autoriza afastar a ideia de fraude que justificou a improcedência do pedido de alteração do regime de bens do casamento” (TJMG, Apelação Cível 1.0439.09.112664-9/001, Rel. Des. Peixoto Henriques, j. 02.10.2012, *DJEMG* 19.10.2012).

Outras ilustrações ainda serão demonstradas na presente obra, de *justo motivo* para a citada alteração, especialmente quando do estudo do art. 1.641 do CC, que consagra o regime da separação legal ou obrigatória.

De toda sorte, há quem entenda pela desnecessidade de motivação para que o regime de bens seja alterado, eis que se trata de uma exigência excessiva constante da lei. Em suma, haveria uma intervenção desnecessária do Estado nas questões familiares, o que feriria o princípio da não intervenção constante do art. 1.513 do CC/2002 e outros regramentos do Direito. Com esse sentir, decisão do sempre pioneiro Tribunal Gaúcho, de relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos, que conta com o apoio do presente autor:

“Apelação cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639 § 2.º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, § 2.º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração de regime, não veja motivo para o Estado Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá por preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má-fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para a escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstará que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente

possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao poder judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. 2. Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exigível, pode-se dizer) que realizem a partilha do patrimônio comum de que são titulares. 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se repute mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). Deram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 172902-66.2011.8.21.7000, Marcelino Ramos, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.07.2011, *DJERS* 04.08.2011).

Consigne-se que, em sentido muito próximo, o Tribunal Paulista entendeu que não há necessidade de detalhamento das razões, ou seja, pela “desnecessidade de apresentação muito pormenorizada de razão” para a alteração do regime (TJSP, Apelação 0018358-39.2009.8.26.0344, Acórdão 5185207, Marília, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Gilberto de Souza Moreira, j. 01.06.2011, *DJESP* 09.08.2011).

Mais recentemente, pronunciou-se da mesma maneira o STJ, conforme publicação que consta do seu *Informativo* n. 518, com o seguinte tom:

“Nesse contexto, admitida a possibilidade de aplicação do art. 1.639, § 2.º, do CC/2002 aos matrimônios celebrados na vigência do CC/1916, é importante que se interprete a sua parte final – referente ao ‘pedido motivado de ambos os cônjuges’ e à ‘procedência das razões invocadas’ para a modificação do regime de bens do casamento – sob a perspectiva de que o direito de família deve ocupar, no ordenamento jurídico, papel coerente com as possibilidades e limites estruturados pela própria CF, defensora de bens

como a intimidade e a vida privada. Nessa linha de raciocínio, o casamento há de ser visto como uma manifestação de liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual será conduzida a vida em comum, liberdade que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, no interior de espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de ‘asilo inviolável’. Sendo assim, deve-se observar uma principiologia de ‘intervenção mínima’, não podendo a legislação infraconstitucional avançar em espaços tidos pela própria CF como invioláveis. Deve-se disciplinar, portanto, tão somente o necessário e o suficiente para a realização não de uma vontade estatal, mas dos próprios integrantes da família. Desse modo, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2.º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes. Nesse sentido, a constituição de uma sociedade por um dos cônjuges poderá impactar o patrimônio comum do casal. Assim, existindo divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família, haveria justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens. Isso porque se mostra razoável que um dos cônjuges prefira que os patrimônios estejam bem delimitados, para que somente o do cônjuge empreendedor possa vir a sofrer as consequências por eventual fracasso no empreendimento” (STJ, REsp 1.119.462/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26.02.2013).

Em suma, tem-se mitigado jurisprudencialmente a estrita exigência normativa do art. 1.639, § 2.º, do CC, o que vem em boa hora, pois são os cônjuges aqueles que têm a melhor consciência sobre os embaraços que o regime de bens adotado pode gerar em sua vida cotidiana. A interpretação deve ser a mesma no que diz respeito ao Novo Código de Processo Civil, que parece ter nascido desatualizado também a exigir o pedido motivado para a alteração do regime de bens.

Igualmente nos termos do CC/2002 e do CPC/2015, a alteração do regime de

bens não poderá prejudicar os direitos de terceiros, pela própria dicção legal, o que representa mais uma clara intenção de proteger a boa-fé objetiva e desprestigiar a má-fé. Pelas dicções literais das normas, de forma alguma essa alteração do regime poderá ser utilizada com intuito de fraude, inclusive tributária. Ilustrando, da jurisprudência do Tribunal Fluminense, cumpre transcrever:

“Casamento. Regime de bens do casamento. Alteração. Fraude. Improcedência do pedido. Regime de bens. Alteração. Artigo 1.639 do Código Civil. Casamento realizado pelo regime da comunhão de bens, na data de 12/09/1970. Desejo de modificá-lo para o da separação de bens. Intuito de fraude e de simulação, ante recente ajuizamento de ação de investigação de paternidade em face do cônjuge--varão. A norma civil não foi criada para transformar o legal em ilegal. Suposto direito à herança consolida-se tão somente após a morte. Enquanto vivos os autores poderão dispor livremente dos seus bens móveis e imóveis. Manutenção da sentença recorrida. Conhecimento e improvimento do apelo” (TJRJ, Acórdão 16.151/2004 Petrópolis, 17.^a Câmara Cível, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, j 10.11.2004).

Na mesma linha, preceitua o Enunciado n. 113 do CJF/STJ, aprovado na *Jornada de Direito Civil*: “É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade”.

De qualquer forma, destaque-se que, havendo prejuízo para terceiros de boa-fé, a alteração do regime deve ser reconhecida como meramente ineficaz em relação a esses, o que não prejudica a sua validade e eficácia entre as partes. Como bem explica Débora Brandão, “o resguardo dos direitos de terceiros por si só não tem o condão de obstar a mutabilidade do regime de bens. Aponta--se como solução para ele a elaboração de um sistema registral eficiente, tanto do pacto antenupcial como de

duas posteriores modificações, para devida publicidade nas relações entre os cônjuges e terceiros e a produção de efeitos, ou seja, a alteração só produziria efeitos em relação a terceiros após a devida publicidade da sentença, cuja natureza é constitutiva, restando inalterados todos os negócios posteriormente praticados. Respeita-se, dessa forma, o ato jurídico perfeito” (BRANDÃO, Débora Vaness. Caús. *Regime...*, 2007, p. 103).

Concluindo dessa forma, no âmbito jurisprudencial: “a alteração do regime de bens não tem efeito em relação aos credores de boa-fé, cujos créditos foram constituídos à época do regime de bens anterior” (TJRS, Agravo de Instrumento 70038227633, Porto Alegre, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 24.08.2010, *DJERS* 30.08.2010). O acórdão julga pela desnecessidade de prova, pelos cônjuges, da inexistência de ações judiciais ou de dívidas, pois isso não prejudica a eficácia da alteração do regime entre os cônjuges. Em síntese, não se segue a linha do citado enunciado doutrinário, pois a perquirição da existência de dívidas ou demandas não seria uma exigência para a modificação do regime.

De qualquer forma, cumpre ressaltar que outras decisões exigem tal prova, para que a alteração patrimonial seja considerada idônea e, assim, deferida pelo juiz da causa (por todos: TJDF, Recurso 2006.01.1.036489-5, Acórdão 386.017, 6.^a Turma Cível, Rel. Des. Luis Gustavo B. de Oliveira, *DJDFTE* 12.11.2009, p. 121; e TJSP, Apelação 644.416.4/0, Acórdão 4168081, Boituva, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 29.10.2009, *DJESP* 10.12.2009). A questão, como se vê, é polêmica.

Aliás, expressa o § 1.^o do art. 734 do CPC/2015 que, ao receber a petição inicial da ação de alteração de regime de bens, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida modificação, somente podendo decidir o juiz depois de decorrido o prazo de 30 dias da publicação do edital. Como se vê, o Novo Estatuto Processual aprofunda a preocupação com a possibilidade de fraudes, determinando a atuação do MP, mesmo não havendo interesses de incapazes. A preocupação parece excessiva e, mais uma vez, desatualizada frente à doutrina e à jurisprudência mais avançadas, pronunciadas na vigência do Código Civil Brasileiro de 2002, especialmente pelo fato de que a

alteração de regime de bens envolve interesses privados ou particulares.

Ainda no que concerne à publicidade da modificação do regime patrimonial, no ano de 2012, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o mero registro da sentença transitada em julgado tem o condão de dar publicidade à alteração do regime de bens, não devendo prevalecer norma de corregedoria do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul que apontava a necessidade de publicação de editais dessa alteração. Assim, em certo sentido, não se adotou, por igual, a parte final do citado Enunciado n. 113, que aponta a necessidade de ampla publicidade na modificação do regime. Vejamos a ementa do *decisum*:

“Civil. Família. Matrimônio. Alteração do regime de bens do casamento (CC/2002, art. 1.639, § 2.º). Expressa ressalva legal dos direitos de terceiros. Publicação de edital para conhecimento de eventuais interessados, no órgão oficial e na imprensa local. Provimento n.º 24/03 da Corregedoria do Tribunal Estadual. Formalidade dispensável, ausente base legal. Recurso especial conhecido e provido. 1. Nos termos do art. 1.639, § 2.º, do Código Civil de 2002, a alteração do regime jurídico de bens do casamento é admitida, quando procedentes as razões invocadas no pedido de ambos os cônjuges, mediante autorização judicial, sempre com ressalva dos direitos de terceiros. 2. Mostra-se, assim, dispensável a formalidade emanada de Provimento do Tribunal de Justiça de publicação de editais acerca da alteração do regime de bens, mormente pelo fato de se tratar de providência da qual não cogita a legislação aplicável. 3. O princípio da publicidade, em tal hipótese, é atendido pela publicação da sentença que defere o pedido e pelas anotações e alterações procedidas nos registros próprios, com averbação no registro civil de pessoas naturais e, sendo o caso, no registro de imóveis. 4. Recurso especial provido para dispensar a publicação de editais determinada pelas instâncias ordinárias” (STJ, REsp 776.455/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Rai Araújo, j. 17.04.2012, *DJe* 26.04.2012).

Seguindo no estudo da matéria, deve ficar claro que os efeitos da alteração do

regime são *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão, o que é óbvio, por uma questão de eficácia patrimonial (nesse sentido, além de ementa antes transcrita: STJ, REsp 1.300.036/MT, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.05.2014, *DJe* 20.05.2014; TJRS, Apelação Cível 374932-56.2012.8.21.7000 Carazinho, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 24.10.2012, *DJERS* 30.10.2012; TJSP, Apelação 0013056-15.2007.8.26.0533, Acórdão 5065672, Santa Bárbara d'Oeste, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Viviani Nicolau, j. 12.04.2011, *DJESP* 01.06.2011). Esclareça-se que a natureza desses efeitos é capaz de afastar a necessidade de prova da ausência de prejuízos a terceiros pelos cônjuges, para que a alteração do regime de bens seja deferida. Ademais, eventuais efeitos *ex tunc* fariam que o regime de bens anterior não tivesse eficácia, atingindo um ato jurídico perfeito constituído por vontade dos cônjuges.

Superada a análise dessas regras, surge importante indagação para a prática do Direito de Família: é possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código de 1916?

Muitos poderiam pensar que a resposta é negativa, diante do que consta do art. 2.039 da atual codificação, norma de direito intertemporal pela qual: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.^o de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”. Mas essa não é a melhor resposta para os devidos fins práticos.

Um dos primeiros autores na doutrina brasileira a perceber a real intenção do legislador foi Euclides de Oliveira, em artigo intitulado *Alteração do regime de bens no casamento*, publicado na obra *Questões controvertidas no novo Código Civil* (2003, p. 389, vol. 1). A respeito do art. 2.039, explica o jurista que esse dispositivo legal “apenas determina que, para os casamentos anteriores ao Código Civil de 2002, não poderão ser utilizadas as regras do novo Código Civil referentes às espécies de regime de bens, para efeito de partilha do patrimônio do casal. Ou seja, somente as regras específicas acerca de cada regime é que se aplicam em conformidade com a lei vigente à época da celebração do casamento, mas, quanto às disposições gerais, comuns a todos os regimes, aplica-se o novo Código Civil”.

Em síntese, como o art. 1.639, § 2.^o, do CC/2002 é uma norma geral quanto ac

regime de bens, pode ser aplicada a qualquer casamento, entendimento esse que foi acatado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, já em 2004:

“Casamento. Regime de bens. Alteração. Possibilidade de sua alteração mesmo para casamentos realizados sob a égide da legislação anterior – Interpretação ampliativa e sistemática da norma do art. 2.039 do Código Civil que não leva à conclusão da vedação da alteração do regime matrimonial nos casamentos anteriores a sua vigência – Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível 320.566-4/0/São Paulo, 10.^a Câmara de Direito Privado, Rel Marcondes Machado, 08.06.2004, v.u.).

Coube, contudo, ao Superior Tribunal de Justiça fazer a melhor interpretação da questão no nosso ponto de vista. Isso porque esse Egrégio Tribunal Superior utilizou o art. 2.035, *caput*, do CC, e a *Escada Pontearia* para deduzir que é possível alterar regime de bens de casamento celebrado na vigência da codificação anterior.

Como exposto nos volumes anteriores desta coleção, Pontes de Miranda, em seu *Tratado de direito privado*, dividiu o negócio jurídico em três planos, da seguinte forma:

- Plano da existência: aqui estão os pressupostos mínimos de um negócio jurídico, que formam o seu *suporte fático*: partes, vontade, objeto e forma.
- Plano da validade: os elementos mínimos de existência recebem qualificações, nos termos do art. 104 do CC: partes capazes; vontade livre; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.
- Plano da eficácia: consequências do negócio jurídico, elementos relaciona com os seus efeitos (condição, termo, encargo, inadimplemento, juros, multa, perdas e danos, entre outros).

Relativamente a esses três planos e a aplicação das normas jurídicas no tempo, estabelece o importante art. 2.035, *caput*, do CC em vigor:

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

Conforme apontado nos volumes anteriores que compõem esta obra, o que o dispositivo legal está estabelecendo é que, quanto aos planos da existência e da validade (o primeiro está dentro do segundo), devem ser aplicadas as normas do momento da constituição ou celebração do negócio. No tocante ao plano da eficácia, devem incidir as normas do momento dos efeitos. Em suma:

Plano da existência	☐	Aplicação da norma do momento da constituição do negócio.
Plano da validade	☐	Aplicação da norma do momento da constituição do negócio.
Plano da eficácia	☐	Aplicação da norma do momento dos efeitos.

Pois bem, em qual plano está o regime de bens e a possibilidade de sua alteração? Logicamente, no plano da eficácia do casamento, pois a sua existência ou a sua validade não depende do regime de bens adotado. Em outras palavras, nota-se que o regime de bens tem relação com as consequências posteriores do casamento. Ademais, é notório que, não havendo adoção por qualquer regime, prevalecerá o regime legal ou *supletório*, qual seja, o da comunhão parcial.

Interessante, aqui, transcrever a ementa do citado precedente do STJ, sendo certo que não consta do corpo da decisão todo esse raciocínio que aqui foi demonstrado:

“Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (Lei 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do

CC/2002 (Lei 10.406). Correntes doutrinárias. Art. 1.639, § 2.º, c/c art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata. 1 – 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, § 2.º, 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. 5.º, 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, § 2.º, do CC/2002” (STJ, REsp 730.546 MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23.08.2005, DJ 03.10.2005, p. 279).

Sucessivamente, outros julgados surgiram na mesma esteira desse julgamento, estando a questão consolidada na nossa jurisprudência (por todos: STJ, REsp 1.112.123/DF, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 16.06.2009, DJE 13.08.2009; TJRS, Apelação Cível 383376-78.2012.8.21.7000, Bagé, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.11.2012, DJERS 05.12.2012; TJSP, Apelação 9102946-53.2007.8.26.0000, Acórdão 5628185, São Paulo, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Quadros, j. 17.11.2011, DJESP 24.01.2012; TJPR Apelação Cível 0413965-9, Astorga, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Mário Rau, DJPR 28.03.2008, p. 110; TJMG, Apelação Cível 1.0439.06.053252-0/001, Muriaé, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Marcos Alvim Soares, j. 06.03.2007, DJMG 04.05.2007; e TJRJ, Apelação Cível 2007.001.08400, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Milton Fernandes de Souza, j. 27.03.2007).

Cumpre esclarecer que esse entendimento jurisprudencial já tinha amparo doutrinário no Enunciado n. 260 do CJF/STJ, aprovado na III Jornada de Direito

Civil, realizada em 2004, nos seguintes termos: “Arts. 1.639, § 2.º, e 2.039: A alteração do regime de bens prevista no § 2.º do art. 1.639 do Código Civil também é permitida nos casamentos realizados na vigência da legislação anterior”.

Então, resta a dúvida: qual seria o alcance da dicção do art. 2.039 do CC ac expressar que: “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior é o por ele estabelecido”? A resposta é simples. Para aqueles que se casaram antes da vigência do Código Civil de 2002 no regime da comunhão universal de bens valem as regras contidas nos arts. 262 a 268 do Código revogado; no regime da comunhão parcial, as regras dos arts. 269 a 275; no regime da separação, as regras dos arts. 276 e 277, e, por fim, para os que se casaram no regime dotal, as normas dos arts. 278 a 311. Como antes apontado, a norma de direito intertemporal em comento somente alcança as normas especiais relativas aos respectivos regimes, não as normas gerais, caso do art. 1.639 do CC/2002.

De outra forma, pode-se dizer que todas as novas regras da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666) e da separação de bens (arts. 1.687 e 1.688) não se aplicam aos casamentos celebrados antes de 11 de janeiro de 2003 por expressa determinação do art. 2.039 da atual codificação, importante norma de direito intertemporal. Esse é o efetivo alcance da disposição prevista no último comando citado.

Voltando aos preceitos do Novo CPC, conforme o § 2.º do art. 734, os cônjuges, na petição inicial ou em petição avulsa, podem propor ao juiz meio alternativo de divulgação da alteração do regime de bens, a fim de resguardar direitos de terceiros. Assim, por exemplo, não obsta a divulgação da alteração em um jornal local ou em um sítio da *internet*. Mais uma vez, há, na opinião deste autor, uma preocupação excessiva com a fraude, na contramão da doutrina e da jurisprudência construídas sob a égide do Código Civil de 2002.

Por fim, demonstrando a mesma preocupação, após o trânsito em julgado da sentença de alteração do regime de bens, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis. Nos termos do mesmo § 3.º do art. 734 do CPC/2015, caso qualquer um dos cônjuges seja empresário, deve ser expedido também mandado de averbação ao registro público de empresas mercantis e

atividades afins.

Superada a análise dessa demanda, devidamente atualizada frente ao Novo CPC, parte-se ao estudo das demais regras gerais previstas para os regimes de bens.

3.2 REGRAS GERAIS QUANTO AO REGIME DE BENS

Existem regras gerais quanto ao regime de bens, nos arts. 1.639 a 1.652, normas essas que merecem especial atenção. O art. 1.639 do CC outrora foi comentado, trazendo os princípios do regime de bens. O art. 1.640 da atual codificação, antes visualizado, é o comando legal que determina que o regime legal de bens do casamento é o da comunhão parcial, inclusive nos casos de nulidade ou ineficácia da convenção entre os cônjuges, do pacto antenupcial. Lembre-se de que esse regime é o legal desde a entrada em vigor da Lei do Divórcio, em 26 de dezembro de 1977 (Lei 6.515/1977). Antes da Lei do Divórcio, o regime legal era o da comunhão universal de bens.

Complementando a previsão do art. 1.639 do Código Civil a respeito do princípio da autonomia privada, prevê o parágrafo único do art. 1.640 do CC que: “Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas”. O pacto antenupcial será estudado em item próprio.

Sucessivamente, o art. 1.641 do CC impõe o regime da separação legal ou obrigatória de bens. Como regime é imposto pela lei, há clara limitação da autonomia privada dos nubentes. Desse modo, nas suas hipóteses, se eleito por pacto antenupcial o regime da comunhão universal, da comunhão parcial ou da participação final dos aquestos, tal convenção será nula por infração à norma de ordem pública (art. 1.655 do CC). O atual art. 1.641 do CC, que reproduz parcialmente o art. 258, parágrafo único, do CC/1916, impõe, de forma obrigatória, o regime da separação de bens, nos seguintes casos:

I – Das pessoas que contraírem o casamento com inobservância das causas

suspensivas da celebração do casamento, constantes do art. 1.523 do CC.

II – Da pessoa que tenha idade superior a 70 anos, o que vale tanto para o homem quanto para a mulher. Destaque-se que a norma foi alterada pela Lei 12.344, de 9 de dezembro de 2010, uma vez que a idade antes prevista era de 60 anos.

III – De todos os que dependerem de suprimento judicial para casar, inclusive nos casos de ausência de autorização dos representantes legais. Em suma, é o caso das pessoas que estão sob tutela e curatela, caso dos menores.

O objetivo da norma é a proteção de determinadas pessoas, especialmente no que tange ao seu patrimônio.

No caso do inciso I, o objetivo é de evitar confusão patrimonial nas hipóteses tratadas pelo art. 1.523 do CC. Lembre-se da hipótese da viúva que não fez inventário dos bens que tinha com o ex-marido e que pretende se casar com terceiro. Com o objetivo de proteger os herdeiros, essa viúva somente poderá se casar pelo regime da separação legal ou obrigatória de bens.

O inciso II do art. 1.641 do CC visa, supostamente, à tutela do idoso, potencialmente vítima de um *golpe do baú*, em geral praticado por pessoa mais jovem, com más intenções. De qualquer forma, até para sustentar a tese de inconstitucionalidade a seguir demonstrada, a este autor parece que a norma tende a proteger não o idoso, mas os seus interesses patrimoniais dos seus herdeiros, que, muitas vezes à espreita, esperam a morte do familiar e o recebimento do acervo patrimonial. De imediato, insta notar que o casamento, para o idoso, não trará prejuízos afetivos, mas vantagens, ainda mais se contraído com pessoa mais jovem. Vale ainda se lembrar do antigo provérbio a respeito da herança: “o filho bom não precisa, o filho ruim, não merece”.

Por fim, quanto ao inciso III, este envolve a tutela de incapazes, tidos como vulneráveis por imposição da lei, em especial dos menores de 16 anos que necessitam de suprimento judicial para o casamento, nos termos do outrora estudado art. 1.520 do CC/2002. Aqui, haveria até uma justificativa maior para o regime legal.

Na verdade, há quem veja a imposição do regime da separação obrigatória de bens como mais uma intromissão indesejada do Estado na vida privada familiar. Em

reforço, a imposição do regime estaria fundada em um *patrimonialismo exagerado*, que o Direito Civil Contemporâneo não mais deseja; visão que é compartilhada por este autor. Por isso, o Projeto de Estatuto das Famílias pretende retirar do sistema esse regime impositivo, o que viria em boa hora. Consta das justificativas da projeção que “por seu caráter discriminatório e atentatório à dignidade dos cônjuges, também foi suprimido o regime de separação obrigatório”.

Pois bem, vejamos a tese de inconstitucionalidade do inc. II do art. 1.641. De fato, há posicionamento convincente na doutrina segundo o qual essa previsão é inconstitucional. A essa conclusão chegaram os juristas que participaram da *Jornada de Direito Civil*, conforme o Enunciado n. 125 do CJP/STJ, que propõe a revogação da norma. Foram as suas justificativas, com as quais se concorda integralmente: “A norma que torna obrigatório o regime da separação absoluta de bens em razão da idade dos nubentes (qualquer que seja ela) é manifestamente inconstitucional, malferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República, inscrito no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, inc. III, da CF). Isso porque introduz um preconceito quanto às pessoas idosas que, somente pelo fato de ultrapassarem determinado patamar etário, passam a gozar da presunção absoluta de incapacidade para alguns atos, como contrair matrimônio pelo regime de bens que melhor consultar seus interesses”.

O enunciado doutrinário é perfeito. Primeiro, porque o dispositivo atacado é totalmente dissonante da realidade pós-moderna ou contemporânea, que tende a proteger a pessoa. Realmente, ao contrário de ser uma *norma de tutela*, trata-se de uma *norma de preconceito*. Ademais, este autor entende que constitui exercício da autonomia privada a pessoa da melhor idade casar-se com quem bem entender. A justificativa de proteção patrimonial dos herdeiros também não é plausível. Ora, se esses querem juntar um bom patrimônio, que o façam diante do seu trabalho. Ser herdeiro não é profissão.

Em reforço, servem de alento as palavras de Silmara Juny Chinellato, para quem não há razão científica para considerar com pouco discernimento a pessoa que atinge determinada idade. Segundo a jurista, muito ao contrário, as pessoas de idade avançada “aportam a maturidade de conhecimentos da vida pessoal, familiar e

profissional, devendo, por isso, ser prestigiadas quanto à capacidade de decidir sobre si mesmas”. E arremata: “A plena capacidade mental deve ser aferida em cada caso concreto, não podendo a lei presumi-la, por mero capricho do legislador que simplesmente reproduziu razões de política legislativa fundadas no Brasil do início do século passado” (CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários...*, 2004, p. 290). O parecer da Professora da USP inspira o PL 209/2006, que igualmente pretende revogar a previsão.

Na opinião do presente autor, o aumento da idade para os 70 anos, conforme a Lei 12.344/2010, não afastou o problema, mantendo-se a tese de inconstitucionalidade. Anote-se que o Projeto de Lei 6.960/2002, que posteriormente recebeu o número 699/2011, já pretendia efetuar esta alteração sob o argumento da “elevação da expectativa de vida da população brasileira”. Estando a limitação em qualquer patamar etário, a inconstitucionalidade persiste, especialmente pelo claro preconceito contra as pessoas de idade avançada.

Some-se a esses argumentos uma flagrante afronta ao que prescreve o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003 (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2005, p. 234). Na mesma esteira, pela inconstitucionalidade, são as palavras de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “o que notamos é uma violência escancarada ao princípio da isonomia, por conta do estabelecimento de uma velada forma de interdição parcial do idoso” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso...*, 2011, p. 325). Ou ainda, segundo Débora Brandão, “vislumbramos aí dupla inconstitucionalidade, tanto sob o prisma da violação da igualdade diante da possibilidade de qualquer adulto capaz poder se casar e ele não, quanto da discriminação da idade como elemento de discriminação” (BRANDÃO, Débor. Vanessa Caús. *Regime...*, 2007, p. 128).

No plano jurisprudencial, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pela inconstitucionalidade da previsão do art. 1.641, II, do CC em vigor, por esta trazer violação à dignidade da pessoa humana (TJRS, Apelação 70004348769, 7.ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 27.03.2003, votação por maioria). Em seu voto, a Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias faz menção a outra decisão, do Tribunal de Justiça de São Paulo, que teve como relator o então

Desembargador Cezar Peluso, posteriormente Ministro do Supremo Tribunal Federal. O citado julgado do Tribunal Paulista tem a seguinte ementa: “Casamento. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validade. Inaplicabilidade do art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil, que não foi recepcionado pela ordem jurídica atual. Norma jurídica incompatível com os arts. 1.º, III, e 5.º, I, X e LIV da CF em vigor” (TJSP, Apelação Cível 007.512-4/2-00, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. César Peluso, j. 18.08.1998).

Como tentativa de minimizar os efeitos dessa infeliz limitação, alguns julgadores consideram possível alterar o regime da separação obrigatória de bens do idoso, com base no art. 1.639, § 2.º, do CC/2002, havendo na tese da inconstitucionalidade do art. 1.641, inc. II, um *justo motivo* para a modificação das regras patrimoniais. A título de exemplo, contando com o pleno apoio deste autor:

“Apelação cível. Procedimento de jurisdição voluntária. Modificação do regime matrimonial de bens. Sentença que declarou extinto o processo por ausência das condições da ação. Legitimidade e interesse para pleitear a respectiva alteração, que encontraria respaldo no art. 1.639, § 2.º, do CC. Matrimônio contraído quando os insurgentes possuíam mais de 60 (sessenta) anos de idade. Separação obrigatória de bens. Pretendida modificação para o regime de comunhão universal. Interpretação sistemática do Código Civil e da Constituição Federal. Conclusão de que a imposição de regime de bens aos idosos se revela inconstitucional. Afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Legislação que, conquanto revestida de alegado caráter protecionista, mostra-se discriminatória. Tratamento diferenciado em razão de idade. Maturidade que, *de per se*, não acarreta presunção da ausência de discernimento para a prática dos atos da vida civil. Nubentes plenamente capazes para dispor de seu patrimônio comum e particular, assim como para eleger o regime de bens que melhor atender aos interesses postos. Necessidade de interpretar a Lei de modo mais justo e humano, de acordo com os anseios da moderna sociedade, que não mais se identifica com o arcaico rigorismo que prevalecia por ocasião da vigência do CC/1916, que

automaticamente limitava a vontade dos nubentes sexagenários e das noivas quinquagenárias. (...)” (TJSC, Apelação Cível 2011.057535-0, Criciúma, 4.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, j. 1.º.12.2011 *DJSC* 18.01.2012, p. 161).

De toda sorte, outros acórdãos não adotam esse caminho, eis que não haveria qualquer inconstitucionalidade, devidamente declarada ou não, do inc. II, do art. 1.641 do CC/2002, norma posta vigente e supostamente com plena aplicabilidade (por todos: TJCE, Apelação 676-75.2009.8.06.0167/1, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota, *DJCE* 19.08.2011, p. 52; TJRS, Apelação Cível 628181-06.2010.8.21.7000, Campina das Missões, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 24.02.2011, *DJERS* 09.03.2011; TJGO, Apelação Cível 112258-0/188, Goiatuba, Rel. Des. Kisleu Dias Maciel Filho, *DJGO* 04.03.2008, p. 187; e TJMG, Apelação Cível 1.0528.07.004241-1/0011, Prata, 6.ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Sérvulo, j. 04.11.2008, *DJEMG* 12.12.2008). O julgamento a seguir, do Tribunal Mineiro, é exigente quanto à declaração de inconstitucionalidade por Tribunal Superior ou Órgão Especial da Corte, de acordo com a premissa da *reserva de plenário*, retirada do art. 97 da Constituição Federal de 1988:

“Alteração do regime de bens. Nubente maior de 60 anos. Princípio da isonomia. Não recepção do art. 258, § único, II, do CC de 1916 pela CR/88. Inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC. Cláusula de reserva de plenário. Inteligência do art. 97 da CR/88. 1. É necessário que a Corte Superior se pronuncie sobre a não recepção do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 pela CR/88, bem como sobre a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, de forma que somente após este precedente o órgão fracionário possa declará-la, diante da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República. 2. Suscitar relevância da questão” (TJMG, Apelação Cível 6497335-28.2009.8.13.0702, Uberlândia, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Vieira de Brito, j. 12.08.2010 *DJEMG* 18.11.2010).

Apesar da polêmica citada, insta verificar que o idoso com idade entre 60 e 70 anos, que se casou pelo regime da separação obrigatória antes da elevação legal da idade, pode alterar o regime de bens, conforme vem se posicionamento a jurisprudência. A modificação da lei, sem dúvidas, serve como motivo para a referida modificação. Vejamos, adotando essa afirmação, a jurisprudência estadual:

“Apelação cível. Família. Alteração de regime de casamento. Separação legal. Art. 1.641, II, do Código Civil. Lei n.º 12.344/2010. Desaparecimento da causa impositiva do regime adotado. Consistência da motivação. Direitos de terceiros. Efeitos prospectivos. Requisitos preenchidos. Recurso provido.] – O desaparecimento da causa da imposição do regime de separação legal de bens, na constância do casamento, não impede a alteração do regime de bens, pois, diante do permissivo legal do art. 1.639, § 2.º, do Código Civil, o regime bens não é imutável, não havendo que se falar em ato jurídico perfeito sob tal aspecto. II – O Código Civil de 2002, em seu art. 1.639, § 2.º, permite a alteração do regime de bens do casamento, mediante autorização judicial, através de pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressaltando-se os direitos de terceiros. III – No presente caso, há certidões negativas judiciais e extrajudiciais, que demonstram a salvaguarda do direito de terceiros. IV – Ademais, a alteração de regime de bens possui efeitos prospectivos, razão pela qual restam ressaltados os direitos de terceiros. V – Preenchidos os pressupostos legais, há que se deferir a modificação pretendida” (TJMG, Apelação Cível 0053786-93.2011.8.13.0079, Contagem, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des. Leite Praça, j 01.12.2011, *DJEMG* 26.01.2012).

Ainda sobre o art. 1.641 do CC, outro enunciado doutrinário interessante que somente confirma o entendimento jurisprudencial majoritário é o de n. 261, da *III Jornada de Direito Civil*, que tem a seguinte redação: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade”. O enunciado

foi proposto pelo Desembargador Federal do TRF da 3.^a Região Cotrim Guimarães com o qual se concorda de forma integral. O principal argumento para se filiar ao enunciado é justamente a inconstitucionalidade do inciso II do dispositivo em comento. Se o preceito não é inconstitucional, ao menos que se dê um mínimo de eficácia social à norma, por sua flagrante injustiça.

Da jurisprudência superior, aplicando a premissa constante da ementa doutrinária, do Superior Tribunal de Justiça: “O reconhecimento da existência de união estável anterior ao casamento é suficiente para afastar a norma, contida no CC/16, que ordenava a adoção do regime da separação obrigatória de bens nos casamentos em que o noivo contasse com mais de sessenta, ou a noiva com mais de cinquenta anos de idade, à época da celebração. As idades, nessa situação, são consideradas reportando-se ao início da união estável, não ao casamento” (STJ, REsp 918.643/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 26.04.2011, *DJE* 13.05.2011). Consigne-se que o acórdão menciona idades diversas do homem e da mulher, porque diz respeito a fatos que ocorreram na vigência do CC/1916, incidindo a última norma.

Mais recentemente, na mesma esteira: “afasta-se a obrigatoriedade do regime de separação de bens quando o matrimônio é precedido de longo relacionamento em união estável, iniciado quando os cônjuges não tinham restrição legal à escolha do regime de bens, visto que não há que se falar na necessidade de proteção do idoso em relação a relacionamentos fugazes por interesse exclusivamente econômico. Interpretação da legislação ordinária que melhor a compatibiliza com o sentido do art. 226, § 3.º, da CF, segundo o qual a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento” (STJ, REsp 1.318.281/PE, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 1.º.12.2016, *DJe* 07.12.2016). Vale lembrar que a conclusão inserida no enunciado doutrinário e nos julgados constava do art. 45 da Lei do Divórcio, *in verbis*: “Quando o casamento se seguir a uma comunhão de vida entre os nubentes, existentes antes de 28 de junho de 1977, que haja perdurado por 10 (dez) anos consecutivos ou da qual tenha resultado filhos, o regime matrimonial de bens será estabelecido livremente, não se lhe aplicando o disposto no artigo 258, parágrafo único, n. II, do Código Civil”. De qualquer modo, o prazo de dez anos não deve ser mais considerado, pois não há tempo mínimo para a existência de uma união estável constitucionalmente protegida.

Também no que interessa ao regime da separação de bens, questão das mais polêmicas e tormentosas para a doutrina e a jurisprudência do Direito de Família refere-se à Súmula 377 do STF segundo a qual: “No regime da separação legal comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento”. O debate inicial, sem prejuízo de outros que serão aqui expostos, diz respeito à persistência ou não da súmula no nosso ordenamento jurídico.

A súmula foi editada em 3 de abril de 1964 e criou, no regime da separação legal de bens (art. 1.641 do CC), algo próximo à comunhão parcial de bens. Tem sua origem no art. 259 do CC/1916 que dispunha: “Embora o regime seja o da separação de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”. Como se nota pelo artigo em questão, se o pacto antenupcial que adotou a separação convencional de bens não mencionasse expressamente a exclusão dos bens, ocorreria a sua comunicação.

Antes de verificar se o entendimento sumulado tem ou não incidência, é preciso demonstrar uma polêmica inicial, por trás da súmula. Isso porque não é pacífica a questão quanto à necessidade ou não de prova de esforço comum para a citada comunicação prevista na Súmula 377 do STF.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça podem ser encontrados julgados nos dois sentidos. Inicialmente, concluindo pela necessidade de prova do esforço comum para a comunicação dos bens: STJ, REsp 646.259/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.06.2010, *DJe* 24.08.2010; REsp 123.633/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 17.03.2009, *DJe* 30.03.2009; e REsp 9.938/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 09.06.1992, *DJ* 03.08.1992, p. 11.321.

Porém, em sentido contrário, afastando a necessidade dessa prova, citando como fundamentos principais a dignidade humana e a solidariedade familiar: STJ, AgRg no REsp 1.008.684/RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 24.04.2012, *DJe* 02.05.2012; REsp 1.090.722/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Massam Uyeda, j. 02.03.2010, *DJe* 30.08.2010; REsp 736.627/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.04.2006, *DJ* 1.^o.08.2006, p. 436; e REsp 154.896/RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 20.11.2003, *DJ* 1.^o.12.2003,

p. 357. Na verdade, na jurisprudência mais atual do STJ, parecia prevalecer a corrente que afasta a prova do esforço comum para a comunicação de bens na incidência da Súmula 377 do STF para o casamento. Na união estável, como se verá no Capítulo 5 desta obra, a solução que vinha sendo dada pela jurisprudência não era a mesma.

Como não poderia ser diferente, a polêmica atingia os Tribunais Estaduais, podendo ser encontradas numerosas decisões, seguindo um ou outro pensamento. A ilustrar, pela necessidade de prova do esforço comum para comunicação de bens na separação obrigatória de bens: TJRS, Apelação Cível 452435-56.2012.8.21.7000 Porto Alegre, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 13.12.2012, *DJERS* 19.12.2012; TJMG, Apelação Cível 0012917-45.2001.8.13.0045, Caeté, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Áurea Brasil, j. 01.09.2011, *DJEMG* 22.09.2011; TJDF, Recurso 2007.01.1.098975-8, Acórdão 415.800, 5.^a Turma Cível, Rel.^a Des.^a Nilson de Freitas, *DJDFTE* 13.04.2010, p. 73; TJSP, Agravo de Instrumento 990.10.127838-3, Acórdão 4527828, São Paulo, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 13.05.2010, *DJESP* 21.06.2010 e TJRJ, Agravo de Instrumento 7072/2000, Rio de Janeiro, 12.^a Câmara Cível, Rel. Des. Wellington Jones Paiva, j. 16.04.2002.

Pelo outro caminho, ou seja, pela desnecessidade dessa prova, a demonstrar a dissonância interna nas Cortes dos Estados: TJRS, Agravo de Instrumento 551906 79.2011.8.21.7000, Porto Alegre, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 17.05.2012, *DJERS* 23.05.2012; TJMG, Apelação 3179114-29.2006.8.13.0702, Uberlândia, 6.^a Câmara Cível, Rel.^a Des.^a Sandra Fonseca, j. 29.03.2011, *DJEMG* 29.04.2011 e TJSP, Agravo de Instrumento 0554986-95.2010.8.26.0000, Acórdão 4960320, Tupã, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Baccarat, j. 16.02.2011, *DJESP* 04.03.2011.

Na doutrina o debate também é caloroso. Juristas como Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2009, p. 205) e Paulo Lôbo (*Famílias...*, 2008, p. 300) podem ser citados como adeptos da linha que dispensa a prova do esforço comum para a comunicação de bens na separação obrigatória de bens, nos termos da Súmula 377 do STF. José Fernando Simão igualmente sustentava essa premissa em edições anteriores deste

livro, até o ano de 2013, quando escrito em coautoria.

Com o devido respeito, o presente autor pensa de forma diferente, ou seja, pela necessidade de prova do esforço comum para a aplicação da sumular. *Primeiro*, porque a falta da prova do esforço comum transforma o regime da separação de bens em uma comunhão parcial, o que não parece ter sido o objetivo da sumular. *Segundo*, diante da vedação do enriquecimento sem causa, constante do art. 884 do Código Civil, eis que a comunicação automática ocorreria sem qualquer razão plausível, em decorrência do mero casamento. *Terceiro*, porque o presente autor tem suas ressalvas quanto à eficiência atual do regime da comunhão parcial de bens. *Quarto*, pois o melhor caminho para o nosso Direito é extinguir definitivamente a separação legal e não a transformar em outro regime, o que seria uma solução temporária. De toda sorte, o debate parece que tende a continuar, em todos os planos do Direito de Família Brasileiro.

No ano de 2018, essa visão por nós compartilhada foi adotada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, de forma até surpreendente. Conforme concluiu a maioria dos Ministros do Tribunal da Cidadania, a correta interpretação da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal indica a necessidade de prova do esforço comum para que haja a comunicação de bens no casamento. A ementa do acórdão, que cita a nossa posição, foi assim publicada:

“Embargos de divergência no recurso especial. Direito de família. União estável. Casamento contraído sob causa suspensiva. Separação obrigatória de bens (CC/1916, art. 258, II; CC/2002, art. 1.641, II). Partilha. Bens adquirido onerosamente. Necessidade de prova do esforço comum. Pressuposto da pretensão. Moderna compreensão da Súmula 377/STF. Embargos de divergência providos. 1. Nos moldes do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, ao casamento contraído sob causa suspensiva, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. 2. No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. 3. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os

adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça. 4. Embargos de divergência conhecidos e providos, para dar provimento ao recurso especial” (STJ, EREsp 1.623.858/MG, 2.^a Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5.^a Região), j. 23.05.2018, *DJe* 30.05.2018).

Sendo assim, reconhecida a força vinculativa da decisão transcrita – pelo que consta dos arts. 489 e 927 do CPC/2015, entre outros –, os Tribunais devem seguir a afirmação de incidência da Súmula 377 do STF para os casos de casamentos celebrados pelo regime de separação obrigatória de bens, com a necessidade de prova do esforço comum para que haja a comunicação de bens.

Outra citada controvérsia relativa à Súmula 377 do STF – essa já não mais tão calorosa no âmbito da jurisprudência – diz respeito à sua persistência ou não no sistema familiarista nacional.

Em edições anteriores desta obra, a polêmica dividia os coautores. Sempre sustentei a persistência da súmula, desde o início dos meus estudos a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002. Por outro lado, José Fernando Simão pensa de forma contrária. Como se percebe de todos os julgados transcritos até aqui, a jurisprudência tem aplicado a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, inclusive para a união estável, conforme será aprofundado no Capítulo 5 desta obra.

De toda sorte, como a discussão ainda persiste entre os estudiosos, vejamos os argumentos das duas correntes e quais são os juristas que seguem um e outro pensamento.

Para a *primeira corrente*, a súmula deve ser tida como cancelada, eis que o Código Civil de 2002 não reproduziu o art. 259 do CC/1916, antes transcrito, que supostamente lhe dava fundamento. Na doutrina, encabeçam esse entendimento, além de José Fernando Simão, Silvio Rodrigues (*Direito...*, 2003, p. 169-173, v. 6.), Francisco Cahali (*A Súmula 377...*, *Revista do Advogado...*, Homenagem ao professor

Silvio Rodrigues. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004), Inácio de Carvalho Neto (A Súmula 377..., acesso em: 11 jan. 2005) e Silmara Juny Chinellato (*Comentários...*, 2004, p. 295).

Para a *segunda corrente*, majoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a súmula não está cancelada, diante da vedação do enriquecimento sem causa, retirada dos arts. 884 a 886. Assim, urge a comunicação dos bens havidos pelo *esforço comum* para se evitar o locupletamento sem razão. Pela permanência da súmula, presente a estudada divergência quanto à prova do esforço comum: Nelson Nery Jr. e Rosa Nery (*Código...*, 2003, p. 737), Zeno Veloso (*Direito hereditário...*, 2010, p. 55), Rodrigo Toscano de Brito (*Compromisso...*, 2004), Paulo Lôbo (*Famílias...*, 2008, p. 300), Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2009, p. 205), Maria Helena Diniz (*Código...*, 2010, p. 1.169), Sílvio Venosa (*Código...*, 2010, p. 1.511-1.512), Eduardo de Oliveira Leite (*Direito...*, 2005, v. 5, p. 300), Rolf Madaleno (*Curso...*, 2008, p. 46-47), Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvale (*Direito...*, 2008, p. 221), Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso...*, 2011, v. VI, p. 316).

Quanto às *Jornadas de Direito Civil*, não foi ainda aprovado qualquer enunciado doutrinário seguindo uma ou outra forma de pensar. Na verdade, quando da *III Jornada de Direito Civil*, realizada no ano de 2004, Francisco Cahali fez proposição seguindo a primeira corrente. Como não houve consenso, nem maioria, a proposta não foi aprovada naquele evento.

Sendo demonstrada qual a visão mais prestigiada a respeito da Súmula 377 do STF, será exposto que o tema repercute diretamente na dispensa da outorga conjugal para os atos tratados pelo art. 1.647 do CC/2002, isso porque o dispositivo dispensa a vênia do cônjuge do regime da *separação absoluta*, o que leva em conta a comunicação ou não de bens. A problemática será a seguir analisada.

Pois bem, em 2016 surgiu outro debate interessante sobre a Súmula 377 do STF, qual seja a possibilidade ou não do seu afastamento por pacto antenupcial celebrado por cônjuges que sofrem a imposição do regime da separação obrigatória, na hipótese descrita no art. 1.641, II, do Código Civil (maior de setenta anos).

Em artigo publicado no Jornal *O Liberal*, de Belém do Pará, e replicado em

várias páginas da internet, o Professor Zeno Veloso trouxe tal indagação. O jurista assim relata o caso, com sua peculiar *leveza de pena*, sempre disposta a resolver os numerosos conflitos que lhe são levados a consulta em sua atividade profissional e acadêmica:

“Há cerca de um ano João Carlos e Matilde estão namorando. Ele é divorciado, ela é viúva. João fez 71 anos de idade e Matilde tem 60 anos. Resolveram casar-se e procuraram um cartório de registro civil para promover o processo de habilitação. Queriam que o regime de bens do casamento fosse o da separação convencional, pelo qual cada cônjuge é proprietário dos bens que estão no seu nome, tantos dos que já tenha adquirido antes como dos que vier a adquirir, a qualquer título, na constância da sociedade conjugal, não havendo, assim sendo, comunicação de bens com o outro cônjuge. Mas o funcionário do cartório explicou que, dado o fato de João Carlos ter mais de 70 anos, o regime do casamento tinha de ser o obrigatório, da separação de bens, conforme o art. 1.641, inciso II, do Código Civil. (...). Mas João Carlos é investidor, atua no mercado imobiliário, adquire bens imóveis, frequentemente, para revendê-los. E Matilde é corretora, de vez em quando compra um bem com a mesma finalidade. Seria um desastre econômico, para ambos, que os bens que fossem adquiridos por cada um depois de seu casamento se comunicassem, isto é, fossem de ambos os cônjuges, por força da Súmula 377/STF. No final das contas, o regime da separação obrigatória, temperado pela referida Súmula, funciona, na prática, como o regime da comunhão parcial de bens. Foi, então, que me procuraram, pedindo meu parecer” (VELOSO, Zeno.*Casal....* Disponível em <http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377-artigo-de-zeno-veloso>. Acesso em: 15 maio 2016).

Após tal exposição, o Mestre do Pará demonstra sua opinião, sustentando que é possível o afastamento da aplicação da sumular, por não ser o seu conteúdo de ordem pública, mas sim de matéria afeita à disponibilidade de direitos. E lança uma questão

de consulta: “mas há um grupo de jovens e competentes professores brasileiros, que integram a Confraria de Civilistas Contemporâneos, formada por mais de 30 mestres (Tartuce, Mário Delgado, Simão, Toscano, Catalan, Pablo Malheiros, Stolze, para citar alguns), a quem peço um parecer sobre o tema acima exposto. Afinal, podem ou não os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da Súmula 377?”.

A consulta foi respondida em nossa coluna de maio sobre o Direito de Família e Sucessões no informativo *Migalhas* (www.migalhas.com.br). Pela sua grande relevância prática, passou a compor a presente obra, a partir de sua edição de 2017.

Como um dos fundadores da citada *Confraria* – um grupo informal que pretende realizar encontros sociais e jurídicos de seus membros e convidados, especialmente para a congregação de vínculos de amizade e de afeto –, respondemos positivamente à dúvida, após ter consultado os amigos civilistas em nossa comunidade digital.

Em suma, estamos total e unanimemente filiados à opinião de Zeno Veloso, levando-se em conta a *opinium* daqueles que se manifestaram no nosso grupo. De início, sem dúvida, a Súmula 377 do STF – do remoto ano de 1964 – traz como conteúdo matéria de ordem privada, totalmente disponível e afastada por convenção das partes não só no casamento, como na união estável. Vale lembrar que, pelo teor da sua ementa, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Ainda no que diz respeito ao cerne da questão, além da clareza do argumento, no sentido de se tratar de matéria de ordem privada e, portanto, disponível, acrescente-se, como pontuou Mário Luiz Delgado em nossos debates, que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” (art. 1.639, *caput*, do Código Civil).

A única restrição de relevo a essa regra diz respeito às disposições absolutas de lei, consideradas regras cogentes, conforme consta do art. 1.655 da mesma codificação, o que conduziria à nulidade absoluta da previsão. A título de exemplo, se há cláusula no pacto que afaste a incidência do regime da separação obrigatória, essa será nula, pois o art. 1.641 do Código Privado é norma de ordem pública, indisponível, indeclinável pela autonomia privada. Todavia, não há qualquer

problema em afastar a Súmula 377 pela vontade das partes, o que, na verdade, ampliaria os efeitos do regime da separação obrigatória, passando esse a ser uma verdadeira *separação absoluta*, em que nada se comunica. Tal aspecto foi muito bem desenvolvido por José Fernando Simão também nos debates que travamos.

Em suma, respondemos ao Mestre Zeno Veloso que sim, podem os nubentes, atingidos pelo art. 1.641, inciso II, do Código Civil, afastar, por escritura pública, a incidência da Súmula 377. Acreditamos que tal afastamento constitui um correto exercício da autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial. Exatamente no mesmo sentido, na *VIII Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018, aprovou-se o Enunciado n. 634, prevendo que “é lícito aos que se enquadrem no rol de pessoas sujeitas ao regime da separação obrigatória de bens (art. 1.641 do Código Civil) estipular, por pacto antenupcial ou contrato de convivência, o regime da separação de bens, a fim de assegurar os efeitos de tal regime e afastar a incidência da Súmula 377 do STF”.

Como palavras finais sobre essa questão, destaque-se que, motivada por este debate, a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Pernambuco acabou por editar provimento admitindo o afastamento da Súmula 377 do STF por pacto antenupcial celebrado por cônjuges com idade superior a setenta anos (Provimento 08/2016). Nos seus termos,

“CONSIDERANDO que é possível, por convenção dos nubentes e em escritura pública, o afastamento da aplicação da Súmula 377 do STF, ‘por não ser o seu conteúdo de ordem pública, mas, sim, de matéria afeita à disponibilidade de direitos’ (ZENO VELOSO); CONSIDERANDO que enquanto a imposição do regime de separação obrigatória de bens, para os nubentes maiores de setenta anos, é norma de ordem pública (artigo 1.641, II, do Código Civil), não podendo ser afastada por pacto antenupcial que contravenha a disposição de lei (artigo 1.655 do Código Civil); poderão eles, todavia, por convenção, ampliar os efeitos do referido regime de separação

obrigatória, ‘passando esse a ser uma verdadeira separação absoluta, onde nada se comunica’ (JOSÉ FERNANDO SIMÃO); CONSIDERANDO podem os nubentes, atingidos pelo artigo 1.641, inciso II, do Código Civil afastar por escritura pública a incidência da Súmula 377 do STF, estipulando nesse ponto e na forma do que dispõe o artigo 1.639, *caput*, do Código Civil, quanto aos seus bens futuros o que melhor lhes aprouver (MÁRIO LUI DELGADO); CONSIDERANDO que o afastamento da Súmula 377 do ST ‘constitui um correto exercício de autonomia privada, admitido pelo nosso Direito, que conduz a um eficaz mecanismo de planejamento familiar, perfeitamente exercitável por força de ato público, no caso de um pacto antenupcial (artigo 1.653 do Código Civil)’; conforme a melhor doutrina pontificada por FLÁVIO TARTUCE)”.

Como se percebe, o provimento, de fato, foi influenciado pelo artigo publicado no informativo *Migalhas*.

Como conteúdo do provimento, passou-se a estabelecer que, “no regime de separação legal ou obrigatória de bens, na hipótese do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, deverá o oficial do registro civil cientificar os nubentes da possibilidade de afastamento da incidência da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, por meio de pacto antenupcial. Parágrafo único. O oficial do registro esclarecerá sobre os exatos limites dos efeitos do regime de separação obrigatória de bens, onde comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento”.

Sucessivamente, no mês de dezembro de 2017 e igualmente influenciada pelo nosso texto, surgiu decisão da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal Paulista com o mesmo entendimento, assim ementada: “nas hipóteses em que se impõe o regime de separação obrigatória de bens (art. 1.641 do CC), é dado aos nubentes, por pacto antenupcial, prever a incomunicabilidade absoluta dos aquestos, afastando a incidência da Súmula 377 do Excelso Pretório, desde que mantidas todas as demais regras do regime de separação obrigatória. Situação que não se confunde com a pactuação para alteração do regime de separação obrigatória, para o de separação

convencional de bens, que se mostra inadmissível”.

Espera-se, assim, que outros Estados sigam o mesmo exemplo de Pernambuco e São Paulo, possibilitando esse correto e preciso exercício da autonomia privada, afastando-se o teor da Súmula 377 do STF por iniciativa dos cônjuges ou companheiros.

Superados esses aspectos, os arts. 1.642 e 1.643 da atual codificação material preveem os atos que podem ser praticados por qualquer um dos cônjuges, não importando o regime de bens adotado. Em geral, esses atos são aqueles relacionados com a administração geral das economias domésticas e dos bens individuais ou do casal. Para fins de detalhamento, os atos são os seguintes:

- a) Praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as devidas exceções legais (art. 1.642, I, do CC). Vale o exemplo de Débora Brandão: “um dentista pode comprar ou vender seu gabinete odontológico, mas o imóvel em que ele está estabelecido somente poderá ser alienado com a anuência do outro cônjuge”, como regra geral (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús *Regime...*, 2007, p. 179).
- b) Administrar os bens próprios (art. 1.642, II, do CC).
- c) Desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial (art. 1.642, III, do CC). Apesar de a lei falar em *reivindicação*, o caso é de anulação do ato de alienação ou do gravame, estando a ação anulatória sujeita a prazo decadencial de dois anos, contados do término do casamento e da sociedade conjugal (art. 1.647 c/c o art. 1.649 do CC, c/c o art. 226, § 6.º, da CF, com a redação dada pela EC 66/2010).
- d) Demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação de aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incs. III e IV do art. 1.647, dispositivo que será estudado a seguir (art. 1.642, IV, do CC). Mais uma vez, apesar de a lei falar em *rescisão* (que gera a extinção por motivo posterior à celebração), o caso é de anulação da

fiança e do aval, o que gera a extinção dos mesmos por motivo anterior ou concomitante à celebração (art. 1.647 do CC) no prazo decadencial de dois anos, contados do fim do casamento e da sociedade conjugal (art. 1.649 do CC).

- e) Reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos por outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos. Por óbvio que esse dispositivo não deve ser aplicado havendo uma união estável entre o doador e o donatário. Consigne-se, por oportuno, que a atual codificação possibilita que o separado de fato constitua uma união estável com terceiro (art. 1.723, § 1.º, do CC). A previsão em comento (art. 1.642, V, do CC) complementa a norma do art. 550 do CC, que prevê a anulabilidade das doações feitas por um dos cônjuges ao concubino (ou “cúmplice”), havendo uma relação concomitante ao casamento. Na verdade, deve-se entender que a doação é anulável, pois o art. 550 é norma com maior especificidade. Como consta do Volume 3 desta coleção, ambos os dispositivos são condenáveis, pois parece que o legislador ignorou que o separado de fato pode ter uma união estável com esse “concubino” ou “cúmplice”. A crítica é também formulada por Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2005, p. 215). De todo modo, o único caso em que ambos os comandos legais serão aplicados é naquele em que o cônjuge é casado e não separado, mantendo uma relação paralela (concubinato – art. 1.727 do CC). O art. 1.642, V, do CC ainda apresenta um problema, pois acaba prevendo, de forma invertida, um prazo para a união de fato, o que não é recomendável. Acertadamente, o PL 699/2011 pretende suprimir o lapso temporal mencionado. A conclusão a que se chega é que se houver separação de fato, independentemente do lapso de separação, tal artigo não será aplicado, pois finda a comunhão plena de vidas e surgida, então, uma união estável, não há a possibilidade de reivindicação de bens.
- f) Praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente em lei (a

1.642, VI, do CC).

- g) Comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica (art. 1.643, I, CC).
- h) Obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir (art. 1.643, II, do CC).

Relativamente às últimas duas previsões (letras *g* e *h* – art. 1.643), ou seja, atos relacionados com as economias domésticas, dispõe o art. 1.644 da codificação que haverá solidariedade de ambos os cônjuges quanto a essas dívidas (solidariedade passiva legal). Em suma, ainda que apenas um dos cônjuges figure como devedor, ambos responderão solidariamente pelo adimplemento. Isso não inclui, por exemplo, dívidas pessoais de um dos cônjuges contraídas em seu único e exclusivo interesse.

A respeito dessa responsabilidade solidária pelas economias domésticas, a título de ilustração, recente julgado superior concluiu que a execução de título extrajudicial por inadimplemento de mensalidades escolares de filhos do casal pode ser redirecionada ao outro consorte, ainda que ele não esteja nominalmente previsto nos instrumentos negociais que deram origem à dívida. Como expressa o aresto, “nos arts. 1.643 e 1644 do Código Civil, o legislador reconheceu que, pelas obrigações contraídas para a manutenção da economia doméstica, e, assim, notadamente, em proveito da entidade familiar, o casal responderá solidariamente, podendo-se postular a excussão dos bens do legitimado ordinário e do coobrigado, extraordinariamente legitimado. Estão abrangidas na locução ‘economia doméstica’ as obrigações assumidas para a administração do lar e, pois, à satisfação das necessidades da família, no que se inserem as despesas educacionais” (STJ, REsp 1.472.316/SP, 3. Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 05.12.2017, *DJe* 18.12.2017).

Com relação às ações fundadas nos incs. III, IV e V do art. 1.642 do CC/2002 essas competem ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros (art. 1.645). No caso dos incs. III e IV do art. 1.642, o terceiro, prejudicado com a sentença favorável ao autor, terá direito regressivo contra o cônjuge, que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros (art. 1.646).

O dispositivo a seguir é um dos mais importantes da legislação em vigor,

merecendo transcrição destacada:

“Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I – alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II – pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III – prestar fiança ou aval;

IV – fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada”.

O comando legal transcrito traz hipóteses de *legitimação*, ou seja, de capacidade especial exigida para determinados atos e negócios jurídicos. Trata-se da exigência da outorga ou vênua conjugal, que pode ser assim classificada:

- *Outorga ou vênua uxória* – da mulher, da esposa (porque *uxor* em latim é esposa).
- *Outorga ou vênua marital* – do marido.

Uma primeira dúvida que pode surgir do dispositivo é se ele se aplica à união estável. A resposta não é simples e é grande a controvérsia em torno do tema, que será estudado de forma aprofundada no Capítulo 5 da presente obra. Entendemos que não se exige *outorga convivencial* para os atos que nele constam, pois a norma é restritiva e especial para o casamento, limitadora da autonomia privada, não admitindo aplicação por analogia para a união estável.

Adotando a premissa de não subsunção do art. 1.647 do Código Civil à união estável, vejamos recente aresto do Superior Tribunal de Justiça, relativo à fiança, assim publicado no seu *Informativo* n. 535, do ano de 2014:

“Direito civil. Inaplicabilidade da Súmula 332 do STJ à união estável. Ainda que a união estável esteja formalizada por meio de escritura pública, é

válida a fiança prestada por um dos conviventes sem a autorização do outro. Isso porque o entendimento de que a ‘fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia’ (Súmula 332 do STJ), conquanto seja aplicável ao casamento, não tem aplicabilidade em relação à união estável. De fato, o casamento representa, por um lado, uma entidade familiar protegida pela CF e, por outro lado, um ato jurídico formal e solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico. A união estável, por sua vez, embora também represente uma entidade familiar amparada pela CF – uma vez que não há, sob o atual regime constitucional, famílias estigmatizadas como de ‘segunda classe’ –, difere-se do casamento no tocante à concepção deste como um ato jurídico formal e solene. Aliás, nunca se afirmou a completa e inexorável coincidência entre os institutos da união estável e do casamento, mas apenas a inexistência de predileção constitucional ou de superioridade familiar do casamento em relação a outra espécie de entidade familiar. Sendo assim, apenas o casamento (e não a união estável) representa ato jurídico cartorário e solene que gera presunção de publicidade do estado civil dos contratantes, atributo que parece ser a forma de assegurar a terceiros interessados ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório etc. Nesse contexto, como a outorga uxória para a prestação de fiança demanda absoluta certeza por parte dos interessados quanto à disciplina dos bens vigente, e como essa segurança só é obtida por meio de ato solene e público (como no caso do casamento), deve-se concluir que o entendimento presente na Súmula 332 do STJ – segundo a qual a ‘fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia’ –, conquanto seja aplicável ao casamento, não tem aplicabilidade em relação à união estável. Além disso, essa conclusão não é afastada diante da celebração de escritura pública entre os consortes, haja vista que a escritura pública serve apenas como prova relativa de uma união fática, que não se sabe ao certo quando começa nem quando termina, não sendo ela própria o ato constitutivo da união estável. Ademais, por não alterar o estado civil dos conviventes, para que dele o

contratante tivesse conhecimento, ele teria que percorrer todos os cartórios de notas do Brasil, o que seria inviável e inexigível” (STJ, REsp 1.299.866/DF Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.02.2014).

Repise-se que o tema ainda será analisado em capítulo específico da obra, que trata da união estável, com aprofundamentos em relação ao fato de ter o Novo CPC equiparado a união estável ao casamento, para os fins processuais.

Outro ponto a ser comentado é o que consta do Enunciado n. 114 do CJF/STJ *in verbis*: “O aval não pode ser anulado por falta de vênica conjugal, de modo que o inc. III do art. 1.647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu”. O enunciado doutrinário sempre foi considerado *contra legem*, pois o art. 1.649 do CC/2002 consagra a anulação do ato correspondente. Entretanto, esse enunciado acabava consubstanciando o entendimento doutrinário majoritário, principalmente entre os autores de Direito Empresarial, uma vez que a anulação do aval feriria o princípio da ampla circulação dos títulos de crédito. Na jurisprudência, podem ser encontrados julgados que aplicam expressamente o seu teor, como os seguintes, de Santa Catarina e de Minas Gerais:

“Ação anulatória de ato jurídico. Nota promissória. Aval. Outorga uxória. Ausência. Artigo 1.647, III, do Código Civil. Nulidade da garantia. Não ocorrência. Ineficácia com relação à esposa do avalista. Proteção da meação. Verossimilhança ausente. Tutela antecipada. Não concessão. Interlocutória correta. Não provimento do agravo. ‘O aval não pode ser anulado por falta de vênica conjugal, de modo que o inc. III do art. 1647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu’ (Enunciado n.º 114, Jornada I, do Superior Tribunal de Justiça)” (TJSC, Agravo de instrumento 2008.043814-8, Rio do Oeste, 2.ª Câmara de Direito Comercial, Rel. Des. Jorge Henrique Schaefer Martins, DJSC 29.09.2009, p. 98).

“Apelação cível. Embargos à execução – nota promissória. Aval. Outorga uxória. Art. 1.647, III, CC/02. Interpretação. Certeza, liquidez e exigibilidade

não descaracterizadas. Improcedência dos embargos. Decisão que se mantém. A melhor exegese do disposto no art. 1647, III, do CC/02 é, segundo o que restou assentado na Jornada STJ 114, que: ‘o aval não pode ser anulado por falta de vênua conjugal, de modo que o inc. III, do art. 1647 apenas caracteriza a inoponibilidade do título ao cônjuge que não assentiu’. Estando a cambial revestida de seus requisitos legais, impõe-se a improcedência dos embargos à execução”. (TJMG, Apelação cível 1.0134.07.084648-7/0011, Caratinga, 11.ª Câmara Cível, Rel. Des. Selma Marques, j. 21.01.2009, *DJEMG* 13.02.2009).

Todavia, em sentido contrário, fazendo incidir a literalidade do art. 1.649 do atual Código Civil, concluindo pela anulação do aval:

“Aval. Ausência de outorga uxória. Desconto de valores de conta-corrente conjunta por dívida contraída somente pelo marido. Arts. 1.647, inciso III, e 1.649 do Novo Código Civil. Anulabilidade. Observação de que, nos demais contratos, o marido da autora é devedor solidário. Majoração da condenação por danos morais. Afastamento da condenação por danos materiais. Recursos parcialmente providos” (TJSP, Apelação 7024903-5, Acórdão 3173435, São Paulo, 20.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luis Carlos de Barros, j. 04.08.2008, *DJESP* 27.08.2008).

Justamente diante dessa polêmica, o PL 7.312/2002 pretendia suprimir a menção ao aval no comando legal. Isso porque, em razão dos princípios de direito cambiário, o aval é aposto em títulos de crédito que normalmente circulam desacompanhados de quaisquer outros documentos que identifiquem o avalista e o seu correspondente estado civil. Anote-se que o referido projeto legislativo encontra-se arquivado nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Ademais, anote-se que a regra relativa ao aval não existia no sistema anterior, razão pela qual não se aplica aos atos praticados na vigência da codificação de 1916. Concluindo, desse modo, com precisão:

“Aval. Nota promissória vinculada a contrato bancário. Alegação, apenas

em sede de apelação, de falta da outorga uxória. Título emitido na vigência do CC/16. Ausência de previsão legal exigindo outorga conjugal para prestação do aval. Art. 235, III, do CC/16 que só prevê a exigência para fiança Hipótese, ademais, em que não poderia o próprio avalista alegar tal vício. Impossibilidade. Incidência do princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Recurso nesta parte improvido. (...)” (TJSP, Apelação 1068749-3, Acórdão 4037809, Capivari, 23.^a Câmara de Direito Privado Rel. Des. J. B. Franco de Godoi, j. 26.08.2009, *DJESP* 01.10.2009).

Entre 2016 e 2017, o Superior Tribunal de Justiça restringiu consideravelmente a aplicação do art. 1.647, inc. III, do Código Civil, somente para *ostítulos de crédito atípicos* ou *inominados*, aqueles não regulados em lei específica. Aplicou-se, na essência, o teor do art. 903 da própria codificação privada, segundo o qual, “salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código”. Foram excluídos, entre outros, o cheque, a duplicata e a letra de câmbio, principais títulos de crédito existentes no Direito brasileiro. De acordo com o primeiro aresto, do final de 2016 e da Quarta Turma da Corte:

“É imprescindível proceder-se à interpretação sistemática para a correta compreensão do art. 1.647, III, do CC/2002, de modo a harmonizar os dispositivos do Diploma civilista. Nesse passo, coerente com o espírito do Código Civil, em se tratando da disciplina dos títulos de crédito, o art. 903 estabelece que, ‘salvo disposição diversa em lei especial, regem-se os títulos de crédito pelo disposto neste Código’. No tocante aos títulos de crédito nominados, o Código Civil deve ter uma aplicação apenas subsidiária, respeitando-se as disposições especiais, pois o objetivo básico da regulamentação dos títulos de crédito, no novel Diploma civilista, foi permitir a criação dos denominados títulos atípicos ou uninominados, com a preocupação constante de diferenciar os títulos atípicos dos títulos de crédito tradicionais, dando aos primeiros menos vantagens. A necessidade de outorga conjugal para o aval em títulos uninominados – de livre criação – tem razão de ser no fato

de que alguns deles não asseguram nem mesmo direitos creditícios, a par de que a possibilidade de circulação é, evidentemente, deveras mitigada. A negociabilidade dos títulos de crédito é decorrência do regime jurídico-cambial, que estabelece regras que dão à pessoa para quem o crédito é transferido maiores garantias do que as do regime civil” (STJ, REsp 1.633.399/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2016, *DJe* 01.12.2016).

Em 2017, surgiu acórdão da Terceira Turma da Corte, seguindo a mesma linha do seu antecessor, o que parece representar uma pacificação sobre o tema no Tribunal da Cidadania. Vejamos trecho principal da sua ementa:

“O Código Civil de 2002 estatuiu, em seu art. 1.647, inciso III, como requisito de validade da fiança e do aval, institutos bastante diversos, em que pese ontologicamente constituam garantias pessoais, o consentimento por parte do cônjuge do garantidor. Essa norma exige uma interpretação razoável sob pena de descaracterização do aval como típico instituto cambiário. A interpretação mais adequada com o referido instituto cambiário, voltado a fomentar a garantia do pagamento dos títulos de crédito, à segurança do comércio jurídico e, assim, ao fomento da circulação de riquezas, é no sentido de limitar a incidência da regra do art. 1.647, inciso III, do CCB aos avais prestados aos títulos inominados regidos pelo Código Civil, excluindo-se os títulos nominados regidos por leis especiais. Precedente específico da Colenda 4.^a Turma. Alteração do entendimento deste relator e desta Terceira Turma” (STJ, REsp 1.526.560/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16.03.2017, *DJe* 16.05.2017).

Em resumo, a incidência do inciso III do art. 1.647 do Código Civil ficou bem restrita, tendo sido retirada grande parte do seu campo de subsunção.

Voltando ao âmago do art. 1.647 do CC, a lei exige, em regra e sendo casado o negociante, a outorga do seu cônjuge para a prática desses citados atos. Mas o *caput*

do dispositivo excepciona um regime, o da *separação absoluta*. A dúvida que surge é: que regime de bens seria esse? Afinal de contas, ao tratar do regime da separação total de bens, a lei o faz em duas formas: separação obrigatória ou legal e separação convencional – quando celebrado por pacto antenupcial –, não havendo qualquer menção quanto a essa *separação absoluta*.

Na verdade, a discussão sobre qual o regime mencionado no art. 1.647, *caput*, gira, mais uma vez, em torno da antiga Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, que tem a seguinte redação: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento”.

A Súmula 377, vale reafirmar, criou a meação dos aquestos (bens onerosamente adquiridos pelo esforço comum, na interpretação que ora prevalece), o que retira o caráter de separação absoluta da separação obrigatória. Assim, necessária a outorga conjugal para as pessoas casadas pelo regime da separação obrigatória.

Repise-se que a questão diz respeito à aplicação da Súmula 377 do STF. Se a resposta for positiva, a separação obrigatória não é absoluta nos dias de hoje e a outorga é imprescindível, sob pena de anulabilidade do ato. Se a resposta for negativa, a súmula deixou de produzir efeitos e a separação obrigatória é também uma separação absoluta atualmente, o que dispensaria a vênua conjugal nas hipóteses do art. 1.647.

Como exemplo da controvérsia, mencionem-se as lições de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery nos seguintes termos: “quando a doutrina se refere ao regime da separação absoluta de bens, em regra, quer referir-se ao que foi assim firmado contratualmente, por meio de pacto antenupcial. A utilização dessa terminologia, consagrada pela doutrina no texto do CC 1.647, *caput in fine*, autoriza o intérprete a dizer que, em caso de o casamento ter sido celebrado sob o regime da separação obrigatória de bens, não incide a exceção à regra. No regime da separação obrigatória de bens exige-se a autorização do outro cônjuge para a realização dos atos elencados nos incisos que se lhe seguem” (*Código Civil...*, 2003, p. 737). Essa é a mesma conclusão do jurista paraibano e diretor do IBDFAM Rodrigo Toscano de Brito (*Compromisso...*, 2004, p. 334).

Seguindo essa última corrente, vejamos interessante acórdão superior, publicado no *Informativo* n. 420 do STJ:

“Aval. Outorga. Separação obrigatória. Bens. Segundo a exegese do art. 1.647, III, do CC/2002, é necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens. Essa exigência de outorga conjugal para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica, tal como a prestação de aval ou a alienação de imóveis, decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges um meio de controlar a gestão patrimonial; pois, na eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes podem ter interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Anote-se que, na separação convencional de bens, há implícita outorga prévia entre os cônjuges para livremente dispor de seus bens, o que não se verifica na separação obrigatória, regime patrimonial decorrente de expressa imposição do legislador. Assim, ao excepcionar a necessidade de autorização conjugal para o aval, o art. 1.647 do CC/2002, mediante a expressão ‘separação absoluta’, refere-se exclusivamente ao regime de separação convencional de bens e não ao da separação legal. A Súmula n.º 377-STF afirma haver interesse dos consortes pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento sob o regime de separação legal, suficiente razão a garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos previstos no art. 1.647 do CC/2002. Com esse entendimento, a Turma, ao prosseguir o julgamento, deu provimento ao especial para declarar a nulidade do aval prestado pelo marido sem autorização da esposa, ora recorrente” (STJ, REsp 1.163.074-PB, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 15.12.2009).

Esclarecidos esses pontos, verifica-se que a falta dessa outorga conjugal pode ser suprida pelo juiz, se um dos cônjuges a denegar sem que haja “motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la” (art. 1.648 do CC). A expressão *motivo justo* é mais uma cláusula geral, a ser preenchida pelo juiz caso a caso. Como hipótese de

impossibilidade para a concessão da outorga, exemplifica-se com o caso de um cônjuge que está em local incerto e não sabido, havendo a possibilidade do suprimimento judicial da sua vontade.

Ainda ilustrando, há a situação na qual os cônjuges estão separados de fato há muitos anos e um deles, por mero capricho, se nega a anuir com o ato. Nessa esteira do Tribunal do Distrito Federal: “O suprimimento da outorga somente é possível em caso de injustificada recusa, nos termos do art. 1.648 do Código Civil. Havendo animosidade entre os coproprietários, a solução é a extinção judicial do condomínio, se o caso, com a adjudicação da coisa a um dos comunheiros ou a venda do bem para repartição do preço” (TJDF, Recurso 2011.01.1.210828-3, Acórdão 619.580, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Rômulo de Araújo Mendes, *DJDFTE* 17.10.2012, p. 139).

No revogado Código Civil, dúvida havia se o ato praticado sem a outorga seria nulo ou anulável. Isso porque o art. 252 daquele diploma dispunha: “A falta não suprida pelo juiz, de autorização do marido, quando necessária (art. 242), invalidará o ato da mulher; podendo esta nulidade ser alegada pelo outro cônjuge, até 2 (dois) anos depois de terminada a sociedade conjugal.”. Note-se que a lei usava o termo “nulidade” a indicar que se tratava de nulidade absoluta, apesar de trazer um prazo decadencial próprio da nulidade relativa. Assim firmava-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito civil. Processual civil. Recurso especial. Locação. Nulidade. Precedentes. Recurso especial conhecido e improvido. 3. É nula a fiança prestada sem a anuência do cônjuge do fiador. Precedentes. 4. Tendo o arresto sido invalidado em decorrência da decretação da nulidade da fiança prestada sem a anuência da esposa do fiador, torna-se irrelevante se perquirir se houve a comprovação de que o imóvel penhorado seria ou não bem de família. 5. Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, REsp 797.853/SP, 5.ª Turma Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 27.03.2008, *DJ* 28.04.2008, p. 1).

“Fiança. Falta de outorga uxória. Nulidade que alcança, inclusive, a meação marital. Precedentes da Corte. I – A fiança prestada sem outorga

uxória é nula de pleno direito, alcançando todo o ato, inclusive a meação marital. II – O artigo 263, X, do Código Civil, que também fundamentou a decisão recorrida, ao excluir da comunhão a fiança prestada pelo marido, não contradiz a norma do artigo 235, III, do mesmo Código, cuja interpretação conjugada com o disposto no artigo 239, leva à seguinte conclusão: o marido está proibido de prestar fiança, sem o consentimento da mulher; se o fizer, a mulher pode pleitear a anulação do ato, ainda na constância da sociedade conjugal, com ineficácia total do ato; se a anulação é requerida depois de extinta a sociedade, só a meação da mulher fica protegida. III – Precedentes da Corte. IV – Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 113.317/ MS 3.^a Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 03.12.1998, DJ 26.04.1999, p. 89).

“Processual civil. Locação. Execução. Julgamento *extra petita*. Inocorrência. Fiança. Nulidade. Ausência de outorga uxória. (...). A fiança prestada pelo marido sem outorga uxória é nula de pleno direito, alcançando inclusive a meação marital. Precedentes desta Corte. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, provido” (STJ, REsp 202.550/SP 6.^a Turma, Rel. Min. Vicente Leal, j. 06.09.2001, DJ 1.^o.10.2001, p. 255).

O art. 1.649 do CC/2002 consagra a consequência para a prática de um dos atos previstos no art. 1.647 sem a devida outorga conjugal. Pela atual codificação, encerrando qualquer dúvida existente, tais atos são anuláveis, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação até dois anos depois de terminados o casamento e a sociedade conjugal (art. 1.649 do CC). No máximo admite-se a propositura de demanda por herdeiro interessado no ato, aplicando-se o mesmo prazo decadencial em questão (art. 1.650 do CC). O prazo do herdeiro será contado da morte do sucedido, sendo certo que o seu falecimento também põe fim à sociedade conjugal e ao casamento (art. 1.571 do CC). Nesse sentido, julgado publicado no *Informativo* n. 581 do Tribunal da Cidadania, de 2016, com o seguinte resumo relativo a caso de fiança: “o prazo decadencial para herdeiro do cônjuge prejudicado pleitear a anulação da fiança firmada sem a devida outorga conjugal é de dois anos, contado a

partir do falecimento do consorte que não concordou com a referida garantia” (STJ, REsp 1.273.639/SP, Rel. Luis Felipe Salomão, j. 10.03.2016, *DJe* 18.04.2016). Repita-se que o prazo tem natureza decadencial, pois a ação anulatória é constitutiva negativa.

Diante da alteração da lei, não pode ser mantida a anterior interpretação jurisprudencial. Os atos praticados sem outorga na vigência do Código Civil de 2002 são anuláveis e não nulos, aplicando-se, então, a lei vigente no momento de sua celebração. Quanto aos atos praticados na vigência do Código Civil de 1916, como a questão envolve o plano da validade, serão nulos, subsumindo-se a norma anterior. Eis aqui mais um exemplo de aplicação da *Escada Ponteara* e do art. 2.035 do CC. Relembre-se que a outorga conjugal é hipótese de legitimação, de uma capacidade especial, que se enquadra no segundo degrau da *Escada*.

Seguindo em parte tais premissas, vale citar a Súmula 322 do STJ, segundo a qual a fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia. Na leitura deste autor, a sumular cita a *ineficácia* levando em conta que o momento da pactuação da fiança sem outorga pode gerar a nulidade absoluta ou relativa do ato.

Havendo aprovação do ato por parte do cônjuge, desde que feita por instrumento público, ou particular autenticado, o cônjuge não poderá promover a referida ação anulatória (art. 1.649, parágrafo único, do CC). E se assim o faz, não poderá voltar atrás, promovendo a demanda, aplicando-se a máxima que veda o comportamento contraditório, e que mantém relação com o princípio da boa-fé objetiva (*venire contra factum proprium non potest*). A jurisprudência do STJ aplicou a ideia em notório julgado, prolatado na vigência do Código Civil de 1916:

“Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. ‘*Venire contra factum proprium*’. Boa-fé. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os

promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. Recurso conhecido e provido' (STJ, REsp 95.539/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j 03.09.1996, *DJ* 14.10.1996, p. 39.015).

Ademais, igualmente aplicando a máxima que veda o comportamento contraditório, a ação anulatória não poderá ser proposta pelo próprio cônjuge que realizou o negócio sem a devida outorga. Assim, “no caso dos autos, todavia, a falta da vênua conjugal foi arguida tão somente pelo cônjuge que prestou a fiança sem a autorização de sua esposa. Nesse caso, é de se aplicar a orientação desta Corte no sentido de não conferir, ao cônjuge que concedeu a referida garantia fidejussória sem a outorga uxória, legitimidade para arguir a sua invalidade, permitindo apenas ao outro cônjuge que a suscite, nos termos do art. 1.650 do atual Código Civil” (STJ REsp 832.669/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j 17.05.2007, *DJ* 04.06.2007, p. 437).

Em relação à administração dos bens do casamento, quando um dos cônjuges não puder exercê-la, segundo o regime de bens adotado, caberá ao outro: *a)* gerir os bens comuns e os do consorte; *b)* alienar os bens móveis comuns; *c)* alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial. Essa é a regra do art. 1.651 do Código, completada pelo dispositivo seguinte, que visa a proteger os bens do casamento:

“Art. 1.652. O cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro, será para com este e seus herdeiros responsável:

I – como usufrutuário, se o rendimento for comum;

II – como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar;

III – como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador”.

Esse último comando legal, como se pode perceber, traz a responsabilidade de

cada cônjuge na administração de bens do casal, respondendo esse tanto em relação ao outro quanto aos seus herdeiros, que eventualmente possam vir a ser prejudicados. Vejamos três casos envolvendo o dispositivo em questão:

I – Se um cônjuge estiver recebendo aluguéis de um imóvel comum, será tratado como um usufrutuário em relação a tais bens. O usufruto, direito real de gozo ou fruição, está previsto nos arts. 1.390 a 1.411 da atual codificação, tema aprofundado no Volume 4 da presente coleção.

II – Se um cônjuge estiver administrando bens móveis do casal, havendo uma autorização tácita, será tratado como mandatário (arts. 653 a 692 do CC).

III – Se um dos cônjuges estiver guardando um bem móvel do casal, será considerado depositário, estando sujeito às normas previstas nos arts. 627 a 652 da atual codificação material.

Por fim, ainda no que concerne à administração de bens, a Lei 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*), que tem por objetivo coibir a violência doméstica, traz um dispositivo que visa à proteção patrimonial no interesse do cônjuge, sendo interessante transcrevê-lo de forma integral: “Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I – restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II – proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III – suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV – prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo”.

Superada a análise das regras gerais quanto ao regime de bens, passa-se ao estudo do pacto antenupcial.

3.3 PACTO ANTENUPCIAL. CONCEITO E REGRAS

A primeira questão que surge a respeito do pacto antenupcial refere-se ao seu conceito e natureza jurídica.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo: “O pacto antenupcial é o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial” (*Código Civil...*, 2003, p. 270). Segundo Débora Gozzo, trata-se de um *negócio jurídico de Direito de Família*, com claros interesses patrimoniais e precisas limitações constantes na legislação. Como características desse negócio, aponta a última autora citada: *a) pessoalismo*, pois somente pode ter os cônjuges como partes; *b) formalismo*, diante da necessidade de escritura pública como requisito formal; *c) nominalismo*, eis que previsto em lei; *d) legalidade*, diante da previsão legal de suas regras fundamentais (GOZZO, Débora. *Pacto...*, 1992, p. 34-35).

Justamente diante desse interesse patrimonial é que se pode afirmar que o pacto antenupcial tem natureza contratual. Como leciona Rolf Madaleno, “no pacto antenupcial o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia da vontade, podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam deva dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família, cujos preceitos são compostos de normas cogentes e, ‘portanto, insuscetíveis de serem derogadas pelas convenção entre os particulares’” (MADALENO, Rolf *Curso...*, 2008, p. 528). O Código Civil de 2002 traz regras específicas quanto ao referido pacto, que merecem ser estudadas de forma detalhada.

A primeira delas é o art. 1.653, segundo o qual o pacto antenupcial deve ser feito por escritura pública no Cartório de Notas, sendo nulo se assim não o for e ineficaz se não ocorrer o casamento. De acordo com o dispositivo legal, há uma formalidade exigida como requisito de validade desse negócio jurídico. Como se pode perceber, o pacto antenupcial do qual não seguir o casamento, pode até ser válido, mas não gerará efeitos práticos (ineficaz), pois o casamento não foi celebrado. Trata-se de negócio celebrado sob condição suspensiva, uma vez que só começa a produzir efeitos com o casamento.

Dúvida resta para a hipótese de elaboração de um pacto antenupcial por

escritura pública, não seguido pelo casamento. Ora, passando os envolvidos a viver em união estável, é forçoso admitir que o ato celebrado seja aproveitado na sua eficácia como contrato de convivência, como querem Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (*Curso...*, 2012, v. 6, p. 369). Os autores citam julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nesse sentido, mencionando o respeito à autonomia privada. Mencionam também como fundamento o art. 170 do Código Civil, que trata da conversão substancial do negócio jurídico nulo, estabelecendo que, “se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”. Pelo teor do comando, um negócio nulo pode ser convertido em outro, se as partes quiserem tal conversão – de forma expressa ou implícita – e se o negócio nulo tiver os requisitos mínimos de validade desse outro negócio, para o qual será transformado.

Apesar de estar filiado a tal entendimento, faço apenas uma pequena ressalva, no sentido de que a situação não é propriamente de conversão de um negócio nulo, mas de conversão do negócio ineficaz ou *pós-eficacização*, conforme premissas desenvolvidas por Pontes de Miranda. Trata-se de hipótese em que determinado negócio jurídico não produz efeitos em um primeiro momento, mas tem a eficácia reconhecida pela situação concreta posterior que, aqui, é a convivência entre os envolvidos. Em reforço, serve como alento o *princípio da conservação do negócio jurídico*, que tem relação direta com a função social do contrato, como consta do Enunciado n. 22 do CJP/STJ, da *I Jornada de Direito Civil*.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, existem acórdãos na mesma linha. De início, destaque-se o julgamento prolatado no Recurso Especial 1.483.863/SP, pela Quarta Turma, tendo como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, em 10 de maio de 2016 e publicado em 22 de junho do mesmo ano. Como consta de seu resumo sobre a pactuação patrimonial existente na união estável, “o contrato pode ser celebrado a qualquer momento da união estável, tendo como único requisito a forma escrita. Assim, o pacto antenupcial prévio ao segundo casamento, adotando o regime da separação total de bens ainda durante a convivência em união estável, possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação patrimonial

entre os conviventes, uma vez que não houve estipulação diversa”. A clareza da premissa, seguida por este autor, é retirada do voto da Ministra Relatora, com destaque especial:

“No caso em exame, o pacto antenupcial, a par de estabelecer o regime da separação de bens, dispôs, expressamente, acerca da incomunicabilidade ‘dos bens que cada cônjuge possuir ao casar e os que lhe sobrevierem na constância do casamento (...)’.

Ao se referir aos bens possuídos por cada cônjuge na data do futuro casamento, o pacto claramente dispôs sobre a não comunicação dos bens adquiridos ao longo da união que sucedeu ao primeiro casamento, este já formalmente encerrado com a respectiva partilha de bens conforme consta do acórdão recorrido (e-STJ fl. 1285).

Assim, ao meu sentir, o pacto antenupcial, estabelecendo a livre vontade dos então conviventes e futuros cônjuges de se relacionarem sob o regime da separação total de bens, embora somente tenha vigorado com a qualidade de pacto antenupcial a partir da data do casamento (7.7.2004), já atendia, desde a data de sua celebração (16.4.2003), ao único requisito legal para disciplinar validamente a relação patrimonial entre os conviventes de forma diversa da comunhão parcial, pois é um contrato escrito, feito sob a forma solene, e mais de segura, da escritura pública.

Dessa forma, a celebração de pacto antenupcial em 16.4.2003, ocasião em que foi adotado o regime de separação de bens ainda durante o período de convivência em união estável, e não tendo havido ressalva alguma acerca do início de sua vigência, faz imperioso concluir pelo acerto do acórdão recorrido ao decidir que o referido pacto possui o efeito imediato de regular os atos a ele posteriores havidos na relação informal entre os conviventes e, portanto, deve reger a união estável a partir dessa data.

Registro que o acórdão recorrido em nada diverge do acórdão no REsp 680.738-BA, da relatoria do Ministro Jorge Scartezini, apontado como paradigma. Neste, cuidava-se de união estável de 40 anos de duração, à qual

seguiu-se casamento sob o regime da separação convencional de bens. Entendeu-se que o regime do casamento não se sobreporia à situação fática em que havia patrimônio formado com esforço comum ao longo de décadas, tendo sido consignado que ‘no momento do casamento não havia como se diferenciar os bens individualmente de cada consorte, o que, aliás, não ocorreu no momento do referido pacto’. Recusou-se, portanto, a pretendida retroatividade do pacto antenupcial para reger os bens adquiridos pelos conviventes nas décadas anteriores. No presente caso, não determinou o acórdão recorrido a retroatividade do pacto antenupcial, mas a sua incidência imediata, a partir do dia em que celebrado por escritura pública, assegurando-se a meação da recorrente quanto aos bens adquiridos durante a união estável em data anterior ao pacto” (STJ, REsp 1.483.863/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabe Gallotti, j. 10.05.2016, *DJe* 22.06.2016).

Mais recentemente, da mesma Corte merece citação outro julgamento, do ano de 2018, que admitiu que um pacto antenupcial gerasse efeitos como contrato de convivência, prevalecendo o regime escolhido pelas partes no primeiro. Como se retira de sua ementa, “segundo disposição contida no art. 5.º da Lei 9.278/96 e no art. 1.725 do CC/2002, aplica-se à união estável o regime da comunhão parcial de bens, sendo possível, no entanto, disposição dos conviventes em sentido contrário, cujo único requisito exigido é a forma escrita. O eg. Tribunal de origem concluiu que o pacto antenupcial firmado entre os conviventes, além de dispor sobre a escolha do regime da separação total de bens, tratou sobre regras patrimoniais atinentes à própria união estável, extremando o acervo patrimonial de cada um e consignando a ausência de interesse na constituição de esforço comum para formação de patrimônio em nome do casal. Independentemente do *nomen iuris* atribuído ao negócio jurídico, as disposições estabelecidas pelos conviventes visando disciplinar o regime de bens da união estável, ainda que contidas em pacto antenupcial, devem ser observadas, especialmente porque atendida a forma escrita, o único requisito exigido. Precedente do STJ” (STJ, Ag. Int. no REsp 1.590.811/ RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Lázari Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5.^a Região), j. 27.02.2018, *DJe*

02.03.2018). Como se pode notar, foi utilizado o argumento suplementar da falta de solenidades para o contrato de convivência.

Por derradeiro, exatamente na mesma linha, e trazendo repercussões para o Direito das Sucessões, outro *decisum* da mesma Quarta Turma do Tribunal da Cidadania, com o seguinte trecho de destaque e menção ao primeiro dos precedentes: “na hipótese, há peculiaridade aventada por um dos filhos, qual seja, a existência de um pacto antenupcial – em que se estipulou o regime da separação total de bens – que era voltado ao futuro casamento dos companheiros, mas que acabou por não se concretizar. Assim, a partir da celebração do pacto antenupcial, em 4 de março de 1997 (fl. 910), a união estável deverá ser regida pelo regime da separação convencional de bens. Precedente: REsp 1.483.863/SP” (STJ, Ag. Int. no REs 1.318.249/GO, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.05.2018, *DJe* 04.06.2018). A tendência, portanto, é que tal entendimento, de preservação da autonomia privada, consolide-se na jurisprudência superior, influenciando os Tribunais Estaduais.

Quanto ao pacto antenupcial celebrado por menor, a sua eficácia fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses do regime de separação obrigatória de bens (art. 1.654 do CC). Em relação à parte final do artigo, que trata dos menores de 16 anos, havendo recusa dos representantes para o casamento suprida por decisão judicial, não há que se celebrar pacto antenupcial, pois o regime de bens será o da separação obrigatória, conforme prevê o art. 1.641, III, da atual codificação. Celebrado o pacto no último caso, este será nulo por infringir a ordem pública.

Esclarecendo, o art. 1.654 do CC/2002 será aplicado aos menores entre 16 e 18 anos, havendo autorização dos representantes para o casamento e não a necessidade de suprimento judicial. Além dessa autorização para o casamento, é imprescindível a assistência para celebrar o pacto, sob pena de sua anulabilidade. A eficácia do pacto não atinge a validade do casamento, eis que a questão envolve *degraus* diversos da *Escada Ponteara*.

Ainda no que tange ao art. 1.654 da atual codificação substantiva, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado esclarecem que a outorga do consentimento

pelo representante legal do menor para o casamento não se confunde com a assistência para o pacto antenupcial, sendo dois atos distintos. Dessa forma, para os doutrinadores: “A simples presença do representante, assinalada no instrumento, não quer significar sua anuência às disposições ali incluídas, cuja leitura no ato da assinatura do pacto antenupcial deve ser mencionada, para os fins de tornar evidenciada a concordância. A questão está a exigir posicionamento provimental das Corregedorias-Gerais de Justiça, com caráter orientador dos notários. Entenda-se afinal, que a representação legal, em regra, é exercida por ambos os pais, cabendo a estes, portanto, expressar a concordância com os termos da convenção” (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil...*, 2005, p. 846).

De acordo com o art. 1.655 do CC/2002, é nula a convenção ou cláusula que constar no pacto que entre em conflito com disposição absoluta de lei. Por essa última pode-se entender *norma de ordem pública*. Esse é o comando legal que limita a autonomia privada do pacto, reconhecendo a *função social do pacto antenupcial*. Isso porque pode ser traçado um paralelo entre esse dispositivo e o art. 421 do CC que limita a autonomia contratual para os contratos em geral. Portanto, a eficácia social da primeira norma é indiscutível. Concluindo pela aplicação da função social e da boa-fé objetiva ao pacto antenupcial, é interessante transcrever excepcional ementa do Tribunal Paulista:

“Ação anulatória. Tutela antecipada que suspendeu os efeitos do pacto antenupcial firmado entre as partes. Manutenção. Como qualquer negócio jurídico, está sujeito a requisitos de validade e deve ser iluminado e controlado pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social. Não se alega coação e nem vício de consentimento, mas nulidade por violação a princípios cogentes que regem os contratos. Pressupõe o regime da comunhão universal de bens a comunhão de vidas, a justificar a construção de patrimônio comum, afora as exceções legais. O litígio entre o casal, que desbordou para os autos do inventário da genitora da autora, e a significativa mutação patrimonial fundada em casamento de curtíssima duração, autorizam a suspensão dos efeitos do pacto antenupcial. Não há como nesta sede acatar os

argumentos do recorrente acerca de violação a direito adquirido, ou a exercício regular de direito, pois o que por ora se discute é a validade do negócio nupcial, e sua aptidão a gerar efeitos patrimoniais. Decisão mantida. Recurso não provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 569.461.4/8, Acórdão 2706323, São Paulo, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Eduardo Loureiro, j. 10.07.2008, *DJESP* 29.07.2008).

A título de exemplo de incidência do art. 1.655 do CC, serão nulas as seguintes cláusulas constantes do pacto antenupcial, por violarem preceitos absolutos de lei, ou seja, normas de ordem pública:

- Previsão contratual que estabelece que o marido, nos regimes da comunhão universal ou parcial de bens, possa vender imóvel sem outorga conjugal, afastando o art. 1.647, I, do CC.
- Cláusula que determina a administração dos bens de forma exclusiva pelo marido, pois a mulher é incompetente para tanto, afastando a isonomia constitucional.
- Cláusula que estabeleça a renúncia prévia aos alimentos, infringindo a regra do art. 1.707 do CC.
- Cláusula que regulamenta previamente as regras referentes à guarda dos filhos, para o caso de divórcio do casal.
- Cláusula que afaste o regime da separação obrigatória de bens nas hipóteses descritas pelo art. 1.641 do CC (TJMG, Apelação Cível 0095286-21.2008.8.13.0023, Alvinópolis, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Manoel Bravo Saramago, j. 16.06.2011, *DJEMG* 11.07.2011; e TJRJ, Apelação Cível 9014/2004, Rio de Janeiro, 3.^a Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte, j. 26.10.2004).
- Cláusula que estabelece regras sucessórias no pacto antenupcial, criando um regime denominado de “separação total de bens, com efeitos sucessórios” (TJMT, Apelação 15809/2016, Capital, Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias, j. 21.06.2016, *DJMT* 24.06.2016, p. 82).

- Cláusula que exclui expressamente o direito sucessório do cônjuge sobrevivente, afastando as regras da sucessão legítima (ver: STJ, REsp 954.567/PE, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 10.05.2011, *DJE* 18.05.2011). Anote-se que a própria codificação veda a renúncia a direitos da personalidade (art. 11 do CC/2002), o que igualmente se aplica à autonomia privada do casamento. Entretanto, é fundamental deixar claro que eventual nulidade de cláusula do pacto antenupcial não pode prejudicar o restante do ato, o que é a aplicação do princípio da *conservação dos negócios jurídicos*, que visa à manutenção da autonomia privada, também em sede de casamento. Assim, a parte útil não fica viciada pela inútil, aplicando-se a máxima *utile per inutile non vitiatur* (art. 184 do CC).

Esclareça-se que não há qualquer óbice jurídico para que o pacto antenupcial tenha por objeto um conteúdo existencial, como regras relativas à boa convivência do casal. Nessa linha, o teor do Enunciado n. 635, da *VIII Jornada de Direito Civil*, realizada em abril de 2018. Nos seus termos, que contou com o nosso apoio, “o pacto antenupcial e o contrato de convivência podem conter cláusulas existenciais, desde que estas não violem os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os cônjuges e da solidariedade familiar”.

No que concerne ao pacto antenupcial que adotar o regime da participação final dos aquestos, é possível convencionar a livre disposição dos bens imóveis desde que particulares (art. 1.656 do CC). Isso porque, conforme será estudado, durante o casamento celebrado por esse regime, há uma separação de bens. O dispositivo em questão relativiza a regra do art. 1.647, inciso I, do CC, dispensando a outorga conjugal em casos tais se as partes assim convencionarem. Essa relativização é possível, pois a própria lei a permite. Contudo, só será válida a dispensa para a alienação de imóveis. A título de exemplo, se convencionarem os cônjuges que a fiança poderá ser prestada independentemente da concordância do outro cônjuge, a cláusula será nula, pelo que estabelece o art. 1.655 do CC.

Por fim, para que tenha efeitos *erga omnes*, ou seja, contra terceiros, os pactos

antenupciais deverão ser averbados em livro especial pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. Essa regra, constante do art. 1.657, tende à proteção dos direitos de terceiros e apenas se refere aos bens imóveis do casal. Vale dizer que a eficácia em face de terceiros do regime de bens em relação aos bens móveis decorre simplesmente do pacto antenupcial celebrado em Cartório de Notas e do posterior regime do casamento (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil...*, 2003, p. 279).

A norma é criticada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, para quem a publicidade estaria esvaziada pela possível existência de outros imóveis em locais que não sejam o de domicílio dos nubentes. Ademais, com razão, aduzem que “acaso os nubentes não possuam imóveis (situação que toca à grande maioria da população brasileira), os terceiros restariam sem qualquer meio de identificação, o que geraria certa intranquilidade nas relações jurídicas. Melhor seria se o legislador tivesse ordenado o registro no cartório de imóveis do lugar onde estivessem registrados os seus bens” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENDA, Nelson. *Curso...*, 2012, v. 6, p. 373-376). De fato, a norma parece não se justificar quando os cônjuges não tiverem qualquer bem imóvel.

3.4 REGRAS ESPECIAIS QUANTO AO REGIME DE BENS

Como exposto anteriormente, a atual codificação privada traz quatro regimes de bens possíveis para o casamento:

- a) regime da comunhão parcial de bens – arts. 1.658 a 1.666 do CC;
- b) regime da comunhão universal de bens – arts. 1.667 a 1.671 do CC;
- c) regime da participação final nos aquestos – arts. 1.672 a 1.686 do CC;
- d) regime da separação de bens – arts. 1.687 e 1.688 do CC.

Parte-se ao estudo das regras especiais quanto a esses regimes, de forma detalhada e pontual.

3.4.1 Regime da comunhão parcial

O regime da comunhão parcial é o *regime legal ou supletório*, que valerá e terá eficácia para o casamento se silentes os cônjuges ou se nulo ou mesmo ineficaz o pacto antenupcial, conforme aduz o art. 1.640 do CC. Aliás, repise-se que já era assim desde a entrada em vigor da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), ou seja, desde dezembro de 1977. Esse regime também é o legal no caso de união estável, não havendo contrato entre os companheiros em sentido contrário, conforme o art. 1.725 da atual codificação.

Pois bem, para o estudo dos regimes de bens, serão expostas as suas regras básicas, esquemas gráficos correspondentes e depois as devidas regras especiais.

A regra básica do regime da comunhão parcial é a seguinte: comunicam-se os bens havidos durante o casamento com exceção dos incommunicáveis (art. 1.658 do CC). Esquemmatizando, pode ser utilizado o seguinte desenho:

Regime da comunhão parcial de bens



O art. 1.659 da codificação material vigente estabelece justamente quais são os bens incommunicáveis nesse regime, a saber:

- I – *Os bens que cada cônjuge já possuía ao casar e aqueles havidos por doação ou sucessão, bem como os sub-rogados no seu lugar.* Essa sub-rogação é a *real*, ou seja, a substituição de uma coisa por outra, como nos casos de venda de bem, sendo adquiridos outros bens como produtos dos primeiros. A norma trata dos *bens particulares*, que são os bens anteriores e os havidos por herança ou doados a um dos cônjuges. Aplicando bem o preceito, deduziu o STJ que, “no regime de comunhão parcial de bens, não integra a meação o valor recebido por doação na constância do casamento – ainda que inexistente cláusula de incommunicabilidade – e utilizado para a quitação de imóvel adquirido

sem a contribuição do cônjuge não donatário” (STJ, REsp 1.318.599/SP, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 23.04.2013, publicado no seu *Informativo* n. 523). Ou, mais recentemente, subsumindo a premissa para a união estável: “o bem recebido individualmente por companheiro, através de doação pura e simples, ainda que o doador seja o outro companheiro, deve ser excluído do monte partilhável da união estável regida pelo estatuto supletivo, nos termos do art. 1.659, I, do CC/2002” (STJ, REsp 1.171.488/ RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 04.04.2017, *DJe* 11.05.2017).

- II – *Os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares*. Essa previsão deve ser interpretada restritivamente, no sentido de que se o bem é adquirido também com esforços do outro cônjuge, de qualquer natureza, haverá comunicação. Ilustrando, caso o cônjuge venda bem particular e receba R\$ 100.000,00 adquirindo outro, durante o casamento, por R\$ 150.000,00 haverá sub-rogação em R\$ 100.000,00 e comunicação quanto aos R\$ 50.000,00 restantes.
- III – *As obrigações anteriores ao casamento, caso das dívidas pessoais que cada cônjuge já possuía ao casar*.
- IV – *As obrigações decorrentes de ato ilícito, salvo reversão em proveito do casal*. A título de exemplo, se os cônjuges possuem uma fazenda e o marido, na administração da mesma, causar um dano ambiental, haverá responsabilidade solidária do casal, respondendo todos os seus bens. Isso porque a atividade desenvolvida na fazenda era realizada em benefício do casal. Em reforço, não se pode esquecer a responsabilidade solidária nos casos de danos ambientais, conforme o art. 14, § 1.º, da Lei 6.938/1981. Da jurisprudência do STJ, colaciona-se acórdão que excluiu a responsabilidade da esposa, tutelando sua meação, diante de ilícito tributário cometido pelo marido: “Processual civil e tributário. Execução fiscal. Embargos de terceiro. Mulher casada. Exclusão da meação. Benefício familiar. Necessidade de

prova. Ônus probatório do credor. Tratando-se de execução fiscal oriunda de ato ilícito e, havendo oposição de embargos de terceiro por parte do cônjuge do executado, com o fito de resguardar a sua meação, o ônus da prova de que o produto do ato não reverteu em proveito da família é do credor e não do embargante. Precedentes: REsp 107.017/MG, Ministro Castro Meira, *DJ* 22.08.2005; REsp 260.642/PR, Ministro Franciulli Netto, *DJ* 14.03.2005; REsp 641.400/PB, Ministro José Delgado, *DJ* 01.02.2005; REsp 302.644/MG, Segunda Turma Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 05.04.2004. (...). Considerando-se que a embargada não comprovou a alegação de que a sonegação do imposto devido pela sociedade representada pelo executado teria revertido em benefício da família deste, não merece prosperar o pedido do INSS, devendo ser resguardado o direito da embargante à meação do bem penhorado. (fls. 57/58). (...)” (STJ, REsp 701.170/RN, 1.^a Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 03.08.2006, *DJ* 18.09.2006, p. 269). Vale lembrar, nesse contexto, o teor da Súmula 251 do próprio STJ, segundo a qual a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal.

- V – *Os bens de uso pessoal de cada um dos cônjuges* (exemplos: joias, roupa, escova de dente, relógios, celulares, CDs, DVDs etc.); *os livros* (exemplos: obras jurídicas, coleções raras etc.); *e os instrumentos de profissão* (livros, bisturi, fita métrica, máquina de costura etc.).
- VI – *Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge*, o que inclui o salário, as remunerações em sentido amplo, a aposentadoria, entre outros. Sobre tal polêmico inciso, está com completa razão Alexandre Guedes Alcoforado Assunção quando critica essa previsão, nos seguintes termos: “A previsão da exclusão dos proventos do trabalho de cada cônjuge, indicada no inciso VI, produz situação que se antagoniza com a própria essência do regime. Ora, se os rendimentos do trabalho não se comunicam, os bens sub-rogados desses rendimentos também não se

comunicam, conforme o inciso II, e, por conseguinte, praticamente nada se comunica nesse regime, no entendimento de que a grande maioria dos cônjuges vive dos rendimentos do seu trabalho. A comunhão parcial de bens tem em vista comunicar todos os bens adquiridos durante o casamento a título oneroso, sendo que aqueles adquiridos com frutos do trabalho contêm essa onerosidade aquisitiva” (*Novo Código...*, 2004, p. 1.519). Justamente por isso, há proposta legislativa de revogar esse dispositivo (Projeto Ricardo Fiuza, antigo PI 6.960/2002, atual PL 699/2011). Concluindo, em situações de dúvida, deve-se entender pela comunicação dos bens. Outra solução plausível pode ser retirada da obra atualizada de Sílvio Rodrigues, para quem “no exato momento em que as referidas rendas se transformam em patrimônio, por exemplo, pela compra dos bens, opera-se em relação a estes a comunhão, pela incidência da regra contida nos arts. 1.658 e 1.660, I, até porque não acrescenta o inciso em exame a hipótese e os bens sub-rogados em seu lugar. Entendimento diverso contraria a essência do regime da comunhão parcial e levaria ao absurdo de só se comunicarem os aquestos adquiridos com o produto de bens particulares e comuns ou por fato eventual, além dos destinados por doação ou herança ao casal” (RODRIGUES, Sílvio *Direito...*, 2006, v. 6, p. 183). Consigne-se que, na mesma linha, posicionam-se Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso...*, 2011, p. 344).

- VII – *As pensões* (quantias pagas de forma periódica em virtude de lei, decisão judicial, ato *inter vivos* ou *mortis causa*, visando a subsistência de alguém), *meios-soldos* (metade do valor que o Estado paga ao militar reformado) e *montepios* (pensão paga pelo Estado aos herdeiros de um funcionário público falecido), *bem como outras rendas semelhantes* e que têm caráter pessoal (conceitos retirados de: DINIZ, Maria Helena *Código Civil...*, 2005, p. 1.360).

Ainda no que concerne ao polêmico inciso VI do art. 1.659, Silmara Juny de Abreu Chinellato opina que não haveria comunicação, por essa norma, dos rendimentos de direitos patrimoniais do autor, tidos como proventos do seu trabalho (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu *Direito de autor...*, Tese para concurso..., 2008, p. 84). Quanto ao direito autoral em si, vale lembrar a previsão do art. 39 da Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/1998), que é claro ao afastar a comunicação em qualquer regime, salvo previsão em contrário no pacto antenupcial. Por uma questão de valorização da atuação intelectual do autor, gerador de verdadeiro direito de personalidade, filia-se à forma de pensar da Professora Titular da USP. Aliás, trata-se de uma feliz tentativa de dar sentido à previsão em comento, que sempre merecerá uma interpretação restritiva.

Esses são os chamados *bens incomunicáveis*. Por outra via, o Código Civil traz previsão a respeito dos *bens comunicáveis* no regime em questão (art. 1.660), eis que entram na comunhão. Esses bens são considerados *aquestos*, conceituados pela melhor doutrina como “bens que cada um dos cônjuges, ou ambos, adquire na vigência do casamento, por qualquer título, que irão integrar a comunhão, se assim estiver previsto ou se não houver disposição em contrário no pacto antenupcial” (DINIZ Maria Helena. *Dicionário...*, 2005, p. 289). Entram na comunhão parcial, ou seja, são considerados *aquestos*, os seguintes bens, previstos no último comando:

- I – *Os bens adquiridos na constância do casamento a título oneroso, ainda que em nome de somente um dos cônjuges*. Essa previsão (inciso I) entra claramente em conflito com o malfadado inciso VI do art. 1.659. Como outrora advertido, a interpretação deve guiar a comunicação dos bens adquiridos durante a união. A título de exemplo, se um imóvel é adquirido em nome de apenas um dos cônjuges durante o casamento, deverá ser dividido igualmente entre ambos. A solução é a mesma seja qual for a contribuição patrimonial dos envolvidos. Assim, mesmo se um cônjuge colaborar com apenas um 1% do total para a compra de um apartamento, a divisão entre marido e mulher deve ser em 50% para cada um deles. Como outra ilustração, as cotas de uma sociedade que

foi constituída durante o casamento devem ser partilhadas com igualdade entre os cônjuges. Para o STJ, diante da vedação de enriquecimento sem causa, os valores das cotas devem ser fixados de acordo com o momento da partilha. Desse modo, “verifica-se a existência de mancomunhão sobre o patrimônio, ou parte dele, expresso, na hipótese, em cotas de sociedade, que somente se dissolverá com a partilha e consequente pagamento, ao cônjuge não sócio, da expressão econômica das cotas que lhe caberiam por força da anterior relação conjugal. Sob a égide dessa singular relação de propriedade, o valor das cotas de sociedade empresária deverá sempre refletir o momento efetivo da partilha” (STJ, REsp 1.537.107/PR, 3. Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 17.11.2016, *DJe* 25.11.2016).

- II – *Os bens adquiridos por fato eventual com ou sem colaboração do outro cônjuge.* É o caso dos valores que se referem a jogo, aposta, loteria etc. Como se tornou comum na prática, o marido que abandona a mulher após receber uma *bolada* de uma loteria deverá dividir o valor recebido na constância da união se o regime for o da comunhão parcial. Aplicando tal norma a uma união estável, julgou o Tribunal da Cidadania que “o prêmio da lotomania, recebido pelo ex-companheiro, sexagenário, deve ser objeto de partilha, haja vista que: (i) se trata de bem comum que ingressa no patrimônio do casal, independentemente da aferição do esforço de cada um; (ii) foi o próprio legislador quem estabeleceu a referida comunicabilidade; (iii) como se trata de regime obrigatório imposto pela norma, permitir a comunhão dos aquestos acaba sendo a melhor forma de se realizar maior justiça social e tratamento igualitário, tendo em vista que o referido regime não adveio da vontade livre e expressa das partes; (iv) a partilha dos referidos ganhos com a loteria não ofenderia o desiderato da lei, já que o prêmio foi ganho durante a relação, não havendo falar em matrimônio realizado por interesse ou em união meramente especulativa” (STJ, REsp 1.689.152/SC, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j

24.10.2017, DJe 22.11.2017).

- III – *Os bens adquiridos por doação, herança ou legado em favor de ambos cônjuges.*
- IV – *As benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias em bens particulares cada cônjuge.* Isso porque as benfeitorias são bens acessórios, acréscimos e melhoramentos introduzidos de forma onerosa e que valorizam a coisa principal. Há aqui uma presunção de que tais benfeitorias foram realizadas com recursos de ambos os cônjuges, durante o casamento, o que justifica a comunicação. A comunicação ocorre por igual quanto às acessões, apesar da ausência de previsão legal (TJSP, Apelação Cível 440.946.4/0, Acórdão 3498581, São Paulo, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Francisco Loureiro, j. 19.02.2009, DJESP 24.03.2009; e TJDF, Apelação Cível 2005.05.1.007695-2, Acórdão 273726, 2.^a Turma Cível, Rel. Des. Carmelita Brasil, DJU 19.06.2007, p. 143). Nesse sentido, amparado pelo entendimento doutrinário, o PL 699/2011 pretende acrescentar expressamente a locução “acessões” que são bens acessórios, mas não são benfeitorias, constituindo incorporações como nos casos de construções e plantações.
- V – *Os frutos civis (rendimentos) ou naturais decorrentes de bens comuns particulares de cada cônjuge percebidos na constância do casamento, ou pendentes quando cessar a união.* Neste inciso, devem ser incluídos, por analogia, os produtos.

Aprofundando a última previsão, a jurisprudência do STJ incluiu as verbas trabalhistas pleiteadas por um dos cônjuges durante a união. Vale transcrever a ementa desse julgado:

“Direito civil e família – Recurso especial. Ação de divórcio. Partilha dos direitos trabalhistas. Regime de comunhão parcial de bens. Ao cônjuge casado pelo regime da comunhão parcial de bens é devida a meação das verbas

trabalhistas pleiteadas judicialmente durante a constância do casamento. As verbas indenizatórias decorrentes da rescisão do contrato de trabalho só devem ser excluídas da comunhão quando o direito trabalhista tenha nascido ou tenha sido pleiteado após a separação do casal. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 646.529/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2005, v.u., *BOLAASP* 2.480/3.969).

Em outro aresto, publicado no *Informativo* n. 430 do STJ, concluiu a mesma relatora:

“O ser humano vive da retribuição pecuniária que auferir com o seu trabalho. Não é diferente quando ele contrai matrimônio, hipótese em que marido e mulher retiram de seus proventos o necessário para seu sustento, contribuindo, proporcionalmente, para a manutenção da entidade familiar. Se é do labor de cada cônjuge, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, que invariavelmente advêm os recursos necessários à aquisição e conservação do patrimônio comum, ainda que em determinados momentos, na constância do casamento, apenas um dos consortes desenvolva atividade remunerada, a colaboração e o esforço comum são presumidos, servindo, o regime matrimonial de bens, de lastro para a manutenção da família. Em consideração à disparidade de proventos entre marido e mulher, comum a muitas famílias, ou, ainda, frente à opção do casal no sentido de que um deles permaneça em casa cuidando dos filhos, muito embora seja facultado a cada cônjuge guardar, como particulares, os proventos do seu trabalho pessoal, na forma do art. 1.659, inc. VI, do CC/2002, deve-se entender que, uma vez recebida a contraprestação do labor de cada um, ela se comunica” (STJ, REsp 1.024.169/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.04.2010, *DJe* 28.04.2010).

Como se nota, o trecho transcrito procura dar um sentido ao antes comentado e criticado art. 1.659, inc. VI, do Código Civil.

Tema correlato à comunicação das verbas trabalhistas diz respeito ao Fundo de

Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), seguindo o STJ o mesmo caminho de comunicação se o fato gerador estiver relacionado a momento em que a união gerava efeitos.

Assim, decisão de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino deduziu que “os valores oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço configuram frutos civis do trabalho, integrando, nos casamentos realizados sob o regime da comunhão parcial sob a égide do Código Civil de 1916, patrimônio comum e, conseqüentemente, devendo ser considerados na partilha quando do divórcio. Inteligência do art. 271 do CC/1916. Interpretação restritiva dos enunciados dos arts 269, IV, e 263, XIII, do Código Civil de 1916, entendendo-se que a incomunicabilidade abrange apenas o direito aos frutos civis do trabalho, não se estendendo aos valores recebidos por um dos cônjuges, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial” (STJ, REsp 848.660/RS, 3.^a Turma Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 03.05.2011, *DJe* 13.05.2011).

Apesar da menção a dispositivos do Código Civil de 1916, a forma de pensar deve ser a mesma sob a égide do Código Civil de 2002. Em suma, as verbas em si não se comunicam, pois se enquadram como proventos do trabalho de cada cônjuge. Porém, se sacados os valores, haverá comunicação, pois passam a ser considerados frutos civis.

Em 2016, essa conclusão foi completada pela Segunda Seção do mesmo Tribunal Superior, que deduziu pela não comunicação dos valores relativos ao FGTS recebidos anteriormente à união. Após profundos debates, a ementa constante do *Informativo* n. 581 foi assim publicada, em resumo:

“Diante do divórcio de cônjuges que viviam sob o regime da comunhão parcial de bens, não deve ser reconhecido o direito à meação dos valores que foram depositados em conta vinculada ao FGTS em datas anteriores à constância do casamento e que tenham sido utilizados para aquisição de imóvel pelo casal durante a vigência da relação conjugal. Diverso é o entendimento em relação aos valores depositados em conta vinculada ao FGTS na constância do casamento sob o regime da comunhão parcial, os

quais, ainda que não sejam sacados imediatamente à separação do casal, integram o patrimônio comum do casal, devendo a CEF ser comunicada para que providencie a reserva do montante referente à meação, a fim de que, num momento futuro, quando da realização de qualquer das hipóteses legais de saque, seja possível a retirada do numerário pelo ex-cônjuge” (STJ, REsp 1.399.199/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.03.2016, *DJe* 22.04.2016).

Como se nota, acabou prevalecendo a posição do Ministro Luis Felipe Salomão, que é compartilhada por este autor, levando-se em conta a essência dos fatos geradores das aquisições patrimoniais.

Em suma, a posição do STJ pode ser resumida na seguinte afirmação, constante da Edição n. 113 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* da Corte, publicada em 2018: “as verbas de natureza trabalhista nascidas e pleiteadas na constância da união estável ou do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial ou universal de bens integram o patrimônio comum do casal e, portanto, devem ser objeto da partilha no momento da separação” (tese n. 3, sendo certo que a edição trata da Dissolução do Casamento e da União Estável). E, mais ainda, sobre o FGTS: “deve ser reconhecido o direito à meação dos valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS auferidos durante a constância da união estável ou do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial ou universal de bens, ainda que não sejam sacados imediatamente após a separação do casal ou que tenham sido utilizados para aquisição de imóvel pelo casal durante a vigência da relação” (tese n. 4, publicada na mesma ferramenta e edição).

Outra situação em debate diz respeito à previdência privada complementar. Como bem aponta Rolf Madaleno, “interessante discussão doutrinária deita sobre a incomunicabilidade dos fundos particulares de pensão, que respeitam a chamada *previdência privada*, formada pelo próprio beneficiário com reservas periódicas que faz de seus recursos pessoais ao longo dos anos, de forma a converter este pecúlio em uma renda vitalícia ou por certo período de tempo, quando ele atingir determinada idade, ou quando o fundo é constituído por aportes depositados pela empresa na qual

trabalha o beneficiário. O sistema de previdência social brasileiro é misto, composto por um Regime Geral de Previdência Social, que é um regime público e compulsório a cargo da autarquia Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que cobre a perda da capacidade de gerar meios para a subsistência até um teto máximo, mas que não se concilia com a pretensão daqueles que almejam uma renda maior. Para estes, ao lado da previdência pública foi previsto o chamado Regime Complementar, privado e facultativo, gerido por entidades abertas e fechadas de previdência” (MADALENO Rolf. *Curso...*, 2011, p. 732-733).

Demonstrando toda a divergência a respeito do tema, inclusive citando o posicionamento constante das edições anteriores desta obra, quando escrita com José Fernando Simão, Rolf Madaleno aduz:

“Tratando-se de fundo de pensão, e tendo exatamente esta função de segurança futura, não podem ser considerados como comunicáveis, apenas porque estes investimentos, enquanto construídos com as periódicas contribuições, pensa uma vertente doutrinária e jurisprudencial não passar de uma aplicação financeira, um ativo construído em longo prazo, existindo aqueles que se protegem do porvir investindo no ramo imobiliário, para perceber aluguéis, outros montam carteiras de ações para perceber dividendos e terceiros que optam por investimentos em renda fixa ou variável. Pensar desta forma seria inviabilizar qualquer investimento em fundos de pensão, porque ninguém poderia romper sua sociedade afetiva, pois sofreria o ônus de ter de partilhar sua previdência privada e abortar sua futura aposentadoria” (MADALENO, Rolf. *Curso...*, 2011, p. 733-734).

O presente autor continua seguindo o entendimento segundo o qual os fundos de previdência privada constituem aplicações financeiras, devendo ocorrer sua comunicação finda a união, tese que sempre foi defendida por José Fernando Simão. Conforme apontado pelo coautor em edições anteriores desta obra, “antes de se atingir a idade estabelecida no plano, a previdência privada não passa de aplicação financeira como qualquer outra. Não há pensão antes desse momento e, portanto, não

há incomunicabilidade. Isso porque, sequer há certeza de que, ao fim do plano, efetivamente os valores se converterão em renda ou serão sacados pelo titular. Trata-se de opção dos cônjuges o investimento na previdência privada, em fundos de ações, ou de renda fixa. Assim, as decisões transcritas permitem a fraude ao regime, bastando que, para tanto, em vez de um dos cônjuges adquirir um imóvel ou investir em fundos (bens partilháveis ao fim do casamento), invista na previdência privada para se ver livre da partilha. Quando há a conversão da aplicação em renda e o titular passa a receber o benefício, este sim será incomunicável por ter caráter de pensão” (TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando *Direito...*, 2013, v. 5, p. 133). Nessa linha, vale transcrever julgado do Tribunal Gaúcho que adota a premissa:

“Separação judicial. Partilha de bens. Valores existentes na conta em nome do varão provenientes de FGTS e Previdência Privada. 1. Como o regime de bens do casamento era o da comunhão parcial, então todo o patrimônio amealhado pelo casal a título oneroso durante a convivência deve ser repartido igualitariamente, inclusive os valores que integravam as aplicações realizadas no Banco Real ABN AMRO, ainda que existente em conta bancária apenas no nome do separando e decorrentes do FGTS e da Previdência Privada. 2. Se os valores do FGTS e da Previdência Privada foram sacados pelo varão e estão depositados em conta bancária ou se destinaram à aquisição de ações, então passaram a integrar o patrimônio comum do casal. 3. É cabível a expedição de ofício ao Banco Real solicitando informações acerca dos depósitos ou aplicações financeiras existentes em nome do separando. Recurso provido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70028689602, Porto Alegre, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j. 22.07.2009, *DJERS* 13.10.2009, p. 47).

De toda sorte, a questão não é pacífica, pois podem ser encontrados acórdãos estaduais que seguem o caminho inverso, na linha do defendido por Rolf Madaleno, ou seja, pela não comunicação dos valores depositados para os fins de previdência privada:

“Separação litigiosa. Sentença de procedência. Hipótese de comprovação da vida em comum ser insuportável regime da comunhão parcial de bens. Recurso dele para excluir da partilha os bens imóveis adquiridos por doação de seus pais e com verbas de seu FGTS, além da previdência privada provido para essa finalidade” (TJSP, Apelação 994.08.128025-7, Acórdão 4357264, Santa Rosa do Viterbo, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 25.02.2010, *DJESP* 31.03.2010).

“Apelação. Sobrepartilha. Improcedência. Inconformismo. Descabimento Confissão ficta do réu no caso que não tem a menor relevância, ante jurisprudência citada na sentença. Casamento no regime da comunhão parcial de bens e separação consensual. Acordo expresso de que se trata de verba indenizatória. Incomunicabilidade das verbas indenizatórias. O mesmo ocorrendo com as rescisórias de contrato de trabalho, FGTS, e agora a previdência privada. Recurso desprovido por outros fundamentos (Voto 14029)” (TJSP, Apelação com Revisão 409.104.4/1, Acórdão 2543815, Mogi das Cruzes, 8.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ribeiro da Silva, j. 27.03.2008, *DJESP* 16.04.2008).

Note-se que a última decisão afasta também a comunicação de verbas trabalhistas e FGTS, não estando em conformidade com o que entende o Superior Tribunal de Justiça atualmente, nos termos de julgados aqui outrora transcritos.

Insta verificar que, na linha do que foi aqui defendido, o próprio STJ entendeu pela comunicação de frutos civis, rendimentos advindos de aplicação financeira mantida por ex-cônjuge na vigência da sociedade conjugal. Conforme julgado publicado no *Informativo* n. 506 daquela Corte Superior,

“Quando perder o caráter alimentar, deve ser partilhada em inventário a aplicação financeira de proventos de aposentadoria mantida por um dos ex-consortes durante a vigência do matrimônio sob o regime de comunhão universal de bens. A melhor interpretação referente à incomunicabilidade dos

salários, proventos e outras verbas similares (arts. 1.668, V, 1.659, VI e VII, do CC) é aquela que fixa a separação patrimonial apenas durante o período em que ela ainda mantém natureza alimentar, não desprezando a devida compatibilização dessa restrição com os deveres de mútua assistência. Embora o CC disponha expressamente que se excluem ‘da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge’, é forçoso convir que os valores, depois de recebidos por qualquer dos cônjuges, passam a compor a renda familiar e se comunicam até a separação de fato do casal, sendo absolutamente irrelevante a sua origem. Do contrário, somente o consorte que possuíse trabalho remunerado seria o titular da íntegra do patrimônio alicerçado durante a sociedade conjugal, entendimento que subverteria o sistema normativo relativo ao regime patrimonial do casamento. De modo que o comando da incomunicabilidade deve ser relativizado quando examinado em conjunto com os demais deveres do casamento; pois, instituída a obrigação de mútua assistência e de manutenção do lar por ambos os cônjuges, não há como considerar isentas as verbas obtidas pelo trabalho pessoal de cada um deles ou proventos e pensões tampouco como hábeis a formar uma reserva particular. Conforme dispõe a lei, esses valores devem obrigatoriamente ser utilizados para auxílio à manutenção do lar da sociedade conjugal. Assim, os proventos de aposentadoria como bem particular são excluídos da comunhão apenas enquanto as respectivas cifras mantenham um caráter alimentar em relação àquele consorte que as auferir. No entanto, suplantada a necessidade de proporcionar a subsistência imediata do titular, as verbas excedentes integram o patrimônio comum do casal e se comunicam, devendo ser incluídas entre os bens a serem meados no inventário aberto em função da morte de um dos cônjuges” (STJ, REsp 1.053.473/RS, Rel. Min. Marco Buzzi, 02.10.2012).

Porém, mais recentemente, a Terceira Turma do STJ acabou por excluir a comunicação de valores depositados em previdência privada de um dos companheiros, em união estável regida pela comunhão parcial, conclusão que é a

mesma para as hipóteses de casamento. Nos termos de trecho de sua ementa:

“Cinge-se a controvérsia a identificar se o benefício de previdência privada fechada está incluído dentro no rol das exceções do art. 1.659, VII, do CC/2002 e, portanto, é verba excluída da partilha em virtude da dissolução de união estável, que observa, em regra, o regime da comunhão parcial dos bens. A previdência privada possibilita a constituição de reservas para contingências futuras e incertas da vida por meio de entidades organizadas de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social. As entidades fechadas de previdência complementar, sem fins lucrativos, disponibilizam os planos de benefícios de natureza previdenciária apenas aos empregados ou grupo de empresas aos quais estão atrelados e não se confundem com a relação laboral (art. 458, § 2.º, VI, da CLT). O art. 1.659 inciso VII, do CC/2002 expressamente exclui da comunhão de bens as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como, por analogia, é o caso da previdência complementar fechada” (STJ, REsp 1.477.937/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 27.04.2017, DJe 20.06.2017).

Exatamente na mesma linha, a tese n. 6 publicada na Edição n. 113 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* da Corte, em 2018: “os valores investidos em previdência privada fechada se inserem, por analogia, na exceção prevista no art. 1.659, VII, do Código Civil de 2002, consequentemente, não integram o patrimônio comum do casal e, portanto, não devem ser objeto da partilha”.

Com o devido respeito, parece haver certa contradição entre as posições constantes das duas formas de julgar da Corte, o que deve ser pacificado no âmbito da sua Segunda Seção, em breve. De todo modo, reafirmamos aqui a nossa posição, pela necessidade de comunicação dos valores depositados em previdência privada, tratando-se de casamento ou união estável regido pela comunhão parcial.

Além dessas previsões e debates, do art. 1.660 do CC, a lei civil considera incommunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao

casamento (art. 1.661 do CC). Exemplificando, há o caso de um rapaz solteiro que vende a crédito um terreno seu, cujo valor é recebido após a celebração do casamento sob o regime da comunhão parcial. Tal valor é incomunicável, pois a sua causa é anterior ao matrimônio (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 1.362).

Ou, ainda, a correta conclusão no sentido de que “o regime da comunhão parcial de bens, todos os bens adquiridos na constância do casamento devem ser partilhados, pois passam a integrar o patrimônio comum do casal, independente se houve ou não contribuição financeira por ambos os cônjuges. Se a aquisição de um dos bens imóveis foi firmada e paga integralmente por um dos cônjuges, antes do casamento, afasta-se a partilha, não elidindo a incomunicabilidade o fato de o registro imobiliário ter sido feito já na constância daquele” (TJMG, Apelação Cível 0025142-82.2010.8.13.0045, Rel. Des. Washington Ferreira, j. 10.07.2012, *DJEMG* 20.07.2012).

Relativamente aos bens móveis, a lei consagra uma presunção de que foram adquiridos na constância da união, ou seja, haverá comunicação (art. 1.662 do CC). Essa presunção é relativa (*iuris tantum*), cabendo prova em contrário de quem alega que o bem é exclusivo e incomunicável. Nesse sentido, aplicando bem a regra do Tribunal de Minas Gerais:

“Apelação cível. Ação de separação judicial litigiosa. Casamento pelo regime da comunhão parcial. Casa edificada pela municipalidade em benefício do casal. Lote de propriedade particular de um dos cônjuges. Partilha em forma de indenização. Bens móveis. Ausência de prova de aquisição anterior ao casamento. Presunção do art. 1.662 do Código Civil de 2002. Recurso parcialmente provido. 1. Os bens adquiridos a título oneroso durante o casamento, no regime da comunhão parcial, em regra, são comuns. A aquisição a título gratuito pelo casal também gera o condomínio forçado. 2. É bem comum a casa edificada pela municipalidade, em proveito do casal, no lote de propriedade exclusiva do varão. Neste caso, em decorrência da *vis attractiva soli*, deve ser apurado o valor da acessão e o proprietário da *res immobilis* deve indenizar à virago com a metade da importância apurada. 3.

Presumem-se adquiridos os bens móveis na constância do casamento se não houver prova de aquisição em data anterior ao mesmo. Ausente a prova, deve haver partilha dos mencionados bens. 4. Apelação cível conhecida e parcialmente provida” (TJMG, AC 1.0051.04.009518-7/001, Bambuí, 2. Câmara Cível, Rel. Des. Caetano Levi Lopes, j. 24.05.2005, *DJMG* 10.06.2005).

Débora Brandão expõe polêmica a respeito da aquisição de novo bem móvel, sub-rogado, com a contribuição do outro cônjuge. E interroga: “Ele continuará a ser particular? Integrará a comunhão? Terá natureza mista, sendo considerado parte particular e parte comum?” (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús *Regime...*, 2007, p. 204).

Para uma *primeira corrente* exposta, o bem sub-rogado deveria integrar apenas uma das massas patrimoniais do cônjuge. Assim, “se o bem anterior foi vendido por duzentos e o novo vale trezentos, o cônjuge beneficiado com o negócio, que é o proprietário, deverá compensar seu cônjuge. Como os cem saíram da comunhão, deverá compensar apenas cinquenta” (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús *Regime...*, 2007, p. 205). Essa corrente, segundo a autora, seria seguida por Paulo Lôbo.

Já para uma *segunda corrente*, os bens sub-rogados passam a integrar o acervo comum, cabendo cinquenta por cento para cada um dos cônjuges, entendimento de Caio Mário da Silva Pereira e Maria Helena Diniz. Débora Brandão entende ser just a solução, por vedar o enriquecimento sem causa (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime...*, 2007, p. 206).

A doutrinadora cita uma *terceira corrente*, segundo a qual o novo bem seria misto, “porque parte dele seria comum, proporcionalmente ao valor contribuído para sua aquisição. Utilizando-se o exemplo acima, 2/3 do bem seria particular, enquanto 1/3 seria comum”, solução que está no Código Civil Português (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime...*, 2007, p. 206).

Pois bem, no regime da comunhão parcial de bens, a administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges, diante do sistema de

colaboração e de interesse comum presente nesse regime de bens (art. 1.663 do CC). As dívidas contraídas no exercício dessa administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro cônjuge na razão do proveito que houver auferido (art. 1.663, § 1.º). Vejamos dois exemplos.

De início, imagine-se uma situação em que o marido tem uma empresa, anterior ao casamento, e a administra sozinho. Nesse caso, a parte que tem nos bens comuns e os bens exclusivos da esposa não respondem por dívidas contraídas pelo marido na administração da empresa, já que o bem é anterior.

Por outra via, se a empresa foi constituída na vigência do matrimônio, sendo de ambos e administrada pelo marido, que contrai dívidas, responderão tanto os bens particulares do marido quanto os bens comuns, em regra. Eventualmente, se a mulher for beneficiada por essa administração responderão os seus bens particulares, na proporção da vantagem produzida.

A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos que, a título gratuito, impliquem na cessão do uso ou gozo dos bens comuns, caso da instituição de um usufruto ou da celebração de um contrato de comodato de imóvel pertencente a ambos (art. 1.663, § 2.º, do CC). Havendo prova de malversação dos bens, ou seja, de dilapidação do patrimônio ou desvio de bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges, analisando as provas dessa má administração (art. 1.663, § 3.º do CC).

Os bens da comunhão também respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal (art. 1.664 do CC). Concretizando a norma, os bens da comunhão respondem pelas dívidas domésticas; pelas despesas de alimentação dos membros da entidade familiar; pelas despesas de aluguel e condomínio do apartamento onde reside o casal; pelas contas de água, luz, telefone e gás; pelos tributos do imóvel de residência, entre outros.

No tocante à administração e à disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular, tais atos competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial (art. 1.665 do CC). Como consta do próprio comando legal em comento, é possível que os cônjuges pactuem a necessidade de outorga conjugal para

a venda de um bem particular. A norma em questão constitui novidade e deve ser confrontada com o art. 1.647 da atual codificação material.

Na realidade, para os casos de bens imóveis particulares continua sendo necessária a outorga conjugal, no caso de alienação do mesmo na vigência do regime da comunhão parcial. Anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que “a inovação assegura aos cônjuges a oportunidade de liberalidade para com o outro, dispondo de modo diverso, em pacto antenupcial, acerca da administração e da disposição dos bens que integram o acervo dos bens particulares. É bem verdade, porém, que a convenção não poderá contrariar o disposto no art. 1.647, I, do NCC, em qualquer caso, por força do que preceitua o art. 1.655. Cumpre observar, por isso mesmo, que a norma não tem alcance ilimitado que se supõe, ao analisar a matéria relativa à disposição dos bens, isto porque, a rigor, a hipótese de convenção diversa quer se referir unicamente à administração de bens particulares” (*Código Civil...*, 2005, p. 851).

Nessa mesma linha, o Enunciado n. 340 do CJP/STJ, aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, no ano de 2006, prevendo que “no regime da comunhão parcial de bens é sempre indispensável a autorização do cônjuge, ou seu suprimento judicial, para atos de disposição sobre bens imóveis”. Filia-se de forma integral às palavras dos doutrinadores e ao teor do enunciado doutrinário. Cumpre lembrar que, muitas vezes, são introduzidas benfeitorias nesses bens particulares que, como visto, são comunicáveis na vigência da comunhão parcial (art. 1.660, IV, do CC). Desse modo, a alienação de um imóvel nessas condições sem a outorga pode gerar o enriquecimento sem causa de um cônjuge em relação ao outro, o que é vedado pelo art. 884 do CC/2002. Concluindo, sendo alienado um imóvel particular sem a outorga do outro cônjuge, mesmo na comunhão parcial, é possível alegar a anulabilidade do ato, com base nos arts. 1.647 e 1.649 do CC.

Justamente para afastar esse conflito aparente entre os arts. 1.665 e 1.647, I, o Projeto 699/2011 pretende alterar o primeiro dispositivo, que passaria a ter a seguinte redação: “A administração dos bens constitutivos do patrimônio particular compete ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa no pacto antenupcial”. Filia-se à proposta, eis que ela encerra a controvérsia aqui demonstrada.

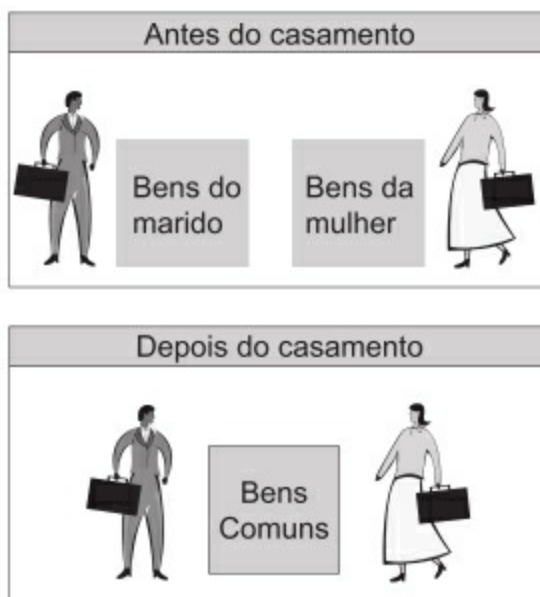
Finalizando o tratamento desse regime, o art. 1.666 da atual codificação determina que as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes não obrigam os bens comuns.

3.4.2 Regime da comunhão universal

Como se sabe, esse era o regime legal até a entrada em vigor da Lei do Divórcio, ou seja, até 25 de dezembro de 1977. Justamente por isso, na prática, muitos casais, atualmente, são casados por esse regime, notadamente das gerações anteriores. Desde a entrada em vigor da Lei 6.515/1977, a sua previsão depende de pacto antenupcial, o que é confirmado pelo Código Civil de 2002.

Como regra básica, comunicam-se tanto os bens anteriores ou presentes quanto os posteriores à celebração do casamento, ou seja, há uma comunicação total ou plena nos aquestos, o que inclui as dívidas passivas de ambos (art. 1.667 do CC). O desenho a seguir esquematiza o regime:

Regime da comunhão universal de bens



Assim, em regra, todos os bens adquiridos durante a união, por um ou ambos os

cônjuges, são comunicáveis na comunhão universal. Também se comunicam os bens recebidos por um ou por ambos por herança ou doação durante o casamento.

Para o Superior Tribunal de Justiça, também há comunicação das quotas de sociedade de advogados adquiridas por um dos cônjuges na vigência desse regime. Nos termos da parte final da longa ementa do Tribunal da Cidadania:

“Afigura-se incontroverso que a aquisição das quotas sociais da sociedade de advogados pelo recorrido deu-se na constância do casamento, cujo regime de bens era o da comunhão universal. Desse modo, se a obtenção da participação societária decorreu naturalmente dos esforços e patrimônios comuns dos então consortes, sua divisão entre os cônjuges, por ocasião de sua separação, é medida de justiça e consonante com a lei de regência. Naturalmente, há que se preservar o caráter personalíssimo dessas sociedades, obstando-se a atribuição da qualidade de sócio a terceiros que, nessa condição, não detenham com os demais a denominada *affectio societatis*. Inexistindo, todavia, outro modo de se proceder à quitação do débito ou de implementar o direito à meação ou à sucessão, o direito destes terceiros (credor pessoal do sócio, ex-cônjuge e herdeiros) é efetivado por meio de mecanismos legais (dissolução da sociedade, participação nos lucros etc.) a fim de amealhar o valor correspondente à participação societária. (...) Recurso especial provido, para, reconhecendo, em tese, o direito da cônjuge, casada em comunhão universal de bens, à partilha do conteúdo econômico das quotas sociais da sociedade de advogados então pertencentes ao seu ex-marido (não se lhe conferindo, todavia, o direito à dissolução compulsória da sociedade), determinar que o Tribunal de origem prossiga no julgamento das questões remanescentes veiculadas no recurso de apelação” (STJ, REsp 1.531.288/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.11.2015 DJe 17.12.2015).

Porém, se a sociedade for anterior ao casamento ou da união estável celebrado por comunhão parcial de bens, não haverá comunicação da valorização das quotas,

afirmação que igualmente vale para os casos de imóveis particulares, adquiridos anteriormente. Nos termos da afirmação n. 5 constante da Edição n. 113 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ, “a valorização patrimonial dos imóveis ou das cotas sociais de sociedade limitada, adquiridos antes do casamento ou da união estável, não deve integrar o patrimônio comum a ser partilhado quando do término do relacionamento, visto que essa valorização é decorrência de um fenômeno econômico que dispensa a comunhão de esforços do casal”. São citados como acórdãos paradigmas, entre outros: Ag. Int. no AREsp 297.242/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5.^a Região), j. 07.11.2017, *DJe* 13.11.2017; REsp 1.595.775/AP, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 09.08.2016, *DJe* 16.08.2016; REsp 1.349.788/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014, *DJe* 29.08.2014; e REsp 1.173.931/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22.10.2013, *DJe* 28.10.2013).

Pois bem, mesmo havendo essa comunicação muito ampla, pode-se afirmar que esta é *quase total* na comunhão universal, pois o art. 1.668 traz o rol dos bens incommunicáveis e que não entram nos aquestos. São eles:

- I – *Bens doados ou herdados com a cláusula de incommunicabilidade, e os correspondentes sub-rogados.* A cláusula de incommunicabilidade é a que veda a comunhão nos aquestos em qualquer regime, devendo ser justificada, quando inserida no testamento (art. 1.848 do CC). Surge uma dúvida quanto a essa previsão: esse bem incommunicável pode ser vendido ao outro cônjuge? A este autor parece que, em regra, é possível a venda desses bens, desde que não haja simulação (causa de nulidade absoluta), fraude contra credores (causa de nulidade relativa ou anulabilidade), ou fraude a execução (causa de ineficácia). Vale lembrar que a incommunicabilidade não gera a inalienabilidade do bem, e que o art. 499 do CC autoriza a venda entre cônjuges quanto aos bens excluídos da comunhão. Mais uma vez consigne-se que as limitações à autonomia privada devem constar necessariamente de lei.
- II – *Bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário*

antes de realizada a condição suspensiva. O fideicomisso é uma forma de substituição testamentária em que um primeiro herdeiro (fiduciário) pode ser substituído por outro (fideicomissário) – arts. 1.951 a 1.960 do CC. No sistema do Código Civil o fideicomissário será pessoa não existente no momento da abertura da sucessão, conforme explicado no Volume 6 da presente coleção. Quando o bem estiver com o fiduciário é que estará presente a referida incomunicabilidade, pois a sua propriedade é resolúvel. Vejamos um esquema a demonstrar a situação jurídica:

Fideicomitente		Fiduciário		Fideicomissário
Testador	☐	1.º herdeiro	☐	2.º herdeiro
		Incomunicável		

- III – *As dívidas anteriores à união, salvo se tiverem como origem dívidas relacionadas com os preparativos do casamento (aprestos), ou aquelas que se reverterem em proveito comum.* Em outras palavras, as dívidas anteriores de cada cônjuge são incomunicáveis, salvo aquelas contraídas para a aquisição do imóvel do casal, para a mobília desse imóvel, para o enxoval, para a festa do casamento, entre outras despesas que interessam a ambos.
- IV – *As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges a outro, com cláusula de incomunicabilidade.* Neste caso, preserva-se a vontade dos cônjuges, a autonomia privada.
- V – *Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 do CC (bens de uso pessoal, livros, instrumentos de profissão, proventos do trabalho de cada um e pensões em geral).* Vale repetir aqui a crítica feita em relação ao inciso VI do art. 1.659 do CC. Se esse dispositivo foi interpretado literalmente ou mesmo extensivamente, o que não pode ocorrer, nada se comunicará nesse regime. O Projeto Ricardo Fiuza (PL

699/2011) também pretende retirar a menção ao inciso VI desse dispositivo, pelas razões óbvias antes demonstradas quando comentado o regime da comunhão parcial de bens.

Em relação aos frutos (bens acessórios que saem do principal sem diminuir a sua quantidade), são eles comunicáveis, mesmo que digam respeito aos bens incommunicáveis, mas desde que vençam ou sejam percebidos na constância do casamento (art. 1.669 do CC). A título de exemplo, os aluguéis retirados por um dos cônjuges em relação a um imóvel recebido com cláusula de incommunicabilidade (inc. I do art. 1.668) são comunicáveis, pois se presume que foram adquiridos na constância da união e de forma onerosa.

No que tange às pensões, a nosso ver, de maneira correta, o Superior Tribunal de Justiça afastou a comunicação da pensão por invalidez, apesar de o regime de casamento ser o da comunhão universal de bens:

“Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de separação judicial. Comunhão universal de bens. Partilha. Exclusão da indenização ou pensão mensal decorrente de seguro por invalidez. Interpretação do art. 263, I, do CC/1916. A indenização, ou pensão mensal, decorrente de seguro por invalidez não integra a comunhão universal de bens, nos termos do art. 263, I, do CC/1916. Entendimento diverso provocaria um comprometimento da subsistência do segurado, com a diminuição da renda destinada ao seu sustento após a invalidez, e, ao mesmo tempo, ensejaria o enriquecimento indevido do ex-cônjuge, porquanto seria um bem conseguido por esse apenas às custas do sofrimento e do prejuízo pessoal daquele. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 631.475/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Humberto Gomes d Barros, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2007, DJ 08.02.2008, p. 1).

Entretanto, no tocante às verbas recebidas após a separação do casal, referentes a benefício previdenciário da aposentadoria do INSS, que foram nascidas e

pleiteadas durante o casamento, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que deveriam ser partilhadas:

“Recurso especial. Direito de família. Comunhão universal. Frutos civis. Verbas recebidas a título de benefício previdenciário. Direito que nasceu e foi pleiteado pelo varão durante o casamento. Inclusão na partilha de bens. Recurso não conhecido. No regime da comunhão universal de bens, as verbas percebidas a título de benefício previdenciário resultantes de um direito que nasceu e foi pleiteado durante a constância do casamento devem entrar na partilha, ainda que recebidas após a ruptura da vida conjugal. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 918.173/RS, 3.^a Turma, Rel. Mir Massami Uyeda, j. 10.06.2008, DJ 23.06.2008, p. 1).

Em relação às verbas trabalhistas e ao FGTS, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido por sua comunicação no regime da comunhão universal, assim como ocorre com o regime da comunhão parcial. Desse modo: “Civil. Recurso especial. Ação de conversão de separação judicial em divórcio. Regime da comunhão universal. Partilha de verbas rescisórias e FGTS. Procedência. I. Partilhável indenização trabalhista auferida na constância do casamento pelo regime da comunhão universal (art. 265 do Código Civil de 1916). II. Precedentes do STJ. III. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 781.384/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Aldi Passarinho Junior, j. 16.06.2009, DJe 04.08.2009).

Cumpra anotar que o Superior Tribunal de Justiça concluiu pela comunicação de valores recebidos a título de indenização oriunda de anistia política do período da ditadura militar. Vejamos a publicação no *Informativo* n. 469 daquela Corte Superior, de conteúdo interessante:

“Meação. Indenização. Anistia política. Trata-se de REsp em que a questão centra-se em saber se as verbas a serem percebidas pelo recorrente a título de indenização oriunda de anistia política devem ser objeto de partilha de bens em decorrência de dissolução de sociedade conjugal constituída sob o

regime de comunhão universal de bens. No julgamento do especial, ressaltou a Min. Relatora, entre outras questões, que o ato do Estado consistente no afastamento do recorrente das Forças Armadas, com a consequente perda dos rendimentos que auferia dessa atividade, não se circunscreveu apenas à sua esfera pessoal, espalhou seus efeitos deletérios também à sua família, notadamente à recorrida, então seu cônjuge, pois as vicissitudes decorrentes da perda da atividade laboral do varão recaíram sobre ambos. Registrou, ainda, ser inconsistente o argumento do recorrente de que seu direito nascera somente com o advento da CF/1988, pois, na verdade, esse direito já lhe pertencia, ou seja, já havia ingressado na esfera de seu patrimônio e que, *ex vi legis*, apenas foi declarado em momento posterior ao término da relação conjugal entre as partes. Destarte, entendeu que os valores percebidos pelo recorrente a título de indenização decorrente de anistia política devem ser considerados para efeitos da meação. Diante disso, a Turma negou provimento ao recurso” (STJ, REsp 1.205.188/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 12.04.2011).

Superados tais aspectos práticos, enuncia o art. 1.670 da atual codificação material que, quanto à administração dos bens na comunhão universal, devem ser aplicadas as mesmas regras vistas para a comunhão parcial. Desse modo, os arts. 1.663, 1.665 e 1.666, antes estudados, igualmente serão aplicados à comunhão universal.

Finalizando o estudo desse regime, sendo extinta a comunhão pela dissolução da sociedade conjugal e do casamento, e sendo efetuada a divisão do ativo e do passivo entre os cônjuges, cessará a responsabilidade de cada um para os credores do outro, eis que fica dissolvido o regime de bens e a comunicação nos aquestos (art. 1.671 do CC). Como hipóteses que geram a extinção do regime devem ser mencionadas a morte de um ou ambos os cônjuges, o divórcio e a separação de fato, tema que será aprofundado no próximo capítulo desta obra.

3.4.3 Regime da participação final nos aquestos

Trata-se de um regime novo, não previsto na codificação anterior, de 1916, vindo a substituir o antigo regime dotal. A Professora Silmara Juny Chinellato, que fez estudo aprofundado quanto ao tema, entende que esse regime é bastante complexo, podendo ser denominado “regime contábil, o que por si só já parece desestimular seja adotado” (*Comentários...*, 2004, p. 372).

Na doutrina, ainda no que concerne ao regime em questão, Eduardo de Oliveira Leite comenta que “tudo indica, pois, como já demonstrado pela doutrina e jurisprudência francesas (onde o regime se revelou um enorme fracasso) que, além dos aspectos negativos do regime, ‘que lhe são inerentes’, o regime tem sido empregado de maneira muito limitada, só ‘satisfazendo futuros cônjuges aos quais pode-se prever a manutenção da igualdade de fortuna, em capitais e rendas, durante toda a união’” (*Direito...*, 2005, p. 349).

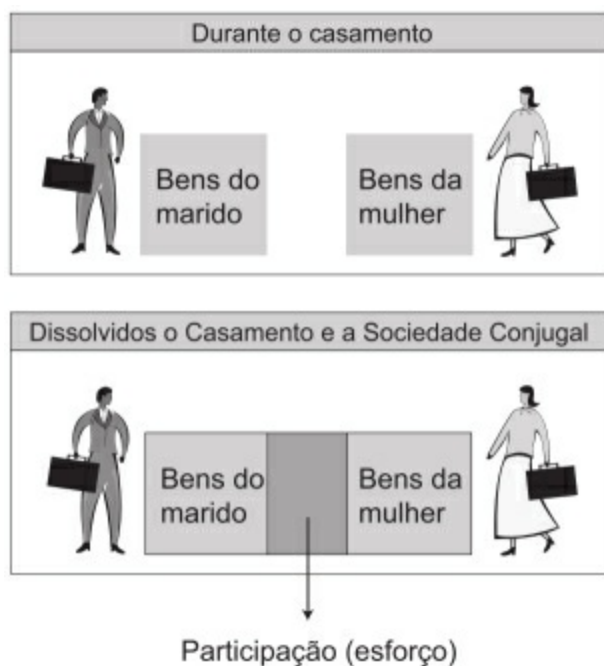
Quanto à sua origem, a questão é divergente, como aponta Débora Brandão, “para alguns, é húngara; para outros, alemã. Clóvis do Couto e Silva afirma que sua origem remonta ao direito franco e já podia encontrá-lo sob a denominação de *conlaboratio*” (BRANDÃO, Débora Vanessa Caús *Regime...*, 2007, p. 229). Cita a mesma autora que o regime pode ser encontrado em países como Suécia, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Colômbia, Uruguai, França, Espanha e Costa Rica. De acordo com Silmara Chinellato, “é necessário observar que o legislador se inspirou no regime similar de outros países, mas não o adotou inteiramente, conforme anotou Miguel Reale” (*Comentários...*, 2003, v. 18, p. 361).

Maria Helena Diniz aponta que esse regime é próprio para um casal de empresários (*Curso...*, 2004, p. 179). De qualquer modo, na linha dos doutrinadores citados, nota-se que ele pouco será adotado no Brasil, o que se tem verificado pelas notícias veiculadas na imprensa escrita e pela inexistência de jurisprudência a respeito do assunto até o presente momento. Tanto isso se concretizou nos mais de dez anos do Código Civil de 2002, que o Projeto de Lei conhecido como *Estatuto das Famílias* do IBDFAM pretende suprimir o regime, por tratar-se de um estrangeirismo desnecessário, não adotado na prática familiarista nacional.

Como é notório, Clóvis do Couto e Silva, responsável pela elaboração do livro relativo ao Direito de Família na atual codificação, pretendia que esse regime fosse o legal ou supletório, o que, felizmente, acabou não se concretizando, eis que a atual codificação fez a opção pelo regime da comunhão parcial de bens, tão afeito à nossa tradição.

Basicamente, durante o casamento há uma separação total de bens, e no caso de dissolução do casamento e da sociedade conjugal, algo *próximo* de uma comunhão parcial. Cada cônjuge terá direito a uma participação daqueles bens para os quais colaborou para a aquisição, devendo provar o esforço para tanto. Vejamos o desenho elucidativo:

Regime da participação final nos aquestos



Deve-se atentar para o fato de que, no esquema em questão, não se está levando em conta os momentos “antes” e “depois” do casamento, como foi feito nas outras esquematizações. No último quadro, foram utilizados como critérios dois momentos: “durante o casamento” e “dissolvidos o casamento e a sociedade conjugal”, eis que nessa confrontação está a principal peculiaridade do regime da

participação final nos aquestos. Em outras palavras, interessa ao regime o momento da dissolução, quando confrontado com a união em si.

Em verdade, analisando as regras constantes da atual codificação são confirmadas as palavras da Professora Silmara Chinellato quanto à complexidade do regime, o que serve de desestímulo, eis que existem dúvidas no próprio meio acadêmico quanto à realidade jurídica do regime em questão. Deve-se concluir, na verdade, que não há uma comunhão parcial quando da sua dissolução, pois nesse último não há necessidade de prova da colaboração para a aquisição de bens.

Como discorre a própria Silmara Chinellato, “há aproximação com a comunhão parcial, tendo com ela o traço comum de não se comunicarem bens anteriores ao casamento e haver comunicação de certos bens adquiridos depois. Como ele não se identifica, porém, pois não há presunção de aquisição por ambos os cônjuges de bens que sobrevierem ao casal, conforme o art. 1.658, com exclusão dos que constam do rol do art. 1.659” (CHINELLATO, Silmara Juny. *Comentários...*, 2003, v. 18, p. 361). Ou, ainda, segundo Walsir Rodrigues Júnior, “No regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento comunicam-se no ato da aquisição formando um patrimônio comum cuja administração pode ser comum ou de qualquer dos cônjuges; já no regime da participação final nos aquestos não são os bens que se comunicam, mas os eventuais ganhos” (RODRIGUES JÚNIOR, Wals Edson. *Código...*, 2011, p. 418).

De início, no regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, cabendo-lhe, à época da dissolução do casamento e da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento (art. 1.672 do CC). Desse modo, não há dúvidas de que durante o casamento há uma separação de bens. No caso de dissolução, não há propriamente uma *meação*, como estabelece o Código Civil, mas uma *participação* de acordo com a contribuição de cada um para a aquisição do patrimônio, a título oneroso.

Conforme o art. 1.673, integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possuía ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá

livremente alienar, se forem móveis, na constância da união. Aqui reside diferença em relação à comunhão parcial, pois no último caso os bens adquiridos durante a união, em regra, presumem-se de ambos.

Mas, ocorrendo a dissolução do casamento e da sociedade conjugal na participação final nos aquestos, deverá ser apurado o montante dos aquestos (parte comunicável), excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

- a) Os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram (substituição real ou objetiva).
- b) Os bens que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade.
- c) As dívidas relativas a esses bens.

Em suma, conforme o art. 1.674 do CC, esses bens não se comunicam, uma vez que são anteriores à união. Por outra via, salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis, conforme o parágrafo único do mesmo comando legal. Nesse último ponto, está presente similaridade com a comunhão parcial, havendo uma presunção relativa (*iuris tantum*) de comunicação ou participação. Porém, somente nesse ponto, conforme se verá pelas outras regras.

Além disso, ao se determinar o montante dos aquestos, será computado o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro (art. 1.675 do CC). Nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros; ou declarado no monte partilhável por valor equivalente ao da época da dissolução. Mais uma vez, apesar da lei falar em *reivindicação*, anote-se que, realizada a doação sem a outorga conjugal, o ato é anulável, sujeita a ação anulatória a prazo decadencial de dois anos, contados da dissolução do casamento e da sociedade conjugal (arts. 1.647 e 1.649 do CC).

O valor dos bens alienados em detrimento da meação (ou melhor, da participação), deve ser incorporado ao monte partível, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar (art. 1.676 do CC). Isso, diante da vedação do enriquecimento sem causa, que guia esse regime. Como se pode notar, o regime é muito justo, mas de difícil aplicação prática.

No que tange às dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro ou do casal (art. 1.677 do CC). Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge (art. 1.678 do CC). Isso deverá ser provado por quem alega o pagamento da dívida, como, por exemplo, por meio de recibos ou notas fiscais, que devem ser guardados por aquele que fez o desembolso. Para essa prova, é possível até que um cônjuge exija recibo do outro, o que demonstra a inviabilidade do regime, diante do espírito de conduta do brasileiro. Ora, essa exigência, nos comuns relacionamentos de nosso país, até pode motivar a separação do casal, diante da existência de desconfianças entre as partes e de supostos interesses em se antecipar os efeitos do fim da união.

Além dessas regras de divisão, no caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido, conforme o art. 1.679 da atual codificação privada. A regra é de divisão igualitária (*concurso partes fiunt*), o que comporta prova em contrário no sentido de que houve uma colaboração superior à metade do valor do bem, ou seja, superior a cinquenta por cento do condomínio formado.

As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro (art. 1.680 do CC). Por outra via, os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro, salvo impugnação dessa titularidade, cabendo ao cônjuge proprietário o ônus de provar a aquisição regular dos bens de forma individual (art. 1.681 do CC).

Aqui, o ônus de provar não é de quem alega o domínio, mas daquele cuja titularidade consta do registro, havendo uma inversão do ônus da prova, o que quebra a regra do art. 337, inc. I, do CPC/2015, correspondente ao art. 333, inc. I, do CPC/1973. Essa quebra da regra geral não deixa de ser injusta, diante da dificuldade de prova, podendo-se falar em *prova diabólica*. Em suma, recomenda-se que, durante o regime, um cônjuge solicite ao outro uma declaração, de que o bem imóvel foi adquirido somente por seus recursos. Mais uma vez, essa exigência documental pode desestabilizar o relacionamento.

Nos termos literais do art. 1.682 do CC, relativamente ao direito à meação nesse regime, este não é renunciável, cessível ou penhorável, o que traz a ideia de que a meação é personalíssima. Diante do comando legal em questão e do fato de a lei mencionar a meação, comenta Silmara Juny Chinellato:

“A intenção protetiva da lei é inequívoca ao tratar como indisponível o direito à meação. O Código Civil, no Capítulo que trata da participação final nos aquestos, alude sempre à ‘meação’, fazendo crer que tanto ela, propriamente dita, como o direito ao crédito de um cônjuge em relação aos bens do outro serão feitos em partes iguais. Não deveria considerar um e outro, indistintamente, como ‘meação’, reservando esse termo apenas para os bens adquiridos em comunhão, como prevê o art. 1.672: bens adquiridos pelo casal a título oneroso. A Doutrina e a Jurisprudência deverão fazer a necessária distinção, tomando por modelo os ensinamentos de doutrinadores e julgadores de outros países que adotaram o regime de sociedade de aquestos, de sociedade de ganhos ou participação final nos aquestos. Melhor seria que, por pacto antenupcial, os cônjuges esclarecessem a forma de cálculo de participação. Se se distinguirem meação e participação nos ganhos, poderá ser aceito quanto diferenciado para esta última, já que com referência à meação propriamente dita não é admitida renúncia, o que importa, por conseguinte, não poder ser fixada em porcentagem final” (CHINELLATO, Silmara Juny *Comentários...*, 2004, p. 380).

As palavras da renomada professora da USP confirmam o que antes foi comentado quanto ao uso da expressão “meação” pela lei. *De fato, não há meação, mas participação, um crédito a favor do consorte.*

Havendo dissolução do regime da participação final nos aquestos por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência, o que visa a evitar fraudes por aquele que detêm a titularidade ou a posse do bem partível (art. 1.683 do CC). Não sendo possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns

ou de todos para a reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário. Por fim, não sendo possível realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem para o pagamento das respectivas quotas (art. 1.684 do CC). As regras merecem uma ressalva diante da Emenda Constitucional 66/2010, eis que a separação judicial foi banida do sistema familiar. Assim sendo, atualmente só tem relevância o primeiro dispositivo na menção ao divórcio.

Como bem adverte Paulo Lôbo, “O regime da participação final nos aquestos associa os cônjuges nos ganhos e não nas perdas” (*Famílias...*, 2008, p. 336). Sendo assim, o autor reproduz exemplo de cálculo criado por Oliveira e Muniz, adaptado às regras do Código Civil de 2002, “supondo inexistirem dívidas relativas aos bens excluídos e doações feitas por terceiros (art. 1.675)” (LÔBO, Paulo. *Famílias...*, 2008, p. 336):

"a)	Patrimônio	final	do	marido:
.....		1.700.		
Menos		bens		excluídos:
.....		1.000.		
Ganho		ou		aquestos:
.....		700.		
b)	Patrimônio	final		da
mulher:.....		800.		
Menos		bens		excluídos:
.....		500.		
Ganhos				ou
aquestos:.....		300.		
c) Crédito de participação devido pelo marido à mulher:				
700 – 300 (\2) = 200"				

E arremata o jurista: “O crédito de ganho da mulher contra o marido é de 350 (metade de 700). O crédito de ganho do marido contra a mulher é de 150 (metade de 300). Esses créditos são compensados e obtém-se o crédito de participação devido pelo marido à mulher: $350 - 150 = 200$. Realizado o crédito de participação em favor da mulher, o marido conserva como ganhos ou aquestos: $700 - 200 = 500$. E a mulher terá $300 + 200 = 500$. O resultado a que se chega é de igualdade” (LÔBO, Paulo *Famílias...*, 2008, p. 337).

As mesmas regras devem ser aplicadas se o casamento for dissolvido por morte, com a ressalva de que a herança deve ser deferida na forma estabelecida no capítulo que regulamenta o Direito Sucessório (art. 1.685 do CC). Quanto ao tempo sucessório, está tratado no próximo volume desta coleção.

Finalizando o tratamento desse regime *contábil e complexo*, estabelece o art. 1.686 que as dívidas de um dos cônjuges, quando superiores à sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros, o que complementa as primeiras regras básicas quanto ao regime aqui comentadas. Em conclusão, percebe-se que o regime não é de fácil aplicação, do ponto de vista operacional, em razão das intrincadas questões que dele suscitam e dos conflitos que pode gerar aos cônjuges.

Diante de todas essas dificuldades, de fato, o regime acabou não se concretizando na prática brasileira. Poucos julgados são encontrados sobre essa modalidade. Vejamos dois deles.

De início, concluindo pela possibilidade de uma ação de modificação do regime de bens, para o da participação final nos aquestos: “caso concreto em que deve ser deferido o pedido de alteração do regime de bens do casamento, da comunhão parcial de bens para participação final nos aquestos, com eficácia *ex nunc*. Sentença reformada. Apelação provida, por maioria” (TJRS, Apelação Cível 0258979-73.2014.8.21.7000, Campo Bom, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 16.10.2014, *DJERS* 21.10.2014).

Por fim, afastando a possibilidade de penhora sobre bem excluído da meação, do Tribunal paulista: “Execução por título extrajudicial. Deferimento de penhora de imóveis indicados pelo exequente. Alegada impossibilidade, em razão de os imóveis

serem de propriedade exclusiva do cônjuge mulher. Acolhimento da arguição. Prova do casamento do devedor com a real proprietária dos imóveis sob o regime de participação final nos aquestos. Propriedade exclusiva do adquirente do bem que não se estende ao cônjuge, com o patrimônio pessoal deste não se comunicando. Artigos 1.672 e 1.673 do Código Civil. Impenhorabilidade reconhecida. Recurso provido' (TJSP, Agravo de Instrumento 2082707-06.2014.8.26.0000, Acórdão 9716298, Franca, 20.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Correia Lima, j. 15.08.2016 *DJESP* 24.08.2016). Apesar da existência desses arestos estaduais, reitere-se que regime da participação final dos aquestos não encontrou prestígio na prática familiarista brasileira.

3.4.4 Regime da separação de bens

Conforme antes demonstrado, o regime da separação de bens pode ser *convencional* (origem em pacto antenupcial) ou *legal ou obrigatório* (nos casos do art. 1.641 da atual codificação).

Sem prejuízo de todas as polêmicas aqui demonstradas sobre o regime da separação obrigatória, cabe agora comentar as duas regras específicas, previstas nos arts. 1.687 e 1.688 da atual codificação privada quanto à separação convencional de bens, aquela que decorre de pacto antenupcial.

O primeiro dispositivo traz a regra básica quanto ao regime, ou seja, a de que não haverá a comunicação de qualquer bem, seja posterior ou anterior à celebração do casamento, cabendo a administração desses bens de forma exclusiva a cada um dos cônjuges. Justamente por isso, cada um dos cônjuges poderá alienar ou gravar com ônus real os seus bens mesmo sendo imóveis, nas hipóteses em que foi convencionalizada a separação de bens. Esse art. 1.687 do CC confirma a tese de que somente na *separação convencional há separação absoluta*, sendo livre a disposição de bens, sem a necessidade de outorga conjugal (art. 1.647, *caput*, do CC).

Esclareça-se que não se aplica à separação convencional de bens a Súmula 377 do STF, como bem decidiu recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que cita esta obra. Nos termos de trecho de sua ementa, que diz respeito à união estável,

“o pacto realizado entre as partes, adotando o regime da separação de bens, possui efeito imediato aos negócios jurídicos a ele posteriores, havidos na relação patrimonial entre os conviventes, tal qual a aquisição do imóvel objeto do litígio, razão pela qual este não deve integrar a partilha. Inaplicabilidade, *in casu*, da Súmula 377 do STF, pois esta se refere à comunicabilidade dos bens no regime de separação legal de bens (prevista no art. 1.641, CC), que não é caso dos autos. O aludido verbete sumular não tem aplicação quando as partes livremente convencionam a separação absoluta dos bens, por meio de contrato antenupcial. Precedente” (STJ REsp 1.481.888/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 10.04.2018, *DJe* 17.04.2018). Como não poderia ser diferente, a afirmação vale para o casamento.

Esquematizando, a separação de bens, notadamente a de origem convencional, pode ser assim demonstrada:

Regime da separação de bens



De qualquer forma, seja na separação convencional, seja na legal, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos do seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (art. 1.688 do CC). Mesmo sendo clara a norma, no sentido de que cabe regra em contrário no pacto antenupcial, conclui-se que o pacto não pode trazer

situação de enorme desproporção, no sentido de que o cônjuge em pior condição financeira terá que arcar com todas as despesas da união. Este último caso, de patente onerosidade excessiva, gera a nulidade absoluta da cláusula constante da convenção antenupcial, pelo que prescreve o outrora comentado art. 1.655 do CC.

Como palavras finais, cabe aqui trazer a estudo outra questão de grande controvérsia. Fui consultado, no ano de 2016 pelo grande jurista belga Frederik Swennen, da Universidade de Antuérpia, sobre hipótese fática interessante, que dizia respeito à possibilidade ou não de se reconhecer a existência de uma sociedade de fato dentro do regime da separação convencional de bens no Brasil. Em outras palavras, mesmo tendo os cônjuges optado pelo regime da separação convencional de bens, por força de pacto antenupcial, seria viável, juridicamente, que alguns bens fossem partilhados, pela prova efetiva de uma sociedade de fato?

Pois bem, o tema sobre a viabilidade ou não de uma sociedade de fato dentro da separação convencional de bens é de grande debate nas Cortes Superiores brasileiras, existindo decisões nos dois sentidos no mesmo Superior Tribunal de Justiça.

Entendendo pela não comunicação de bens, com um voto vencido: “A cláusula do pacto antenupcial que exclui a comunicação dos aquestos impede o reconhecimento de uma sociedade de fato entre marido e mulher para o efeito de dividir os bens adquiridos depois do casamento. Precedentes” (STJ, REsp 404.088/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/ Acórdão Min. Humbert Gomes de Barros, j. 17.04.2007, *DJ* 28.05.2007, p. 320).

No entanto, em sentido contrário, colaciona-se: “O regime jurídico da separação de bens voluntariamente estabelecido é imutável e deve ser observado, admitindo-se, todavia, excepcionalmente, a participação patrimonial de um cônjuge sobre bem do outro, se efetivamente demonstrada, de modo concreto, a aquisição patrimonial pelo esforço comum, caso dos autos, em que uma das fazendas foi comprada mediante permuta com cabeças de gado que pertenciam ao casal” (STJ, REsp 286.514/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 02.08.2007, *DJ* 22.10.2007, p. 276).

Como se constata, os julgamentos que admitem a divisão de alguns bens

entendem que esta é possível desde que seja provado o efetivo esforço patrimonial comum, exatamente na mesma linha do que restou recentemente pacificado no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (EREsp 1.623.858/ MG, 2.^a Seção Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5.^a Região), j 23.05.2018, *DJe* 30.05.2018).

Prevalecendo a última solução, os bens e rendimentos que devem compor a sociedade de fato são aqueles que foram adquiridos pelo esforço de ambos os cônjuges, cabendo a prova por quem alega o direito no caso concreto. Não há uma simples meação, pois a solução se dá no campo do Direito das Obrigações, especialmente com a regra que veda o enriquecimento sem causa prevista no art. 884 do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido”. Reafirme-se, pois esse é um ponto fundamental, que cabe ao cônjuge que pretende a divisão o ônus de provar quais bens e rendimentos foram adquiridos com a sua ajuda efetiva.

Os bens que compõem essa sociedade de fato devem ser divididos de acordo com os esforços e contribuições patrimoniais de cada um dos cônjuges. A título de ilustração, se um imóvel foi adquirido com 70% de contribuição de uma parte e 30% de contribuição da outra, assim deve ser partilhado. Frise-se que não se trata propriamente de uma meação, regida pelo Direito de Família, mas de divisão de acordo com o que cada uma das partes efetivamente auxiliou na aquisição onerosa.

Outras regras e princípios servem como amparo para a conclusão seguida. Além da vedação do enriquecimento sem causa, podem ser mencionadas as disposições relacionadas à sociedade em comum. Conforme o art. 986 do Código Civil, “enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se-á a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples”. Em complemento, estabelece o art. 988 da mesma Lei Geral Privada que “os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, do qual os sócios são

titulares em comum”. Mais uma vez, deve ser firmada a premissa segundo a qual essa titularidade depende de prova de contribuição ou esforço para a aquisição dos bens.

Em complemento, a existência de uma sociedade de fato no regime da separação convencional de bens também decorre do princípio da boa-fé, retirado do art. 113 do Código Civil brasileiro, aplicável ao pacto antenupcial, *in verbis*: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Penso que um cônjuge que nega a divisão de bens adquiridos pela outra parte viola a cláusula geral de boa-fé objetiva, especialmente a confiança depositada pelo outro consorte (*Treu und Glauben*).

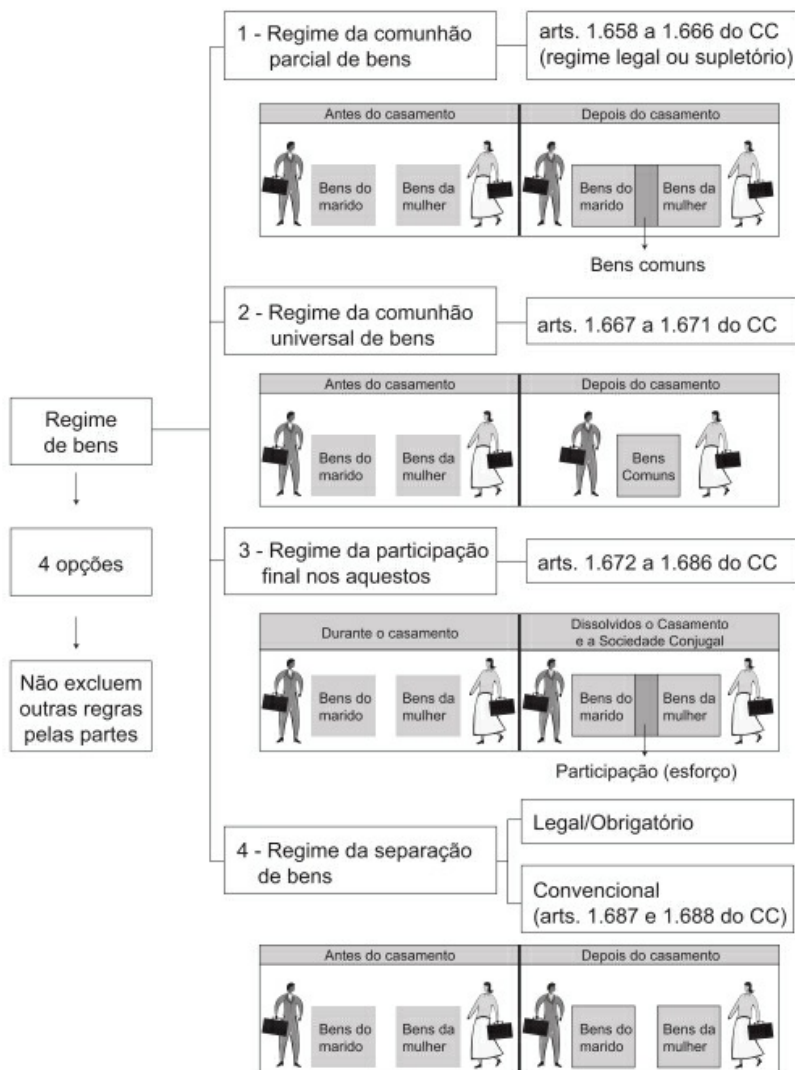
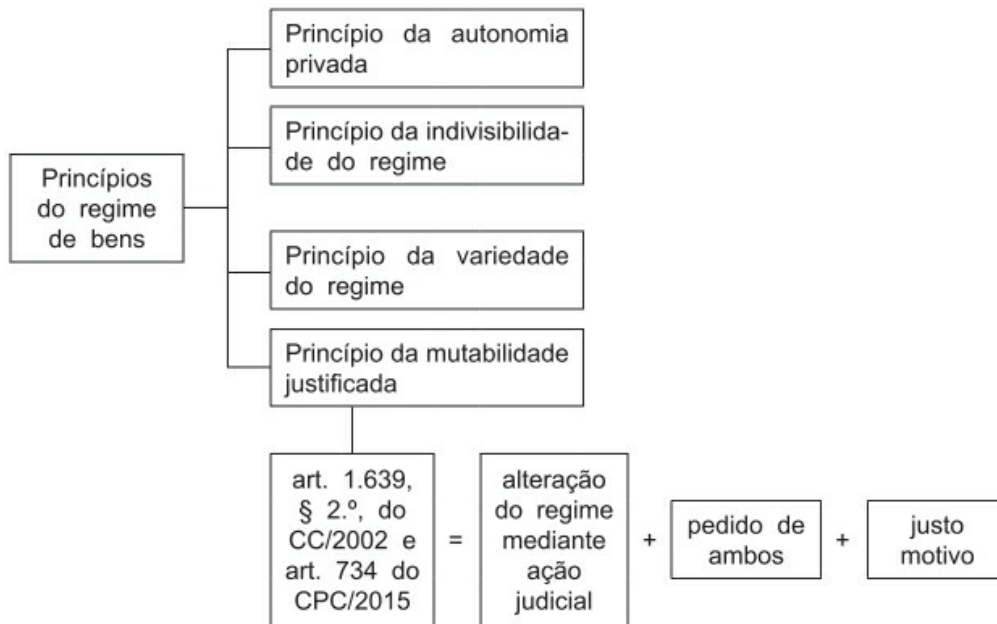
Por derradeiro, serve como argumento a proteção do direito de propriedade do cônjuge, sendo esse direito reconhecido pela Constituição Federal brasileira como um direito e garantia fundamental, conforme previsão constante do seu art. 5.º, inc. XXII. Nesse contexto de proteção do direito de propriedade, deve ser considerada a existência de um condomínio de fato entre os cônjuges, nos termos do que estabelecem os arts. 1.314 a 1.322 do Código Civil brasileiro.

Negar a partilha dos bens adquiridos pelo esforço patrimonial de um dos cônjuges, mesmo no regime da separação convencional de bens, viola o mandamento superior, que protege o direito subjetivo em questão.

Concluindo, existem muitos argumentos jurídicos para sustentar a possibilidade de existência de uma sociedade de fato dentro do regime da separação convencional de bens.

Com esse ponto encerra-se o estudo dos vários regimes de bens previstos pelo Código Civil brasileiro de 2002.

3.5 RESUMO ESQUEMÁTICO



3.6 QUESTÕES CORRELATAS

- 01. (MP/SE – CESPE/2010) Um casal realizou pacto antenupcial sobre regime de bens. Mais tarde esse pacto foi declarado nulo por defeito de forma. Nesse caso,**
- (A) vigorará o regime obrigatório de separação de bens.
 - (B) vigorará o regime da comunhão parcial de bens.
 - (C) os noivos deverão realizar novo pacto antenupcial.
 - (D) vigorará o regime da comunhão universal de bens.
 - (E) o casamento também será nulo.
- 02. (IX Procurador do Estado – GO) Assinale a alternativa correta:**
- (A) a afinidade na linha reta se extingue com a dissolução do casamento que a originou;
 - (B) são parentes em linha reta as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra;
 - (C) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento;
 - (D) o casamento celebrado por autoridade incompetente é anulável.
- 03. (Magistratura/PE – FCC/2011) Sendo o casamento realizado sob o regime da comunhão parcial de bens, entram na comunhão aqueles adquiridos na constância da sociedade conjugal,**
- (A) apenas a título oneroso por ambos os cônjuges.
 - (B) considerados instrumentos de profissão pertencentes a cada um dos cônjuges.
 - (C) pela herança recebida por qualquer dos cônjuges, salvo cláusula testamentária impondo incomunicabilidade.
 - (D) por doação a qualquer dos cônjuges.
 - (E) por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior.
- 04. (Ministério Público/PR – 2011) Arnaldo e Beatriz se casaram em 12 de fevereiro de 2001, pelo regime da comunhão parcial de bens. Do casamento resultou o nascimento de gêmeos, Cesar e Denise, ambos, hoje, com sete anos de idade. Arnaldo e Beatriz decidem dissolver a sociedade e o vínculo conjugal pelo divórcio, ante a insuportabilidade da vida em comum. Por ocasião do divórcio, optam por realizar a partilha dos bens. Diante desses fatos, assinale a alternativa correta:**
- (A) a guarda dos filhos do casal será necessariamente compartilhada se os pais não entrarem em acordo sobre o tema.
 - (B) caso não cheguem a um acordo sobre o divórcio, somente será possível a Arnaldo e Beatriz obterem a dissolução do vínculo conjugal se estiverem separados de fato há, pelos menos, um ano.

- (C) o divórcio do casal poderá ser realizado mediante escritura pública, em que deverá constar, necessariamente, a definição sobre a guarda e a visitação dos filhos, bem como a fixação da prestação alimentar a eles devida.
- (D) integrarão a comunhão e, portanto, deverão ser partilhados entre os divorciandos, os frutos advindos dos bens particulares de cada cônjuge, bem como os bens que em lugar de tais frutos tenham se sub-rogado.
- (E) supondo que seja fixada a guarda compartilhada, as crianças residirão, necessariamente, parte do tempo na residência do pai e parte do tempo na residência da mãe, não havendo necessidade, nesse caso, de fixação de verba alimentar a ser paga por qualquer dos pais.

05. (Ministério Público/SP – 2011) Um cônjuge, casado sob o regime de comunhão parcial de bens e em estado de solvência, firma contrato de fiança em favor de terceiro, sem a necessária outorga uxória. Pode(m) pedir a decretação de anulabilidade:

- (A) ambos os cônjuges e o afiançado.
- (B) o cônjuge que não firmou o contrato.
- (C) o cônjuge que firmou o contrato.
- (D) o cônjuge que firmou o contrato e o afiançado.
- (E) os credores do cônjuge que firmou o contrato.

06. (VUNESP – Magistratura/RJ – 2012) Assinale a alternativa correta.

- (A) No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.
- (B) No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, é vedada a convenção da livre disposição dos bens imóveis particulares, permissão concedida em se tratando de regime da separação convencional de bens.
- (C) No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final dos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis particulares, hipótese que não dispensa a outorga conjugal.
- (D) No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final dos aquestos, é obrigatória a convenção da livre disposição dos bens imóveis particulares, hipótese que não dispensa a outorga conjugal.

07. (MP/MS XXI) Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, qual o regime de bens que vigorará entre os cônjuges? Assinale a resposta CORRETA.

- (A) comunhão parcial;
- (B) separação de bens e total;
- (C) comunhão universal;
- (D) participação final nos aquestos.

08. (MP/MS XXI) Qual o tipo de regime de bens que é admissível a alteração, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros? Assinale a resposta CORRETA

- (A) comunhão parcial e participação final nos aquestos;
- (B) regime de comunhão universal;
- (C) regime de separação de bens;
- (D) todas as alternativas estão corretas.

09. (Defensoria Pública/SP – 2009) Assinale a alternativa INCORRETA

- (A) A pessoa casada no regime da comunhão parcial de bens não tem o direito de reivindicar contra parceiro amoroso eventual de seu cônjuge bem que este tenha adquirido com o fruto de patrimônio particular.
- (B) A doação de bem integrante do patrimônio conjugal pelo cônjuge infiel ao seu cúmplice pode ser anulada pelo cônjuge prejudicado até dois anos de dissolvida a sociedade conjugal.
- (C) Os bens adquiridos mediante o esforço conjunto dos concubinos, ainda que um deles seja casado e mantenha vida conjugal, devem ser objetos de partilha.
- (D) O cônjuge prejudicado por doação ou transferência de bens comuns só pode reivindicá-los se não estiver separado de fato há mais de cinco anos.
- (E) Os herdeiros necessários podem, até dois anos de dissolvida a sociedade conjugal, requerer a anulação da doação feita por cônjuge infiel ao seu cúmplice.

10. (182.º Juiz de Direito – TJSP – VUNESP) Com relação aos efeitos patrimoniais do casamento,

- (A) o regime de bens pode ser alterado a qualquer momento, bastando o acordo entre os cônjuges e a autorização judicial.
- (B) no regime da comunhão parcial, o aval, como a fiança, depende da concordância do cônjuge, sob pena de anulabilidade do ato, podendo o juiz supri-la se injustificável a recusa.
- (C) independentemente do regime de bens, a alienação de imóveis não pode ser realizada por um dos cônjuges sem autorização do outro.
- (D) se um dos cônjuges for incapaz, a alienação dos bens comuns pode ser feita pelo outro, independentemente de autorização judicial.

11. (DPE/TO – CESPE – 2013) Acerca do regime de bens entre cônjuges, assinale a opção correta.

- (A) O regime de comunhão universal implica a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceção, entre outras, dos bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.
- (B) O regime de participação final nos aquestos foi revogado do Código Civil, haja vista que o seu desuso desde a entrada em vigor do referido diploma legal demonstrou que os demais regimes de bens existentes eram suficientes para reger as relações patrimoniais entre os cônjuges.

- (C) No casamento celebrado sob o regime da separação de bens, enquanto não sobrevier a separação ou divórcio, a administração dos bens é conjunta dos consortes, que não poderão aliená-los ou gravá-los de ônus real sem a anuência do outro.
- (D) É obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; da pessoa maior de sessenta anos e, ainda, de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.
- (E) No regime de comunhão parcial de bens, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal na constância do casamento, denominados bens aquestos, sem qualquer exceção.

12. (MPDFT – 2013) Julgue os itens subsequentes, a respeito do direito de família, sob a ótica do Código Civil e a jurisprudência do STJ:

- I. A regra de separação obrigatória de bens prevista para casamentos se estende às uniões estáveis e deve ser aplicada em uniões com pessoas maiores de 70 anos.
- II. O cônjuge casado pelo regime da separação convencional de bens, por meio de pacto antenupcial, não é herdeiro necessário. Por isso, não tem direito à meação, tampouco à concorrência sucessória.
- III. É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, para os casamentos celebrados sob a égide do Código Civil atual, desde que o pedido seja acompanhado de provas concretas de prejuízo na manutenção do regime de bens originário.
- IV. Ocorre a curatela compartilhada quando for nomeado, por disposição testamentária, mais de um curador a uma pessoa incapaz, devendo, nesse caso, os curadores exercerem conjuntamente o múnus público de forma mais vantajosa para o curatelado.
- V. O regime de bens aplicável na união estável é o da comunhão parcial, pelo qual há comunicabilidade ou meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união. No entanto, exige-se, para tanto, prova de que a aquisição decorreu do esforço comum de ambos os companheiros.

Estão CORRETOS os itens:

- (A) I e II.
- (B) I, II e III.
- (C) II e III.
- (D) I, III e IV.
- (E) IV e V.

13. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJPB – IESES/2014) Sobre os regimes de bens no Brasil pode-se afirmar:

- I. No regime da separação de bens não se comunicam os adquiridos onerosamente na constância do casamento, salvo quando registrados na forma de condomínio.
- II. Na comunhão universal integram a massa de bens comuns os recebidos em doação ou sucessão ainda que por apenas um dos cônjuges.

III. No regime da participação final nos aquestos presumem-se da propriedade do cônjuge devedor os bens móveis.

IV. Na comunhão parcial de bens excluem-se da comunhão os frutos e rendimentos dos bens particulares.

- (A) Estão corretas apenas as assertivas I, II e III.
- (B) Estão corretas apenas as assertivas II, III e IV.
- (C) Estão corretas apenas as assertivas I e IV.
- (D) Todas as assertivas estão corretas.

14. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJPB – IESES/2014) Quanto ao pacto antenupcial, observe as afirmativas abaixo:

I. Deve ser feito por escritura pública ou escrito particular e anteceder à celebração do casamento.

II. Optando os nubentes pelo regime legal – comunhão parcial de bens –, não se mostra necessária a confecção de pacto antenupcial.

III. O regime de bens poderá ser alterado a qualquer tempo na vigência do casamento, mediante a confecção de nova escritura pública.

IV. O regime de bens determinado na escritura pública de pacto antenupcial somente se torna oponível a terceiros após registro, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

- (A) Estão corretas apenas as alternativas II, III e IV.
- (B) Estão corretas apenas as alternativas I, II e IV.
- (C) Estão corretas apenas as alternativas II e IV.
- (D) Estão corretas apenas as alternativas I e III.

15. (Analista Judiciário – Execução de Mandados/TJCE – CESPE/2014) No que diz respeito direito de família, assinale a opção correta, considerando o disposto no Código Civil.

- (A) O pacto antenupcial, ainda que não seja feito por escritura pública, é válido e mantém sua eficácia quando lhe seguir o casamento.
- (B) É vedado, em qualquer circunstância, o casamento de pessoa com menos de dezesseis anos de idade.
- (C) Independentemente do regime de bens adotado no casamento, nenhum cônjuge poderá alienar ou onerar bens imóveis sem a autorização do outro.
- (D) O casamento válido dissolve-se pela morte de um dos cônjuges, pelo divórcio ou pela nulidade ou anulação do casamento.
- (E) Os salários percebidos pelos cônjuges em contraprestação ao trabalho não se comunicam no regime de comunhão parcial.

16. (Magistratura/TJCE – FCC/2014) Analise as assertivas a seguir:

I. O pacto antenupcial não terá efeito perante terceiros senão depois de registrado em livro especial pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

II. É inalterável o regime de bens do casamento, ainda que mediante autorização judicial.

III. No regime da comunhão universal de bens só não se comunicam aqueles herdados ou recebidos por doação com cláusula de incomunicabilidade.

IV. No regime da comunhão parcial de bens não se comunicam as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal.

V. No regime de separação de bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Sobre o regime de bens do casamento, é correto o que se afirma APENAS em

(A) III, IV e V.

(B) I, III e V.

(C) I, IV e V.

(D) I, II e III.

(E) II, III e IV.

17. (Magistratura/TJPA – VUNESP/2014) Quanto ao regime de comunhão parcial de bens, correto dizer que são incomunicáveis, quando adquiridos na constância do casamento,

(A) os frutos dos bens particulares.

(B) as obrigações provenientes de atos ilícitos em proveito do casal.

(C) os prêmios de loteria recebidos por um dos cônjuges.

(D) as benfeitorias em bem particular.

(E) as quantias pagas pelo Estado ao cônjuge beneficiário de funcionário falecido.

18. (TJSC – FCC – Juiz Substituto – 2015) Analise as seguintes assertivas sobre o regime de bens do casamento.

I. No regime da comunhão parcial de bens excluem-se da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge.

II. No regime da separação de bens, salvo disposição em contrário no pacto antenupcial, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal apenas na proporção dos rendimentos de seu trabalho.

III. No regime da comunhão universal de bens, são excluídos da comunhão os bens herdados com cláusula de inalienabilidade.

IV. Nos regimes da comunhão parcial e da comunhão universal de bens, recusando-se um dos cônjuges à outorga para alienação de bem imóvel, cabe ao juiz supri-la, se não houver motivo justo para a recusa.

V. Salvo no regime da separação de bens, é nula a fiança concedida por um dos cônjuges sem autorização do outro.

É correto o que se afirma APENAS em

- (A) II, IV e V.
- (B) III, IV e V.
- (C) I, II e III.
- (D) II, III e IV.
- (E) I, III e IV.

19. (MPE/SP – MPE/SP – Promotor de Justiça – 2015) Sobre o regime de bens do casamento assinale a alternativa correta:

- (A) A Código Civil alterou o ordenamento jurídico brasileiro para impor o princípio da imutabilidade absoluta do regime matrimonial de bens.
- (B) É vedada qualquer modificação no regime de bens de casamento celebrado antes da vigência do Código Civil de 2002.
- (C) A alteração do regime de bens na união estável depende de homologação judicial e prévia oitiva do Ministério Público.
- (D) O regime da separação obrigatória de bens do casamento poderá ser alterado pelos nubentes com mais de 70 anos de idade.
- (E) Cessada a causa suspensiva da celebração do casamento, será possível aos cônjuges modificar o regime obrigatório de bens do casamento para o eleito pelo casal.

20. (TJRR – FCC – Juiz Substituto – 2015) Qualquer que seja o regime de bens do casamento tanto o marido quanto a mulher podem livremente

- (A) reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos.
- (B) alienar os bens imóveis gravados com cláusula de incomunicabilidade.
- (C) prestar fiança ou aval, desde que o valor por que se obriga não supere o de seus bens particulares.
- (D) comprar a crédito as coisas necessárias à economia doméstica, mas não poderão obter por empréstimo as quantias necessárias para sua aquisição.
- (E) propor ação de usucapião de bem imóvel.

21. (SEFAZ – PI – FCC – Auditor Fiscal da Fazenda Estadual – 2015) No regime da comunhão parcial de bens,

- (A) pode o cônjuge, sem autorização do outro, prestar aval, porém não fiança.
- (B) comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, ainda que por doação, porém não por sucessão.
- (C) não pode o cônjuge, sem autorização do outro, alienar bens imóveis, ainda que adquiridos antes do casamento.

- (D) comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento, ainda que por doação ou sucessão.
- (E) excluem-se da comunhão os bens adquiridos por fato eventual, a exemplo dos prêmios de loteria.

22. (TJSP – VUNESP – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2016) O pacto antenupcial, em essência, é um negócio

- (A) jurídico solene, de eficácia subordinada.
- (B) formal, extrajudicial e imutável.
- (C) jurídico solene, que produz efeitos logo após a ratificação do instrumento pelos cônjuges, devidamente orientados pelo Notário.
- (D) jurídico solene, de eficácia plena, desde sua celebração.

23. (DPE-BA – FCC – Defensor Público – 2016) João, atualmente com 20 anos de idade, foi diagnosticado com esquizofrenia. Em razão desta grave doença mental, João tem delírios constantes e alucinações, e apresenta dificuldades de discernir o que é real e o que é imaginário, mesmo enquanto medicado. Em razão deste quadro, em 2014, logo após completar 18 anos, sofreu processo de interdição, que culminou no reconhecimento de sua incapacidade para a prática de todos os atos da vida civil, sendo-lhe nomeado curador na pessoa de Janice, sua mãe. Entretanto, ele é apaixonado por Tereza e deseja com ela se casar. Afirmou que em sinal de seu amor, quer escolher o regime da comunhão total de bens. Levando em consideração o direito vigente, João

- (A) não poderá contrair matrimônio de forma válida e nem celebrar pacto antenupcial para a escolha do regime de bens ainda que tenha o consentimento de sua genitora, pois o casamento seria inexistente em razão de vício da vontade.
- (B) poderá contrair matrimônio de forma válida independentemente do consentimento de sua curadora, mas depende da sua assistência para celebrar validamente pacto antenupcial para a escolha do regime de bens.
- (C) poderá contrair matrimônio de forma válida e celebrar pacto antenupcial para a escolha do regime de bens, independentemente do consentimento de sua curadora.
- (D) não poderá contrair matrimônio de forma válida e nem celebrar pacto antenupcial para a escolha do regime de bens, ainda que contasse com o consentimento de sua curadora, pois o casamento será nulo de pleno direito por ausência de capacidade.
- (E) poderá contrair matrimônio de forma válida independentemente do consentimento de sua curadora, mas não poderá celebrar validamente pacto antenupcial para a escolha do regime de bens no caso, pois a lei impõe o regime da separação obrigatória à espécie.

24. (TJMG – CONSULPLAN – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2016) | que tange ao consentimento entre cônjuges para efeito de se tratar sobre direito real

imobiliário, julgue as afirmações seguintes:

I. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens.

II. Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens; que seja resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles; que seja fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família; e que tenha por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóvel de um ou de ambos os cônjuges.

III. Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composses ou de ato por ambos praticado.

IV. É dispensável o consentimento quando se tratar de relacionamento identificado e comprovado como união estável.

Está correto apenas o que se afirma em:

(A) I, II e III.

(B) II, III e IV.

(C) I e II.

(D) III e IV.

25. (MPE-RO /FMP Concursos – Promotor de Justiça Substituto – 2017) De acordo com o Código Civil, no que concerne ao regime de bens entre os cônjuges, assinale a alternativa correta.

(A) É obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 60 anos.

(B) É obrigatório o regime da separação de bens no casamento de todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.

(C) No regime de comunhão parcial, comunicam-se as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

(D) No regime de comunhão parcial, excluem-se da comunicação os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior.

(E) No regime de comunhão parcial, excluem-se da comunicação as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge.

26. (TJRO – IESES – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provisão – 2017) E relação aos regimes de bens, responda de acordo com o Código Civil:

I. O regime legal supletivo é o da comunhão parcial de bens.

II. Os menores de 18 anos que não são emancipados devem casar no regime de separação obrigatória de bens.

III. A escolha do regime matrimonial diferente do legal pode ser feita por pacto antenupcial, em documento público ou particular.

Assinale a alternativa correta:

(A) Apenas a assertiva I é verdadeira.

- (B) Apenas as assertivas I e II são verdadeiras.
- (C) Todas as assertivas são verdadeiras.
- (D) Apenas as assertivas I e III são verdadeiras.

27. (TJMG – CONSULPLAN – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimto – 2017) José casou-se com Maria, adotando o casal regime de comunhão parcial de bens e, já casados, Maria comprou e quitou um veículo. Na constância do casamento, José veio a ser condenado civilmente em danos morais por agressão física a terceira pessoa. A vítima da agressão, na execução da sentença, pediu a penhora de 50% do carro de Maria, já que não encontrou nenhum bem em nome de José para garantir a condenação. É correto afirmar que:

- (A) Como o ato ilícito foi cometido na constância do casamento e da mesma forma a compra do carro, o veículo de Maria pode ter 50% penhorado para satisfazer a dívida de seu marido.
- (B) A penhora deve ser indeferida, já que a obrigação é proveniente de ato ilícito e não foi em proveito do casal.
- (C) A comunhão de bens do casal adquiridos na constância do casamento somente é aplicada para casos que envolvam imóveis, de forma que não pode ser a penhora realizada.
- (D) A penhora pode ser efetuada nos 50% que seria a meação do marido, em razão do regime de casamento e da data da aquisição do bem, já que se trata de obrigação decorrente de sentença judicial e a questão de bens entre marido e mulher não pode prejudicar direito do credor.

28. (TJ-RS – Juiz de Direito Substituto – VUNESP – 2018) Joaquina nasceu com o diagnóstico de síndrome de Down; aos 18 anos, conheceu Raimundo e decidiu casar. Os pais de Joaquina declararam que somente autorizam o casamento se este for celebrado sob o regime da separação convencional de bens, tendo em vista que a família é possuidora de uma grande fortuna e Raimundo é de origem humilde. Joaquina, que tem plena capacidade de comunicação, não aceitou a sugestão dos pais e deseja casar sob o regime legal (comunhão parcial de bens). Assinale a alternativa correta.

- (A) Para que possa casar sob o regime da comunhão parcial de bens, deverá Joaquina ser submetida, mesmo contra sua vontade, ao procedimento de tomada de decisão apoiada.
- (B) Joaquina poderá casar sob o regime de bens que melhor entender, tendo em vista que é dotada de plena capacidade civil.
- (C) O juiz deverá nomear um curador para que possa analisar as pretensões do noivo em relação a Joaquina e decidir acerca do melhor regime patrimonial para o casal.
- (D) Joaquina é relativamente incapaz e deve ser assistida no ato do casamento que somente pode ser celebrado sob o regime da separação legal.
- (E) Joaquina somente poderá casar se obtiver autorização dos pais que poderá ser suprida pelo juiz ouvido o Ministério Público.

29. (MPE-PI – Analista Ministerial – Área Processual – CESPE – 2018) Julgue o item a seguir acerca de direitos da personalidade, de registros públicos, de obrigações e de bens.

Para que tenham efeitos perante terceiros, as convenções antenupciais que disponham sobre regime de bens devem ser registradas pelo oficial do cartório de registro de imóveis do domicílio conjugal.

- () Certo
() Errado

30. (FGV – 2018 – TJ-SC – Analista Jurídico) Marta e Rodrigo, ambos com 40 anos, pretendem contrair matrimônio. Com esse objetivo, dirigem-se ao cartório de notas e solicitam a elaboração de pacto antenupcial, por meio do qual desejam estipular que apenas os bens adquiridos após cinco anos de casamento sejam comunicados. Quanto aos bens adquiridos antes do referido termo, deverão observar o regime da separação total. Na hipótese, essas disposições:

- (A) são nulas, pois se trata de fraude ao regime legal;
(B) são válidas, visto ser livre convencionar o regime de bens;
(C) devem ser interpretadas unicamente como regime de separação de bens;
(D) podem ser objeto de conversão e adaptadas ao regime da comunhão parcial;
(E) são válidas, desde que nenhum bem seja adquirido nos primeiros cinco anos.

31. (IESES – 2018 – TJ-CE – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provedor) Sobre o regime de bens no casamento, responda as questões:

- I. As pessoas divorciadas, que ainda não realizaram a partilha dos bens do casamento anterior, estão sujeitas ao regime de separação legal de bens.
II. No regime de comunhão universal não se comunicam os bens doados com cláusula de incomunicabilidade, nem os frutos destes bens.
III. No regime de separação de bens, ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.

Assinale a correta:

- (A) Todas as assertivas são verdadeiras.
(B) Todas as assertivas são falsas.
(C) Apenas as assertivas I e III são verdadeiras.
(D) Apenas a assertiva II é verdadeira.

32. (IESES – 2018 – TJ-AM – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção) obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

- I. De todos os que dependerem, para casar, de suprimimento judicial.
II. Da pessoa maior de 70 (setenta) anos.

III. Das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento.

IV. De pessoas maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, em que os pais não autorizem o casamento.

A sequência correta é:

- (A) Apenas as assertivas I e II estão corretas.
- (B) As assertivas I, II, III e IV estão corretas.
- (C) Apenas as assertivas II e IV estão incorretas.
- (D) Apenas a assertiva IV está correta.

33. (MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto – MPE-SP – 2017) A legislação brasileira, quanto a regime de comunhão universal entre cônjuges, determina que são

- (A) incluídos na comunhão universal as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos ou reverterem em proveito comum.
- (B) incluídos na comunhão universal os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento.
- (C) excluídos da comunhão universal todos os bens anteriores ao casamento, pois apenas os bens que forem adquiridos a partir da celebração do casamento se comunicam integralmente.
- (D) excluídos da comunhão universal joias pessoais e prêmios personalíssimos havidos ou recebidos por um dos cônjuges antes ou durante o casamento.
- (E) excluídos da comunhão universal os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar.

34. (VUNESP – 2018 – PC-SP – Delegado de Polícia) Maria propôs ação de divórcio em face de João e ambos, já divorciados, estão aguardando a homologação da partilha dos bens do casal. Nesse período, Maria conhece José e decidem se casar. Sobre o caso hipotético assinale a alternativa correta.

- (A) Os colaterais de terceiro grau de José, consanguíneos ou afins, podem arguir o fato de que Maria é divorciada e a partilha de bens dela e de João ainda não foi homologada.
- (B) Maria e José podem celebrar o casamento, desde que com o regime de separação obrigatória de bens.
- (C) Se o oficial de registro tiver conhecimento de que a partilha de bens de Maria e João ainda não foi homologada, ele é obrigado a declarar o impedimento.
- (D) Ainda que Maria prove a inexistência de prejuízo de João, o juiz não poderá autorizar o casamento de Maria e José até que a partilha de bens seja homologada.
- (E) Qualquer pessoa relativamente incapaz pode declarar o impedimento do casamento de Maria ao momento da celebração.

GABARITO

01 – B	02 – C	03 – E
04 – D	05 – B	06 – A
07 – A	08 – D	09 – A
10 – B	11 – A	12 – A
13 – A	14 – C	15 – E
16 – C	17 – E	18 – E
19 – E	20 – A	21 – C
22 – A	23 – B	24 – A
25 – B	26 – A	27 – B
28 – B	29 – CERTO	30 – B
31 – C	32 – B	33 – E
34 – B		



DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO E DA SOCIEDADE CONJUGAL. ANÁLISE COM A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 E COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Sumário: 4.1 Introdução. Conceitos iniciais. O sistema introduzido pelo Código Civil de 2002 e as alterações fundamentais instituídas pela EC 66/2010. A infeliz reafirmação da separação de direito pelo Novo CPC. Análise crítica – 4.2 Questões pontuais relativas ao tema da dissolução da sociedade conjugal e do casamento após a Emenda Constitucional 66/2010: 4.2.1 O fim da separação de direito em todas as suas modalidades e a manutenção da separação de fato. Aprofundamentos necessários; 4.2.2 Preservação do conceito de sociedade conjugal. A situação das pessoas separadas juridicamente antes da EC 66/2010; 4.2.3 A existência de modalidade única de divórcio. Fim do divórcio indireto. Regras fundamentais quanto ao divórcio extrajudicial; 4.2.4 Da possibilidade de se discutir culpa para o divórcio do casal. Do julgamento parcial de mérito nas ações de divórcio (art. 356 do Novo CPC); 4.2.5 A questão do uso do nome pelo cônjuge após a EC 66/2010; 4.2.6 O problema da guarda na dissolução do casamento. Análise atualizada com a EC 66/2010 e com a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/2014). A guarda de animais de estimação e a aplicação das mesmas regras previstas para os filhos. Visão crítica; 4.2.7 Alimentos na dissolução do casamento e a EC 66/2010. O problema dos alimentos pós-divórcio; 4.2.8 A responsabilidade civil em decorrência da dissolução do casamento – 4.3 Resumo esquemático – 4.4 Questões correlatas – Gabarito.

4.1 INTRODUÇÃO. CONCEITOS INICIAIS. O SISTEMA INTRODUZIDO PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E AS ALTERAÇÕES FUNDAMENTAIS INSTITUÍDAS PELA 66/2010. A INFELIZ REAFIRMAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE DIREITO PELO NOVO CPC. ANÁLISE CRÍTICA

O estudo do fim da sociedade conjugal e do casamento é um dos temas mais relevantes para a prática do Direito de Família. Deve ser esclarecido que, reconhecido o casamento homoafetivo como entidade familiar, na linha das mais recentes decisões superiores e da regulamentação administrativa pelos Tribunais Estaduais, as regras aqui expostas a tal entidade também são incidentes.

O presente capítulo recebeu um novo redimensionamento, diante das inúmeras questões práticas surgidas nos últimos anos e da entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como *Emenda do Divórcio*. Anote-se que a então Proposta de Emenda Constitucional 28/2009 recebeu no seu trâmite várias numerações, como PEC 413/2005 e PEC 33/2007, tendo sido a última proposta elaborada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, com o auxílio teórico e técnico dos juristas que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

A referida Emenda Constitucional, aprovada sob o número 66/2010, representa uma verdadeira *revolução* para o Direito de Família brasileiro, como já se pôde perceber da leitura dos capítulos anteriores deste trabalho. A visualização concreta de seus impactos somente é possível com a devida confrontação com o sistema introduzido pelo Código Civil de 2002, para que se verifiquem quais categorias foram extintas e quais permanecem no Direito de Família nacional.

Também é necessário confrontar a Emenda do Divórcio com a emergência do Novo Código de Processo Civil, que reafirmou a separação judicial e a extrajudicial em vários de seus dispositivos, infelizmente. Vejamos como era a redação original do art. 226, § 6.º, da Constituição Federal de 1988, e como ficou o comando legal com a aprovação da *Emenda do Divórcio*, que entrou em vigor no País em 13 de julho de 2010:

Art. 226, § 6.º, da CF/1988 – redação original	Art. 226, § 6.º, da CF/1988 – redação atual
"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".	"O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio".

A inovação tem aplicação imediata, como norma constitucional autoexecutável. Assim, não há a necessidade de qualquer *ponte infraconstitucional* para a sua eficácia, o que está de acordo com a doutrina que reconhece a *força normativa da Constituição*. Nesse sentido, cumpre destacar as palavras de Paulo Lôbo, em artigo científico sobre o tema: “no direito brasileiro, há grande consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da força normativa própria da Constituição. Sejam as normas constitucionais regras ou princípios não dependem de normas infraconstitucionais para estas prescreverem o que aquelas já prescreveram. O § 6.º do art. 226 da Constituição qualifica-se como norma-regra, pois seu suporte fático é precisamente determinado: o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, sem qualquer requisito prévio, por exclusivo ato de vontade dos cônjuges” (Divórcio... Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 17 fev. 2010).

Constata-se que apenas houve alteração no Texto Maior, sem qualquer modificação ou revogação de dispositivos do Código Civil ou de leis específicas, cabendo à doutrina e à jurisprudência apontar quais construções jurídicas ainda persistem, por estarem de acordo com a nova redação da Norma Fundamental. Portanto, a par dessa realidade, grandes são os desafios para a civilística nacional brasileira, o que pode ser percebido pelos anos iniciais de vigência da alteração.

Como primeiro e fulcral impacto da *Emenda do Divórcio* a ser apontado, verifica-se que não é mais viável juridicamente a separação de direito, a englobar a separação judicial e a separação extrajudicial, banidas totalmente do sistema jurídico. A partir das lições de Paulo Lôbo, extraídas do texto por último citado, verifica-se

que os fins sociais da norma, nos termos do art. 5.º da Lei de Introdução, são de justamente colocar fim à categoria. Pensar de forma contrária torna totalmente inútil o trabalho parlamentar de reforma da Constituição Federal. Vejamos trecho do estudo do jurista, *mentor intelectual* da Emenda do Divórcio, que merece especial destaque:

“No plano da interpretação teleológica, indaga-se quais os fins sociais da nova norma constitucional. Responde-se: permitir sem empecos e sem intervenção estatal na intimidade dos cônjuges, que estes possam exercer com liberdade seu direito de desconstituir a sociedade conjugal, a qualquer tempo e sem precisar declinar os motivos. Consequentemente, quais os fins sociais da suposta sobrevivência da separação judicial, considerando que não mais poderia ser convertida em divórcio? Ou ainda, que interesse juridicamente relevante subsistiria em buscar-se um caminho que não pode levar à dissolução do casamento, pois o divórcio é o único modo que passa a ser previsto na Constituição? O resultado da sobrevivência da separação judicial é de palmar inocuidade, além de aberto confronto com os valores que a Constituição passou a exprimir, expurgando os resíduos de *quantum* despótico: liberdade e autonomia sem interferência estatal.

Ainda que se admitisse a sobrevivência da sociedade conjugal, a nova redação da norma constitucional permite que os cônjuges alcancem suas finalidades, com muito mais vantagem. Por outro lado, entre duas interpretações possíveis, não poderia prevalecer a que consultasse apenas o interesse individual do cônjuge que desejasse instrumentalizar a separação para o fim de punir o outro, comprometendo a boa administração da justiça e a paz social. É da tradição de nosso direito o que estabelece o art. 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil: na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. O uso da justiça para punir o outro cônjuge não atende aos fins sociais nem ao bem comum, que devem iluminar a decisão judicial sobre os únicos pontos em litígio, quando os cônjuges sobre eles não transigem: a guarda e a proteção dos filhos menores, os alimentos que sejam devidos, a continuidade ou não do nome de

casado e a partilha dos bens comuns” (LÔBO, Paulo. Divórcio... Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 17 fev. 2010).

Não é diferente a dedução de Zeno Veloso, que assim resume seu parecer: “numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, § 6.º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estatura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota de colisão com o dispositivo constitucional superveniente” (VELOSO, Zeno. O novo divórcio.. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=661>>. Acesso em: 14 ago. 2010).

Na mesma linha, os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho: “em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem força jurídica as regras legais sobre separação judicial, instituto que passa a ser extinto no ordenamento jurídico, seja pela revogação tácita (entendimento consolidado no STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos)” (*Novo curso...*, 2011, p. 547). Filia-se ao pensamento dos doutrinadores, ou seja, os dispositivos infraconstitucionais que tratam da separação de direito devem ser tidos como revogados tacitamente.

Destaque-se que esse também é o entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira (*Divórcio...*, 2010, p. 26-31) e Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2010, p. 300-301), dois dos maiores expoentes do IBDFAM. Igualmente, Rolf Madaleno sustenta que “Verdadeiramente não mais subsistem razões para a legislação brasileira manter no sistema jurídico brasileiro a dualidade de procedimentos, primeiro passando pela dissolução da sociedade e depois pela dissolução do vínculo conjugal, senão o de

forçar os cônjuges à duplicidade de procedimentos, requerendo por duas vezes a ruptura oficial do mesmo casamento” (MADALENO, Rolf *Curso...*, 4. ed., 2011, p. 196).

Do mesmo modo, Álvaro Villaça Azevedo conclui pelo fim da separação de direito, que para ele não teria mais justificativa teórica e prática. Vejamos suas palavras:

“A grande maioria dos juristas tem entendido que, com a edição da PEC do divórcio, extinguiu-se a separação judicial. Este é o meu entendimento.

Estaríamos, agora, como o sistema japonês que só admite o divórcio. Contudo, há quem entenda que a PEC existiu só para a extinção dos prazos constantes no § 6.º do art. 226 da Constituição Federal não tendo ela objetivado a extinção da separação, que não poderia ser extinta tacitamente. Todavia a Emenda constitucional é claríssima ao assentar que ‘O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio’. Em verdade, a PEC existiu para instituir, no direito Brasileiro, o divórcio direto.

Cogita-se, entretanto, que podem os cônjuges preferir sua separação judicial, por exemplo, os católicos, à moda da separação temporal admitida pelo Código Canônico. Sim, porque, se o católico levar a sério suas crenças religiosas, não poderá pretender o divórcio. Não é o que geralmente acontece. Nesse caso, deve o religioso permanecer em separação de fato.

Todavia, para que exista, excepcionalmente, a separação de fato dos cônjuges, é preciso que ambos manifestem-se nesse sentido, pois um pretendendo o divórcio não poderá ser obstado pelo outro na realização desse direito potestativo” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Emenda... Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/villaca_emenda.doc>.

Acesso em: 10 jan. 2011).

Por fim, as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, para quem “com o advento da aludida Emenda Constitucional, a separação foi suprimida do ordenamento jurídico pela necessidade de intervenção mínima do Estado na vida

privada, permitindo-se aos interessados a dissolução do casamento, independentemente de prazos” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelso *Curso...*, 2012, p. 415). Os autores citados sustentam a não recepção pelo Texto Constitucional das normas infraconstitucionais que tratam da separação judicial e da separação extrajudicial.

Da hermenêutica constitucional contemporânea, podem ser citados três princípios, apontados por J. J. Gomes Canotilho, que conduzem à mesma conclusão pelo fim da separação jurídica:

- *Princípio da máxima efetividade ou da eficiência* – “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais” (CANOTILHO, J. J. Gomes *Direito...*, p. 1.224). Manter a burocracia no fim do casamento, com o modelo bifásico (separação e divórcio), não traz essa eficácia pretendida.
- *Princípio da força normativa da Constituição* – “na solução dos problem jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental. Consequentemente dever dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a ‘actualização’ normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência” (CANOTILHO, J. J. Gomes *Direito...*, p. 1.226). A manutenção da separação de direito viola esse princípio, pois colide com a *otimização da emenda* e com a ideia de atualização do Texto Maior.
- *Princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição* – “no caso de normas polissémicas ou plurissignificativas deve dar-se

preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição” (CANOTILHO, J. J. Gomes *Direito...*, p. 1.226). Em conformidade com a CF/1988, não há mais sentido prático na manutenção da separação.

Destaque-se a existência de julgados estaduais que aplicam a premissa do fim da separação de direito, notadamente da separação judicial. De início, cumpre colacionar ementa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“Civil. Divórcio litigioso. Extinção sem julgamento do mérito. Artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Ausência de trânsito em julgado da separação judicial. EC 66/2010. Supressão do instituto da separação judicial. Aplicação imediata aos processos em curso. A aprovação da PEC 28 de 2009, que alterou a redação do artigo 226 da Constituição Federal, resultou em grande transformação no âmbito do direito de família ao extirpar do mundo jurídico a figura da separação judicial. 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 feitos de separação em curso. Apelo conhecido e provido” (TJDF, Recurso 2010.01.1.064251-3, Acórdão 452.761, 6.^a Turma Cível, Rel. Des. Ana Maria Duarte Amarante Brito *DJDFTE* 08.10.2010, p. 221).

Além dessa decisão, merece relevo o acórdão da 8.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido no Agravo de Instrumento 990.10.357301-3, em 12 de novembro de 2010, e que teve como relator o Des. Caetano Lagrasta. O julgado foi assim ementado: “Separação judicial. Pedido de conversão em divórcio. Emenda Constitucional n. 66/2010. Aplicação imediata e procedência do pedido. Determinação de regular andamento do feito em relação aos

demais capítulos. Recurso provido”. No corpo do seu voto, preleciona o magistrado relator que, “com a promulgação da Emenda Constitucional n. 66/2010, e a nova redação do § 6.º do art. 226 da CF, o instituto da separação judicial não foi recepcionado, mesmo porque não há direito adquirido a instituto jurídico. A referida norma é de aplicabilidade imediata e não impõe condições ao reconhecimento do pedido de divórcio, sejam de natureza subjetiva – relegadas para eventual fase posterior à discussão sobre culpa – ou objetivas – transcurso do tempo”. Com conclusão no mesmo sentido, do próprio Tribunal Paulista, mais recentemente: TJSP, Agravo de instrumento 20715437820138260000, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 1.º.04.2014, Data de Publicação 03.04.2014; e TJSP Apelação 0000527-41.2009.8.26.0032, Acórdão 5645955, Araçatuba, 4.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Quadros, j. 19.01.2012, *DJESP* 07.02.2012.

Igualmente entendendo pelo fim da separação de direito, cumpre colacionar decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, que assim conclui:

“Com o advento da Emenda Constitucional n.º 66, de 13/07/2010, que alterou o art. 226, § 6.º, da Constituição Federal, houve uma verdadeira revolução no instituto do divórcio, que passou a ser considerado um verdadeiro direito, pondo fim à separação judicial e eliminando qualquer prazo para dissolução do vínculo matrimonial. A Emenda Constitucional n.º 66/2010, entrou imediatamente em vigor com a sua publicação, tornando-se impertinentes e desnecessárias quaisquer discussões acerca do requisito, outrora existente, de lapso temporal superior a dois anos para pleitear-se a dissolução do casamento civil, através do divórcio direto” (TJBA, Apelação Cível 0004074-23.2005.805.0256.0 – Teixeira de Freitas, Número do Processo: 0004074-2/2005, 5.ª Câmara Cível, Rel. Emilio Salomão Pinto Reseda, j. 25.01.2011).

Na mesma esteira, destacado acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais deduzindo que, “com a Emenda Constitucional n.º 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.P. (...)” (TJMG, Apelação Cível 1.0079.08.405935-5/001, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, Rel. p Acórdão Fernando Botelho, public. 11.05.2011).

No plano superior, de voto prolatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão no Superior Tribunal de Justiça pode ser extraído trecho com a seguinte manifestação acidental: “assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do § 1.º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n.º 66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial” (STJ, REsp 912.926/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.02.2011 *DJe* 07.06.2011). Em outro julgado, seguiu anteriormente a mesma trilha a Ministra Isabel Galotti, em decisão monocrática: “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 direito à ruptura do vínculo conjugal” (STJ, Documento: 40398425, *DJE* 22.10.2014). Em suma, também naquela Corte Superior podiam ser encontradas decisões que seguiam a linha defendida por este autor.

Porém, infelizmente, em contestado aresto de março de 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acabou por concluir que o instituto da separação judicial remanesce no ordenamento jurídico nacional. Conforme a ementa, “a separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III, e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1.571, IV, e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos. A Emenda Constitucional n.º 66/2010 não revogou os artigos do

Código Civil que tratam da separação judicial” (STJ, REsp 1.247.098/ MS, 4 Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.03.2017, *DJe* 16.05.2017).

Como não poderia ser diferente, o presente autor filia-se ao voto vencido do Ministro Salomão, em especial pelas citações à nossa posição e de muitos outros juristas como Luiz Edson Fachin, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, Zeno Veloso, Álvaro Villaça Azevedo, Maria Berenice Dias, Cristiano Chaves, Nelson Rosendal, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho e Daniel Amorim Assumpção Neves; este último com o forte argumento de que o Novo CPC não poderia ter repristinado a separação de direito, como ainda será desenvolvido.

Cerca de cinco meses depois, mais uma vez lamentavelmente, fez o mesmo a Terceira Turma da Corte, ao julgar que “a dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos. A Emenda à Constituição n.º 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei n.º 13.105/2015). A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato” (STJ, REsp 1.431.370/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 15.08.2017, *DJe* 22.08.2017). Essa votação foi unânime.

Apesar do surgimento desses acórdãos, manterei a minha posição até o presente momento defendida. Em suma, apesar dos recentes arestos superiores, este autor compartilha do entendimento de extinção da separação de direito no Direito de Família brasileiro, conforme consta das decisões destacadas. Assim sendo, com pouco mais de dois anos de sua entrada em vigor, perde efetividade a separação de direito por escritura pública, pela via administrativa, estando revogados nessa parte a

anterior Lei 11.441/2007 e o art. 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, pois não recepcionados pelo novo Texto Constitucional.

De toda sorte, anote-se que também o Conselho Nacional de Justiça não acatou o pedido do IBDFAM de alteração de pontos da sua Resolução n. 35, que regula os atos notariais decorrentes da Lei 11.441/2007. O Conselho Nacional de Justiça decidiu, em 12 de agosto de 2010, pela exclusão do art. 53 – que previa o lapso temporal de dois anos para o divórcio extrajudicial –, e conferiu nova redação ao art. 52, retirando a menção aos prazos mínimos. Rejeitou, contudo, a supressão dos artigos que tratavam da separação consensual, decidindo: “nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria”; (...) “tem-se que, mesmo com o advento da Emenda n. 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação” (Pedido de Providências 00005060-32.2010.2.00.0000). Anote-se que tal decisão administrativa foi citada no recente julgamento da Terceira Turma do STJ, quando da análise do Recurso Especial 1.431.370/SP, em agosto de 2017, deduzindo pela manutenção da separação de direito.

De fato, sempre existiram juristas favoráveis à manutenção da separação de direito no sistema, caso de Mário Luiz Delgado (*A nova..., Separação*, 2011, p. 25-48); Luiz Felipe Brasil Santos (Emenda..., disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 15 dez. 2010); João Baptista Villela (conforme entrevista dada ao *Jornal Carta Forense*, com o título: Emenda..., disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>>. Acesso em: 15 dez. 2010); Regina Beatriz Tavares da Silva (*A emenda...*, 2011); Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes, Heloísa Helena Barboza (*Código Civil...*, 2014, v. IV, p. 129); e Maria Helena Diniz (*Manual...*, 2011, p. 460).

Destaque-se o posicionamento da última jurista, que, apesar de entender pela permanência no sistema das normas que tratam da separação de direito, acredita na possibilidade de as referidas normas perderem eficácia social, caindo em desuso (*desuetudo*). A prática tem realmente demonstrado tal realidade, uma vez que diminuíram significativamente nos últimos anos as demandas de separação judicial.

Para essa corrente, a Emenda Constitucional 66/2010 não alterou a ordem

infraconstitucional, havendo necessidade de normas para regulamentá-la. Com o devido respeito, a tese parece desprezar todo o trabalho de alteração constitucional, tornando-o inútil. Além disso, a dedução desconsidera a *força normativa da Constituição* e toda a evolução engendrada pelo Direito Civil Constitucional, especialmente os princípios e regramentos de hermenêutica constitucional ora ventilados.

Consigne-se que na *V Jornada de Direito Civil*, em 2011, foram aprovados enunciados doutrinários que concluíram pela manutenção da separação de direito no sistema jurídico nacional. Vejamos, de forma detalhada:

- – “A Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial” (Enunciado n. 514).
- “Pela interpretação teleológica da Emenda Constitucional 66/2010, não há prazo mínimo de casamento para a separação consensual” (Enunciado n. 515).
- “Na separação judicial por mútuo consentimento, o juiz só poderá intervir limite da preservação do interesse dos incapazes ou de um dos cônjuges, permitida a cindibilidade dos pedidos, com a concordância das partes, aplicando-se esse entendimento também ao divórcio” (Enunciado n. 516).
- “A Emenda Constitucional 66/2010 extinguiu os prazos previstos no art. 1.580 do Código Civil, mantido o divórcio por conversão” (Enunciado n. 517).

No que concerne aos enunciados doutrinários transcritos, é forçoso concluir que não deveriam sequer ter sido votados, por encerrarem tema controverso, de grande debate na doutrina e na jurisprudência nacionais. As *Jornadas de Direito Civil* têm o condão de demonstrar o pensamento consolidado da civilística nacional, o que não foi atendido pelas ementas transcritas. Fugiu-se, portanto, dos objetivos desse grande evento brasileiro, o mais importante da área do Direito Privado em nosso país. Por outro viés, tem-se ouvido no meio jurídico que os malfadados enunciados, ao deduzirem pela manutenção da separação de direito, constituem um total retrocesso, o

que é compartilhado por este autor.

Curiosamente, quando da *VI Jornada de Direito Civil*, realizada em março de 2013, Rodrigo da Cunha Pereira propôs enunciado com a seguinte redação: “Por uma interpretação lógica, sistemática, teleológica, histórica e social, a Emenda Constitucional 66/2010 que instituiu o Divórcio Direto no ordenamento jurídico revogou a separação judicial do cenário infraconstitucional, eliminando prazos desnecessários e acabando com a discussão da culpa quando da dissolução do vínculo conjugal”. A proposta sequer foi votada, por decisão dos juristas que coordenavam a citada comissão. Infelizmente, o mesmo ocorreu em 2015 e em 2018, quando da *VII e VIII Jornadas de Direito Civil*.

No plano jurisprudencial estadual, adotando a ideia de manutenção do sistema anterior, já existiam julgados do Tribunal Gaúcho, como a seguir transcrito:

“Separação judicial. Viabilidade do pedido. Não obrigatoriedade do divórcio para extinguir a sociedade conjugal. 1. A Emenda Constitucional n.º 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais poderá ser afastada. Recurso provido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70039285457, Comarca de Sapiranga, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 1.º.11.2010).

As decisões do Tribunal do Rio Grande do Sul causam estranheza, eis que a Corte é conhecida por adotar os novos conceitos e paradigmas do Direito de Família

Brasileiro. Em suma, ao decidir que a separação de direito subsiste no sistema, a Corte parece retroceder.

Outros acórdãos dos Tribunais Estaduais acabam concluindo do mesmo modo, ou seja, pela manutenção do instituto (a ilustrar: TJMG, Apelação Cível 1.0028.11.003549-1/001, Rel. Des. Afrânio Vilela, j. 05.03.2013, *DJEMG* 15.03.2013; TJDF, Recurso 2011.00.2.017591-2, Acórdão 580.194, 3.^a Turma Cível, Rel. Des. Mario-Zam Belmiro, *DJDFTE* 24.04.2012, p. 126; TJES, Apelação Cível 0010440-97.2009.8.08.0048, 3.^a Câmara Cível, Rel. Des. Dair José Bregunçe da Oliveira, j. 06.11.2012, *DJES* 14.11.2012; TJGO, Apelação Cível 132885-56.2008.8.09.0006, Anápolis, Rel. Des. Norival Santome, *DJGO* 19.11.2012, p. 344; e TJSC, Apelação Cível 2011.052992-0, Forquilha, 2.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 26.09.2011, *DJSC* 05.10.2011, p. 213). A controvérsia jurisprudencial demonstra que a questão está longe de ser estabilizada, ainda mais com o surgimento do recente aresto superior, que seguiu essa corrente de manutenção do instituto da separação de direito (STJ, REsp 1.247.098/MS, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.03.2017, *DJe* 16.05.2017).

O melhor caminho para afastar a incerteza, sem dúvida, é a promulgação de uma lei regulamentando a Emenda do Divórcio, como fez o Deputado Sérgio Barradas Carneiro, por meio do PL 7.661/2010. A projeção revoga expressamente os dispositivos do Código Civil que tratam da separação judicial (arts. 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.578 e 1.580).

De toda sorte, seguindo a linha da última corrente citada, infelizmente, o Novo Código de Processo Civil reafirmou a separação de direito, a englobar a separação judicial e a extrajudicial, em vários de tais comandos. Na opinião deste autor, trata-se de uma grande infelicidade, um total retrocesso. Vários dispositivos da norma instrumental emergente continuam a tratar das categorias, o que não deveria ocorrer, em hipótese alguma.

Não se olvide que, quando da elaboração do parecer final sobre o Novo CPC no Senado Federal, pelo Relator Senador Vital do Rêgo, foram apresentadas propostas de alteração por meio da Emenda 61 – do Senador Pedro Taques –, da Emenda 129 – do Senador João Durval – e das Emendas 136, 137, 138, 139, 140

141, 142 e 143 – do Senador Antonio Carlos Valadares –, visando a retirada do texto dos tratamentos relativos ao malfadado instituto da separação judicial do Estatuto Processual emergente. Todavia, as emendas foram afastadas pelo Senador Vital do Rego, que assim argumentou, citando inclusive os enunciados da *V Jornada de Direito Civil*, anteriormente transcritos:

“As emendas em pauta insurgem-se contra a referência à separação (em todas as suas modalidades) como forma de dissolução da sociedade conjugal ao longo do texto do SCD. Argumenta que, com a Emenda à Constituição 66 de 2010, esse instituto teria sido abolido do ordenamento jurídico.

Não vingam, porém, as emendas.

É pacífico que, após a Emenda à Constituição 66, de 2010, não há mais qualquer requisito prévio ao divórcio. A separação, portanto, que era uma etapa obrigatória de precedência ao divórcio, desvestiu-se dessa condição.

Todavia, não é remansoso o entendimento acerca da não subsistência da separação no âmbito da doutrina civilista.

Aliás, o Enunciado n. 514, das *Jornadas de Direito Civil* (que nasceu após debate pelos civilistas mais respeitados do País), dispõe o contrário, a saber: Enunciado n. 514. ‘Art. 1.571: A Emenda Constitucional 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial’.

Afinal de contas, a Constituição Federal apenas afastou a exigência prévia de separação para o divórcio, mas não repeliu expressamente a previsão infraconstitucional da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal. Há quem sustente que a separação continua em vigor como uma faculdade aos cônjuges que, querendo ‘dar um tempo’, preferem formalizar essa separação, sem romper o vínculo matrimonial. Eventual reatamento dos laços afetivos desses cônjuges separados não haverá de passar por novo casamento, com todas as suas formalidades, mas se aperfeiçoará pelo restabelecimento da sociedade conjugal, ato bem menos formal, que pode ocorrer por via judicial ou extrajudicial.

Sublinhe-se que nem mesmo os dispositivos do Código Civil que tratam de

separação foram revogados. Ora, será uma intervenção indevida, uma invasão científica, utilizar uma norma processual para fazer prevalecer uma das várias correntes doutrinárias que incandescem na seara do Direito Civil.

Dessa forma, enquanto o Código Civil não for revogado expressamente no tocante à previsão da separação e do restabelecimento da sociedade conjugal, deve o Código de Processo Civil – norma que instrumentaliza a concretização dos direitos materiais – contemplar expressamente as vias processuais desses institutos cíveis.

No futuro, em outra ocasião, se assim se entender mais adequado, poder-se-á, por via legislativa própria, modificar dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil para proscrever a separação como um instituto de Direito de Família”.

Na votação final dos destaques no Senado Federal, realizada no dia 17.12.2014, havia uma insurgência pontuada pela Senadora Lídice da Mata a respeito dessa manutenção. Porém, a Ilustre Senadora acabou por ser convencida pela conservação da separação judicial no texto, retirando, ao final, o seu destaque.

Sendo assim, o Novo Código de Processo Civil nasce com um *instituto morto* em vários de seus dispositivos. Como corretamente afirma Rolf Madaleno, trata-se de um *fantasma processual* (O fantasma processual... In: TARTUCE, Fernanda MAZZEI, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.). *Família...*, 2016, p. 419).

A respeito do segredo de justiça, estatui o novel art. 189, inciso II, do CPC/2015 que tramitam, por esse modo não revelado, os processos que versam sobre casamento, separação de corpos, divórcio, *separação*, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes (com destaque). Como ressalva, os seus parágrafos estabelecem que o direito de consultar os autos de processo que tramite em segredo de justiça e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e aos seus procuradores. Porém, o terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante de divórcio ou *separação* (com destaque). Aqui, não houve grandes alterações, corresponde o dispositivo ao antigo art. 155 do Código de Processo Civil

de 1973, que ainda mencionava o *desquite*; hoje, separação judicial.

Em termos gerais de incidência das regras atinentes às ações de Direito de Família, o art. 693 do CPC/2015 enuncia que “as normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, *separação*, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação” (destacamos). Na sequência, vêm as regras específicas “Do Divórcio e da Separação Consensuais, da Extinção Consensual da União Estável e da Alteração do Regime de Bens do Matrimônio”.

Quanto ao divórcio e à separação judicial consensuais, como primeiro diploma especial, o art. 731 do Novo CPC estabelece que as suas homologações, observados os requisitos legais, poderão ser requeridas em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: *a)* as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; *b)* as disposições concernentes à pensão alimentícia entre os cônjuges; *c)* o acordo atinente à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e *d)* o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Nos termos do seu parágrafo único, se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, conforme as normas relativas à partilha de bens, constantes dos arts. 647 a 658 do mesmo Estatuto Processual emergente. Todas essas disposições que dizem respeito ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensual aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual da união estável (art. 732 do Novo CPC).

O tratamento unificado para as duas ações – de separação e de divórcio – constitui novidade, pois os arts. 1.120 a 1.124 do anterior CPC regulavam apenas a separação judicial. Quanto aos requisitos, não houve modificação de relevo, lamentando-se o tratamento atual da separação de direito, mais uma vez.

Em complemento, o Novo CPC traz regras especiais a respeito das ações de Direito de Família, entre os seus arts. 693 a 699, normas que têm plena incidência para as ações de dissolução do casamento, nos termos da lei. Os preceitos procuraram incentivar a mediação e a conciliação entre as partes, sendo certo que “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação” (art. 694 do

CPC/2015).

Com essa finalidade, estabelece o preceito posterior que, recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação (art. 695 do CPC). Assim, parece claro, pelo dispositivo, que a audiência de mediação e de conciliação tornou-se obrigatória em tais demandas de Direito de Família.

Todavia, infelizmente, a maioria dos Tribunais de Justiça ainda não criou ou não investiu, de forma satisfatória, nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, o que tem afastado a efetivação dos institutos da mediação e da conciliação. No último ano, muitas foram as decisões judiciais que chegaram ao nosso conhecimento, declinando a mediação e a conciliação por falta de estrutura, o que representa uma infeliz realidade. Esperamos que esse panorama se modifique nos próximos anos e que o Estado realmente invista no incremento de tais práticas para que os institutos transformem a cultura hoje existente, aplicando-se a louvável regra do Novo CPC.

Com o fim de tentar evitar o tom de conflito entre as partes, o mandado de citação conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo (art. 695, § 1.º, do CPC/2015). O objetivo do mandado desacompanhado da exordial, sem a contrafé, é não inflamar ainda mais os ânimos do réu, dentro da ideia de *cultura de paz*.

Todavia, essa falta de comunicação, na opinião deste autor, pode aumentar o conflito, especialmente se o réu se sentir surpreendido pela ação judicial. Além disso, parece existir uma contrariedade ao dever de informação, corolário da boa-fé objetiva, que é um dos princípios do Novo CPC, retirado especialmente dos seus arts 5.º e 6.º. Como fazer um acordo sem se ter uma noção mínima daquilo que está sendo pleiteado? Em suma, dúvida é a inovação e somente a prática irá demonstrar se ela veio em boa hora ou apenas para aprofundar a *cultura da guerra* geralmente notada nas ações de Direito de Família.

Com o intuito de agilização, a citação ocorrerá com antecedência mínima de 15

dias da data designada para a audiência (art. 695, § 2.º, do CPC/2015). Para que não parem dúvidas de sua efetivação e diante da pessoalidade das demandas familiares, a citação será sempre feita na pessoa do réu, não se admitindo a intimação postal ou por edital (art. 695, § 3.º, do CPC/2015). Além disso, as partes deverão estar obrigatoriamente acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência de mediação ou conciliação, para que esta seja bem conduzida e orientada (art. 695, § 4.º, do CPC/2015).

Conforme o art. 696 do Novo CPC, a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual. Isso, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. A título de exemplo, as sessões de mediação não prejudicam a expedição de uma liminar para pagamento de alimentos. Também não prejudicam a decretação de um divórcio consensual, pendentes outras questões na ação que possam ser solucionadas por acordo no futuro, como a guarda de filhos, a partilha de bens e o uso do nome por um dos cônjuges.

Sucessivamente, conforme o art. 697 do CPC/2015, sendo infrutífera a mediação ou a conciliação, ou seja, não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum ordinário. Consoante o mesmo preceito, deve ser observado o art. 335 do *Codex*, que trata da defesa do réu por meio da contestação.

Nesse contexto, o réu, segundo a interpretação do último comando e de outros próximos que nele estão citados, poderá oferecer contestação, por petição, no prazo de 15 dias, cujo termo inicial será a data: *a)* da audiência de conciliação ou de mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; *b)* do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação apresentado pelo réu, quando as partes manifestarem, em comum, o desinteresse pelo acordo; *c)* da juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a citação ou a intimação for pelo correio; *d)* da juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça; *e)* da sua ocorrência, quando a citação ou a intimação se der por ato do escrivão ou do chefe de secretaria; *f)* do dia útil seguinte ao fim da dilação

assinada pelo juiz, quando a citação ou intimação for por edital; g) do dia útil seguinte à consulta ao seu teor ou ao término do prazo para que esta se dê, quando a citação ou a intimação for eletrônica; h) de juntada do comunicado da carta precatória, rogatória ou de ordem, ou, não havendo este, da juntada da carta aos autos de origem devidamente cumprida, quando a citação ou a intimação se realizar em cumprimento de carta; i) da publicação, quando a intimação se der pelo *Diário da Justiça* impresso ou eletrônico; e j) do dia da carga dos autos, quando a intimação se der por meio da retirada dos autos do cartório ou da secretaria.

No que diz respeito à intervenção do Ministério Público nas ações de Direito de Família, esta somente deve ocorrer quando houver interesse de incapaz, seja ele menor ou maior (art. 698 do CPC/2015). Pelo mesmo dispositivo e nessas circunstâncias, o *parquet* sempre deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo. A norma segue a tendência prática de somente se exigir a intervenção do MP quando houver interesse de incapazes, o que já era aplicado para as ações de divórcio, por regulamentação interna de muitos Ministérios Públicos Estaduais, amplamente acatada pela jurisprudência local.

A esse propósito, aliás, as conclusões de interessante texto do Promotor de Justiça de Minas Gerais Leonardo Barreto Moreira Alves, com as seguintes palavras:

“Em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio, como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas, o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí por que se defende a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (direito potestativo extintivo), exceto quando existir interesse de

incapaz em jogo. Tal posicionamento vai ao encontro da atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país a exemplo do baiano, do paulista e do mineiro. Em sendo ela adotada, haverá benefícios práticos relevantes aos Promotores de Justiça, que terão mais tempo para atuar em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de maior relevância à coletividade, adequando-se esta atuação ao verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna” (MOREIRA ALVES, Leonard Barreto. O Ministério Público... Disponível em <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/242/ensaio/sequence=1>>. Acesso em: 23 dez. 2014).

Como se nota, a tendência defendida por alguns promotores de justiça acabou consolidada no Novo Estatuto Processual Brasileiro.

Seguindo no seu estudo, conforme o art. 699 do Novo CPC, quando o processo envolver a discussão sobre fato relacionado a abuso ou alienação parental, o juiz deverá estar acompanhado por especialista ao tomar o depoimento do incapaz. O especialista citado pode ser um psicólogo ou um assistente social, ou ambos. Vislumbrando as suas concretizações, o dispositivo tem aplicação para as hipóteses de abuso no exercício do poder familiar, tema que ainda será estudado nesta obra.

Feitas tais considerações sobre o Novo CPC, eventualmente, o divórcio, a separação e a extinção de união estável, feitos consensualmente – não havendo nascituro, filhos incapazes e observados os requisitos legais –, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731 do próprio *Codex*. Assim, confirmando a evolução inaugurada pela Lei 11.441/2007 – que inseriu o art. 1.124-A no antigo CPC –, pelo art. 733 do Novo Código de Processo, continua viável juridicamente o divórcio extrajudicial, por escritura pública. Pontue-se que o *Projeto de Lei de Desburocratização*, que teve a nossa atuação, pretende possibilitar a escritura pública de divórcio ou de dissolução de união estável mesmo havendo filhos incapazes ou nascituro, com a atuação do Ministério Público perante o Tabelionato de Notas, o que vem em boa hora, com o

intuito de reduzir as formalidades e *desjudicializar* as contendas.

Nos termos do § 1.º do art. 733 do Novo Código de Processo Civil em vigor, a escritura pública não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem assim para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. A possibilidade expressa desse levantamento não estava no art. 1.124-A do antigo CPC. No mais, o dispositivo repete o tratamento anterior.

Ademais, o tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura devem estar no ato notarial (art. 733, § 2.º, do Novo CPC). O novo preceito repete o antigo art. 1.124-A, § 2.º, do CPC de 1973.

Deve ser criticado o fato de não mais constar expressamente a gratuidade da escritura para os que se declaravam pobres, como estava no art. 1.124-A, § 3.º, da Norma Processual anterior. Nesse propósito, aliás, a Resolução n. 35 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do comportamento dos Tabelionatos e Cartórios quanto à Lei 11.441/2007, dispõe no seu art. 7.º que, para a obtenção desta, basta a simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

Nesse ínterim, pelos altos custos para a maioria da população brasileira, talvez às pessoas sem condições econômicas somente restaria o caminho do divórcio judicial. Para o presente autor, há certa contradição entre essa retirada da norma de benefício aos pobres e o espírito da nova codificação processual, que adota a *agilização* e a *desjudicialização* como *motes principiológicos*. Em reforço, tal entendimento está distante de uma desejada tutela dos vulneráveis econômicos, em prol da *função social dos institutos jurídicos*.

De toda maneira, é viável sustentar que a norma constante do art. 1.124-A, § 3.º, do antigo Código de Processo Civil continua em vigor, mesmo tendo sido revogada expressamente a antiga norma processual pelo art. 1.046 do Novo Código de Processo Civil, que assim se expressa: “Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973”. Como é notório, o dispositivo foi introduzido por uma lei especial, qual seja, a Lei 11.441/2007, estabelecendo o § 2.º do mesmo

art. 1.046 do Novo CPC que “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

Em complemento, não se pode esquecer que a gratuidade de justiça para os atos extrajudiciais tem fundamento na tutela da pessoa humana (art. 1.º, inciso III, da CF/1988) e na solidariedade social que deve imperar nas relações jurídicas (art. 3.º, inciso I, da CF/1988). Mais especificamente, há menção expressa à gratuidade no art 5.º, inciso LXXIV, do mesmo Texto Maior: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Vale lembrar, ainda, da *ponte constitucional* realizada pelo art. 1.º do Novo CPC, ao prever que “C processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Exatamente nesse sentido, e citando a posição deste autor, destaque-se decisão prolatada no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicada em abril de 2018, no sentido de que “a consulta é respondida no sentido que a gratuidade de justiça deve ser estendida, para efeito de viabilizar o cumprimento da previsão constitucional de acesso à jurisdição e a prestação plena aos atos extrajudiciais de notários e de registradores. Essa orientação é a que melhor se ajusta ao conjunto de princípios e normas constitucionais voltados a garantir ao cidadão a possibilidade de requerer aos poderes públicos, além do reconhecimento, a indispensável efetividade dos seus direitos (art. 5.º, XXXIV, XXXV, LXXIV, LXXVI e LXXVII, da CF/88) restando, portanto, indubitosa a plena eficácia da Resolução n.º 35 do CNJ, em especial seus artigos 6.º e 7.º” (CNJ, Consulta 0006042-02.2017.2.00.0000 requerente: Corregedoria-Geral da Justiça do Estado da Paraíba, Relator Conselheiro Arnaldo Hossepian). Assim, a gratuidade das escrituras de divórcio está mantida em todo o território nacional.

Voltando ao âmago da manutenção da separação de direito pelo Novo CPC, cabe trazer a lume as palavras de Lenio Luiz Streck, um dos maiores juristas brasileiros da atualidade, que, antes mesmo da aprovação do texto final do Novo CPC no Senado Federal, já sustentava a inconstitucionalidade do que chamou de

repristinação da separação judicial (STRECK, Lenio Luiz *Por que é inconstitucional...* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 21 dez. 2014). Lembramos que a repristinação é a restauração de vigência de uma norma revogada, pela revogação, por uma terceira norma, de sua norma revogadora.

Introduzindo o tema, aduz o doutrinador, sobre a Emenda Constitucional 66/2010, que “não pode haver dúvida que, com a alteração do texto constitucional, desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuido, não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente. Assim, perde o sentido distinguir-se término e dissolução de casamento. Isso é simples. Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado a um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF/1988, art. 5.º, VI). Há, aliás, muitos civilistas renomados que defendem essa posição, entre eles Paulo Lôbo, Luís Edson Fachin e Rodrigo da Cunha. Pois bem. Toda essa introdução me servirá de base para reforçar meu posicionamento e elaborar crítica para um problema que verifiquei recentemente. E já adianto a questão central: fazendo uma leitura do Projeto do novo CPC, deparei-me com uma espécie de repristinação da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos”. E arremata, em palavras finais:

“O legislador do novo CPC tem responsabilidade política (no sentido de que falo em Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica). Para tanto, deve contribuir e aceitar, também nesse particular, a evolução dos tempos eliminando do texto todas as expressões que dão a entender a permanência entre nós desse instituto cuja serventia já se foi e não mais voltará. Não fosse por nada – e peço desculpas pela ironia da palavra ‘nada’ –, devemos deixar a separação de fora do novo CPC em nome da Constituição. E isso por dois motivos: a um, por ela mesma, porque sacramenta a secularização do direito, impedindo o Estado de ‘moralizar’ as

relações conjugais; a dois, pelo fato de o legislador constituinte derivado já ter resolvido esse assunto. Para o tema voltar ao ‘mundo jurídico’, só por alteração da Constituição. E, ainda assim, seria de duvidosa constitucionalidade. Mas aí eu argumentaria de outro modo. Portanto, sem chance de o novo CPC repristinar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada à Constituição. Espero que o legislador que aprovará o novo CPC se dê conta disso e evite um périplo de decisões judiciais no âmbito do controle difuso ou nos poupe de uma ação direta de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já tem trabalho suficiente” (STRECK, Lenio Luiz *Por que é inconstitucional...* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio--streck-inconstitucional-repristinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 21 dez. 2014).

Infelizmente, o legislador não se atentou a isso. O trabalho não será só do Supremo Tribunal Federal, mas de toda a doutrina e jurisprudência nacionais. Já começamos a desempenhá-lo, condenando essa *triste opção* constante do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, que será duramente combatida por este autor nos próximos anos.

Em complemento, vale também citar a posição de Paulo Lôbo, para quem todas as menções constantes do Novo CPC dizem respeito à separação de fato e não à separação de direito (LÔBO, Paulo. *Novo CPC...* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-criou-ou-restaurou-separacao-judicial>. Acesso em 9 de novembro de 2015). Esse caminho doutrinário também parece ser viável de ser aplicado nos próximos anos.

Assim, apesar de todas as resistências citadas e do infeliz tratamento no Novo CPC, repise-se que, para este autor, não vige mais o *sistema bifásico*, de extinção da sociedade conjugal e do casamento. Desse modo, os comandos que fazem menção à separação de direito não têm mais aplicação no sistema jurídico nacional.

Nesse contexto, continuamos a sustentar que as ações em curso de separação judicial, sejam consensuais ou litigiosas, em regra, devem ser extintas sem julgamento do mérito, por falta de objeto jurídico viável, salvo se já houver sentença prolatada.

De toda sorte, diante dos princípios da economia e da fungibilidade, pode o juiz da causa dar oportunidade para que as partes envolvidas adaptem o seu pedido, da separação judicial para o divórcio. Se houver tutela de urgência de separação de corpos em que houve concessão de liminar, permite-se a aplicação do princípio da fungibilidade, podendo tais ações ser convertidas, no sentido de transformadas, em ações de divórcio, uma vez que sua simples extinção pode trazer prejuízos irremediáveis às partes.

Ato contínuo de estudo, seguimos a corrente segundo a qual não há mais que se falar em divórcio indireto ou por conversão, persistindo apenas o divórcio direto, que será denominado tão somente como *divórcio*, eis que não há necessidade de qualquer distinção categórica. Outro ponto a ser mencionado de imediato, é que não há mais prazo para o casal se divorciar.

O legislador constitucional não expressa mais o prazo de um ano da separação judicial, ou de dois anos de separação de fato para o divórcio, estando revogado ou prejudicado o art. 1.580 do Código Civil, eis que a norma superior prevalece sobre inferior. Assim, é possível o casamento em um dia e o divórcio no dia seguinte, ou no próprio dia do casamento. Fala-se em *Divórcio Já!*, conforme a obra de Maria Berenice Dias, publicada pela Editora Revista dos Tribunais (DIAS, Maria Berenice *Divórcio...*, 2010).

Sendo verificadas as principais alterações no sistema de dissolução da sociedade conjugal e do casamento com a *Emenda do Divórcio*, anteriormente o tema se dividia em quatro partes: *a)* estudo da anulação e nulidade do casamento, conforme o Capítulo 2 da presente obra; *b)* abordagem da *separação de direito ou jurídica* – que colocava fim apenas à sociedade conjugal e não ao vínculo matrimonial; *c)* visualização do divórcio – que efetivamente põe fim ao casamento; e *d)* a análise da morte dos cônjuges – matéria estudada no Volume 6 da presente coleção. Em relação à morte, há a declaração de ausência – que será explicada a seguir.

Essas formas de dissolução se depreendiam da leitura do art. 1.571 do

CC/2002 que merece transcrição destacada:

“Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I – pela morte de um dos cônjuges;

II – pela nulidade ou anulação do casamento;

III – pela separação judicial;

IV – pelo divórcio.

§ 1.º 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.

§ 2.º 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”.

Deve ser tido como revogado tacitamente ou não recepcionado pelo novo Texto Constitucional o inc. III do comando legal, uma vez que, repise-se, todas as modalidades de separação de direito foram retiradas do sistema, a incluir a separação judicial. Com tal premissa de conclusão, a sociedade conjugal termina com a morte de um dos cônjuges, pela nulidade e anulação do casamento e pelo divórcio. Por outra via, o casamento válido será dissolvido pelo divórcio e pela morte. Como se verá mais à frente, o conceito de sociedade conjugal deve ser mantido para algumas finalidades, notadamente com repercussões contratuais.

Também não tem mais sentido, em parte, o § 2.º do diploma nas menções ao divórcio direto ou por conversão e à sentença de separação judicial. A última norma deve ser lida da seguinte maneira: “Dissolvido o casamento pelo divórcio, o cônjuge poderá manter o nome de casado”. O tema do uso do nome ainda será abordado no presente capítulo.

Ressalte-se que, segundo as lições de Pontes de Miranda, a anulação e a nulidade do casamento encontram-se no plano da validade do negócio jurídico; enquanto que o divórcio está no plano da eficácia, ou seja, o casamento válido perde seus efeitos ou parte deles com a dissolução do vínculo. Estando no plano da eficácia,

o divórcio produzirá efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir de sua declaração, não se falando em retroatividade dos efeitos.

Neste ponto de introdução, é interessante discorrer sobre a dissolução do casamento por morte presumida (em decorrência de ausência), o que foi comentado no Volume 1 da presente coleção, tema que deve ser retomado. Tal categoria de extinção do vínculo conjugal não sofreu qualquer modificação com a vigência da EC 66/2010.

Enuncia o art. 1.571, § 1.º, do CC/2002 que o casamento do ausente se desfaz estando o seu ex-cônjuge livre para se casar com terceiro. Pois bem, como fica a situação desse seu ex-consorte casado quando o desaparecido reaparece após todo esse prazo mencionado na codificação de 2002? Dois posicionamentos podem ser tidos em relação à matéria:

1.º) Considerar válido o segundo casamento e dissolvido o primeiro, ressaltando a boa-fé dos nubentes, e desvalorizando a conduta, muitas vezes, de abandono do ausente.

2.º) Declarar nulo o segundo casamento, eis que não podem casar as pessoas casadas, nos termos do art. 1.521, VI, do CC. Com o reaparecimento não se aplicaria, portanto, a regra do art. 1.571 da codificação.

Tendo em vista a valorização da boa-fé e da eticidade, um dos baluartes da atual codificação privada, inclina-se a adotar o primeiro posicionamento. A questão, aliás, foi objeto de artigo do Professor Zeno Veloso (Novo casamento... Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos.asp>>. Acesso em: 5 fev. 2006).

Chega-se à mesma conclusão do renomado doutrinador, conforme esse estudo de sua autoria. Nesse parecer, é pertinente observar a proposta legislativa, salutar para o caso em questão:

“Começando a terminar, e sintetizando: vimos que o novo Código Civil brasileiro, art. 1.571, § 1.º, *in fine*, considera dissolvido o casamento do ausente cuja morte presumida é declarada (ver, também, os arts. 6.º, segunda parte, e 37). Está habilitado, portanto, o cônjuge presente a contrair novas

núpcias, a celebrar outro casamento, reconstruir, enfim, a sua vida afetiva, buscar o seu direito (natural, constitucional) de ser feliz.

Mas tudo é possível, mesmo o que consideramos impossível, e o ausente pode reaparecer, como alguém que ressurgue das sombras, como um ser que ressuscita. *Quid juris?* O novo Código Civil não resolve o problema, e precisa fazê-lo, como muitas legislações estrangeiras, até em nome da segurança jurídica.

Assim, encerrando essas digressões, e não me limitando à crítica, venho sugerir que seja introduzido no Código Civil o art. 1.571-A, com a redação seguinte:

‘Art. 1.571-A. Se o cônjuge do ausente contrair novo casamento, e o que se presumia morto retornar ou confirmar-se que estava vivo quando celebradas as novas núpcias, o casamento precedente permanece dissolvido’” (VELOSO, Zeno. Novo casamento... Disponível em <<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigossc.asp>>).

Concordando-se com as suas brilhantes palavras e a sua proposta, encerra-se a presente introdução, cabendo, então, aprofundar as questões pontuais relativas às mudanças introduzidas pela *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010), atualizadas com o Novo CPC.

4.2 QUESTÕES PONTUAIS RELATIVAS AO TEMA I DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E I CASAMENTO APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

4.2.1 O fim da separação de direito em todas as suas modalidades e manutenção da separação de fato. Aprofundamentos necessários

No estudo do tema do presente capítulo, era comum os manuais de Direito de Família diferenciarem a *separação jurídica ou de direito* – a englobar a separação

judicial e a extrajudicial – do *divórcio*. Afirmava-se que a separação jurídica colocaria fim somente à sociedade conjugal, persistindo o casamento, enquanto que o divórcio findaria o casamento e, conseqüentemente, a sociedade conjugal. Tal diferenciação não persiste mais, uma vez que com a citada *Emenda* o divórcio pôs fim às duas categorias, mesmo diante do infeliz tratamento constante do Novo CPC reafirme-se.

Em uma análise histórico-legislativa, os temas da dissolução da sociedade conjugal e do casamento eram antes tratados em parte pela Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), que revogou os arts. 315 a 324 do CC/1916 que cuidavam do assunto, e pela Constituição Federal (art. 226). Como é notório, foi a Lei do Divórcio que introduziu no sistema brasileiro, pela primeira vez, o divórcio como forma de dissolução definitiva do casamento, denominado anteriormente de *divórcio a vínculo*.

Em 2003, a matéria foi consolidada no vigente Código Civil, em complemento ao Texto Maior, surgindo dúvidas a respeito da revogação total ou parcial da Lei 6.515/1977.

Afirmava-se, antes da *Emenda do Divórcio*, que a Lei 6.515 estaria derogada, ou seja, revogada parcialmente. A questão era esclarecida pelo art. 2.043 do CC/2002, cuja redação segue: “Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código”. Trata-se de mais uma disposição final e transitória do Código Civil, norma de direito intertemporal que visa justamente a dirimir conflitos a respeito da aplicação das leis no tempo.

Com a aprovação da *Emenda*, tal conclusão não foi atingida, continuando em vigor os preceitos processuais, administrativos e penais daquelas leis que tiveram preceitos materiais incorporados pelo atual Código Civil. Ora, o Código Civil de 2002 incorporou regras materiais da Lei do Divórcio, continuando a vigorar as suas regras processuais, mas somente em relação ao divórcio. Com a emergência do Novo CPC, persistirá o debate sobre a permanência ou não de dispositivos da Lei do Divórcio no sistema, até porque não há qualquer previsão de revogação expressa de preceitos da Lei 6.515/1977.

Superado esse esclarecimento, deve ficar bem claro, com os devidos aprofundamentos, que não há mais qualquer modalidade de separação de direito ou *jurídica* admitida no Direito de Família Brasileiro, tendo sido retirados do sistema os seguintes institutos de dissolução da sociedade conjugal:

- a) *Separação jurídica extrajudicial consensual*, introduzida pela Lei 11.441/2007, revogando-se tacitamente o art. 1.124-A do CPC/1973 nas menções à separação. O mesmo deve ser dito em relação ao art. 733 do CPC/2015, nas menções à separação extrajudicial, que já nasce revogado por incompatibilidade constitucional com o art. 226, § 6.º, do Texto Maior.
- b) *Separação jurídica judicial consensual*, revogando-se o art. 1.574 do Código Civil de 2002, incluindo o seu parágrafo único. Os arts. 1.120 a 1.124 do CPC anterior, que tratavam da ação de separação consensual, também deveriam ser tidos como não vigentes, pois não recepcionados pela nova redação do Texto Maior. A revogação também atinge os arts. 731 e 733 do Novo CPC, nas menções à separação judicial.
- c) *Separação jurídica judicial litigiosa*, não existindo qualquer uma das suas modalidades anteriores, a saber: a *separação-sanção*, com análise da culpa, por grave violação dos deveres do casamento e insuportabilidade da vida em comum (art. 1.572, *caput*, do CC); a *separação-falência*, diante da ruptura da vida em comum por mais de um ano e impossibilidade de sua reconstituição (art. 1.572, § 1.º, do CC); a *separação-remédio*, fundada em doença mental superveniente que acometesse um dos cônjuges, com duração de dois anos pelo menos, cura improvável e que tornasse impossível a vida em comum (art. 1.572, §§ 2.º e 3.º, do CC). Obviamente, como consequência de tais supressões, não tem mais validade e eficácia a norma do art. 1.573 do CC, que elencava um rol meramente exemplificativo de motivos que poderiam caracterizar a insuportabilidade da vida em comum na *separação-sanção* (adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; abandono voluntário do lar

conjugal, durante um ano contínuo; condenação por crime infamante e conduta desonrosa). A norma era tida como inútil, pois o seu parágrafo único estabelecia que o juiz poderia considerar outros fatos que tornassem evidente a impossibilidade da vida em comum.

Com incidência para as duas últimas hipóteses, não está mais recepcionado pelo Texto Maior o art. 1.575 do CC/2002, segundo o qual a sentença de separação judicial importaria em separação de corpos e partilha de bens. Como é notório, o dispositivo tinha incidência tanto na separação judicial consensual quanto na litigiosa.

Além disso, em regra, não tem mais sentido em parte a possibilidade de reconciliação dos casais separados juridicamente, constante do art. 1.577 da codificação material privada (“Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo. Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens”).

Do mesmo modo, perde sentido em parte a discussão exposta em edições anteriores deste livro, a respeito da possibilidade da reconciliação do casal por meio de escritura pública, reconhecida pela Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça (“Art. 48. O restabelecimento de sociedade conjugal pode ser feito por escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial. Neste caso, é necessária e suficiente a apresentação de certidão da sentença de separação ou da averbação da separação no assento de casamento”).

Na verdade, a norma e o entendimento da resolução até podem ser aplicados aos casais já separados antes da *Emenda do Divórcio*, ou seja, até 12 de julho de 2010, que queiram se reconciliar, diante da proteção do direito adquirido. Sendo assim, não se fala em revogação tácita ou não recepção pelo Texto Maior, mas em aplicação reduzida ou limitada, apenas aos separados juridicamente antes da entrada em vigor da Emenda 66/2010. Esse entendimento deve ser mantido na vigência do Novo CPC, que nada trouxe de novidade a respeito do tema.

Apesar do desaparecimento dos institutos e das citadas revogações, esclareça-

se que a categoria da *separação de fato* está mantida no sistema. É notório que a separação de fato somente ocorre no plano físico e extrajudicial, não se confundindo com a separação de direito ou jurídica, pois não gera os mesmos efeitos concretos. Na verdade, a separação de fato constitui uma separação informal, caracterizada pelo distanciamento corporal ou afetivo dos cônjuges.

Mesmo com a atual desnecessidade de dois anos de separação de fato para o divórcio direto, diante da nova redação do art. 226, § 6.º, da CF/1988, o instituto continua com parte de suas aplicações. Ademais, a separação de fato está valorizada diante da EC 66/2010, pois em muitos casos pode assumir o papel da antiga separação de direito.

A primeira aplicação da separação de fato é que também o separado de fato pode manter união estável com terceiro, segundo o art. 1.723, § 1.º, da atual codificação material. O dispositivo está aprofundado no próximo capítulo da obra.

Outro efeito relevante é que a separação de fato altera o regime sucessório. Isso porque o polêmico art. 1.830 do CC/2002 determina que somente é reconhecido o 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. Por tal previsão, em regra, a separação de fato, há mais de dois anos, afasta o cônjuge supérstite da sucessão do outro cônjuge. Na menção aos separados judicialmente, o comando deve ser tido como revogado ou não recepcionado pelo Texto Maior com a entrada em vigor da EC 66/2010. O tema está aprofundado no Volume 6 desta coleção, que trata do Direito das Sucessões.

Mas as consequências da separação de fato não são apenas essas expressamente previstas em lei. Isso porque o casamento estabelece comunhão plena de vidas (art. 1.511 do CC). Finda essa comunhão, outros efeitos devem advir, apesar de a lei não mencionar a separação de fato como causa do fim da sociedade conjugal.

O primeiro efeito deve ser entendido com relação ao patrimônio adquirido por um dos cônjuges após a separação de fato. Concorde-se integralmente com Maria Berenice Dias ao afirmar que é a data da separação de fato que põe fim ao regime de bens. A partir de então, o patrimônio adquirido por qualquer um dos cônjuges não se

comunica, embora não tenha sido decretada a separação de corpos, nem oficializada a separação de direito (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 272). Essa é também a *opinium* de Rodrigo da Cunha Pereira, merecendo destaque as suas palavras:

“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” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Divórcio...*, 2010, p. 32).

O princípio homenageado pelo entendimento doutrinário exposto é aquele que afasta o enriquecimento sem causa de um dos cônjuges, em atendimento ao previsto nos arts. 884 a 886 do CC. Acolhendo a tese do fim da comunhão de bens após a separação de fato, existem numerosos julgados, cabendo a transcrição dos seguintes, do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito civil. Família. Sucessão. Comunhão universal de bens. Inclusão da esposa de herdeiro, nos autos de inventário, na defesa de sua meação. Sucessão aberta quando havia separação de fato. Impossibilidade de comunicação dos bens adquiridos após a ruptura da vida conjugal. Recurso especial provido. 1. Em regra, o recurso especial originário de decisão interlocutória proferida em inventário não pode ficar retido nos autos, uma vez que o procedimento se encerra sem que haja, propriamente, decisão final de mérito, o que impossibilitaria a reiteração futura das razões recursais. 2. Não faz jus à meação dos bens havidos pelo marido na qualidade de herdeiro do

irmão, o cônjuge que encontrava-se separado de fato quando transmitida a herança. 3. Tal fato ocasionaria enriquecimento sem causa, porquanto o patrimônio foi adquirido individualmente, sem qualquer colaboração do cônjuge. 4. A preservação do condomínio patrimonial entre cônjuges após a separação de fato é incompatível com orientação do novo Código Civil, que reconhece a união estável estabelecida nesse período, regulada pelo regime da comunhão parcial de bens (CC 1.725). 5. Assim, em regime de comunhão universal, a comunicação de bens e dívidas deve cessar com a ruptura da vida comum, respeitado o direito de meação do patrimônio adquirido na constância da vida conjugal. 6. Recurso especial provido” (STJ, REsp 555.771/SP, 4. Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.05.2009, *DJe* 18.05.2009).

“Nestes casos, esta Corte tem entendido que os bens havidos após a separação de fato não integram a partilha. Logo, a meu sentir, tal fundamento, por si só, é suficiente para manter a decisão hostilizada” (STJ, REsp 330.953/ES, 4.^a Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 05.10.2004, *DJ* 06.12.2004, p. 315).

“Na verdade, havendo separação de fato prolongada antes da decretação do divórcio, não pode esse tempo ser desconhecido pelo julgador para efeito da partilha de bens, de modo a incluir na mesma aqueles incorporados ao patrimônio de cada qual após a separação de fato” (STJ, REsp 40.785/RJ, 3. Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19.11.1999, *DJ* 05.06.2000, p. 152).

“Casamento. Comunhão de bens. Partilha. Bens adquiridos depois da separação de fato. Adquirido o imóvel depois da separação de fato, quando o marido mantinha concubinato com outra mulher, esse bem não integra a meação da mulher, ainda que o casamento, que durou alguns meses, tivesse sido realizado sob o regime da comunhão universal. Precedentes. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 140.694/DF, 4.^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado d

Aguiar, j. 13.10.1997, *DJ* 15.12.1997, p. 66.430).

No que concerne aos Tribunais Estaduais, do Tribunal Mineiro pode ser retirada a seguinte decisão:

“Apelação cível. Ação de divórcio direto. Partilha. Regime de comunhão universal de bens. Comunicabilidade dos bens. Separação de fato. Ruptura da vida em comum. Bens adquiridos posteriormente. Incomunicabilidade. 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 por herança, após essa separação, ser objeto de partilha na ação de divórcio direto” (TJMG, Processo 1.0035.06.082667-0/001(1), 4.^a Câmara Cível, Rel. Dárcio Lopardi Mendes, j. 02.08.2007).

Nesse sentido, decidiu o Tribunal Gaúcho em data mais próxima:

“Partilha de bens. Indenização ou locativo pelo uso de bem comum. Descabimento. Bem adquirido após a dissolução da sociedade conjugal. Partilha dos bens móveis que guarneciam a residência do casal. Descabimento. 1. Existindo nos autos prova de que o bem o qual o recorrente pretende ver excluído da partilha foi adquirido depois da separação de fato do casal, mostra-se necessária a exclusão desse bem da partilha. 2. Não merece ser acolhido o pedido de indenização ou pagamento de locativo quando a virago permaneceu no imóvel com o consentimento do autor e não impediu nem dificultou a alienação do bem. 3. Descabe, após passados mais de dez anos da separação do casal, pretender a partilha dos bens móveis. Recurso

provido, em parte” (TJRS, Apelação Cível 343470-81.2012.8.21.7000 Capão da Canoa, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando d Vasconcellos Chaves, j. 26.09.2012, *DJERS* 02.10.2012).

Entretanto, a questão não é pacífica na jurisprudência nacional, podendo ser encontrados julgados que concluem de maneira diversa. Isso porque o Código Civil, em sua literalidade, estabelece que apenas a extinta separação de direito causa o fim da sociedade conjugal. Nesse sentido, da jurisprudência mineira:

“Partilha decretada em decorrência da ação de divórcio. Casamento sob o regime da comunhão universal de bens. Não prevalece a alegação de que o patrimônio foi adquirido após a separação de fato do casal, pois a separação de fato não se constitui em causa de incomunicabilidade de bens. Recurso desprovido para manter a r. sentença pelos seus próprios e jurídicos fundamentos. Entretanto, escoreita a decisão do douto magistrado, considerando o regime adotado à época do casamento, qual seja, o da comunhão de bens que propõe, que devem ser partilhados os bens existentes à data da propositura da ação de divórcio e não bens existentes à época da separação de fato, ainda que ocorrida vários anos antes do ajuizamento da ação. Assim, os bens adquiridos após a separação de fato, são bens da comunhão até a dissolução do casamento, sujeitos à partilha. Nos termos do art. 230 do C. Civil, evidencia-se que o regime de bens é inalterável, importando o regime da comunhão universal, na comunicação de todos os bens presentes e futuros (art. 262)” (TJMG, Processo 1.0000.00.253515-1/000(1) 6.^a Câmara Cível, Rel. Sérgio Lellis Santiago, j. 04.03.2002).

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, em decisões muito antigas, acolheu a tese da manutenção do regime de bens em todos os seus efeitos, mesmo após a separação de fato do casal:

“Divórcio. Partilha. Regime de comunhão universal de bens. Bens adquiridos após a separação de fato. No regime de comunhão universal de

bens, ainda que sobrevenha separação de fato do casal, como na espécie, os bens adquiridos após essa separação, ainda que com o produto do trabalho do marido, são bens da comunhão até a dissolução do casamento. Recurso extraordinário conhecido e provido” (STF, REsp 95.258/MG, 1.^a Turma, Rel. Min. Rafael Mayer, j. 26.10.1982).

“Para a comunicação dos bens basta sua aquisição na constância do casamento, entendida esta expressão como sociedade conjugal e não como vínculo matrimonial, tanto assim que, com o desquite (que só dissolve a sociedade conjugal), se põe termo ao regime matrimonial de bens, como se o casamento (isto é, o vínculo) fosse dissolvido (art. 322 do Código Civil). O equívoco do agravante foi o de entender que a sociedade conjugal se extingue com a simples separação de fato, o que não é certo. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, AI-AgR 70303/RJ, 2.^a Turma, Rel. Min. Moreir Alves, j. 10.05.1977).

Repise-se que essa última interpretação não se coaduna com o princípio que veda o enriquecimento sem causa e se afasta frontalmente da ideia de comunhão plena de vidas estampada no art. 1.511 da atual codificação material privada.

Resumindo, o fim da comunhão de vidas impõe também o fim do regime de bens, em que pese a ausência de expressa previsão legal nesse sentido. Pelo mesmo raciocínio, finda a comunhão de vidas, os deveres de fidelidade e vida em comum no domicílio conjugal, previstos no art. 1.566, incs. I e II, do CC/2002, não mais podem ser exigidos. A EC 66/2010 acaba tornando ainda mais viável a presente conclusão, diante da extinção da separação de direito como categoria do Direito de Família brasileiro.

Ademais, o art. 1.576 do CC/2002 não tem mais subsunção, pois retirado do sistema, estando revogado tacitamente (“Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens. Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão”). Desse modo, a separação de fato, atualmente, assume substancialmente o papel que

antes era da separação de direito, pondo fim à sociedade conjugal e ao regime de bens.

Encerrando o tópico, verifica-se que persistência da separação de fato como instituto jurídico está devidamente justificada.

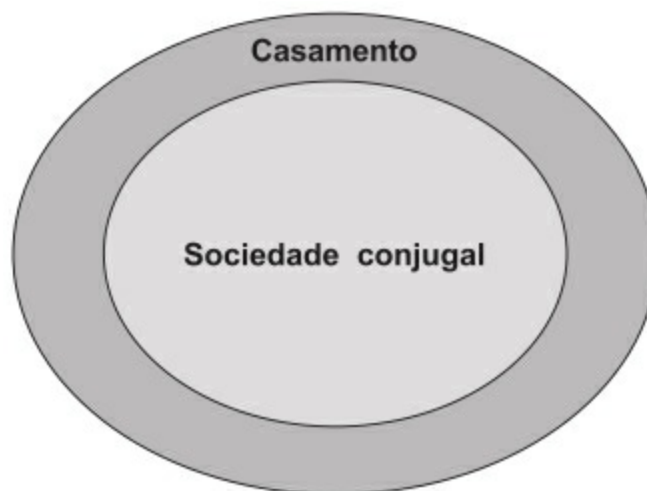
4.2.2 Preservação do conceito de sociedade conjugal. A situação das pessoas separadas juridicamente antes da EC 66/2010

Dois outros problemas devem ser expostos e enfrentados diante da entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*. O primeiro se refere à manutenção ou não do conceito de sociedade conjugal no sistema familiarista. O segundo é relativo à situação das pessoas que já se encontravam separadas juridicamente – judicial ou extrajudicialmente –, antes da mudança do Texto Constitucional, ou seja, até 12 de julho de 2010.

Pois bem, a primeira questão é saber se o conceito de sociedade conjugal ainda se justifica, uma vez que a separação de direito foi retirada do sistema, sendo a sua finalidade anterior justamente a de por fim à sociedade mantida entre os cônjuges.

Antes de analisá-la, cumpre demonstrar o conceito de sociedade conjugal. Ora, esta constitui *um ente despersonalizado formado pelo casamento e relacionado com os deveres de coabitação, fidelidade recíproca e com o regime de bens*. Tal dedução categórica era retirada da leitura do hoje revogado ou não recepcionado art. 1.576 da codificação material privada, que dispunha que a separação judicial colocava fim a tais deveres e às regras patrimoniais decorrentes da sociedade. Como se nota, foi utilizada a lógica simples para chegar à construção de sociedade conjugal.

Em síntese, podem assim ser delimitados os conceitos de sociedade conjugal e casamento:



Pela figura, constata-se que a sociedade conjugal está inserida no conceito de casamento. Por óbvio, sendo dissolvido o casamento, também o será a sociedade conjugal. Entretanto, anteriormente não se poderia dizer o contrário. Nesse sentido, comprovava a asserção o fato de que, mesmo após a separação judicial, poderiam os cônjuges, a qualquer tempo, restabelecer a sociedade conjugal, por ato regular em juízo (art. 1.577 do CC/2002). O restabelecimento da sociedade conjugal poderia ocorrer de duas formas: por pedido judicial ou por escritura pública de restabelecimento – que era impossível antes da edição da Lei 11.441/2007. Na verdade, tal restabelecimento ainda é viável juridicamente, como se verá a seguir.

Atualmente, como há no sistema apenas o divórcio como instituto que possibilita a extinção do casamento por fato posterior e pedido dos cônjuges, sendo este efetivado, desaparecem tanto o casamento como a sociedade conjugal. Desse modo, em uma primeira análise poderia ser tido como desnecessário e extinto o conceito jurídico da sociedade conjugal. Reafirme-se que, na doutrina, esse é o posicionamento de Paulo Lôbo:

“Agora, com o desaparecimento da tutela constitucional da separação judicial, cessaram a finalidade e a utilidade da dissolução da sociedade conjugal, porque esta está absorvida inteiramente pela dissolução do vínculo, não restando qualquer hipótese autônoma. Por tais razões, perdeu sentido o *caput* do art. 1.571 do Código Civil de 2002, que disciplina as hipóteses de

dissolução da sociedade conjugal: morte, invalidade do casamento, separação judicial e divórcio. Excluindo-se a separação judicial, as demais hipóteses alcançam diretamente a dissolução do vínculo conjugal ou casamento; a morte, a invalidação e o divórcio dissolvem o casamento e *a fortiori* a sociedade conjugal” (LÔBO, Paulo. Divórcio... Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 17 fev. 2010).

Com o devido respeito, este autor pensa de forma diferente, justificando-se, do ponto de vista teórico e prático, a permanência do conceito de sociedade conjugal.

Na *questão teórica*, a manutenção da sociedade conjugal está amparada na pertinência de sua verificação nas situações relativas ao regime de bens. Dessa forma, como antes se demonstrou, ganha relevo a tese de que a separação de fato põe fim à sociedade conjugal e ao correspondente regime patrimonial entre os cônjuges. Em reforço, tal sociedade compõe o elemento central do casamento. Veja-se, por exemplo, a regra do art. 1.567 do Código Civil, segundo a qual a direção da sociedade conjugal será exercida pelo marido e pela mulher, em um regime de colaboração entre ambos.

Do *ponto de vista prático*, justifica-se a sua permanência no sistema pelas diversas menções legais e concretas ao fim da sociedade conjugal, especialmente em questões que envolvem outros ramos do Direito Civil, caso do Direito das Obrigações e do Direito Contratual. De início, cite-se o art. 197, inciso I, do CC/2002, pelo qual não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal. Na seara contratual o art. 550 do CC/2002 enuncia a anulabilidade da doação do cônjuge ao seu concubino, tendo a ação anulatória prazo decadencial de dois anos a contar da dissolução da sociedade conjugal. Ato contínuo, não se olvide a importância do art. 1.649 do Código Civil, que estabelece prazo decadencial de dois anos, mais uma vez a contar da dissolução da sociedade conjugal, para a ação anulatória de negócio celebrado sem a outorga conjugal (art. 1.647 do CC).

Verificada a permanência do conceito de sociedade conjugal, insta analisar a situação dos cônjuges separados juridicamente – judicial ou extrajudicialmente –,

antes da entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*. A dúvida que surge é a seguinte: passam tais pessoas a ser consideradas, automaticamente, como divorciadas?

Na opinião deste autor, a resposta é definitivamente negativa, apesar da vigência imediata da nova norma. Isso porque se deve resguardar o direito adquirido de tais pessoas e o ato jurídico perfeito, nos termos do art. 5.º, inc. XXXVI, da Constituição Federal e do art. 6.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC).

Além disso, a separação jurídica pode ser tida como um ato jurídico perfeito, que goza da mesma proteção. Em reforço, não se pode admitir a modificação automática e categórica da situação jurídica, de separado juridicamente para divorciado. Para tanto, deveria existir uma norma de direito intertemporal nesse sentido.

Consigne-se que, historicamente, tal norma existia na Lei do Divórcio, enunciando o seu art. 42 que as sentenças já proferidas em causas de desquite seriam equiparadas às de separação judicial. Ademais, as causas de desquite em curso na data da vigência da lei passariam automaticamente a visar à separação judicial (art. 41 da Lei 6.515/1977). Porém, até o presente momento não foi essa a opção do legislador nacional, não se podendo presumir tal *transmutação dos institutos jurídicos*. No mesmo sentido, vejamos a opinião de Pablo Stolze Gagliano:

“Como ficariam, por exemplo, as relações jurídicas travadas com terceiros pela pessoa até então judicialmente separada? À vista do exposto, portanto, a alteração da norma constitucional não teria o condão de modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada segundo as regras vigentes ao tempo de sua constituição, sob pena de se gerar, como dito, perigosa e indesejável insegurança jurídica. Em outras palavras: a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional, as pessoas judicialmente separadas (por meio de sentença proferida ou escritura pública lavrada) não se tornariam imediatamente divorciadas, exigindo-se-lhes o necessário pedido de decretação do divórcio para o que, por óbvio, não haveria mais a necessidade de cômputo de qualquer prazo. Respeita-se, com isso, o próprio ato jurídico

perfeito” (GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda... Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/pablo_pecdiv.doc>. Acesso em: 13 jul. 2010).

Igualmente lecionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ressaltando que “a separação obtida antes da vigência da Emenda Constitucional 66/2010 é um ato jurídico perfeito, não podendo ser atingida pela nova normatividade. Com isso, as pessoas que estavam separadas por decisão judicial ou escritura pública permanecerão com o estado civil de separadas, submetidas às obrigações pactuadas ou impostas quando da dissolução do casamento” (FARIAS Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso...*, 2012, p. 416).

Em síntese, as pessoas separadas juridicamente têm a opção de ingressar de imediato com a ação de divórcio, se assim o quiserem, não havendo mais a necessidade de atender ao prazo de um ano para a antiga modalidade de divórcio indireto. Cabe o divórcio a qualquer tempo, pelo unificado tratamento da matéria. Também é possível a reconciliação do casal, pelas vias judicial ou extrajudicial, como antes se expôs.

Ademais, é plenamente possível a reconciliação do casal, seja por meio judicial – nos termos do art. 1.577 do CC/2002, que permanece no sistema – ou extrajudicial – conforme a Resolução n. 35 do CNJ. Por fim, se as partes quiserem podem manter o *status* de separados juridicamente.

Cumprе anotar que algumas normas ainda têm incidência para os casos das pessoas já separadas juridicamente, como as que expressam prazos decadenciais para ação anulatória de negócio jurídico, a contar da dissolução da sociedade conjugal (ex. art. 1.649 do CC). Também pode ser citada a hipótese do separado juridicamente antes da *Emenda do Divórcio*, que constitui união estável, nos termos do art. 1.723, § 1.º, do CC/2002, estando protegido pela sua situação anterior, subsumindo-se a regra.

Concluindo, a persistência de sua situação jurídica está plenamente justificada.

4.2.3 A existência de modalidade única de divórcio. Fim do divórcio

indireto. Regras fundamentais quanto ao divórcio extrajudicial

Outrora foi exposto que o divórcio coloca fim ao casamento válido, encerrando também a sociedade conjugal estabelecida entre os cônjuges, conforme enuncia o art. 1.571 do atual Código Civil. Tal sistemática não foi alterada com a *Emenda do Divórcio*, o que mantém a regra segundo a qual o divórcio não modifica os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos (art. 1.579, *caput*, do CC). Além disso, havendo eventual novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, esse novo enlace não pode importar em restrições aos direitos e deveres dos cônjuges em relação aos filhos (art. 1.579, parágrafo único, do CC).

Entretanto, houve modificação fundamental a respeito das modalidades do divórcio, pela alteração do art. 226, § 6.º, da Constituição Federal de 1988. O instituto do divórcio judicial era regulamentado pelo art. 1.580 da codificação privada, cuja transcrição integral é importante para estudo:

“Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 1.º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2.º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Além do divórcio judicial, previsto nesse dispositivo, a Lei 11.441/2007 possibilitou o divórcio extrajudicial, por escritura pública, no Tabelionato de Notas, o que foi confirmado pelo art. 733 do Novo CPC, como antes se expôs.

Como se nota, o Código Civil em vigor, a exemplo do que constava do art. 226, § 6.º, da CF/1988, reconhecia duas modalidades básicas de divórcio:

- a) Divórcio indireto ou por conversão – aquele que era precedido por uma separação judicial ou extrajudicial, ou até mesmo por uma anterior medida cautelar de separação de corpos com concessão de liminar. Esse divórcio poderia ser judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual).
- b) Divórcio direto – havendo separação de fato do casal por mais de dois anos, também assumindo as formas judicial (consensual ou litigioso) ou extrajudicial (somente consensual).

Pois bem, a EC 66/2010 aboliu essa divisão, subsistindo apenas o *divórcio direto*, sem prazo mínimo, que pode ser simplesmente denominado como *divórcio*. Interessante verificar que o Novo CPC também parece não considerar as duas modalidades anteriores, por utilizar apenas o termo *divórcio*, especialmente nos seus arts. 731 e 733, que tratam da homologação da sua sentença judicial, em caso de consenso entre os cônjuges; bem como da via extrajudicial.

Eis outro ponto de importância fulcral da inovação constitucional que merece destaque. De toda sorte, o divórcio continua podendo ser efetivado pela via judicial ou extrajudicial, entendendo este autor pela subsistência anterior da Lei 11.441/2007 e do art. 1.124-A do CPC/1973 nesse aspecto. Nossa posição é mantida sob a égide do art. 733 do CPC/2015.

Desse mesmo modo, merecem estudo os pontos relativos ao divórcio que constam da Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça relativos à disciplina, conforme já concluiu o próprio CNJ no ano de 2010 (Pedido de Providências n. 00005060-32.2010.2.00.0000). O tema ainda será analisado no presente tópico. Acreditamos que o CNJ elaborará revisões em relação a essa resolução nos próximos anos, para a sua adaptação ao Novo CPC, o que já foi feito parcialmente, como se verá.

Em suma, o art. 1.580 do Código Civil está revogado tacitamente, pois não recepcionado pelo novo Texto Constitucional. Sendo abolido o divórcio indireto, vários dispositivos da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) também devem ser tidos como definitivamente revogados, afirmação a ser mantida na vigência do Estatuto

Processual emergente. De início, mencione-se o seu art. 35, que tratava da conversão da separação judicial em divórcio, com apensamento aos autos da separação.

Outro comando que desaparece é o seu art. 37, que preconizava fundamentalmente que o juiz conheceria diretamente do pedido de conversão, quando não houvesse contestação ou necessidade de se produzir provas em audiência, proferindo sentença, dentro de dez dias.

Também deve ser tido como inconstitucional o art. 36 da citada norma, pelo qual: “Do pedido referido no artigo anterior, será citado o outro cônjuge, em cuja resposta não caberá reconvenção. Parágrafo único. A contestação só pode fundar-se em: I – falta do decurso de 1 (um) ano da separação judicial; II – descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação”. Cumpre lembrar que, a respeito do descumprimento das obrigações assumidas na separação, o Supremo Tribunal Federal havia entendido pela não recepção do texto pela CF/1988, que antes da *Emenda do Divórcio* já não trazia tal requisito para a conversão em divórcio. A ementa do julgado merece colação:

“Separação judicial. Divórcio. Conversão. Prestações alimentícias inadimplemento. Neutralidade. O inadimplemento de obrigação alimentícia assumida quando da separação judicial não impede a transformação em divórcio. Norma. Conflito com texto constitucional superveniente. Resolução. Na dicção da ilustrada maioria, vencido o relator, o conflito de norma com preceito constitucional superveniente resolve-se no campo da não recepção, não cabendo a comunicação ao Senado prevista no inciso X do artigo 52 da Constituição Federal” (RE 387.271, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 08.08.2007 Tribunal Pleno).

Detalhando o julgado, as palavras do Ministro Relator Marco Aurélio merecem transcrição:

“Concluindo, a exigência prevista no inciso II do art. 36 da Lei 6.515/1977, de não haver ocorrido descumprimento das obrigações assumidas

pelo requerente, na separação, não se sobrepõe ao texto do diploma maior. Surge, então, a inconstitucionalidade do dispositivo em comento. A não se entender assim, ainda que a separação judicial tenha obedecido a legislação de regência e mesmo decorrido mais de um ano desse acontecimento – requisitos estabelecidos pela Carta de 1988 – verificada a não satisfação de parcela alimentícia, o preceito constitucional não produzirá efeitos. O caso desse processo é emblemático no que se questiona não a pensão devida ao cônjuge, mas aos filhos. Mostra-se incoerente proceder à leitura do § 6.º do art. 226 da Lei Fundamental de forma não simplesmente estrita e sim restritiva, jungindo a transformação em divórcio à circunstância de estarem em dia as prestações alimentícias. Sejam as parcelas anteriores à separação, sejam anteriores ou posteriores ao divórcio, o respectivo inadimplemento deságua – conforme ressaltado pelo Juízo, com endosso inclusive do MP, ao atuar como curador – na execução do devido”.

Esclareça-se que nenhum dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação do art. 36, parágrafo único, II, da Lei do Divórcio como causa impeditiva da conversão em divórcio. A divergência surgiu quanto à não recepção da norma impugnada pela CF/1988 ou a sua recepção, mas inconstitucionalidade. Foi vencido o Relator Ministro Marco Aurélio que entendia ter sido a norma recepcionada pela Constituição, e propugnava a comunicação formal da decisão ao Senado Federal.

Outro debate que desaparece com a *Emenda do Divórcio* se refere à anterior possibilidade de conversão de uma anterior medida cautelar de separação de corpos em divórcio, sem que houvesse a prévia separação de direito, diante do que constava do *caput* do art. 1.580 do CC/2002. O dispositivo trazia como requisito para a conversão em divórcio lapso temporal de um ano do trânsito em julgado da sentença que houvesse decretado a separação judicial, *ou* da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos.

Pontue-se que o Novo CPC não trata mais dessa cautelar entre os procedimentos específicos, substituída pelos mecanismos de tutela provisória,

regulados entre os seus arts. 300 a 311. Para este autor, somente o tempo e a prática poderão demonstrar qual o enquadramento processual dessa antiga medida.

A dúvida existirá entre o enquadramento como tutela antecipada em caráter antecedente ou tutela cautelar de caráter antecedente. Se investigada a natureza jurídica da medida, o primeiro caminho parece o mais correto. Todavia, existe toda uma tradição prática processual no sentido de ter a separação de corpos natureza cautelar.

Pois bem, na doutrina civilista anterior à EC 66/2010 e ao CPC/2015, a possibilidade de conversão da cautelar de separação de corpos em divórcio era reconhecida por Maria Berenice Dias, nos seguintes termos:

“Não só a separação judicial, também a separação de corpos pode ser convertida em divórcio. Inexiste a exigência do prévio trânsito em julgado da sentença que decreta a separação judicial para que ocorra o decreto do divórcio. É o que diz o Código Civil (1.580): (...). Não foi reproduzido o art 31 da Lei do Divórcio: não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial. Por se tratar de norma de direito material, encontra-se derogada. No fundo, o legislador nada mais fez do que reduzir o prazo para a concessão do divórcio, quando a separação de corpos foi deferida judicialmente. Não apresenta óbice a essa interpretação o fato de a norma constitucional falar em prévia separação judicial (CF/1988, art. 226, § 6.º). Primeiro, porque a separação de corpos também é uma separação judicial, pois decretada pelo juiz. Ao depois, o constituinte, ao dizer ‘nos casos expressos em lei’, delegou ao legislador infraconstitucional competência para legislar sobre o tema. O codificador, fazendo uso do permissivo constitucional, deu mais um passo ao admitir tal hipótese de divórcio. A novidade é salutar, pois nada há a ser discutido na ação de conversão de separação de corpos em divórcio. Questões referentes a temas outros (alimentos, partilha de bens, guarda de filhos) se comportam em demandas distintas, embora possam ser cumuladas” (DIAS, Maria Berenice *Manual...*, 2005, p. 304).

Como não poderia ser diferente, este autor sempre esteve filiado ao posicionamento liderado pela vice-presidente do IBDFAM. Como reforço para essa anterior conversão, era citada a Lei 11.340/2006 (*Lei Maria da Penha*), que visa a coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Vários dispositivos legais da norma poderiam ser citados como fundamento para a possibilidade de se manter o marido violento longe de casa e, ato contínuo, de se reconhecer a possibilidade de conversão da separação de corpos em divórcio. De início, mencione-se o seu art. 18, que determina que o juiz deve decidir de imediato, no prazo de 48 horas, cabendo medidas de urgência de forma isolada ou cumulativamente.

Em complemento, o art. 22 da norma preconiza como medidas protetivas o afastamento do lar, a proibição de condutas e a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, além da prestação dos alimentos provisórios e provisionais. Faz o mesmo o seu art. 23, IV, mencionando expressamente a possibilidade de separação de corpos, inclusive com a possibilidade de atuação do Ministério Público em casos tais (art. 25 da Lei 11.340/2006).

Os julgados dos Tribunais inferiores divergiam sobre a questão, surgindo a principal controvérsia no Tribunal de Minas Gerais. Assim, vejamos:

“Direito processual civil e direito de família. Jurisdição voluntária. Conversão consensual de separação judicial em divórcio. Cautelar de separação de corpos. Interpretação do art. 1.580 do novo Código Civil. Na jurisdição voluntária, por se tratar de atividade materialmente administrativa e não jurisdicional, os limites rígidos referentes à estabilização da demanda devem ser abandonados em nome da conveniência da adoção de critérios flexíveis, o que é autorizado pelo art. 1.109 do Código de Processo Civil. Diante das peculiaridades de cada caso, não se deve sacrificar o direito material e o interesse dos requerentes por mero apego às regras de rigidez legal. Havendo decorrido o prazo legal de um ano da concessão cautelar de separação de corpos, e sendo tal medida consensual, como também é consensual o pedido de conversão do divórcio, tal medida deve ser

concedida” (TJMG, Apelação 1.000.00.351838-8/000, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Braga, j. 30.10.2003, Publicação 04.02.2004, votação unânime).

A última decisão transcrita consta de obra do Professor Francisco Cahali, que traz decisões pioneiras quanto ao então novo Código Civil (*Família...*, 2004, p. 63). Filiava-se integralmente ao seu teor, à luz da *operabilidade*, no sentido da facilitação, uma vez que esta sacrifica conceitos instrumentais em prol do Direito Material. Isso, aliás, consta do corpo da ementa.

Porém, cabe aqui assinalar que, no segundo volume da sua coleção, o Professor Francisco Cahali traz decisão, do mesmo Tribunal, em sentido contrário, com a qual não se alinhava (*Família...*, 2005, p. 40):

“Não é possível a conversão da separação de corpos em divórcio, visto que a medida preparatória não visa definir direitos, tornando-se necessário o ajuizamento da ação principal de separação judicial para a discussão do mérito. Após transitada em julgado a sentença da ação principal, será possível constatar-se a necessidade da ruptura do vínculo conjugal. O art. 1.580 do CC/2002, assim como o art. 25 da Lei do Divórcio visam permitir que o prazo para a decretação do divórcio seja contado a partir da concessão de medida cautelar de separação de corpos, e não a possibilidade da conversão desta em divórcio. Assim, ainda que decorrido o prazo de um ano da decisão cautelar, não pode ser pedida a conversão se não houver sentença de separação judicial” (TJMG, Apelação 1.04333.03.102447-7/001(1), 4.^a Câmara Cível Rel. Des. Carreira Machado, j. 21.10.2004, votação por maioria).

Como se percebe, a polêmica dividia o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quase sempre inovador entendia-se também pela possibilidade de conversão da separação de corpos em divórcio:

“Apelação cível. Ação de conversão de separação de corpos em divórcio. As partes denominaram a ação como divórcio sob a forma consensual quando,

na verdade, intentavam uma ação de conversão de separação de corpos em divórcio. Sentença que julgou extinto o feito sem julgamento do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido. Equívoco sanado. Inteligência do art. 1.580, *caput*, do CCB, e art. 515, §§ 1.º e 2.º, do CPC. Decisão monocrática Recurso provido” (TJRS, Apelação Cível 70010814960, 8.ª Câmara Cível Rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. 04.04.2005).

O Superior Tribunal de Justiça, sanando a polêmica que surgiu no Tribunal Mineiro, acabou por adotar a primeira corrente, admitindo que a separação de corpos fosse convertida em divórcio, sem a prévia separação de direito:

“Civil. Família. Separação judicial. Conversão em divórcio. Art. 1.580 do Código Civil. Cautelar de separação de corpos. O texto é claro: o legislador utilizou a conjunção alternativa *ou*, prevendo duas hipóteses distintas. Não há margem para outra interpretação, que não a literal. Acrescente-se que o art. 25 da Lei 6.515/1977, com a redação dada pela Lei 8.408/1992, já fazia tal previsão. Confira-se: A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges existente há mais de 1 (um) ano, contada da data da decisão ou da que concedeu a medida cautelar correspondente (art. 8.º), será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou. Para o art. 44 dessa lei, o prazo de conversão conta-se a partir da data em que, por decisão judicial proferida em qualquer processo, mesmo de jurisdição voluntária, for determinada ou presumida a separação dos cônjuges. A combinação dos dois artigos anteriores revela a intenção do legislador de permitir que o cômputo do lapso temporal de um ano para a conversão em divórcio ocorresse a partir da medida cautelar de separação de corpos. Na hipótese, a separação de corpos foi homologada por sentença em 06.06.2001. O pedido de conversão em divórcio deu-se em 11.11.2002, assim, as partes cumpriram o prazo exigido pela lei para a conversão da separação judicial em divórcio. Cumprida a exigência legal, nenhum embaraço poderá ser oposto à conversão. Defere-se a conversão de separação em divórcio, desde que

observado o prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença que decretou ou da decisão homologatória da separação judicial, ou daquela que concedeu a medida cautelar de separação de corpos” (STJ, REsp 726.870/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.11.2006 DJ 18.12.2006, p. 371).

Dessa forma, a tese defendida em edições anteriores da presente obra acabou por ser adotada por aquele Tribunal Superior. Todavia, a discussão é mencionada apenas para demonstrar a evolução das questões processuais em prol da família, uma vez que o debate não cabe mais na vigência da EC 66/2010, diante do desaparecimento total da figura do *divórcio por conversão*.

Ademais, toda essa evolução da jurisprudência talvez sirva para mostrar que a separação de corpos tem natureza satisfativa, podendo ser requerida na própria ação de divórcio, com natureza de tutela antecipada de caráter antecedente. Sendo assim, no Novo CPC, estaria sujeita aos procedimentos previstos entre os seus arts. 303 e 304. Essa é a primeira percepção do presente autor, sendo certo que somente a prática familiarista poderá efetivamente demonstrar qual será o correto enquadramento da cautelar de separação de corpos entre as categorias relativas à tutela provisória.

Superado esse ponto, também deve ser tido como não recepcionado o art. 1.580, § 1.º, do Código Civil, segundo o qual a conversão em divórcio seria concedida sem que houvesse menção à sua causa. Isso porque não existe mais no sistema a citada conversão, a não ser para o caso de pessoas já separadas juridicamente, em que é possível, na verdade, *transformar* a ação de separação em ação de divórcio.

A respeito do antigo *divórcio direto*, lembre-se do desaparecimento do instituto, não havendo qualquer requisito temporal de separação de fato para que os cônjuges pleiteiem o divórcio. Assim, ilustrando, o casal pode se casar em um dia e requerer o divórcio no dia seguinte. Algumas regras que constavam da Lei do Divórcio estão do mesmo modo prejudicadas, caso do seu art. 40, *caput*, que previa os requisitos mínimos para a petição inicial da ação de divórcio. Agora, a referida exordial deve apenas obedecer aos requisitos gerais do Código de Processo Civil

(art. 319 do CPC/2015, correspondente ao art. 282 do CPC/1973).

Consigne-se que a doutrina e a jurisprudência nacionais vinham entendendo pela impossibilidade de se discutir culpa em qualquer modalidade de divórcio anterior, o que incluía o divórcio direto. Nesse sentido, interessante transcrever duas decisões do Superior Tribunal de Justiça prolatadas na vigência da Lei do Divórcio cujo conteúdo não foi alterado, mas apenas confirmado pela redação do art. 1.580 do CC/2002:

“Civil. Família. Alimentos. Se, antes mesmo da sentença na separação judicial, as partes requereram o divórcio direto, nos termos do art. 40 da Lei 6.515/1977, é irrelevante a disposição daquela reconhecendo a culpa da mulher, para o efeito de alimentos. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 67.493/SC, 3.^a Turma, Rel. Min. Costa Leite, j. 30.10.1995, *DJ* 26.08.1996, p. 29.681).

“Direito de família. Divórcio direto não consensual. Causa da separação (culpa). Desnecessidade de sua investigação. Art. 40 da Lei 6.515/1977, com a redação dada pela Lei 7.841/1989. Após a alteração legislativa introduzida pela Lei 7.841/1989, modificando a redação do *caput* do art. 40 da Lei 6.515/1977 e revogando seu § 1.^o, não há mais que se cogitar, pelo menos não necessariamente, da análise da causa da separação (culpa) para efeito de decretação do divórcio direto, sendo bastante o requisito da separação de fato por dois anos consecutivos” (STJ, REsp 40.020/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.08.1995, *DJ* 02.10.1995, p. 32.366).

Na verdade, o grande debate concernente à *Emenda Constitucional 66/2010* refere-se à possibilidade atual de discussão da culpa para dissolver o casamento, agora em sede de Divórcio. Em outras palavras, fica a dúvida se a culpa pode ser *exportada* da separação-sanção para a ação de divórcio. O tema merecerá um tópico próprio no capítulo. Apesar de não se discutir anteriormente a culpa nas ações de divórcio direto, lembrava Carlos Roberto Gonçalves que “os juízes, por economia

processual, têm admitido a discussão a esse respeito nessas ações, mas para os efeitos mencionados, e não para a decretação do divórcio” (*Direito civil...*, 2005, p. 254). Em suma, diante do princípio da fungibilidade, vinha-se convertendo as ações de divórcio, em que a parte requer a análise da culpa, em ações de separação-sanção.

Por outra via, o Tribunal Gaúcho – em ações de separação litigiosa em que se imputava culpa ao cônjuge varão e em que tinha decorrido o prazo para o divórcio direto em razão da separação de fato por mais de dois anos – vinha indagando aos cônjuges separandos se concordariam com o divórcio direto. Em caso positivo, aquele Tribunal assim decidia:

“Separação judicial litigiosa. Culpa. Já se encontra sedimentado o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto seu reconhecimento não implica em nenhuma seqüela de ordem prática. Precedentes desta Corte. À unanimidade, afastaram as preliminares, negaram provimento ao apelo da virago e decretaram o divórcio dos litigantes. Por maioria, proveram em parte o apelo do varão” (TJRS Apelação Cível 70012719415, 7.^a Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 29.11.2006).

Essas são as palavras de Maria Berenice Dias, relatora do julgado em questão: “por fim, tendo em vista que os litigantes já estão separados de fato desde junho de 2006 e ambos manifestaram pessoalmente o desejo de se divorciarem, é de ser decretada a dissolução do vínculo conjugal, com fundamento no art. 1.580, § 2.º, do Código Civil. Saliente-se, outrossim, que a Procuradoria de Justiça, devidamente intimada, manifestou-se pela decretação do divórcio do casal”.

Era acertada a decisão anterior, o que não só pode como deve ser aplicado na atualidade aos processos de separação em curso com a entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*, mesmo com o infeliz tratamento constante do Novo Código de Processo Civil.

A diferença é que não há mais necessidade de se atender ao prazo de dois anos de separação. Desse modo, apesar de o pedido anterior das partes ter sido o de

separação, estando acordadas quanto a tal ponto, nada justifica a decretação da separação para que, posteriormente, promovam as partes nova demanda visando ao divórcio. Pode o juiz da causa abrir vista às partes para que se manifestem quanto a essa *conversão ou transformação endoprocessual*, o que é recomendável com a emergência da alteração constitucional.

Dúvida surge se os cônjuges insistirem na separação judicial mesmo com entrada em vigor da alteração constitucional e do Novo CPC. Exemplificando, o caso ingressou com a ação de separação judicial em meados de 2009. Com a entrada em vigor da EC 66/2010, o juiz da causa abre vista às partes para que se manifestem sobre eventual conversão em divórcio. Se as partes assim não quiserem, pensam esses autores que a ação deverá ser julgada extinta, por falta de interesse processual, por falta de adequação (art. 485, inc. VI, do CPC/2015).

Vale dizer que o enquadramento anterior era na impossibilidade jurídica do pedido (art. 267, inc. VI, do CPC/1973). Todavia, esse caminho processual foi retirado do sistema pelo Estatuto Processual emergente, sendo necessário se situar em outra hipótese de extinção sem o julgamento do mérito. Entendemos haver falta de interesse processual pelo fato de ser a ação de divórcio a via adequada, e não a ação de separação. De toda sorte, por questão de boa-fé processual, o juiz deve informar que essa será sua conclusão posterior às partes. Trata-se de aplicação do dever de cooperação processual entre todas as partes do processo, retirada do art. 6.º do Novo CPC.

Feitos tais esclarecimentos, duas regras do Código Civil de 2002 devem ser tidas como mantidas e perfeitas, sem qualquer interferência da *Emenda do Divórcio* e do Novo CPC.

A primeira é a constante do seu art. 1.581, *in verbis*: “O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”, o que confirma parcialmente o teor da Súmula 197 do STJ (“O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”). Ora, como a lei não determinava a análise da causa do divórcio, a partilha de bens não deveria e não deve ser obstáculo para a sua concessão. Vale lembrar, ainda, que o direito ao divórcio é um direito personalíssimo do cônjuge, sendo inafastável e indeclinável. A norma também se aplica ao divórcio extrajudicial,

conforme consta da Resolução 35 do CNJ, em seu art. 39.

Desse modo, a partilha dos bens do casal pode ocorrer em momento posterior à sua concessão. No campo processual, o melhor caminho é a partilha ser feita nos próprios autos do divórcio. Também é possível o caminho de uma ação própria, a correr perante a Vara da Família. A partilha ainda pode ser extrajudicial, no Tabelionato de Notas e mediante escritura pública, havendo acordo entre os ex-cônjuges.

Na opinião deste autor, esses caminhos continuam perfeitamente viáveis sob a égide do Novo Código de Processo Civil. A outra norma que continua em vigor estabelece que a ação de divórcio é personalíssima, pois o seu pedido somente cabe aos cônjuges (art. 1.582 do CC). Mas no caso de incapacidade do cônjuge para propor a ação (exemplo: cônjuge interditado), a lei consagra a legitimidade do curador, do ascendente ou do irmão. Discute-se a legitimidade do MP em casos tais, eis que a lei não a prevê nesse dispositivo especial. De toda sorte, o art. 178, inc. I, do CPC/2015 (equivalente ao art. 82, inc. I, do CPC/1973) estabelece que cabe ao Ministério Público intervir nos casos que envolvem interesse dos incapazes. Para afastar essa dúvida, o PL 699/2011 pretende introduzir a legitimidade do Ministério Público, o que vem em boa hora.

Como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça em 2018, havendo a necessidade de ajustes na partilha entre os cônjuges, esses poderão ser feitos de forma consensual, nos âmbitos judicial ou extrajudicial, e sem a necessidade de uma ação anulatória para tanto. Conforme parte da ementa do acórdão:

“A coisa julgada material formada em virtude de acordo celebrado por partes maiores e capazes, versando sobre a partilha de bens imóveis privados e disponíveis e que fora homologado judicialmente por ocasião de divórcio consensual, não impede que haja um novo ajuste consensual sobre o destino dos referidos bens, assentado no princípio da autonomia da vontade e na possibilidade de dissolução do casamento até mesmo na esfera extrajudicial, especialmente diante da demonstrada dificuldade do cumprimento do acordo na forma inicialmente pactuada. É desnecessária a remessa das partes a uma

ação anulatória quando o requerimento de alteração do acordo não decorre de vício, de erro de consentimento ou quando não há litígio entre elas sobre o objeto da avença, sob pena de injustificável violação aos princípios da economia processual, da celeridade e da razoável duração do processo. A desjudicialização dos conflitos e a promoção do sistema multiportas de acesso à justiça deve ser francamente incentivada, estimulando-se a adoção da solução consensual, dos métodos autocompositivos e do uso dos mecanismos adequados de solução das controvérsias, tendo como base a capacidade que possuem as partes de livremente convencionar e dispor sobre os seus bens, direitos e destinos” (STJ, REsp 1.623.475/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Nanc Andrichi, j. 17.04.2018, *DJe* 20.04.2018).

Como se pode notar, foi utilizado o forte argumento da *desjudicialização* das contendas.

Encerrando o tópico, cumpre expor e comentar as principais regras relativas ao divórcio extrajudicial, constantes do anterior art. 1.124-A do CPC/1973 e da Resolução 35/2007 do Conselho Nacional de Justiça, que procurou uniformizar o tratamento do instituto pelos Cartórios de todo o País. Reafirme-se que o dispositivo processual equivale ao art. 733 do Novo CPC, que igualmente trata do divórcio por escritura pública.

Iniciando-se pelo dispositivo legal, estabelece a norma que é possível o *divórcio consensual*, por escritura pública, desde que o casal não tenha filhos incapazes ou nascituros. A inclusão expressa do nascituro é novidade no sistema, traduzindo consagração processual da teoria concepcionista, aquela segundo a qual o nascituro é pessoa humana. Como insistentemente demonstramos, essa corrente é a que prevalece na doutrina contemporânea e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Apesar da clareza da norma anterior, ora confirmada, tornou-se comum, na prática, a emancipação do filho, por escritura pública, para que o divórcio extrajudicial seja efetivado. A solução despertava polêmica no passado, eis que o filho emancipado deixaria de ser incapaz, mas continuava sendo menor. Mesmo com

tal dedução técnica, sempre pensamos que, em não havendo qualquer prejuízo ao filho, seria perfeitamente possível o divórcio por escritura pública percorrendo tal caminho.

Igualmente abrindo a possibilidade de divórcio extrajudicial se o casal tiver filhos menores, na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, foi aprovado o Enunciado n. 571, prescrevendo que “Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal”. O enunciado traz um conteúdo preciso, uma vez que não se justificaria afastar a solução extrajudicial quando os interesses dos menores estiverem devidamente resguardados perante o Poder Judiciário.

De toda sorte, o Novo CPC encerrou a polêmica anterior, pois não há mais menção ao termo *filhos menores*, mas apenas a *filhos incapazes*. Assim, havendo emancipação, cessa a incapacidade, sendo possível o divórcio extrajudicial do casal. A propósito, em 6 de junho de 2016, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a recomendação 22, orientando aos Tabelionatos de Notas que procedam à realização de inventário, partilha, divórcio consensual e extinção consensual de união estável, quando houver filhos ou herdeiros emancipados. Sendo assim, a questão parece ter sido consolidada na prática.

Repise-se que dessa escritura de divórcio constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia entre os cônjuges, o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas e, ainda, o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Continuamos a entender que tais conteúdos não são obrigatórios, mas facultativos das partes.

O Novo CPC não faz mais menção à manutenção ou retirada do sobrenome do outro cônjuge, que constava da parte final do art. 1.124-A do CPC/1973, introduzido pela Lei 11.441/2007. Todavia, mesmo havendo omissão quanto a tal aspecto, acreditamos que ainda é possível que tal disposição faça parte da escritura de divórcio.

O referido documento público não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. O Novo CPC inclui expressamente que a escritura pública de divórcio também é título hábil para

levantamento de importância depositada em instituições financeiras (art. 733, § 1.º, do CPC/2015). Manteve-se a ideia de redução de burocracias e de facilitação inaugurada pela norma de 2007.

Ademais, o tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (art. 733, § 2.º, do CPC/2015). Quanto à gratuidade, não mais expressa no Novo CPC, acreditamos ainda ser possível, para aqueles que se declararem pobres, conforme desenvolvido em tópico anterior.

Quanto à Resolução n. 35 do CNJ, merece relevo, inicialmente, a ausência de competência territorial para a lavratura da escritura de divórcio, enunciando o seu art. 1.º que “para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei n.º 11.441/2007, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil”. Além disso, a via extrajudicial não é obrigatória, mas facultativa, ao contrário de tese que surgiu nos primeiros anos de vigência do art. 1.124-A do CPC/1973. Ademais, pode ser solicitada, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial (art. 2.º da Resolução). Acreditamos que todos esses aspectos devem ser mantidos na vigência do Novo CPC.

A Resolução n. 35 confirma, no seu art. 3.º, que as escrituras públicas de divórcio consensuais não dependem de homologação judicial e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário, para a transferência de bens e direitos, bem como para a promoção de todos os atos necessários à materialização das transferências de bens e levantamento de valores (DETRAN, Junta Comercial Registro Civil de Pessoas Jurídicas, instituições financeiras, companhias telefônicas etc.). Essa norma também tende a ser mantida.

Nos termos do art. 4.º da Resolução n. 35 do CNJ, o valor dos emolumentos deverá corresponder ao efetivo custo e à adequada e suficiente remuneração dos serviços prestados, conforme estabelecido no parágrafo único do art. 1.º da Lei 10.169/2000, observando-se, quanto a sua fixação, as regras previstas no art. 2.º da citada lei.

Esclareça-se que, de acordo com o último comando, para a fixação do valor

dos emolumentos, a Lei dos Estados e do Distrito Federal levará em conta a natureza pública e o caráter social dos serviços notariais e de registro, atendidas, ainda, as seguintes regras: *a)* os valores dos emolumentos constarão de tabelas e serão expressos em moeda corrente do País; *b)* os atos comuns aos vários tipos de serviços notariais e de registro serão remunerados por emolumentos específicos, fixados para cada espécie de ato; *c)* os atos específicos de cada serviço serão classificados em: atos relativos a situações jurídicas, sem conteúdo financeiro, cujos emolumentos atenderão às peculiaridades socioeconômicas de cada região; e atos relativos a situações jurídicas, com conteúdo financeiro, cujos emolumentos serão fixados mediante a observância de faixas que estabeleçam valores mínimos e máximos, nas quais enquadrar-se-á o valor constante do documento apresentado aos serviços notariais e de registro. Essas regras a respeito da cobrança de valores também devem ser conservadas.

No que interessa à gratuidade da justiça, essa é confirmada pelo art. 6.º da Resolução, com conteúdo também a ser aplicado sob a égide do Novo CPC, mesmo não tendo a norma instrumental mencionado expressamente a gratuidade. O preceito seguinte prescreve que para a concessão de tais benesses basta uma simples declaração dos interessados de que não possuem condições de arcar com os emolumentos, ainda que as partes estejam assistidas por advogado constituído.

O art. 8.º da Resolução n. 35 do CNJ – igualmente conservada –, confirma a necessidade da presença de advogado ou defensor público, devidamente identificado, quando da lavratura do ato. É vedada ao tabelião a indicação de advogado às partes, que deverão comparecer para o ato notarial acompanhadas de profissional de sua confiança (art. 9.º da Resolução). Ainda de acordo com o último preceito, se as partes não dispuserem de condições econômicas para contratar advogado, o tabelião deverá recomendar-lhes a Defensoria Pública, onde houver, ou, na sua falta, a Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil, onde exista a prestação da assistência jurídica gratuita por advogados.

A Resolução estabelece, em seu art. 33, os documentos fundamentais para a lavratura da escritura pública de divórcio, a saber: *a)* certidão de casamento; *b)* documento de identidade oficial e CPF/MF; *c)* pacto antenupcial, se houver; *d)*

certidão de nascimento ou outro documento de identidade oficial dos filhos absolutamente capazes, se houver; e) certidão de propriedade de bens imóveis e direitos a eles relativos; e f) documentos necessários à comprovação da titularidade dos bens móveis e de direitos, se houver. A não apresentação de tais documentos obsta a elaboração da escritura, devendo essa regra também ser aplicada na vigência do Novo CPC.

As partes devem declarar ao tabelião, no ato da lavratura da escritura, que não têm filhos comuns ou, havendo, que são absolutamente capazes, indicando seus nomes e as datas de nascimento, sob as penas da lei (art. 34 da Resolução). Como expusemos em edição anterior desta obra, aqui a resolução deveria sofrer adaptações, para incluir o nascituro, mencionado no art. 733 do CPC/2015.

Foi o que fez o Conselho Nacional de Justiça em abril de 2016, passando a Resolução 35 a estabelecer que, na condição de grávida, não é possível utilizar da escritura pública para formalização de divórcio em cartório, assim como já ocorria nas hipóteses de existência de filhos menores ou incapazes (Resolução 220 do CNJ).

Esclareça-se que, quando dos debates dessa alteração, os conselheiros do CNJ firmaram o entendimento de que o estado de gravidez, caso não seja evidente, deve ser declarado pelos cônjuges. Assim, não cabe ao tabelião investigar essa condição, o que exigiria um documento médico e burocratizaria o processo, além de poder representar desrespeito à intimidade das partes.

Da escritura, deve constar declaração das partes de que estão cientes das consequências do divórcio, firmes no propósito de pôr fim ao vínculo matrimonial, sem hesitação, com recusa de reconciliação (art. 35). Esse dispositivo deve ser mantido na vigência do Novo CPC, sem qualquer modificação, *na opinium* deste autor.

Com grande repercussão prática, o art. 36 da Resolução n. 35 determina que o comparecimento pessoal das partes é dispensável à lavratura de escritura pública de divórcio, sendo admissível aos divorciandos se fizerem representar por mandatário constituído. O mandato deve ser celebrado por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de 30 dias. Isso possibilita que casais que estejam fora do País se divorciem por escritura pública.

E a solução não poderia ser diferente, eis que se o casamento pode ser contraído por procuração, igualmente deve ser dissolvido dessa forma. Esse é o melhor caminho, pois o objetivo da Lei 11.441/2007 foi a celeridade e a redução das burocracias. A redução de burocracias, a facilitação e a *desjudicialização* também guiam o Estatuto Processual emergente, o que justifica a incidência dessa importante regra prática no futuro.

Havendo bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o que é do patrimônio individual de cada cônjuge, se houver, do que é do patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens, constando isso do corpo da escritura (art. 37 da Resolução). Na partilha em que houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, ou a partilha desigual do patrimônio comum, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida (art. 38). Com grande relevância para a divisão dos bens, tais artigos também não devem ser modificados pelo Conselho Nacional de Justiça.

O traslado da escritura pública de separação e divórcio consensuais será apresentado ao Oficial de Registro Civil do respectivo assento de casamento, para a averbação necessária, independente de autorização judicial e de audiência do Ministério Público, na linha de *desjudicialização* instituída pela Lei 11.441/2007 e confirmada pelo Novo CPC (art. 40 da Resolução n. 35 do CNJ).

Também com tendência de manutenção, a Resolução n. 35 do CNJ estabelece que havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de divórcio, o Oficial de Registro Civil que averbar o ato no assento de casamento também anotará a alteração no respectivo assento de nascimento, se de sua unidade, ou, se de outra, comunicará ao Oficial competente para a necessária anotação (art. 41).

Na escritura pública deve constar que as partes foram orientadas sobre a necessidade de apresentação de seu traslado no registro civil do assento de casamento, para a averbação devida (art. 43 da Resolução). Essa última regra tutela o dever de informar, estando na linha da boa-fé objetiva processual, um dos princípios do CPC/2015, retirado principalmente dos seus arts. 5.º e 6.º.

Estabelece-se, ainda, que não há sigilo nas escrituras públicas de divórcio consensual (art. 42). Há quem não veja com bons olhos tal previsão, uma vez que

terceiros com intenções escusas podem utilizar a publicidade do ato notarial para obter informações sobre o casal, inclusive para atos ilícitos, como roubo e sequestro. Todavia, o sigilo, na opinião deste autor, seria incompatível com a publicidade que se espera da escritura pública, devendo a norma também ser mantida nos próximos anos.

É admissível, por consenso das partes, escritura pública de retificação das cláusulas de obrigações alimentares ajustadas no próprio divórcio (art. 44). O preceito tem fundamento na antiga ideia, segundo a qual a sentença que fixa os alimentos está sujeita a revisão, o que igualmente deve ser aplicado aos alimentos fixados na escritura pública de divórcio. Como o Novo CPC confirma essa antiga ideia, o dispositivo da Resolução em estudo deve ser conservado.

Na opinião deste autor, é perfeitamente possível a prisão por falta de pagamento dos alimentos fixados extrajudicialmente. O fundamento legal para tanto está no art. 19 da Lei 5.478/1968, *in verbis*: “O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias”. Quando há menção no dispositivo ao *acordo*, entenda-se o enquadramento da escritura pública de divórcio. Não se pode ficar apegado a entendimento formalista em sentido contrário, pois, repise-se, o objetivo da Lei 11.441/2007 e do Novo CPC foi a diminuição de burocracias. Em reforço, consigne-se que o Estatuto Processual de 2015 não revogou essa regra especial, mas apenas o art. 733 do CPC/1973.

Essa também é a *opinium* de Fernanda Tartuce, discordando de entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça, que não admitia a prisão civil em decorrência de valores fixados em títulos executivos extrajudiciais (HC 22.401/ SP, decisão da 3.^a Turma, do ano de 2002, relatoria do então Ministro Carlos Alberto Menezes Direito). Esclareça-se que acórdãos estaduais têm afastado tal possibilidade em decorrência da escritura do divórcio, podendo ser transcrito o seguinte:

“Execução de alimentos. Escritura pública de divórcio consensual direto. Título executivo extrajudicial. Prisão civil. Descabimento. 1. O art. 585, inc III, do CPC estabelece que a escritura pública ou outro documento público

assinado pelo devedor constitui título executivo extrajudicial. 2. Tal título pode agasalhar execução sob constrição patrimonial, mas não o pedido de prisão que, por exigência do art. 733 do CPC, deve estar embasado em título executivo judicial. 3. Como a execução acena para a existência do título executivo extrajudicial e diz que os alimentos não foram satisfeitos, cabível o curso do processo na forma preconizada pelo art. 732 do CPC, devendo ser emendada a inicial. Recurso desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 399180-23.2011.8.21.7000, Planalto, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 23.11.2011, *DJERS* 14.12.2011).

Conforme as palavras da doutrinadora, a quem se filia, “este entendimento não merece prevalecer nos dias atuais: o rito executivo especial pode ser aplicado ao inadimplemento de obrigação alimentar reconhecida em quaisquer títulos (judiciais ou extrajudiciais)” (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil...*, 2012, p. 209). Do Tribunal Catarinense, acolhendo tal forma de pensar:

“Execução de alimentos. Verba ajustada em escritura pública de separação consensual. Decisão que não acolheu a justificativa apresentada pelo executado e decretou-lhe a prisão civil. Cabimento da execução sob o rito do art. 733 do CPC, à vista das alterações introduzidas pela Lei n. 11.441/2007. Impossibilidade de adimplir a obrigação alimentar não demonstrada. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSC, Agravo de Instrumento 2011.048493-2, Blumenau, 3.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 22.11.2011, *DJSC* 19.12.2011, p. 234).

A retificação da escritura pública envolve, ainda, a questão do uso do nome de casado. Conforme o art. 45 da Resolução n. 35, também tendente à conservação nos próximos anos, a escritura pública de divórcio consensual, “quanto ao ajuste do uso do nome de casado, pode ser retificada mediante declaração unilateral do interessado na volta ao uso do nome de solteiro, em nova escritura pública, com assistência de advogado”. O preceito segue a linha de que o nome incorporado passa a ser um

direito da personalidade do incorporador. Sendo assim, o cônjuge pode fazer a opção de mantê-lo ou renunciá-lo, a qualquer tempo.

O Tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de 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 (art. 46 da Resolução n. 35 do CNJ). A título de exemplo, se o acordo traduzir onerosidade excessiva, um desequilíbrio patrimonial entre as partes, é possível que seja negada a lavratura do ato. Também acreditamos que a regra continuará a ter incidência na vigência do novo CPC.

Os cônjuges separados juridicamente podem, mediante escritura pública, converter ou transformar a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento. Essa é a nova redação do art. 52 da Resolução em estudo, dada pela Resolução n. 120, do mesmo CNJ, já em conformidade com a Emenda do Divórcio, a ser mantida nos próximos anos.

Ademais, relembre-se que o art. 53 da Resolução n. 35 do CNJ foi revogado pela mesma Resolução n. 120. Prevvia a norma que “a declaração dos cônjuges não basta para a comprovação do implemento do lapso de dois anos de separação no divórcio direto. Deve o tabelião observar se o casamento foi realizado há mais de dois anos e a prova documental da separação, se houver, podendo colher declaração de testemunha, que consignará na própria escritura pública. Caso o notário se recuse a lavrar a escritura, deverá formalizar a respectiva nota, desde que haja pedido das partes neste sentido”. Isso se deu diante da retirada do prazo para o divórcio pela Emenda Constitucional 66/2010, questão exaustivamente mencionada no presente capítulo.

Por derradeiro, como assunto final, o art. 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro expressa que, tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os demais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país da sede do Consulado. O dispositivo recebeu dois novos parágrafos por força da Lei 12.874, de outubro de

2013, tratando do *divórcio extrajudicial consular*.

O primeiro parágrafo preceitua que as autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos. Dessa escritura devem constar as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.

A norma nasce desatualizada, na opinião deste autor. De início, porque, segundo a corrente seguida por esta obra, não há que se falar mais em separação extrajudicial consensual. Ademais, diante da mesma Emenda Constitucional 66/2010 não existem mais prazos mínimos para o divórcio.

Em complemento, o § 2.º do art. 18 da LINDB expressa que “é indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública”. Esse último comando segue a linha do que constava do art. 1.124-A do CPC/1973 quanto à exigência da presença de advogados nas escrituras de separação e divórcio lavradas perante os Tabelionatos de Notas, o que foi confirmado pelo art. 733 do CPC/2015.

Analisadas as regras fundamentais a respeito do divórcio extrajudicial, vejamos um dos temas mais polêmicos da atualidade, qual seja, a possibilidade de debate da culpa na ação de divórcio litigioso.

4.2.4 Da possibilidade de se discutir culpa para o divórcio do casal. Do julgamento parcial de mérito nas ações de divórcio (art. 356 do Novo CPC)

Um dos maiores problemas surgidos com a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010 refere-se à viabilidade jurídica de discussão da culpa para dissolver o casamento, em sede de ação de divórcio. Em poucos anos de sua entrada

em vigor, a inovação gerou o surgimento de uma *Torre de Babel doutrinária* a respeito da problemática. O debate, as reflexões e o tempo devem sanar tais dificuldades. Pelo menos é o que se espera.

De toda sorte, até o presente momento, prevalece entre os juristas, principalmente entre os doutrinadores que compõem o IBDFAM, a tese de impossibilidade de discussão da culpa em sede de ação de divórcio. Assim, se posicionam, por exemplo, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Antonio Carlos Mathias Coltro, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolz Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal José Fernando Simão. Essa é também a opinião de Paulo Lôbo, merecendo destaque as suas palavras:

“A nova redação da norma constitucional tem a virtude de por cobro à exigência 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 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.

O divórcio sem culpa já tinha sido contemplado na redação originária do § 6.º do art. 226, ainda que dependente do requisito temporal. A nova redação vai além, quando exclui a conversão da separação judicial, deixando para trás a judicialização das histórias pungentes dos desencontros sentimentais.

O direito deixa para a história da família brasileira essa experiência decepcionante de alimentação dos conflitos, além das soluções degradantes proporcionadas pelo requisito da culpa. Os direitos legítimos eram aviltados em razão da culpa do cônjuge pela separação: os filhos tinham limitado o direito à convivência com os pais considerados culpados; o poder familiar era

reduzido em razão da culpa; os alimentos eram suprimidos ao culpado, ainda que deles necessitasse para sobreviver; a partilha dos bens comuns era condicionada à culpa ou inocência. O Código Civil de 2003 reduziu bastante esses efeitos, mas não conseguiu suprimi-los de todo: o culpado perde o direito ao sobrenome do outro (art. 1.578); os alimentos serão apenas o necessário à subsistência para o culpado (art. 1.694); o direito sucessório é afetado se o cônjuge sobrevivente for culpado da separação de fato (art. 1.830).

Frise-se que o direito brasileiro atual está a demonstrar que a culpa na separação conjugal gradativamente perdeu as consequências jurídicas que provocava: a guarda dos filhos não pode mais ser negada ao culpado pela separação, pois o melhor interesse deles é quem dita a escolha judicial; a partilha dos bens independe da culpa de qualquer dos cônjuges; os alimentos devidos aos filhos não são calculados em razão da culpa de seus pais e até mesmo o cônjuge culpado tem direito a alimentos ‘indispensáveis à subsistência’; a dissolução da união estável independe de culpa do companheiro” (LÔBO, Paulo. Divórcio... Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 21 fev. 2010).

Em reforço à corrente, destaque-se que Rolf Madaleno foi um dos pioneiros na defesa da premissa de impossibilidade de discussão da culpa no casamento (Conduta... *Direito*... 1998, p. 169). Entre os mais jovens, esse é o entendimento de Leonardo Barreto Moreira Alves, com manifestação que inclui a *Emenda do Divórcio*:

“Logo, quanto às punições baseadas na culpa pela separação judicial, o Código Civil de 2002 é natimorto, exigindo-se uma imediata reforma por parte do legislador, à semelhança do ocorrido, por exemplo, no Direito alemão, o que poderá ser feito no Brasil, a partir da aprovação integral dos Projetos de Lei de números 504/07 e 507/07 ou, com ainda maior eficácia, da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n.º 33/07” (ALVES, Leonardo Barreto Moreira

O fim..., *Temas...*, 2010, p. 123).

A premissa fundamental dessa corrente é que, quando da extinção do casamento por divórcio, torna-se inadmissível o debate de culpa, por gerar uma injustificada demora processual em se colocar fim ao vínculo. Em outras palavras, a discussão da culpa impede a extinção célere do vínculo conjugal e sujeita, desnecessariamente, os cônjuges a uma dilação probatória das mais lentas e sofridas.

Na mesma trilha, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entender que “com o fim do instituto da separação, desaparecem também tais causas objetivas e subjetivas para a dissolução da sociedade conjugal, E já vão tarde... Afinal, conforme já anotamos ao longo deste trabalho, não cabe ao juiz buscar as razões do fim de um matrimônio. Se o afeto acabou, esse motivo é, por si só, suficiente” (*Novo curso...*, 2011, p. 549). Desse modo, opinam, haveria um *direito potestativo* à extinção do casamento, sem aferição de sua causa, o que é compartilhado por Vicente Greco Filho (*O divórcio...*, 2011, p. 135).

Todavia, destaque-se que, entre os juristas citados, alguns entendem que a culpa somente pode ser debatida em sede de ação de alimentos ou de demanda de responsabilidade civil entre os cônjuges. Assim pensam Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e José Fernando Simão. Para outros, a culpa não influencia sequer os alimentos, caso de Maria Berenice Dias, Rodrigo da Cunha Pereira, Paulo Lôbo e Rolf Madaleno, entre outros.

Como bem pontuado por José Fernando Simão nas edições anteriores desta obra, como vantagem a ser festejada diante da emergência da *Emenda*, o divórcio se dará de maneira célere e com um único ato – seja uma decisão judicial ou escritura pública nos casos admitidos pela legislação processual –, o casamento estará desfeito e os antigos cônjuges poderão, agora, divorciados, buscar, em nova união ou casamento, a felicidade que buscaram outrora na relação que se dissolve. Ressalta ainda o doutrinador que, se necessário, que passem anos discutindo a culpa em uma morosa ação de alimentos ou de indenização por danos morais, mas já então livres para buscarem sua realização pessoal e felicidade. Eventualmente, discutir-se-á a culpa, mas não mais entre cônjuges – presos por um vínculo indesejado –, e sim em

ações autônomas, entre ex-cônjuges.

Para uma segunda corrente, minoritária, ainda é viável e possível a discussão da culpa para a dissolução do casamento. A essa corrente está filiado este autor, que entende por tal viabilidade em algumas raras situações, mantendo-se um *modelo dualista, com e sem culpa*, como ocorre com outros ramos do Direito Civil, caso do Direito Contratual e da responsabilidade civil. Por esse caminho de conclusão, o divórcio poderá ser *litigioso* – com pretensão de imputação de culpa – ou *consensual* – sem discussão de culpa.

Nessa linha também se posicionou a advogada especialista em Direito de Família Gladys Maluf Chamma, em artigo publicado no *Jornal Correio Braziliense*, em 15 de fevereiro de 2010:

“Há, todavia, aqueles que defendem que, como nos processos de divórcio não se admite a discussão da culpa, se aprovada a PEC do Divórcio não seria mais permitido discuti-la ainda que desrespeitados pelos cônjuges os deveres do casamento. Ou seja, entendem referidos profissionais que, culpado ou não, para o cônjuge sair do relacionamento bastaria requerer o divórcio e pronto.

De fato, pela legislação atual ordinária, não há possibilidade de discussão da culpa no divórcio – que deve ser decretado tão-somente com base no lapso temporal.

Todavia, entendemos que o objetivo do legislador não é o de suprimir a discussão da culpa em caso de ruptura da vida em comum do casal, mas apenas de eliminar a figura da separação litigiosa permitindo que qualquer debate tenha lugar nos autos do divórcio. Não há como simplesmente proibir a discussão da culpa, da violação dos deveres do casamento, da conduta desonrosa. Do contrário, qualquer um, em rompante de mau humor, poderá destruir seu lar e se livrar de sua família com um simples requerimento judicial sem qualquer tipo de explicação ou punição, o que não se pode admitir.

O artigo 226 da Constituição Federal dispõe que ‘a família, base da

sociedade, tem especial proteção do Estado’. E afirma no parágrafo 6.º que ‘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’.

A PEC do Divórcio modifica tal parágrafo para dispor, única e exclusivamente, que ‘o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio’.

Portanto, reputamos prematura a interpretação de alguns renomados juristas que afirmam que com a PEC do Divórcio nunca mais se poderá discutir a culpa na ruptura da vida em comum. No nosso entender, a vedação da discussão da culpa no divórcio se aplica apenas aos casos de conversão de separação, judicial ou não, em divórcio. Nos casos de divórcio direto defendemos ser possível, sim, examinar a culpa e todos os demais temas próprios da separação, tais como alimentos, guarda de filhos, partilha etc.

O próprio autor da PEC, deputado Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA) afirma que o divórcio direto nos termos por ele propostos só beneficiará aqueles que pretendem se separar consensualmente, uma vez que não serão mais obrigados a ingressar com separação consensual e somente após um ano pedir a conversão em divórcio, ou a aguardar dois anos após a separação de fato para só então poderem se divorciar”.

Em sentido próximo, para Rogério Ferraz Donnini, professor da PUCSP, “se extinta a separação nas formas judicial e extrajudicial pela PEC 33/2007, a separação judicial litigiosa, regulada nos arts. 1.572 e 1.573 do Código Civil, deverá ser transformada em divórcio litigioso e os cônjuges discutirão em juízo eventuais atos de violação aos deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum, tais como ruptura da vida conjugal por mais de um ano, adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave, condenação por crime infamante, conduta desonrosa, entre outras hipóteses” (Dissolução... *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional...*, 2009, p. 26).

Do mesmo modo, o Professor Álvaro Villaça Azevedo entende pela manutenção do debate da culpa na ação de divórcio, devendo o juiz da causa dar

prioridade à decretação da dissolução do vínculo pelo casal, seguindo no feito na discussão das demais questões:

“Entendo que, se nesse pedido fosse requerido o reconhecimento de outro direito, como o relativamente a alimentos, a dano moral, ao nome, à guarda de filhos, à permanência de um deles no imóvel do casal, ou do outro cônjuge; como também pode acontecer presentemente, não pode ser obstada a eventual comprovação de culpa, que influir na decisão judicial, quanto aos aludidos assuntos. Todavia os pedidos devem ser decididos individualmente, principalmente o de divórcio, que, atualmente, deve ser decretado imediatamente, continuando o processo quanto às demais matérias. Melhor será que cada pedido seja feito individualmente” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. Emenda... Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/villaca_emenda.doc>. Acesso em: 10 jan. 2011).

Apesar das palavras transcritas, deve ficar claro o posicionamento do autor da presente obra – na linha da melhor doutrina e jurisprudência, anterior à EC 66/2010 –, no sentido de se admitir a *mitigação da culpa* em algumas situações, como nos casos de culpa recíproca dos cônjuges ou de sua difícil investigação, a tornar o processo tormentoso para as partes hipóteses. Do mesmo modo, é possível a mitigação da culpa em hipóteses de fim do amor ou de deterioração factual do casamento, decretando-se agora o divórcio por mera causa objetiva, conforme outrora entendia a jurisprudência nacional quanto à separação:

“Separação judicial. Inexistência de amor. A inexistência de amor autoriza a separação, não a imputação de culpa pelos desentendimentos do casal” (TJSP, AC 270.393-4/2-00, Ac. unân. da 4.^a CDPriv, Rel. Des. Carlo Stroppa, j. 04.09.2003).

“Separação judicial. Casamento. Cônjuge. Deveres. Violação. Culpa Deterioração factual. Em separação judicial, é reconhecida a

responsabilidade de ambos os cônjuges pela ‘deterioração factual’ do casamento, quando não há prova que só um deles é o responsável pelo fracasso da relação, tornando insuportável a vida em comum. Nega-se provimento à apelação” (TJMG, Acórdão 1.0024.03.104852-3/001, Belo Horizonte, 4.^a Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 07.04.2005, *DJMG* 03.05.2005).

Em suma, fica mantido o entendimento da evolução da jurisprudência nacional. Nessa linha, interessante transcrever ementa de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que representa importante precedente, em que se decretou a separação por mera insuportabilidade da vida conjugal, havendo pedido de discussão da culpa e não sendo esta comprovada:

“Direito civil. Direito de família. Separação por conduta desonrosa do marido. Prova não realizada. Irrelevância. Insuportabilidade da vida em comum manifestada por ambos os cônjuges. Possibilidade da decretação da separação. Nova orientação. Código Civil de 2002 (art. 1.573). Recurso desacolhido. Na linha de entendimento mais recente e em atenção às diretrizes do novo Código Civil, evidenciado o desejo de ambos os cônjuges em extinguir a sociedade conjugal, a separação deve ser decretada, mesmo que a pretensão posta em juízo tenha como causa de pedir a existência de conduta desonrosa” (STJ, REsp 433.206/DF, 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *DJ* 07.04.2003, j. 06.03.2003, p. 293; Veja: STJ, REsp 467.184/SP).

Consigne-se que essa tendência de afastamento da culpa como motivo da separação de igual modo foi observada pela aprovação de enunciado na *III Jornada de Direito Civil*, idealizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, entre os dias 1.^o e 3 de dezembro de 2004. Conforme proposta do desembargador do TJRS Luiz Felipe Brasil Santos, foi aprovado o seguinte enunciado: “Formulado o pedido de separação judicial com fundamento na culpa (art.

1.572 e/ou art. 1.573 e incisos), o juiz poderá decretar a separação do casal diante da constatação da insubsistência da comunhão plena de vida (art. 1.511) – que caracteriza hipótese de ‘outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum’ – sem atribuir culpa a nenhum dos cônjuges” (Enunciado n. 254 do CJF/STJ). Esse enunciado, em total consonância com a jurisprudência do STJ complementa outro, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, segundo o qual, na separação-sanção, recomendava-se a apreciação objetiva de fatos que tornem evidentes a impossibilidade da vida em comum (Enunciado n. 100 do CJF/STJ).

De fato, em muitas situações é difícil a prova de quem, realmente, foi o culpado pelo fim do casamento ou pela quebra da afetividade. No que concerne à prova de quem é o culpado pela separação, ensina Rodrigo da Cunha Pereira que “estabelecer quem é o culpado realmente não é tarefa fácil. É que o verdadeiro motivo para o fim da conjugalidade, muitas vezes, nem os próprios cônjuges ou companheiros são capazes de saber. Frequentemente, a intolerância que se apresenta é apenas um sintoma da dificuldade de conviver com as diferenças” (PEREIRA Rodrigo da Cunha. *Código Civil...*, 2004, p. 1.110).

Na mesma esteira, comenta Claudete Carvalho Canezin que: “Como se percebe, a aferição de culpa e sua atribuição a apenas um dos cônjuges, quando da dissolução da sociedade conjugal, presta-se apenas ao Poder Judiciário que, em cumprimento da Lei, deverá imputar ao cônjuge considerado ‘culpado’ (aspas propositais) as penalidades ou consequências decorrentes da sua atitude ‘culposa’ (novamente as aspas). Significa dizer essa perquirição de culpa somente beneficia e, supostamente, é necessária para o Judiciário, em hipótese nenhuma, à família que está prestes a desfazer. De tal sorte, que não deve ser esta a preocupação do Direito. Afinal, a separação judicial ou divórcio, de per si já represente uma grande penúria e preocupações, sendo, pois, desnecessárias outras tantas em função da culpa” (Da culpa..., *Direito civil...*, 2006, p. 747).

Todavia, pelas razões a seguir expostas, a culpa não só pode como deve ser discutida em algumas situações complexas que envolvem o casamento. Vejamos os argumentos para tal premissa de conclusão.

De início, a culpa é conceito inerente ao ser humano, que dela não se pode

livrar. Giselle Câmara Groeninga expõe que “como mostra a compreensão psicanalítica, é impossível ignorar a culpa. Ela é inerente ao ser humano e à civilização, dado seu valor axiológico. O que se afigura nos dias atuais é a substituição do paradigma da culpa pelo paradigma da responsabilidade, resgatando-se o valor axiológico e epistemológico dos questionamentos relativos à culpa. Assim, o caminho não é o da simplificação, simplesmente negando-se a questão da culpa” (GROENINGA, Giselle Câmara. Sem mais desculpas... In: DIAS, Maria Berenice. *Direito... Contributo...*, 2010, p. 166). Desse modo, em uma visão interdisciplinar, a categoria não pode ser desprezada nas relações sociais, em particular nas interações jurídicas familiares, hipótese em que se enquadra o casamento.

Muitas vezes ambos os cônjuges querem a discussão da culpa no caso concreto, para *maturação* de seus problemas pessoais. Como ficará então a solução para essa vontade em um modelo *monista*, sem a viabilidade de verificação de culpa? Ora, entender pelo afastamento da culpa, em casos tais, parece conduzir a um forte desrespeito à liberdade individual, que contraria a proteção constitucional da autonomia privada, retirada do art. 1.º, inc. III, da Constituição. Sem dúvida que, em algumas situações, justifica-se a intervenção e a mitigação da autonomia, mormente para a proteção de vulneráveis, ou de valores fundamentais. Não parece ser o caso da dissolução do casamento.

Ademais, é preciso se atentar para o próprio conceito de culpa, que deve ser concebida como o desrespeito a um dever preexistente, seja ele decorrente da lei, da convenção das partes, ou do senso comum. Há tempos que parte da doutrina, nacional ou estrangeira, aponta o abandono a elementos subjetivos da culpa, como a intenção de descumprimento a um dever, por imprudência, negligência ou imperícia (por todos, ver: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Trattado... Obbligazione...*, 1987, p. 210-221).

Constata-se que o sistema do casamento ainda é mantido com deveres aos cônjuges, seja pela norma, ou pelo sentido coletivo que ainda persiste na sociedade brasileira (art. 1.566 do CC/2002). Nessa linha, a culpa existente no casamento é justamente o desrespeito a um desses deveres, o que pode motivar, sim, a dissolução da união. Negar a culpa para dissolver o casamento é negar o dever de fidelidade (art. 1.566, inc. I, do CC/2002), passando este a constituir mera faculdade jurídica.

Sem a análise da culpa, como ficaria a questão da responsabilidade civil decorrente do casamento, gerando o dever de indenizar dos cônjuges? Caio Mário da Silva Pereira é um dos juristas, dentre tantos, que afirma que a culpa constitui um *conceito unitário para o Direito (Responsabilidade..., 1994, p. 80)*. Sendo assim, se a categoria serve para atribuir o dever de indenizar, também deve ser utilizada para dissolver a união, até por uma questão de bom senso sistemático e de economia. Somente para ilustrar, parece ilógico não se atribuir culpa a um dos cônjuges nos casos de violência doméstica, de transmissão de graves doenças sexuais ao outro, ou de existência de famílias paralelas com sérias repercussões sociais.

Se a culpa gera a indenização em casos tais, também dissolve o vínculo matrimonial. Não se pode pensar que, em tais casos, haverá uma *meia culpa*, somente para os fins de responsabilidade civil, sem repercussões familiares. A ação de divórcio pode ser cumulada com a reparação dos danos, correndo na própria Vara da Família. Isso não impede que o juiz da causa decrete o divórcio do casal, mediante pedido de ambos, e prossiga na análise da culpa para outros fins.

Além disso, juridicamente a culpa é conceito que persiste e que será mantido no Direito das Obrigações, no Direito Contratual e na Responsabilidade Civil. Dessa modo, obviamente, a categoria deve ser preservada para extinguir os vínculos conjugais no Direito de Família. Entender o contrário fere o razoável e uma visão unitária do ordenamento jurídico privado. Eventuais argumentos históricos de *conquistas* não podem dar, ao Direito de Família, tal suposto *privilégio*. Aliás, fica a dúvida de que se afastar a culpa e conceber um modelo unitário é mesmo uma *vantagem*.

Por fim, quanto ao tema, a existência de um modelo *dual* ou *binário*, com e sem culpa, atende melhor aos múltiplos anseios da sociedade pós-moderna, identificada pelo pluralismo e pela hipercomplexidade.

Diante de todos esses argumentos, acredita-se ser plenamente possível o debate da culpa na ação de divórcio, especialmente para a fixação de alimentos e para a atribuição da responsabilidade civil ao cônjuge. Em outras palavras, é possível a cumulação de todos esses pedidos, devendo o juiz pronunciar *sentenças parciais*, no curso da demanda, sucessivamente, de acordo com os interesses das

partes e a definição de prioridades.

A título de exemplo, havendo pedido de divórcio cumulado com alimentos, o juiz pode deferir o divórcio por sentença – sem atribuição inicial da culpa – e seguir no curso da lide a discussão a respeito dos alimentos e da eventual influência da culpa para a sua fixação. Tal opção não afasta a possibilidade de as partes ingressarem com duas ações autônomas: uma de divórcio e outra de alimentos, o que depende de sua pretensão.

Filia-se, portanto, à solução que vinha sendo adotada pelo Desembargador Caetano Lagrasta Neto, ora aposentado, em julgamentos perante o Tribunal de Justiça de São Paulo, no que concerne aos *capítulos de sentença*, tese desenvolvida por Cândido Rangel Dinamarco.

Assim, conforme o outrora citado acórdão da 8.^a Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido no Agravo de Instrumento 990.10.357301-3, em 12 de novembro de 2010, de sua relatoria, “discussões restantes: nome, alimentos, guarda e visitas aos filhos, bem como a patrimonial, devem ser resolvidas, conforme ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco, em ‘cisão da sentença em partes, ou capítulos, em vista da utilidade que o estudioso tenha em mente. É lícito: a) fazer somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às diversas pretensões que compõem o mérito; b) separar, sempre no âmbito do decisório sentencial, capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contêm esse próprio julgamento; c) isolar capítulos segundo os diversos fundamentos da decisão’ (Capítulos de Sentença. 4.^a ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 12). Observa-se que solução diversa não preservaria a força normativa da Constituição e a carga axiológica decorrente da normatização dos princípios da dignidade humana e liberdade na busca do amor e da felicidade”.

O Novo CPC, como feliz inovação, acabou por adotar tais ideias em parte, que têm grande incidência para o Direito de Família. Conforme o seu art. 356, passa a ser possível o *julgamento antecipado parcial* do mérito, quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: *a)* mostrar-se incontroverso; *b)* estiver em condições de imediato julgamento, por não haver a necessidade de produção de provas ou por ter

ocorrido à revelia.

Cite-se justamente o caso em que o divórcio se mostra incontroverso, podendo a demanda seguir para o debate de outras questões. Conforme correto enunciado aprovado na *VII Jornada de Direito Civil*, de setembro de 2015, que adota essa ideia, “transitada em julgado a decisão concessiva do divórcio, a expedição de mandado de averbação independe do julgamento da ação originária em que persista a discussão dos aspectos decorrentes da dissolução do casamento” (Enunciado n. 602). No mesmo sentido, o Enunciado n. 18 do IBDFAM, aprovado no seu *X Congresso Brasileiro*, em outubro do mesmo ano: “Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas”. Cumpre acrescentar que na *II Jornada de Direito Processual Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em 2018, aprovou-se o Enunciado n. 117, estabelecendo que esse comando pode ser aplicado nos julgamentos dos Tribunais, de segunda e terceira instância, o que alcança o divórcio, no nosso entender.

Em complemento, estabelece o novel Estatuto Processual que a decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida – certa quanto à existência e determinada quanto ao valor –, ou mesmo ilíquida – que não preenche tais requisitos (art. 356, § 1.º, do CPC/2015). A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução ou garantia, ainda que haja recurso contra essa interposto (art. 356, § 2.º, do CPC/2015).

Na hipótese dessa execução, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva (art. 356, § 3.º, do CPC/2015). Além disso, a liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz (art. 356, § 4.º, do CPC/2015).

Por fim, quanto à análise da norma processual, está previsto na norma emergente que a decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento (art. 356, § 5.º, do CPC/2015). No campo processual, anote-se que essa

já era a posição da doutrina especializada, conforme exposto nas edições anteriores desta obra (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil...*, 2012, p. 253).

Destaque-se que, na prática, alguns julgamentos já seguem a solução de subsumir o art. 356 do Novo CPC para as ações de divórcio. A título de exemplo, do Tribunal gaúcho: “situação em que o autor ingressou com ação de conversão de separação judicial em divórcio, requerendo, cumulativamente, a revisão de alimentos e regulamentação de visita, optando pelo procedimento comum. O provimento deste recurso limita-se à desconstituição da sentença no que diz com a extinção do feito relativamente às pretensões cumuladas (item ‘a’ do dispositivo sentencial). Resta, porém, subsistente o Decreto de divórcio (item ‘b’ do dispositivo sentencial). Tal solução é agora autorizada pelo art. 356, I, do CPC, na medida em que não há controvérsia quanto ao pedido de divórcio” (TJRS, Apelação Cível 0005725-67.2017.8.21.7000, Canoas, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 23.03.2017, *DJERS* 30.03.2017).

Do Tribunal Catarinense, exatamente no mesmo caminho: “de acordo com o art. 356, I, do CPC, se um dos pedidos for incontroverso, é possível o julgamento antecipado parcial de mérito. Tal disposição é aplicável às ações que envolvem direito de família, podendo, nesses termos, ser decretado o divórcio sem prejuízo do prosseguimento da ação para o debate das demais questões, tal como guarda dos filhos e alimentos” (TJSC, Agravo de Instrumento 4016783-97.2016.8.24.0000 Criciúma, 1.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Domingos Paludo, *DJSC* 23.03.2017, p. 83).

Como é possível perceber, ainda grandes são os desafios e inúmeros serão os debates relativos à *Emenda do Divórcio*, o que foi incrementado pelo Novo Código de Processo Civil.

Em verdade, o debate a respeito da culpa é apenas um dos pontos de relevo, teórico e prático, sem prejuízo de inúmeros outros que ainda surgirão na civilística nacional.

4.2.5 A questão do uso do nome pelo cônjuge após a EC 66/2010

Como visto, a lei privada possibilita que um dos cônjuges utilize o sobrenome do outro, o que não deixa de ser um exercício livre da autonomia privada no Direito de Família (art. 1.565, § 1.º, do CC/2002). Não se pode esquecer que o nome é o sinal que representa a pessoa perante o meio social, reconhecido como um direito da personalidade e fundamental, envolvendo normas de ordem pública e normas de ordem privada (arts. 16 a 19 do CC, art. 5.º, X, da CF/1988 e Lei 6.015/1973).

Apesar da previsão expressa de utilização do nome pelo outro cônjuge, há quem critique a possibilidade, por retirar a identidade do consorte, especialmente da mulher. Pondera Rodrigo da Cunha Pereira que “Misturar os nomes pode significar mesclar e confundir 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, é na esteira do pensamento psicanalítico, a preservação das individualidades é a primeira regra para a possibilidade do amor conjugal, estando o disposto no art. 1.565, § 1.º na contramão da história e dos interesses do casamento” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio...*, 2010, p. 54).

Tem certa razão o jurista, sendo pertinente observar que, na atualidade, cada vez menos mulheres têm feito a opção de utilização do nome do outro cônjuge, em especial nas gerações mais novas.

Pois bem, de acordo com o art. 1.578 do CC/2002, em regra, o cônjuge declarado culpado na separação perderia o direito de usar o sobrenome ou patronímico do inocente. Essa já era a premissa aplicada na vigência da lei anterior (art. 17 da Lei do Divórcio).

Todavia, o Código Civil de 2002 excepciona essa regra, prevendo que mesmo o cônjuge culpado poderia continuar a utilizar o sobrenome do inocente se a alteração lhe acarretasse:

- evidente prejuízo para a sua identificação;
- manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;
- dano grave reconhecido na decisão judicial.

Na mesma linha era a redação o art. 25, parágrafo único, da Lei do Divórcio, dispositivo que foi revogado tacitamente pelo art. 1.578 do Código Civil de 2002, que incorporou totalmente esse tratamento anterior. Vejamos dois exemplos de incidência das exceções.

No primeiro caso, a mulher fica conhecida no cenário político e social pelo sobrenome do marido. É ela a culpada pelo fim do casamento, pois foi *infidel*. Mas, mesmo assim, poderia usar o nome do marido, se assim o pretender (art. 1.578, I, do CC).

Em outro exemplo, o marido impõe que as suas filhas somente tenham o seu sobrenome, não o da esposa. Ocorrendo a separação por culpa da última, ela continuaria a usar o sobrenome do outro, se quisesse, pois a retirada do sobrenome do marido traria problemas de identificação em relação às filhas (art. 1.578, inc. II, do CC).

Na verdade, como as exceções eram muito amplas, vislumbrava-se que a regra seria a manutenção do sobrenome pelo cônjuge, se assim ele pretendesse. Em suma, o impacto da culpa em relação ao uso do nome foi substancialmente diminuído com a emergência da codificação privada de 2002.

Por outra via, o cônjuge inocente na ação de separação judicial poderia renunciar, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro (§ 1.º do art. 1.578 do CC/2002). Nas demais situações, caberia a opção de preservar ou não o nome de casado, o que era tido como exercício de um direito personalíssimo (§ 2.º do art. 1.578). Conforme o anterior Enunciado n. 124 do CJF/STJ, aprovado por unanimidade na *I Jornada de Direito Civil*, esses dois parágrafos deveriam ser tidos como revogados, pois desnecessários diante do exercício da autonomia privada do interessado.

Como se pode perceber, os textos relativos ao art. 1.578 do CC/2002 foram utilizados no passado, eis que não se pode conceber qualquer influência da culpa no tocante ao uso do nome pelo cônjuge.

Primeiro, porque o dispositivo citado deve ser tido como totalmente revogado ou não recepcionado por incompatibilidade com o Texto Maior, uma vez que faz menção à separação judicial, retirada do sistema pela *Emenda do Divórcio*.

Segundo, pois a norma é de exceção, não admitindo aplicação por analogia ao divórcio.

Terceiro, porque o nome incorporado pelo cônjuge constitui um direito da personalidade e fundamental daquele que o incorporou, que envolve a dignidade humana, havendo relação com a vida privada da pessoa natural (art. 5.º, inc. X, da CF/1988). Sendo assim, não se pode fazer interpretação jurídica a prejudicar direito fundamental.

Na esteira dessa proteção constitucional, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a utilização do sobrenome pela mulher, ou a sua permanência após o divórcio, constitui uma faculdade desta. Uma das decisões que merece destaque ainda expõe que o nome é incorporado à personalidade da pessoa, o que deve ser totalmente mantido com a *Emenda do Divórcio*:

“Divórcio direto. Uso. Nome. Marido. Mulher. O Tribunal *quo*, em embargos de declaração, decidiu que, no divórcio direto, a continuação do uso do nome de casada pela mulher constitui uma faculdade. Ademais, como assinalado na ementa do acórdão impugnado, a ora embargada foi casada durante 45 anos e, já com 70 anos de idade, o nome se incorporou à sua personalidade. Assim, o acórdão recorrido fundou-se nos elementos probatórios constantes dos autos, não cabendo a este Superior Tribunal revolvê-los a teor da Súm. n. 7-STJ. A Turma não conheceu do recurso” (STJ REsp 241.200/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.04.2006).

Aliás, em data mais próxima, posicionou-se o Tribunal da Cidadania na mesma linha, concluindo que “a utilização do sobrenome do ex-marido por mais de 30 (trinta) anos pela ex-mulher demonstra que há tempo ele está incorporado ao nome dela, de modo que não mais se pode distingui-lo, sem que cause evidente prejuízo para a sua identificação. A lei autoriza que o cônjuge inocente na separação judicial renuncie, a qualquer momento, ao direito de usar o sobrenome do outro (§ 1.º do art. 1.578 do CC/2002). Por isso, inviável que, por ocasião da separação, haja manifestação expressa quanto à manutenção ou não do nome de casada” (STJ, REsp

1.482.843/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 02.06.2015, *DJe* 12.06.2015). Como se vê, a solução jurisprudencial superior está na linha do que defendemos neste tópico da obra.

Ato contínuo, merece aplicação parcial o art. 1.571, § 2.º, do CC, lido da seguinte forma: dissolvido o casamento pelo divórcio, o cônjuge poderá manter o nome de casado.

Por todos os argumentos expostos, conclui-se que a questão do nome merece uma análise à parte, não havendo mesmo qualquer influência da culpa, por outros motivos. Em tal aspecto, consigne-se, parece não existir qualquer impacto do Novo Código de Processo Civil.

Por fim, devem ser comentados dois julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o uso do nome pelo ex-cônjuge, o que confirma tratar-se de um direito da personalidade daquele que o incorporou, influenciado pela autonomia privada do incorporador.

O primeiro deles considerou que há pleno direito da ex-esposa em retomar o nome de solteira após o falecimento de seu ex-marido. Como consta do seu corpo, “o direito ao nome é um dos elementos estruturantes dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, pois diz respeito à propriedade identidade pessoal do indivíduo, não apenas em relação a si, como também em ambiente familiar e perante a sociedade”. Sendo assim, “impedir a retomada do nome de solteiro na hipótese de falecimento do cônjuge implicaria grave violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana após a viuvez, especialmente no momento em que a substituição do patronímico é cada vez menos relevante no âmbito social, quando a questão está, cada dia mais, no âmbito da autonomia da vontade e da liberdade e, ainda, quando a manutenção do nome pode, em tese, acarretar ao cônjuge sobrevivente abalo de natureza emocional, psicológica ou profissional, em descompasso, inclusive, com o que preveem as mais contemporâneas legislações civis” (STJ, REsp 1.724.718/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.05.2018, *DJe* 29.05.2018).

O segundo acórdão, pelas mesmas razões, considerou que a revelia na ação de divórcio na qual se pretendia a exclusão do patronímico adotado por ocasião do

casamento não significa concordância tácita com a modificação do nome civil. Isso porque “a pretensão de alteração do nome civil para exclusão do patronímico adotado por cônjuge por ocasião do casamento, por envolver modificação substancial em um direito da personalidade, é inadmissível quando ausentes quaisquer circunstâncias que justifiquem a alteração, especialmente quando o sobrenome se encontra incorporado e consolidado em virtude do uso contínuo do patronímico pela ex-cônjuge por quase 35 anos” (STJ, REsp 1.732.807/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nanc Andrichi, j. 14.08.2018, *DJe* 17.08.2018).

Como não poderia ser diferente, este autor está filiado totalmente ao teor dos julgados, que confirmam a afirmação de ser o nome um direito da personalidade do cônjuge que o adotou, que pode exercer as opções de mantê-lo ou retirá-lo.

4.2.6 O problema da guarda na dissolução do casamento. Análise atualizada com a EC 66/2010 e com a Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória (Lei 13.058/2014). A guarda de animais de estimação e a aplicação das mesmas regras previstas para os filhos. Visão crítica

Após cuidar da separação judicial – agora retirada do sistema – e do divórcio, o Código Civil determina as regras referentes à “Proteção da Pessoa dos Filhos” Sobre esse tema, o Código traz disposições importantes, nos arts. 1.583 e 1.584. Tais artigos foram profundamente modificados pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, que entrou em vigor em 16 de agosto de 2008, ou seja, sessenta dias depois de sua publicação.

Sucessivamente, houve nova alteração por meio da Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, originária do Projeto de Lei 117/2013, aqui denominada *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*.

Pois bem, no presente tópico será feito um estudo da matéria relativa à guarda de filhos na esfera do poder familiar, desde a Lei do Divórcio, passando pelo Código Civil de 2002 e pela citada modificação de 2008, chegando até a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 e a essa última norma, de 2014. Com relação ac

Novo CPC, há apenas um pequeno impacto, relativo à prestação de contas. De todo modo, como se percebe, o tratamento legislativo sobre o tema ainda não encontrou a esperada estabilidade.

Iniciando-se pela Lei 6.515/1977, esta estabelecia a influência da culpa na fixação da guarda. De início, o art. 9.º da Lei do Divórcio prescrevia que, no caso de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial consensual, seria observado o que os cônjuges acordassem sobre a guarda dos filhos. No caso de separação judicial fundada na culpa, os filhos menores ficariam com o cônjuge que não tivesse dado causa à dissolução, ou seja, com o cônjuge inocente (art. 10, *caput*). Se pela separação judicial fossem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que tal solução pudesse gerar prejuízo de ordem moral aos filhos (art. 10, § 1.º). Verificado pelo juiz que os filhos não deveriam permanecer em poder da mãe nem do pai, seria possível deferir guarda a pessoa notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges (art. 10, § 2.º, da Lei do Divórcio).

No sistema da redação original do Código Civil de 2002, preceituava o seu art. 1.583 que, no caso de dissolução da sociedade conjugal, prevaleceria o que os cônjuges acordassem sobre a guarda de filhos, no caso de separação ou divórcio consensual. Na realidade, a regra completava a proteção integral da criança e do adolescente prevista no ECA (Lei 8.069/1990). Isso porque, quanto aos efeitos da guarda existente na vigência do poder familiar e que visam à proteção dos filhos, determina o art. 33, *caput*, daquele diploma que “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”.

Não havendo acordo entre os cônjuges, nos termos da redação original do Código Civil, a guarda seria atribuída a quem revelasse as *melhores condições* para exercê-la (art. 1.584 do CC/2002). O parágrafo único deste comando legal enunciava que a guarda poderia ser atribuída a terceiro, se o pai ou a mãe não pudesse exercê-la, de preferência respeitadas a ordem de parentesco e a relação de afetividade com a criança ou o adolescente. A título de exemplo de aplicação do último dispositivo, a guarda poderia ser atribuída à avó paterna ou materna, desde que ela revelasse

condições para tanto. Nessa linha, concluiu o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2006, tendo em vista a redação original do Código Civil:

“Trata-se de avó de oitenta anos que pede guarda da neta que se encontra em sua companhia desde o nascimento. Os pais não se opõem e poderiam, com dificuldade, criar a filha numa situação mais modesta, devido a seus baixos salários e ainda sustentam outro filho. O Ministério Público com isso não concorda, pois os pais poderiam criá-las e a avó encontra-se em idade avançada. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso nos termos do voto do Min. Relator – que invocou a jurisprudência e o art. 33 do ECA no sentido de que prevalece o interesse da criança no ambiente que melhor assegure seu bem-estar, quer físico, quer moral, seja com os pais ou terceiros. Precedente citado: REsp 469.914/RS, DJ 05.05.2003” (STJ, REsp 686.709/PI, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.06.2006).

Os enunciados aprovados na *IV Jornada de Direito Civil*, evento realizado em outubro de 2006, acompanhavam a tendência civil-constitucional de se pensar sempre no melhor interesse da criança e do adolescente. Nessa esteira, o Enunciado n. 333 CJP/STJ determina que “O direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoa com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse”. Note-se que a extensão do direito de visitas a terceiros, sejam eles parentes ou não da criança ou do adolescente, fica garantida por força da interpretação constitucional do Código Civil. Em razão do teor do enunciado doutrinário citado, o ex-marido da mãe da criança, o padrasto, que com ela criou laços afetivos, tem direito de visitas, sempre atendendo ao melhor interesse da criança e do adolescente. Também têm o direito de visitas os irmãos do menor.

Frise-se que o Código Civil de 2002, em sua redação original, mudou o sistema anterior de guarda, uma vez que a culpa não mais influencia a determinação do cônjuge que a deterá, ao contrário do que constava do art. 10 da Lei do Divórcio, norma revogada tacitamente pela codificação privada, diante de incompatibilidade de tratamento. Assim, constata-se, de imediato, que não há qualquer impacto da Emenda

do Divórcio sobre a guarda, eis que a culpa já não mais gerava qualquer consequência jurídica em relação a tal aspecto.

Buscando interpretar os arts. 1.583 e 1.584 do CC/2002, de acordo com sua redação original, foram aprovados outros enunciados doutrinários nas *Jornadas de Direito Civil* do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

De início, preconiza o Enunciado n. 102 do CJP/STJ, aplicável ao art. 1.584 que “A expressão ‘melhores condições’ no exercício da guarda, na hipótese do art. 1.584, significa atender ao melhor interesse da criança”, entendimento que está mantido, mesmo com a alteração dos arts. 1.583 e 1.584 em 2014.

Ato contínuo, na *IV Jornada de Direito Civil* a questão da guarda voltou a ser debatida, surgindo o Enunciado n. 336 do CJP/STJ com a seguinte redação: “O parágrafo único do art. 1.584 aplica-se também aos filhos advindos de qualquer forma de família”. Quando o enunciado doutrinário trata de qualquer forma de família, inclui a chamada *parentalidade socioafetiva*, tema abordado no presente capítulo desta obra. A situação de *parentalidade socioafetiva* se verifica, por exemplo, quando determinada pessoa aceita registrar o filho de terceiro como se biologicamente fosse seu (*adoção à brasileira*). Esse posicionamento doutrinário, por igual, deve ser tido como mantido no atual sistema, mesmo com as alterações pela Lei 13.058.

O Enunciado n. 334 do CJP/STJ, também da *IV Jornada*, dispõe que “A guarda de fato pode ser reputada como consolidada diante da estabilidade da convivência familiar entre a criança ou o adolescente e o terceiro guardião, desde que seja atendido o princípio do melhor interesse”. Aplicando a ideia constante do enunciado doutrinário, colaciona-se julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Família. Menor. Convivência com a avó materna. Guarda de fato. Não devolução da criança após as férias escolares. Depoimento da infante. Validade. Mãe que trabalha na Capital. Liminar. Indeferimento. Manutenção. Mantém-se o indeferimento de liminar requerida pela mãe, em ação de busca e apreensão da filha menor em poder do pai e avô paterno, quando a criança declara sentir-se bem com os réus, não há notícia de maus-tratos e a pretensão da genitora é devolver-lhe ao convívio da avó materna” (TJMG, Agravo

1.0486.08.015720-0/0011, Peçanha, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. Alberto Vilas Boas, j. 02.09.2008, *DJEMG* 26.09.2008).

A expressão *melhores condições*, constante da redação originária do art. 1.584 do CC/2002, era tida como uma *cláusula geral*. E, para preenchê-la, os enunciados doutrinários citados propunham o atendimento do maior interesse da criança e do adolescente. Maria Helena Diniz, com base na doutrina francesa, sempre apontou três critérios, *três referenciais de continuidade*, que poderiam auxiliar o juiz na determinação da guarda, caso não tivesse sido possível um acordo entre os cônjuges (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2005, p. 311):

1. *Continuum de afetividade*: o menor deve ficar com quem se sente melhor, sendo interessante ouvi-lo. Para o presente autor, o menor pode ser ouvido a partir da idade de doze anos, aplicando-se, por analogia, a mesma regra da adoção (art. 28, § 2.º, do ECA, conforme a Lei 12.010/2009, que revogou o art. 1.621 do CC).
2. *Continuum social*: o menor deve ficar onde se sente melhor, levando-se em conta o ambiente social, as pessoas que o cercam.
3. *Continuum espacial*: deve ser preservado o espaço do menor, o “envoltório espacial de sua segurança”, conforme ensina a Professora Titular da PUCSP.

Justamente por esses três critérios é que, geralmente, quem já exerce a guarda unilateral sempre teve maiores chances de mantê-la. Mas isso nem sempre ocorrerá, cabendo eventual ação judicial para dar nova regulamentação à guarda ou para buscar o menor contra quem não a exerce de forma satisfatória (*ação de busca e apreensão de menor*).

Com a edição da Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, as redações dos arts. 1.583 e 1.584 do CC/2002 sofreram alterações relevantes. Alterações substanciais também ocorreram com a Lei 13.058/2014, merecendo ambas as modificações uma análise sincronizada.

De início, o art. 1.583, *caput*, passou a prever, pela Lei 11.698/2008, que a guarda será unilateral ou compartilhada. Em suma, seguindo o *clamor doutrinário*, a lei passou a prever, expressamente, essa modalidade de guarda. Nos termos legais, a *guarda compartilhada* é entendida como aquela em que há 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. O mesmo § 1.º do art. 1.583 define a *guarda unilateral* como a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua. Esses diplomas não sofreram qualquer alteração com a nova modificação legislativa, pela *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória* (Lei 13.058/2014).

Porém, determinava o § 2.º do art. 1.583 do Código Privado que a guarda unilateral seria atribuída ao genitor que revelasse as melhores condições para exercê-la, o que era repetição da anterior previsão do art. 1.584 do CC/2002. Todavia, o preceito foi além, ao estabelecer alguns critérios objetivos para a fixação dessa modalidade de guarda, a saber: *a)* afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar; *b)* saúde e segurança; *c)* educação. Tais fatores estavam na linha dos parâmetros expostos por Maria Helena Diniz, na página anterior, o que demonstrava que a lei apenas confirmava o que antes era apontado pela doutrina nacional.

Com a *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*, o dispositivo passou a estabelecer que, “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Em suma, nota-se que os critérios antes mencionados foram retirados, com a revogação dos três incisos do art. 1.583, § 2.º, da codificação privada.

Com o devido respeito ao pensamento contrário, a este autor a novel legislação traz dois problemas. De início, quando há menção a uma *custódia física dividida*, parece tratar, em sua literalidade, de *guarda alternada e não de guarda compartilhada*, conforme classificação que ainda será exposta. Em complemento, os critérios que constavam da lei sem a alteração eram salutares, havendo um retrocesso na sua retirada, na opinião deste autor.

Seguindo no estudo do tema, prescrevia o § 3.º do art. 1.583, modificado pela

Lei 11.698/2008, que a guarda unilateral obrigaria o pai ou a mãe que não a detivesse a supervisionar os interesses dos filhos (*direito de supervisão*). Implicitamente, havia previsão sobre o direito de visitas, comum a essa forma de guarda.

Com a Lei 13.058/2014 passou-se a estabelecer que, “na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos”. Mais uma vez, a confusão entre guarda compartilhada e alternada fica clara, pois se reconhece a viabilidade de o filho residir em lares e cidades distintas, ao se considerar uma cidade como *base da moradia*.

O equívoco foi percebido pelo Professor José Fernando Simão, que participou da audiência pública no Senado Federal de debate do então Projeto de Lei 117/2013. Conforme artigo publicado ao final de 2014, pontua o jurista:

“Este dispositivo é absolutamente nefasto ao menor e ao adolescente. Preconiza ele a dupla residência do menor em contrariedade às orientações de todos os especialistas da área da psicanálise. Convívio com ambos os pais, algo saudável e necessário ao menor, não significa, como faz crer o dispositivo, que o menor passa a ter duas casas, dormindo às segundas e quartas na casa do pai e terças e quintas na casa da mãe. Essa orientação é de guarda alternada e não compartilhada. A criança sofre, nessa hipótese, o drama do duplo referencial criando desordem em sua vida. Não se pode imaginar que compartilhar a guarda significa que nas duas primeiras semanas do mês a criança dorme na casa paterna e nas duas últimas dorme na casa materna. Compartilhar a guarda significa exclusivamente que a criança terá convívio mais intenso com seu pai (que normalmente fica sem a guarda unilateral) e não apenas nas visitas ocorridas a cada 15 dias nos fins de semana. Assim, o pai deverá levar seu filho à escola durante a semana, poderá com ele almoçar ou jantar em dias específicos, poderá estar com ele em certas manhãs ou tardes para acompanhar seus deveres escolares. Note-se que há por traz da norma projetada uma grande confusão. Não é pelo fato de a guarda ser unilateral que as decisões referentes aos filhos passam a ser exclusivas

daquele que detém a guarda. Decisão sobre escola em que estuda o filho, religião, tratamento médico entre outras já é sempre foi decisão conjunta, de ambos os pais, pois decorre do poder familiar. Não é a guarda compartilhada que resolve essa questão que, aliás, nenhuma relação tem com a posse física e companhia dos filhos” (SIMÃO, José Fernando. Guarda... Disponível em <www.professorsimao.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2014).

As conclusões do texto do jurista são exatamente as mesmas do presente autor.

Tentando resolver toda essa confusão causada pela lei emergente, para que seja aplicada a *verdadeira guarda compartilhada*, na *VII Jornada de Direito Civil* realizada em 2015, foram aprovados enunciados doutrinários sobre o tema. O primeiro deles, de forma precisa e correta, estabelece que “a divisão, de forma equilibrada, do tempo de convívio dos filhos com a mãe e com o pai, imposta para a guarda compartilhada pelo § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo previsto pelo instituto da guarda alternada, pois esta não implica apenas a divisão do tempo de permanência dos filhos com os pais, mas também o exercício exclusivo da guarda pelo genitor que se encontra na companhia do filho” (Enunciado n. 604).

Ademais, entendeu-se naquele evento que a distribuição do tempo de convivência na guarda compartilhada deve atender precipuamente ao melhor interesse dos filhos, não devendo a divisão de forma equilibrada, a que alude o § 2.º do art. 1.583 do Código Civil, representar convivência livre ou, ao contrário, repartição de tempo matematicamente igualitário entre os pais (Enunciado n. 603). Em complemento, conforme outra ementa doutrinária, que igualmente visa a afastar a confusão existente entre guarda compartilhada e a alternada, “O tempo de convívio com os filhos ‘de forma equilibrada com a mãe e com o pai’ deve ser entendido como divisão proporcional de tempo, da forma que cada genitor possa se ocupar dos cuidados pertinentes ao filho, em razão das peculiaridades da vida privada de cada um” (Enunciado n. 606).

Por fim, aprovou-se proposta no sentido de que a guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência, com os mesmos fins de afastar a

malfadada confusão com a guarda alternada (Enunciado n. 605).

Ainda no que diz respeito ao art. 1.583 do Código Civil, a Lei 13.058/2014 incluiu um § 5.º, enunciando que “a guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos”. A menção à supervisão e à prestação de contas pode estar relacionada aos alimentos, tema que merece ser aqui aprofundado.

De início, deve ser esclarecido, de imediato, que a fixação da guarda compartilhada (ou alternada) não gera, por si só, a extinção da obrigação alimentar em relação aos filhos, devendo a fixação dos alimentos sempre ser analisada de acordo com o binômio ou trinômio alimentar. O tema será retomado mais à frente.

Em relação à ação de prestação de contas dos alimentos, vários julgados entendiam por sua impossibilidade, por ilegitimidade ativa do alimentante e falta de interesse processual, entre outros argumentos (por todos: STJ, AgRg no REsp 1.378.928/ PR, 3.ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 13.08.2013, *DJe* 06.09.2013; TJDF, Recurso 2013.01.1.033648-0, Acórdão 766.021, 4.ª Turma Cível, Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis, *DJDFTE* 12.03.2014, p. 280; TJMG, Apelação Cível 1.0518.13.016606-0/001, Rel. Des. Washington Ferreira, j. 19.08.2014, *DJEMG* 22.08.2014; TJMG, Apelação Cível 1.0643.11.000295-0/001, Rel. Des. Aureo Brasil, j. 10.07.2014, *DJEMG* 22.07.2014; TJPR, Apelação Cível 1204895-0 Palmas, 12.ª Câmara Cível, Rel. Juiz Conv. Luciano Carrasco Falavinha Souza, *DJPR* 12.09.2014, p. 330). Esse era o entendimento majoritário, que foi substancialmente alterado pela nova lei material de 2014.

Desse modo, passa a ser plenamente possível, afastando-se os argumentos processuais anteriores em contrário, a ação de prestação de contas de alimentos. Para o presente autor, a exigência da prestação deve ser analisada mais objetiva do que subjetivamente, deixando-se de lado pequenas diferenças de valores e excesso de detalhes na exigência da prestação, o que poderia torná-la inviável ou até aumentar o conflito entre as partes.

Em complemento, essa ação deve ser analisada diante do impacto trazido pelo Novo CPC. Isso porque os arts. 914 a 919 do CPC/1973 tratavam do rito especial da ação de prestação de contas, tanto em relação àquele que teria o direito de exigí-las quanto para o obrigado a prestá-las. No Novo CPC, o procedimento especial foi mantido somente no que concerne a quem tem o direito de exigí-las, nos termos dos seus arts. 550 a 553 (ação de exigir contas). Para aqueles que são obrigados à sua prestação, a ação deve seguir o procedimento comum e não mais o especial.

Feitas tais considerações, seguindo no estudo do tema da guarda, o *caput* do art. 1.584 do CC/2002, sem qualquer alteração legislativa em 2014, estabelece que a guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser efetivada por dois meios:

- 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. Essa primeira opção envolve o pleno acordo dos genitores a respeito da matéria. Quanto à menção à ação de separação, essa deve ser vista com ressalvas, diante de sua retirada do sistema pela Emenda do Divórcio, conforme antes desenvolvido e mesmo diante da emergência do Novo CPC. Para este autor, é perfeitamente possível cumular o pedido de divórcio com a regulamentação da guarda dos filhos.
- 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. No tocante a esse segundo meio, trata-se da guarda imposta pelo juiz na ação correspondente.

Na audiência de conciliação da ação em que se pleiteia a guarda, 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 (art. 1.584, § 1.º, do CC). Também não houve qualquer modificação em tal diploma.

Porém, estabelecia o § 2.º da norma que, quando não houvesse acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, seria aplicada, sempre que possível, a guarda

compartilhada. Constata-se, portanto, que esta passou a ser a *prioridade*, diante da emergência da Lei 11.698/2008.

A Lei 13.058/2014 alterou o último comando, dispondo atualmente que, “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”. Por essa norma é que a guarda compartilhada passa a ser *obrigatória* ou *compulsória*, o que justifica a nomenclatura dada por este autor à nova lei. A obrigatoriedade fica clara pelo fato de que o afastamento da guarda compartilhada – ou alternada – deve ser motivado, cabendo ao juiz da causa analisar a questão sempre sob a perspectiva do princípio do maior interesse da criança ou do adolescente.

Conforme era exposto nas edições anteriores desta obra, apesar da expressa previsão legal anterior de prioridade, dos esforços interdisciplinares contidos no outrora citado enunciado doutrinário e no entendimento jurisprudencial, acreditava-se na existência de certos entraves para a efetivação da guarda compartilhada.

Isso porque, para que seja possível a concreção dessa modalidade de guarda, este autor acredita ser necessária certa harmonia entre os cônjuges, uma *convivência pacífica mínima*, pois, caso contrário, será totalmente inviável a sua efetivação, inclusive pela existência de prejuízos à formação do filho, pelo *clima de guerra* existente entre os genitores. Nesse sentido já entendia o Tribunal de Justiça Gaúcho, antes mesmo da alteração legislativa de 2008: “Guarda compartilhada. Caso em que há divergência entre as partes quanto à guarda. A guarda compartilhada pressupõe harmonia e convivência pacífica entre os genitores” (TJRS, Processo 70008775827 12.08.2004, 8.^a Câmara Cível, Rel. Juiz Rui Portanova, origem Porto Alegre).

Igualmente a ilustrar, vejamos dois outros acórdãos estaduais, que trazem a mesma conclusão, pela necessidade de existência de uma convivência pacífica mínima:

“Agravado de instrumento. Dissolução de união estável litigiosa. Pedido de guarda compartilhada. Descabimento. Ausência de condições para decretação.

A guarda compartilhada está prevista nos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, com a redação dada pela Lei 11.698/2008, não podendo ser impositiva na ausência de condições cabalmente demonstradas nos autos sobre sua conveniência em prol dos interesses do menor. Exige harmonia entre o casal, mesmo na separação, condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança e, sobremaneira, real disposição dos pais em compartilhar a guarda como medida eficaz e necessária à formação do filho, com vista a sua adaptação à separação dos pais, com o mínimo de prejuízos ao filho. Ausente tal demonstração nos autos, inviável sua decretação pelo Juízo. Agravo de instrumento desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70025244955 Camaquã, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j 24.09.2008, *DOERS* 01.10.2008, p. 44).

“Guarda compartilhada. Adolescente. Situação familiar não propícia ao implemento da medida. Deferimento de guarda única à avó paterna. Direito de visitação da genitora. O melhor interesse da criança ou do adolescente prepondera na decisão sobre a guarda, independentemente dos eventuais direitos daqueles que requerem a guarda. O implemento da guarda compartilhada requer um ambiente familiar harmonioso e a convivência pacífica entre as partes que pretendem compartilhar a guarda do menor. O conjunto probatório dos autos revela que, lamentavelmente, não há qualquer comunicação, contato e muito menos consenso entre a autora (avó) e a ré (mãe) necessários ao estabelecimento da guarda compartilhada. Assim sendo, há que se instituir no caso concreto a tradicional modalidade da guarda única em favor da autora, legitimando-se a situação de fato. Também merece reparo o regime de visitação imposto na r. sentença, o qual passará a ser em fins de semana alternados e somente aos domingos, de 8 às 20 horas ou em qualquer outro dia da semana e horário que for acordado entre mãe e filho, medida necessária para que o adolescente restabeleça seu vínculo com a mãe até que atinja a maioridade civil. Precedente citado: TJRS, 70001021534/RS, Rel Des. Maria Berenice Dias, julgado em 02.03.2005” (TJRJ, Acórdão

2007.001.35726, Capital, Rel. Des. Roberto de Souza Cortes, j. 27.11.2007 *DORJ* 14.02.2008, p. 312).

De toda sorte, cumpre destacar julgados do Superior Tribunal de Justiça, segundo os quais a guarda compartilhada pode ser *imposta* pelo magistrado, mesmo não havendo o consenso entre os genitores. Vejamos duas dessas ementas, que confundem a guarda compartilhada com a alternada:

“Civil e processual civil. Recurso especial. Direito civil e processual civil. Família. Guarda compartilhada. Consenso. Necessidade. Alternância de residência do menor. Possibilidade. 1. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais. 2. 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. 3. Apesar de a separação ou do 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. 4. 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. 5. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta. 6. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta – sempre que possível – como sua efetiva expressão. 7. Recurso especial provido”

(STJ, REsp 1.428.596, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.06.2014).

“Guarda compartilhada. Alternância. Residência. Menor. A guarda compartilhada (art. 1.583, § 1.º, do CC/2002) busca a proteção plena do interesse dos filhos, sendo o ideal 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 do duplo referencial. Mesmo na ausência de consenso do antigo casal, o melhor interesse do menor dita a aplicação da guarda compartilhada. Se assim não fosse, a ausência de consenso, que poderia inviabilizar a guarda compartilhada, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente porque contraria a finalidade do poder familiar, que existe para proteção da prole. A drástica fórmula de imposição judicial das atribuições de cada um dos pais e do período de convivência da criança sob a guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal letra morta. A custódia física conjunta é o ideal 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 das fontes bifrontais de exercício do poder familiar. A guarda compartilhada com o exercício conjunto da custódia física é processo integrativo, que dá à criança a possibilidade de conviver com ambos os pais, ao mesmo tempo em que preconiza a interação deles no processo de criação” (STJ, REsp 1.251.000/MG, Rel. Min. Nanc Andrighi, j. 23.08.2011, publicação no seu *Informativo* n. 481).

Essas premissas foram reforçadas em aresto mais recente da Corte e com a mesma relatoria, pronunciada na vigência da nova lei. Conforme consta da sua ementa, foi ali fixada a controvérsia de se dizer em que hipóteses a guarda compartilhada poderá deixar de ser implementada, à luz da nova redação do art.

1.584 do Código Civil. Na sua dicção, “a nova redação do art. 1.584 do Código Civil irradia, com força vinculante, a peremptoriedade da guarda compartilhada. O termo ‘será’ não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção – *jure tantum* – de que, se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores [ascendentes] declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (art. 1.584, § 2º, *in fine*, do CC). A guarda compartilhada somente deixará de ser aplicada quando houver inaptidão de um dos ascendentes para o exercício do poder familiar, fato que deverá ser declarado prévia ou incidentalmente à ação de guarda, por meio de decisão judicial, no sentido da suspensão ou da perda do Poder Familiar” (STJ, REsp 1.629.994/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 06.12.2016, *DJe* 15.12.2016).

Porém, no mesmo ano de 2016, surgiu outro julgado do mesmo Superior Tribunal de Justiça, mais flexível na leitura feita por este autor. Conforme a decisão, a inexistência de consenso entre os cônjuges não impede a guarda compartilhada. Entretanto, “essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial” (STJ, REsp 1.417.868/MG, 3.ª Turma, Rel. Min. João Otávi de Noronha, j. 10.05.2016, *DJe* 10.06.2016).

Com o devido respeito, este autor já criticava aquelas decisões anteriores nos casos em que não há a citada harmonia mínima entre os guardiões, pois o compartilhamento em casos tais pode aumentar os conflitos e gerar situações de maiores prejuízos ao filho, inclusive em decorrência de alienações parentais praticadas por ambos os guardiões. O último aresto reconhece tal situação, representando um grande avanço na jurisprudência superior.

Por isso é que a mediação e a orientação psicológica são instrumentos fundamentais, devendo sempre entrar em cena para a aproximação dos genitores, ex-

cônjuges ou ex-companheiros. Esclareça-se, na linha do exposto por Fernanda Tartuce, que a medição não visa pura e simplesmente ao acordo, mas sim a atingir os interesses e as necessidades das partes envolvidas, estimulando a aproximação e o diálogo entre as partes (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil...*, 2012, p. 29). Em tais aspectos a mediação diferencia-se da conciliação, o que foi adotado pelo Novo Código de Processo Civil.

Infelizmente, a Lei 13.058/2014 confirmou aquela anterior forma de julgar, *impositiva*, e acreditamos que trará mais problemas do que soluções. Por outra via, José Fernando Simão pensa que, mesmo com a modificação legislativa, não haverá a citada obrigatoriedade, na linha do que foi reconhecido no último julgado aqui transcrito, do ano de 2016. Para o jurista, “no caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, assistiremos às seguintes decisões: ‘em que pese a determinação do Código Civil de que a guarda deverá ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do CC que cede diante do princípio constitucional’. A lei não é, por si, a solução do problema como parecem preconizar os defensores do PL 117/2003. A mudança real é que o Magistrado, a partir da nova redação de lei, precisará invocar o preceito constitucional para não segui-la. Nada mais” (SIMÃO José Fernando. Guarda... Disponível em: <www.professorsimao.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2014). Reafirme-se que essa parece ser a posição seguida pelo STJ no julgamento do Recurso Especial 1.417.868/MG, em 2016.

Anote-se que alguns julgados estaduais, prolatados em 2015 e sob a égide da nova lei, seguiam essa forma de pensar o Direito de Família, afastando a imposição da guarda compartilhada. Vejamos duas ementas:

“Agravado de instrumento. Ação de reversão da guarda. Tutela antecipada. Guarda compartilhada. Descabimento. Para a instituição da guarda compartilhada mostra-se necessária a existência de consenso entre os genitores. Ausência de elementos probatórios a justificar alteração na guarda. Agravo de instrumento desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 0029847-18.2015.8.21.7000, Porto Alegre, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luís

Dall’Agnol, j. 27.05.2015, *DJERS* 05.06.2015).

“Ação de guarda. Juízo da origem que concede a guarda da infante ao autor e fixa direito de visitas à ré. Insurgência da requerida. Genitora que entrega a infante ao pai de forma provisória para evitar maiores conflitos, até a audiência em processo de alimentos, sem desistir da guarda. Pai que não promove a devolução da criança e propõe a ação de guarda alegando que a mãe entregou-lhe a menina para constituir nova família. Ausência de provas das alegações do genitor. Estudo social que demonstra que ambos os genitores possuem condições de criar a filha e sugere a guarda compartilhada. Modalidade que é inviável na hipótese, diante da ausência de convergência de ideias entre os genitores. Elementos nos autos que demonstram a ausência de motivo para que o encargo de guardião fosse retirado da mãe. Sentença reformada para conceder a guarda da menor à demandada, fixar direito de visitas ao réu e determinar que este promova o pagamento da pensão alimentícia já estipulada em ação própria, cuja sentença transitou em julgado. Sucumbência mantida conforme arbitrada na origem, dada a reciprocidade de êxito das partes, considerando a pluralidade de ações julgadas conjuntamente pelo togado *a quo*. Exigibilidade dessa verba suspensa quanto a ambas as partes, já que beneficiárias da gratuidade processual. Recurso conhecido e provido” (TJSC, Apelação Cível 2014.069447-7, Gaspar, 5.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Rosane Portella Wolff, j. 23.04.2015, *DJSC* 28.05.2015, p. 266).

Todavia, cabe esclarecer que existem outros acórdãos estaduais, igualmente prolatados na vigência da novel legislação, que trazem julgamento em contrário, pela obrigatoriedade da guarda compartilhada, seguindo a tendência anterior do STJ aqui demonstrada, ora confirmada pelo aresto mais recente, de 2016 (REsp 1.629.994/RJ). Assim, “considerando que o estudo social realizado na instrução constatou que ambos os genitores são aptos ao exercício da guarda, viável o estabelecimento de seu compartilhamento (objeto da reconvenção), arranjo que atende ao disposto no art.

1.584, § 2.º, do CC (nova redação dada pela Lei n.º 13.058/2014) e que se apresenta mais adequado à superação do litígio e ao atendimento dos superiores interesses do infante. A ausência de consenso entre os pais não pode servir, por si apenas, para obstar o compartilhamento da guarda, que, diante da alteração legislativa e em atenção aos superiores interesses dos filhos, deve ser tido como regra. Precedente do STJ” (TJRS, Apelação Cível 0103297-91.2015.8.21.7000, Porto Alegre, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 21.05.2015, *DJERS* 28.05.2015).

Ou, ainda, na mesma linha pela obrigatoriedade, não contando com o nosso apoio, mais uma vez por admitir a guarda alternada:

“O princípio constitucional do melhor interesse da criança surgiu com a primazia da dignidade humana perante todos os institutos jurídicos e em face da valorização da pessoa humana em seus mais diversos ambientes, inclusive no núcleo familiar. Fixada a guarda, esta somente deve ser alterada quando houver motivo suficiente que imponha tal medida, tendo em vista a relevância dos interesses envolvidos. Na guarda compartilhada pai e mãe participam efetivamente da educação e formação de seus filhos. Considerando que no caso em apreço, ambos os genitores são aptos a administrar a guarda das filhas, e que a divisão de decisões e tarefas entre eles possibilitará um melhor aporte de estrutura para a criação da criança, impõe-se como melhor solução não o deferimento de guarda unilateral, mas da guarda compartilhada” (TJMG Apelação Cível 1.0647.13.002668-3/002, Rel. Des. Darcio Lopardi Mendes j. 19.03.2015, *DJEMG* 25.03.2015).

Eis uma questão que ainda precisa ser pacificada nos próximos anos, especialmente pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Assim, a Corte terá que dizer, de forma definitiva e sem hesitações, se a guarda compartilhada é peremptória, obrigatória, ou não. Reafirme-se, nesse contexto, a nossa posição pela necessidade de uma convivência pacífica mínima entre os genitores, para que a guarda compartilhada seja efetivada.

Outro aspecto divergente na prática diz respeito à obrigatoriedade da guarda

compartilhada quando os genitores residem em cidades distintas, ou em lares distantes. Mais uma vez, com o intuito de afastar uma indesejável imposição, que pode trazer mais prejuízos do que benefícios ao filho, o presente autor entende que esta não é viável juridicamente quando há dificuldades geográficas relativas aos genitores.

Há, na verdade, certa confusão doutrinária e jurisprudencial entre a guarda física – efetivamente exercida – e a autoridade parental (ou poder familiar), quando se dá a resposta positiva nessas situações, especialmente com o argumento de que as atuais tecnologias propiciam o exercício da guarda a distância.

Ora, a efetiva guarda traz um *recheio* muito mais complexo do que a autoridade parental (ou poder familiar), preenchido pela educação e pela orientação contínua, que demandam *tempo, dedicação e ampla responsabilidade* dos detentores da guarda. E, com o devido, respeito, o correto preenchimento desse *trinômio* não pode ser exercido a distância, mesmo com o uso das tecnologias mais variadas. A contínua presença física ainda é insubstituível para os principais componentes da profunda formação de um filho.

Em complemento, defender a viabilidade da guarda compartilhada a distância parece conduzir, mais uma vez, à infeliz confusão com a guarda alterada, como antes exposto. Na linha dessas afirmações, parece perfeita tecnicamente a conclusão do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, prolatado no ano de 2016: “as peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como, por exemplo, limites geográficos. Precedentes” (STJ, REsp 1,605.477/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricard Villas Bôas Cueva, j. 21.06.2016, *DJe* 27.06.2016).

Seguindo no estudo do tema, conforme o § 3.º do art. 1.584 do CC, modificada pela Lei 11.698/2008, 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, poder basear-se em orientação técnico--profissional ou de equipe

interdisciplinar. A norma menciona a utilização da *mediação familiar* para o incremento da guarda compartilhada, mecanismo que foi incentivado pelo Novo Código de Processo Civil, em vários de seus preceitos.

Sobre o tema, aliás, o Enunciado n. 335 do CJF/STJ, da *V Jornada de Direito Civil*, de 2006, já estabelecia que a guarda compartilhada era prioritária, devendo “ser estimulada, utilizando-se, sempre que possível, da mediação e da orientação de equipe interdisciplinar”. Pela Lei 13.058/2014 foi incluída uma pequena alteração, passando a constar do final do diploma a locução “que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe”. Mais uma vez, há claro equívoco em se confundir a guarda compartilhada com a alternada, com o uso do termo *divisão*.

Reafirme-se, contudo, que a mediação e a orientação psicológica são fundamentais para que essa guarda seja bem compreendida pelos pais e possa resultar em efetivos benefícios para crianças e adolescentes. Tratando indiretamente do tema, vejamos julgado do Superior Tribunal de Justiça, prolatado na vigência da alteração do art. 1.584 do CC pela Lei 11.698/2008:

“Embargos de declaração em agravo no agravo. Guarda de menor. Pedido de suprimimento de omissões. Alegação de que, no acórdão embargado, tomou-se como verdadeiro o fato de que há ação penal em curso contra o pai da criança, desconsiderando-se o fato de que houve trancamento dessa ação. Solicitação para que, na definição da guarda do menor, seja levada em consideração a possibilidade de estabelecimento de guarda compartilhada. Omissões inexistentes. Embargos rejeitados. A circunstância de existir, contra o pai do menor, ação penal em curso, foi expressamente tratada como irrelevante para a definição da guarda do menor disputado, dadas as peculiaridades da espécie. Se ocorreu o trancamento dessa ação, portanto, esse fato não tem repercussão no julgado. O objeto do recurso julgado nesta sede era restabelecer a guarda do menor em favor da mãe, por isso esse foi o alcance do acórdão. Nada impede, todavia, que o juízo de 1.º grau, com base nos elementos do processo e valendo-se, conforme o caso, das orientações técnico-profissionais de que trata o art. 1.584, § 3.º, do CC/2002, determine,

fundamentadamente, a guarda compartilhada da criança, se essa for, segundo o seu critério, a medida que melhor tutele os interesses do menor. Tal decisão estaria sujeita a controle pelos meios de impugnação previstos no CPC. Embargos de declaração rejeitados” (STJ, EDcl-AgRg-Ag 1.121.907/SP, 3 Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrigli, j. 19.05.2009, *DJe* 03.06.2009).

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, pode implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor (art. 1.584, § 4.º, do CC). A Lei 13.058/2014 excluiu a locação “inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho”, o que poderia prejudicar o compartilhamento ou divisão da guarda.

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 (art. 1.584, § 5.º, do CC). Assim, a guarda pode ser atribuída aos avós, aos tios ou até a um companheiro homoafetivo do genitor, o que não foi alterado pela norma do final de 2014.

Entretanto, como novidade, foi incluída no Código Civil uma penalidade no caso de não prestação de informações por entidades públicas e privadas a qualquer dos genitores. De acordo com o novel art. 1.584, § 6.º, do CC, “qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação”. Imagine-se, por exemplo, o caso de uma escola que não quer prestar informações sobre o processo educativo do aluno a um dos pais, estando sujeita às citadas multas, o que, para este autor, parece salutar, em uma primeira análise. Condena-se a menção dos valores em reais, sem qualquer índice de atualização, o que pode gerar a sua contínua desvalorização no tempo. Melhor seria se o comando tivesse utilizado como parâmetro o salário mínimo, como por vezes é comum na legislação.

Pois bem, para esclarecer as mudanças da legislação e o tratamento da matéria, especialmente as críticas formuladas à chamada *Lei da Guarda Compartilhada* (ou

Alternada) Obrigatória, necessária se faz uma explicação didática quanto às formas de guarda preconizadas pela doutrina e admitidas pela jurisprudência. Nesse contexto, podem ser apontadas quatro modalidades de guarda na esfera do poder familiar, em resumo do tema:

- *Guarda unilateral*: uma pessoa tem a guarda enquanto a outra tem, a seu favor, a regulamentação de visitas. Essa sempre foi a forma mais comum de guarda, trazendo o inconveniente de privar o menor da convivência contínua de um dos genitores. Em razão desse inconveniente é que se operaram as mudanças legislativas aqui expostas.
- *Guarda alternada*: o filho permanece um tempo com o pai e um tempo com a mãe, pernoitando certos dias da semana com o pai e outros com a mãe. A título de exemplo, o filho permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe. Essa forma de guarda não é recomendável, eis que pode trazer confusões psicológicas à criança. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a *guarda pingue-pongue*, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a *guarda do mochileiro*, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa. O presente autor entende que é altamente inconveniente, pois a criança perde seu referencial, eis que recebe tratamentos diferentes quando na casa paterna e na materna. Por isso, reafirme-se às críticas à nova *Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória*, que parece confundir a guarda compartilhada com a presente modalidade. De toda sorte, há quem entenda que é possível a sua instituição em casos excepcionais, o que está na linha da tentativa de modificação das normas sobre a matéria. Nessa linha, enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, nos seguintes termos: “A Lei n. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do

adolescente. A regra se aplica a qualquer modelo de família (atualizados os Enunciados n. 101 e 336, em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este Enunciado)” (Enunciado n. 518 do CJF/STJ).

- *Guarda compartilhada ou guarda conjunta*: hipótese em que pai e mãe dividem as atribuições relacionadas ao filho, que irá conviver com ambos, sendo essa sua grande vantagem. Ilustrando, o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais, que estão sempre presentes na vida cotidiana do filho. Essa forma de guarda é a mais recomendável, e, exatamente por isso, quanto ao art. 1.583 do CC/2002 em sua redação original, que tratava da determinação da guarda por acordo entre os cônjuges, previa o Enunciado n. 101 do CJF/STJ que essa guarda poderia ser tanto a unilateral quanto a compartilhada, desde que atendido o maior interesse da criança (*best interest of the child*). Frise-se que foi tal entendimento doutrinário que motivou a alteração legislativa em 2008, passando a guarda compartilhada a ser a prioridade. Com o devido respeito a quem pensa de forma contrária, a Lei 13.058/2014 parece não tratar de guarda compartilhada, ao reconhecer a possibilidade de dupla residência para o filho, utilizando também o termo *divisão equilibrada*. Assim, fica uma questão para reflexão: *seria uma lei sobre guarda compartilhada obrigatória ou uma lei sobre guarda alternada obrigatória?*
- *Guarda da nidadação ou aninhamento*: conforme explicam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, trata-se de modalidade comum em países europeus, presente quando os filhos permanecem no mesmo domicílio em que vivia o casal dissolvido, revezando os pais em sua companhia (*Novo curso...*, 2. ed., 2012, p. 609). A expressão aninhamento tem relação com a figura do *ninho*, qual seja, o local de residência dos filhos. Além da falta de previsão legal, tal forma de guarda encontra resistências econômicas, eis que os pais manterão, além do *ninho*, as suas residências próprias.

Feitas tais considerações sobre a estrutura da guarda, em termos de dever de prestar alimentos, afirma Maria Berenice Dias que a guarda compartilhada não impede sua fixação, até porque nem sempre os genitores gozam das mesmas condições econômicas. Muitas vezes não há alternância da guarda física do filho e a não cooperação do outro pode onerar sobremaneira o genitor guardião (*Manual de direito...*, 2007, p. 397). No mesmo sentido, cite-se enunciado aprovado na *VII Jornada de Direito Civil*, de 2015, que sintetiza a posição majoritária da doutrina brasileira, *in verbis*: “a guarda compartilhada não implica ausência de pagamento de pensão alimentícia” (Enunciado n. 607).

Em reforço, nota-se que o que se compartilha, em regra, é a convivência e não as despesas com a manutenção dos filhos. Em suma, prevalece a fixação de acordo com o *binômio* ou *trinômio alimentar*, tese que permanece com a vigência da Lei 13.058/2014, não se podendo admitir julgados que adotam caminho diverso. Nessa linha de pensamento, transcreve-se ementa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Apelação cível. Ação de divórcio consensual. Alimentos para os filhos. Guarda compartilhada. Redução. A guarda compartilhada não exclui o pagamento de pensão alimentícia, pois o que se compartilha é apenas a responsabilidade pela formação, saúde, educação e bem-estar dos filhos, e não a posse dos mesmos. Não atendido o binômio necessidade. Possibilidade que trata o § 1.º do art. 1.694 do CCB/02, devem ser alterados os alimentos fixados em primeiro grau, cabendo a sua redução, quando o alimentante demonstrar a impossibilidade de prestá-los. Recurso conhecido e provido” (TJMG, Apelação Cível 1.0358.07.014534-9/0011, Jequitinhonha, 3.ª Câmara Cível, Rel. Des. Albergaria Costa, j. 20.08.2009, *DJEMG* 02.10.2009).

O art. 1.585 do Código Civil também foi alterado pela Lei 13.058/2014. Originalmente, previa o comando a aplicação dos arts. 1.583 e 1.584 para a guarda fixada em sede de cautelar de separação de corpos do casal. Agora a nova redação do comando é a seguinte: “em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a

decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584”. Em suma, ampliava--se o mesmo tratamento para outras cautelares possíveis na prática familiarista, recomendando-se a oitiva dos genitores, inclusive para que seja viável a guarda compartilhada (ou alternada).

Todavia, cumpre esclarecer, mais uma vez, que as cautelares específicas foram extintas pelo Novo Código de Processo Civil. Assim, será necessário situar tais procedimentos entre as medidas de tutela provisória, tratadas nos arts. 300 a 311 do CPC/2015. Somente a prática e o tempo poderão demonstrar qual o correto enquadramento no futuro.

Em casos excepcionais, havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, visando também a esse melhor interesse, regular de maneira diferente as regras outrora analisadas (art. 1.586 do CC/2002). Todas essas normas devem ser aplicadas aos casos de invalidade do casamento, ou seja, de casamento inexistente, nulo e anulável (art. 1.587 do CC/2002). Aqui, nesses dois últimos comandos, não há qualquer mudança engendrada pela Lei 13.058/2015.

Se o pai ou a mãe contrair novas núpcias, não perderá o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente (art. 1.588 do CC/2002). Como se constata, deve sempre prevalecer o melhor interesse do menor, nos termos do Enunciado n. 337 do CJP/STJ também da *IV Jornada de Direito Civil*: “O fato de o pai ou a mãe constituírem nova união não repercute no direito de terem os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes”. Também não houve qualquer mudança em tal dispositivo.

Determina o art. 1.589 da atual codificação material, também sem alterações, que 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. Para ilustrar, trazendo

aplicação do dispositivo a respeito da regulamentação de visitas a favor do pai, transcreve-se:

“Regulamentação de direito de visitas. Preponderância dos interesses da criança. Convivência com o pai que é necessária para seu bom desenvolvimento psicológico e emocional. Direito natural do pai consagrado no art. 1.589 do Código Civil de 2002. Visita fora da casa materna, aos domingos, das 9 às 19 horas, que é razoável e se mostra benéfica à formação afetiva da criança. Inexistência de motivo concreto para restrição, devendo a autora adaptar sua rotina e da criança para que esta última possa estar na companhia do pai. Jurisprudência dominante neste TJSP e no STJ. Decisão parcialmente reformada. Recurso provido em parte” (TJSP, Apelação Cível 669.353.4/4, Acórdão 4220130, Franca, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 26.11.2009, *DJESP* 18.12.2009).

Em complemento, anote-se que a jurisprudência superior, seguindo a doutrina majoritária de Rolf Madaleno e Maria Berenice Dias, entende que a incidência de multa diária ou *astreintes* é juridicamente possível quando o genitor detentor da guarda da criança descumpre acordo homologado judicialmente sobre o regime de visitas. Conforme o aresto, “o direito de visitação tem por finalidade manter o relacionamento da filha com o genitor não guardião, que também compõe o seu núcleo familiar, interrompido pela separação judicial ou por outro motivo, tratando-se de uma manifestação do direito fundamental de convivência familiar garantido pela Constituição Federal. A cláusula geral do melhor interesse da criança e do adolescente, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, recomenda que o Poder Judiciário cumpra o dever de protegê-las, valendo-se dos mecanismos processuais existentes, de modo a garantir e facilitar a convivência da filha com o visitante nos dias e na forma previamente ajustadas, e coibir a guardiã de criar obstáculos para o cumprimento do acordo firmado com a chancela judicial”. Diante dessas afirmações, conclui-se que “a aplicação das *astreintes* em hipótese de descumprimento do regime de visitas por parte do genitor, detentor da guarda da

criança, se mostra um instrumento eficiente, e, também, menos drástico para o bom desenvolvimento da personalidade da criança, que merece proteção integral e sem limitações. Prevalência do direito de toda criança à convivência familiar” (STJ, REsp 1.481.531/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 16.02.2017, *DJe* 07.03.2017).

Como novidade anterior, a Lei 12.398/2011 introduziu expressamente no art. 1.589 do CC/2002 o direito de visitas a favor dos avós, observado o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Consigne-se que a jurisprudência já admitia tal direito, não havendo grande novidade na alteração legislativa (por todos: TJRS, AI 70035611953, 7.^a Câ., Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 11.08.2010, *DJERS* 19.08.2010; e TJSP, AI 572.373.4/3, 3.^a Câ. Dir. Priv., Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 28.04.2009, *DJESP* 19.06.2009). Na verdade, o que se espera é que o direito de visitas seja estendido a outras hipóteses, como no caso de padrastos e madrastas.

D a *IV Jornada de Direito Civil*, do ano de 2006, o último e importante enunciado doutrinário a respeito da guarda de filhos a ser comentado é o de número 338, a saber: “a cláusula de não tratamento conveniente para a perda da guarda dirige-se a todos os que integrem, de modo direto ou reflexo, as novas relações familiares”. De acordo com o teor do enunciado doutrinário, qualquer pessoa que detenha a guarda do menor, seja ela pai, mãe, avó, parente consanguíneo ou socioafetivo, poderá perdê-la ao não dar tratamento conveniente ao incapaz. O enunciado, com razão, estende a toda e qualquer pessoa os deveres de exercício da guarda de acordo com o maior interesse da criança e do adolescente. Tal premissa doutrinária deve ser plenamente mantida com a emergência da Lei 13.058/2014.

As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes, conforme determina o art. 1.590 do CC/2002, também sem alteração recente. Assim, a título de exemplo, a hipótese de fixação de guarda de um filho maior, que foi interditado relativamente por ser um ébrio habitual ou viciado em tóxicos. Vale lembrar, a propósito, que a Lei 13.146/2015 – conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência –, alterou substancialmente a teoria das incapacidades, modificando de forma substancial os arts. 3.^o e 4.^o do Código Civil. Na nova realidade legislativa brasileira não existem maiores que sejam absolutamente

incapazes. Esclareça-se que a Lei 13.058/2014 também alterou o art. 1.634 do Código Civil, a ser abordado mais à frente, na presente obra.

Para encerrar o presente tópico, algumas palavras devem ser ditas a respeito da guarda de animais de estimação, especialmente sobre os julgados que aplicam, nas ações de divórcio, as mesmas regras previstas para a guarda de filhos.

Por todos eles, cite-se o julgamento da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.713.167/SP, em 2018. Como se retira da relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, “decerto, porém, que coube ao Código Civil o desenho da natureza jurídica dos animais, tendo o referido diploma os tipificado como coisas – não lhes atribuiu a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica, não podendo ser tidos como sujeitos de direitos – e, por conseguinte, objeto de propriedade. De fato, os animais, via de regra, se enquadram na categoria de bens semoventes, isto é, ‘móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social’ (art. 82). Não há dúvidas de que o Código Civil tipificou-os na categoria das coisas e, como tal, são objetos de relações jurídicas, como se depreende da dicção dos arts. 82, 445, § 2.º, 936, 1.444, 1.445 e 1.446. Nessa perspectiva, resta saber se tais animais de companhia, nos dias atuais, em razão de sua categorização, devem ser tidos como simples coisas (inanimadas) ou se, ao revés, merecem tratamento peculiar diante da atual conjectura do conceito de família e sua função social”.

O acórdão expõe a existência de *três correntes* sobre a situação jurídica dos animais, na doutrina e jurisprudência brasileiras. A primeira pretende elevar os animais ao *status* de pessoa, “haja vista que, biologicamente, o ser humano é animal, ser vivo com capacidade de locomoção e de resposta a estímulos, inclusive em relação aos grandes símios que, com base no DNA, seriam parentes muito próximos dos humanos. Em razão disso, ao animal deveriam ser atribuídos direitos da personalidade, o próprio titular do direito vindicado, sob pena de a diferença de tratamento caracterizar odiosa discriminação”. Já a segunda corrente sustenta que “o melhor seria separar o conceito de pessoa e o de sujeito de direito, possibilitando a proteção dos animais na qualidade de sujeito de direito sem personalidade, dando-se proteção em razão do próprio animal, e não apenas como objeto (na qualidade de

patrimônio do seu proprietário) ou de direito difuso como forma de proteção ao meio ambiente sustentável” (Recurso Especial 1.713.167/SP). Por fim, para a terceira corrente, a mais tradicional e à qual me filio no presente momento, os animais, mesmo os de companhia ou de estimação, devem permanecer dentro da categoria das coisas e bens.

O julgado demonstra que “o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a natureza jurídica”. Porém, apesar dessa afirmação, concluiu-se que “não se mostra suficiente o regramento jurídico dos bens para resolver, satisfatoriamente, tal disputa familiar nos tempos atuais, como se tratasse de simples discussão atinente a posse e propriedade. A despeito de animais, possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. O Judiciário necessita encontrar solução adequada para essa questão, ponderando os princípios em conflito, de modo a encontrar o resguardo aos direitos fundamentais e a uma vida digna”. Em suma, apesar de o julgado declinar a tese da plena humanização do animal, foram aplicadas, por analogia e com base no art. 4.º da Lei de Introdução, as mesmas regras relativas quanto à guarda de filhos para um animal doméstico.

Apesar dos fundamentos do último julgado, tal forma de pensar o Direito merece reflexões, o que abrange as propostas legislativas a respeito do tema, comentadas no Volume 1 desta coleção. Ora, na realidade brasileira, ainda é necessário tutelar efetivamente os direitos das pessoas humanas, caso dos nascituros e embriões. Superada essa fase, na nossa realidade, pensamos que será possível estender alguns direitos aos animais, como fez o julgado citado, mas não de forma equânime aos filhos. Até que isso ocorra, tenho sérias ressalvas a tal forma de julgar.

Como palavras finais sobre o tema, restam outros grandes desafios a respeito da situação jurídica dos animais, destacados no livro inicial desta série: se os animais são sujeitos de direitos, ou a eles equiparados, teriam também deveres? Os contratos de cessão onerosa de animais devem deixar de ser submetidos às regras da compra e venda? Será necessário diferenciar os animais que têm sensibilidade daqueles que não têm, no que diz respeito ao seu tratamento jurídico? Como se pode perceber,

surgem perguntas de difícil resposta.

4.2.7 Alimentos na dissolução do casamento e a EC 66/2010. O problema dos alimentos pós-divórcio

Como é notório, o impacto da culpa em relação aos alimentos já era menor com o Código Civil de 2002, se comparado com o sistema anterior, da Lei do Divórcio. Vejamos o porquê.

Em regra, pelo sistema anterior, da Lei 6.515/1977, o cônjuge culpado pelo fim da relação não podia pleitear alimentos do inocente, eis que o inocente poderia pleitear do culpado, dentro do binômio *possibilidade/necessidade* (arts. 19 a 23 da Lei 6.515/1977).

Entretanto, o Código Civil de 2002 alterou significativamente a matéria, passando a determinar que o culpado pela separação judicial tem direito aos alimentos indispensáveis à sobrevivência (denominados *alimentos necessários* ou *naturais*), conforme preceitua o seu art. 1.694, § 2.º. A matéria é complementada pelo art. 1.704, parágrafo único, da mesma codificação que enuncia que o culpado somente poderá pleitear tais alimentos se não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho.

Com a emergência da *Emenda do Divórcio*, fica em dúvida a manutenção de tais dispositivos no sistema de Direito de Família brasileiro, podendo ser apontadas três correntes doutrinárias.

A *primeira*, a que está filiado Paulo Lôbo, sustenta que diante da impossibilidade total de discussão de culpa no casamento, tais dispositivos estão totalmente revogados ou devem ser tidos como não recepcionados pelo novo Texto Constitucional. Sendo assim, os alimentos devem ser fixados de acordo com o binômio *necessidade/possibilidade*, ou com o trinômio *necessidade/possibilidade/razoabilidade* (*Divórcio...* Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 21 fev. 2010). Esse também é o posicionamento de Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias e Rolf Madaleno.

A *segunda corrente* admite a discussão do conteúdo de tais comandos legais,

mas apenas em ação autônoma de alimentos. Assim, não houve revogação das normas do Código Civil de 2002 citadas. Esse é o entendimento de José Fernando Simão Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald.

Por fim, a *terceira corrente* argumenta pela possibilidade de discussão da culpa na ação de divórcio, podendo a questão de alimentos ser definida na própria demanda ou em ação autônoma, a critério dos cônjuges. Do mesmo modo da corrente anterior, não houve revogação dos dispositivos destacados. Essa é a posição do presente autor e de Álvaro Villaça Azevedo.

Pois bem, surge questão tormentosa com a edição da Emenda Constitucional 66/2010. Isso porque, como já ficou claro, a prioridade passa a ser a decretação de divórcio do casal. Nesse contexto, sendo esse decretado, como será possível a um ex-cônjuge pleitear alimentos do outro, seja em ação autônoma ou não, uma vez que o vínculo matrimonial não existe mais?

Em outras palavras, o problema está em saber se é possível o pleito posterior de alimentos quando a sentença do divórcio não fixá-los, porque um dos cônjuges a eles renunciou ou abriu mão. Em uma visão tradicional, a resposta é negativa, pelo desaparecimento do vínculo familiar existente entre as partes, a fundamentar o pleito alimentar nos termos do *caput* do art. 1.694 do CC/2002. Todavia, com a entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*, parece ganhar corpo a tese de permanência dos alimentos, mesmo quando dissolvido o vínculo, o que está fundado no princípio constitucional da solidariedade, retirado do art. 3.º, inc. I, da CF/1988. A esse propósito, leciona Maria Berenice Dias:

“Mesmo findo o matrimônio, perdura o dever de mútua assistência, permanecendo a obrigação alimentar, após a dissolução do casamento. Apesar de a lei não admitir tal expressamente, não pode chegar a conclusão diversa. O dever alimentar cessa somente pelo novo casamento do beneficiário (art. 1.708). Como só há a possibilidade de novo matrimônio após o divórcio, está claro que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados” (DIAS Maria Berenice. *Manual...*, 2010, p. 521).

Insta verificar que a tese dos *alimentos pós-divórcio* representa aplicação imediata dos princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade social nas relações privadas, nos termos do que enuncia o art. 5.º, § 1.º, do Texto Maior. Trata-se, portanto, de um exemplo claro de *eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais*, ou seja, de aplicação direta das normas constitucionais que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, sem qualquer ponte infraconstitucional.

Deve ficar claro que a fixação dos *alimentos pós-divórcio* possibilita que a decretação do fim do casamento seja fixada como prioridade pelo juiz da causa, dissolvendo-se o vínculo existente entre as partes de imediato e proferindo-se uma sentença parcial. As demais questões, tais como os alimentos, o uso do nome e a partilha de bens, podem ser discutidas em posterior momento, seja na própria ação de divórcio ou em ação autônoma. Reafirma-se, assim, a tese dos capítulos de sentença, inaugurada por Caetano Lagrasta Neto e Cândido Dinamarco e adotada expressamente pelo art. 356 do CPC/2015.

Em suma, o melhor caminho parece ser o de viabilidade jurídica dos alimentos pós-divórcio, pois caso contrário a Emenda Constitucional 66/2010 representaria uma reforma em desfavor ao alimentando.

4.2.8 A responsabilidade civil em decorrência da dissolução do casamento

Tema que vem conquistando espaços no Direito de Família brasileiro é o relativo à responsabilidade civil em decorrência da dissolução do casamento, a gerar a *responsabilidade civil na conjugalidade*. Pela proposta da presente obra, como *manual* de Direito Civil, resolvemos introduzir o assunto neste livro, até pelas repercussões práticas que podem surgir em decorrência da aprovação da *EC 66/2010*. Vejamos o assunto, em divisão pontual.

4.2.8.1 Introdução. Direito de família e responsabilidade civil.

Premissas fundamentais para a compreensão do tema

Na pós-modernidade jurídica é constante a existência de diálogos científicos interdisciplinares. A *interdisciplinaridade* propõe uma interação entre as ciências, sendo considerada, conforme ensina Lúcia Reis de Almeida Prado, a mais recente tendência da teoria do conhecimento, que decorre da modernidade. Essa tendência visa a possibilitar que, na produção do saber, não incida o radical cientificismo formalista (objetivismo) ou o exagerado humanismo (subjetivismo), caracterizando-se por ser obtida a partir de uma predisposição para um encontro entre diferentes pontos de vista, oriundos das mais diversas variantes científicas. A par dessa visão, resume a doutrinadora que a interdisciplinaridade leva, de forma criativa, à transformação da realidade e *ao saber com sabor* (PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz...*, 2003, p. 3).

Nesse contexto, defende-se a tese das interações entre as diversas ciências sociais, como o Direito e a Sociologia; o Direito e a Filosofia; o Direito e a Psicologia. No próprio Direito são constantes as manifestações no sentido de uma complementaridade entre os diversos ramos jurídicos, como é o caso do Direito Civil e do Direito Constitucional. Como uma das marcas da pós-modernidade é a abundância de fontes legislativas, são investigadas possibilidades de diálogos entre as manifestações jurídicas, a orientar o aplicador e cientista do Direito (vide a teoria do diálogo das fontes: JAYME, Erik. *Identité...Recueil...*, 1995; MARQUES, Claudio Lima. *Contratos...*, 2005, p. 663).

As *interfaces*, as *interligações mutualistas*, entre os diversos ramos do Direito Civil, também são constantes na contemporaneidade. As mais marcantes são as interações entre o Direito de Família e o Direito das Obrigações. Ilustrando surgem trabalhos que pregam a aplicação de princípios próprios do Direito Contratual para o Direito de Família. Na mesma linha, a responsabilidade civil tem incidido nas relações familiares, seja nas relações de parentalidade ou de conjugalidade. Entre pais e filhos, um dos temas mais debatidos pela civilística nacional se refere à *tese do abandono afetivo, abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*, outrora destacada. Entra em debate, amplamente, se o pai que não convive com o filho, dando-lhe afeto

ou amor, pode ser condenado a indenizá-lo por danos morais. Nas relações conjugais, o tema da responsabilidade civil na matrimonialidade tem permeado as manifestações jurisprudenciais, com uma quantidade enorme de variações.

Para a análise de todo esse temário, *quatro premissas fundamentais* devem ser aqui fixadas.

A *primeira premissa* refere-se à normal incidência das regras relativas à responsabilidade civil ao Direito de Família. Não se pode mais admitir a antiga separação entre os Direitos Patrimoniais – caso dos temas de Direito das Obrigações – e os Direitos Existenciais – como é propriamente o Direito de Família. É cediço que também os institutos obrigacionais e contratuais têm como cerne a pessoa humana, surgindo normas protetivas de ordem pública, como aquelas relacionadas com os princípios sociais contratuais. No entanto, dentro do Direito de Família, há normas de cunho patrimonial, de ordem privada, que até podem ser contrariadas pela autonomia privada dos envolvidos por serem dispositivas. Por tal conclusão, não se pode admitir a ideia de que os princípios do Direito das Obrigações não possam influenciar o Direito de Família, ou vice-versa. Os diálogos são salutares mesmo no próprio Direito Civil.

A *segunda premissa* relaciona-se ao conceito de culpa, primaz para a intersecção que aqui se propõe, um conceito unificador do sistema de responsabilidade civil. A culpa em sentido amplo, ou *lato sensu*, ainda consta como fundamento do ato ilícito, previsto no art. 186 do atual Código Civil, pelo qual este é cometido por aquele que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imperícia (culpa em sentido estrito, ou *stricto sensu*), violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. A responsabilidade civil também está, em geral, fundada na culpa, pela menção ao ato ilícito que consta do art. 927, *caput*, do Código de 2002.

Voltando à fundamental discussão quanto à *segunda premissa*, é imperiosa a conclusão no sentido de que a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa motivadora do fim do casamento. Ambas trazem a concepção do desrespeito a um dever preexistente, o que está inspirado no clássico conceito de Chironi (CHIRONI, G. *PLa colpa... Colpa...*, 1925, p. 5). Pode-se ainda utilizar a

construção de Von Thur, que visualiza a culpa, em sentido amplo, como um comportamento reprovado pela lei, caracterizando a violação de um contrato ou o cometimento de um ato ilícito (VON THUR, A. *Tratado...*, 1934, t. I, p. 275).

Por tal conclusão, no sentido de que as duas culpas são as mesmas, surge um contraponto em relação àqueles que pretendem a extinção total da culpa nas ações de divórcio. Se a culpa será analisada para os fins de responsabilização civil – como se verifica –, também o pode ser para pôr fim ao casamento. Seria ilógico pensar em *metade da culpa* somente para a imputação da responsabilidade civil, e não para findar a comunhão plena de vida. Em suma, é possível cumular a ação de divórcio com responsabilidade civil, correndo tal demanda na Vara da Família. Mais uma vez, poderá o magistrado cindir a sentença, divorciando, *prima facie*, o casal e seguindo no feito para a discussão do dever de indenizar.

Como *terceira premissa*, há a convicção de que a responsabilidade civil que surge nas relações de conjugalidade é, essencialmente, uma responsabilidade extracontratual. Em uma visão contratual que ainda persiste, moderna ou clássica, não se pode admitir que o casamento seja um contrato, uma vez que este é relacionado a um conteúdo patrimonial, conforme consta do art. 1.321 do Código Civil italiano, dispositivo que serve de inspiração. Por certo que surgem conceitos pós-modernos de contratos, como aquele exposto por Paulo Nalin, que relacionam o contrato a conteúdos existenciais, mas tal visão ainda não persiste entre nós (NALIN, Paulo. *Do contrato...*, 2005, p. 255). Aliás, se tal construção prevalecer no futuro, todo o Direito Civil se resumirá aos contratos – em um claro *neocontratualismo expansivo* –, surgindo os contratos de Direito das Coisas, contratos de Direito de Família, e assim sucessivamente (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos...*, 2007, p. 89).

Reforçando a natureza extracontratual, mesmo aqueles que veem no casamento um contrato de natureza especial, caso de Inácio de Carvalho Neto, entendem que não se pode admitir aos cônjuges que cometem atos ilícitos violando direitos alheios o desrespeito de cláusulas decorrentes da autonomia privada (CARVALHO NETO Inácio de. *Responsabilidade...*, 2004, v. IX – Série Pensamento Jurídico). Havendo um ato ilícito extracontratual, deve servir como norte o outrora citado art. 186 do Código Civil, pelo qual o ato ilícito exige a presença de dois elementos: a) a

violação de um direito, essencialmente de natureza subjetiva ou pessoal, e *b)* um dano que pode ser material ou imaterial.

Encerrando, como última e *quarta premissa* fundamental para o presente trabalho, é necessária a aplicação das regras básicas da responsabilidade civil para as *relações casamentárias*, para que o diálogo que aqui se propõe seja viável metodológica e juridicamente. Assim, não se podem esquecer os elementos clássicos da responsabilidade civil, que são, em geral: *a)* a conduta humana, *b)* a culpa *lato sensu*, ou em sentido amplo, *c)* o nexo de causalidade; *d)* o dano ou prejuízo.

Como decorrência lógica dessa quarta premissa, não se pode olvidar as tendências contemporâneas da responsabilidade civil, os novos paradigmas que surgem. Na civilística nacional, trazendo profundo estudo a respeito das novas vertentes da responsabilidade civil, destaca-se a obra de Anderson Schreiber, que representa marco teórico do tema na contemporaneidade (SCHREIBER, Anderson *Novos paradigmas...*, 2007). Nessa obra, são apresentados como novos paradigmas fundamentais para a responsabilidade civil: *a)* o ocaso da culpa, ou seja, a perda de sua importância; *b)* a flexibilização do nexo de causalidade; *c)* os novos danos; *d)* a seleção dos interesses merecedores de tutela; *e)* a cláusula geral de dano e a ponderação de interesses; *f)* a reparação do dano e o desincentivo a demandas frívolas; *g)* a evolução do conceito de responsabilidade para a solidariedade.

Fixadas as premissas fundamentais relativas ao tema, parte-se ao estudo dos danos reparáveis que podem decorrer da relação casamentária.

4.2.8.2 *A responsabilidade civil nas relações casamentárias. Os danos reparáveis*

Para que o ato ilícito esteja presente, o dano deve estar caracterizado, o que pode ser retirado do tão mencionado art. 186 do atual Código Civil Brasileiro. Nesse aspecto, houve uma sensível mudança estrutural no que concerne à ilicitude civil, uma vez que *a sua fórmula pressupõe a existência do dano somada à violação de um direito alheio*. No Código Civil anterior, o dano não era tido como elemento imprescindível do ato ilícito, uma vez que o seu art. 159 o previa pela presença da

citada lesão ou pela existência do dano.

Anote-se que no caso do surgimento do dever de indenizar, o art. 927 da codificação enuncia do mesmo modo o dano como pressuposto objetivo da responsabilidade civil. A norma está orientada pelo art. 5.º, inc. V, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito de resposta, na proporção do agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Juridicamente o dano pode ser tido como um prejuízo, que gera, como derivativo, o dever de reparar ou indenizar. Essa é a ideia, entre tantos, do clássico Aguiar Dias:

“Como, para nós, é possível, como já insinuamos, exigir-se que a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão, só por isso mostra mais adequada do que a de Carnelutti a definição de Fischer, que considera o dano nas suas duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Assim, a lesão que o indivíduo irroque a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. O suicídio, por exemplo, não é punido pelas leis penais, apesar do seu caráter público. Tem-se a impressão, contudo, de que a não punição do suicídio não é, como aí se afirma, efeito do desinteresse do legislador penal, mas efeito da impossibilidade de efetivá-la” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, 1944, t. II, p. 284-285).

Em sentido equânime, conforme Rubens Limongi França, o dano é uma perda um “depauperamento calcado na raiz *da*, proveniente do antigo particípio *dare*, indicando uma certa abdicação infligida (Lucio Bove, *Danno*, in *Novíssimo Digesto Italiano*, v. 5, p. 144)” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva...*, 1977, v. 22, p. 220). Os primeiros danos aceitos como reparáveis foram os danos materiais,

decorrentes de perdas patrimoniais.

Como evolução do tema, os ordenamentos jurídicos passaram a admitir os danos imateriais, morais. No caso brasileiro, as discussões atinentes à reparabilidade foram encerradas com a Constituição Federal de 1988, pelas previsões do art. 5.º, incs. V e X. Em 1992, o Superior Tribunal de Justiça editou a ementa da Súmula 37 admitindo a cumulação dos danos materiais e morais, decorrentes do mesmo fato e em uma mesma ação.

A tendência doutrinária e jurisprudencial é de ampliar os danos reparáveis. Com isso já se admitem os danos estéticos como cumuláveis com os danos materiais e morais, conforme a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça. Seguindo tal tendência ampliadora, o mesmo tribunal, no rumoroso caso das mulheres que tomaram pílulas anticoncepcionais *de farinha*, admitiu danos morais coletivos por lesão a vários direitos da personalidade ao mesmo tempo (STJ, REsp 866.636/SP, 3.ª Turma Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 29.11.2007, DJ 06.12.2007, p. 312).

Partindo para a análise concreta dos danos que podem decorrer do casamento, pode-se falar em danos materiais, incidindo plenamente as regras referentes às perdas e danos, tratadas entre os arts. 402 e 404 do Código Civil. Em suma, são reparáveis os danos emergentes – o que efetivamente se perdeu – e os lucros cessantes – o que razoavelmente se deixou de lucrar.

Como exemplo de danos emergentes podem ser citados os males que o marido causar à esposa, fazendo com que ela tenha que fazer tratamento psicológico para se recuperar. Ilustrando os lucros cessantes, pode-se imaginar a hipótese em que o dano causado por um cônjuge ao outro impede que o último desenvolva a sua atividade produtiva ou profissional.

Da prática jurisprudencial, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu pela presença de danos materiais – além de danos morais presumidos –, em caso em que o marido não cumpriu com obrigação assumida na separação judicial, fazendo com que o veículo da esposa fosse apreendido judicialmente pela presença de alienação fiduciária em garantia não adimplida:

“Apelações cíveis. Responsabilidade civil. Ação indenizatória por danos

materiais e morais. Descumprimento de acordo em ação de separação consensual que culminou na busca e apreensão do carro da autora, que se encontrava com cláusula de alienação fiduciária. Dano material configurado. Danos morais. Majoração não acolhida. Juros moratórios a partir do evento danoso. Inteligência da Súmula n. 54 do STJ. Compensação de honorários. Impossibilidade. 1. O réu deve responder pelos danos causados à autora em decorrência de inadimplemento de obrigação assumida na ação de separação consensual (pagamento das prestações oriundas de financiamento de veículo que estava alienado fiduciariamente), que culminou na busca e apreensão do carro. 2. Danos materiais, impossibilidade de restituição do valor integral do automóvel como pretendido pela autora, pena de se estar onerando duplamente o requerido, que já havia adimplido parte considerável do valor do bem. 3. Danos morais *in re ipsa* arbitrados em consonância com as peculiaridades do caso concreto. 4. Conquanto o valor indenizatório tenha sido arbitrado em salários mínimos na sentença, devem ser aplicados juros moratórios de 1% ao mês a contar da data do evento danoso (data da busca e apreensão do veículo), pois incidente o teor da Súmula n. 54 do STJ. Correção monetária a partir da data da sentença recorrida, provendo-se, neste ponto, o apelo do demandado. 5. Improcede o pleito de compensação dos honorários advocatícios, porquanto a autora litiga sob o pálio da AJG, precedentes jurisprudenciais. Apelo da autora improvido. Provido parcialmente o do réu” (TJRS, Acórdão 70024207490, Horizontina, 10.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 28.08.2008, *DOERS* 08.09.2008, p. 39).

No que tange aos danos morais, como se verá, numerosos são os casos da jurisprudência reconhecendo a sua reparação na relação entre os cônjuges, havendo até casos curiosos de discussão acerca da responsabilização de um pela inscrição do nome do outro em cadastro de inadimplentes (TJRS, Agravo de Instrumento 70018969071, 9.^a Câmara Cível, Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 27.03.2007). De qualquer maneira, a jurisprudência tem seguido a velha lição segundo a qual os danos morais não se confundem com os meros aborrecimentos ou transtornos

suportados pela pessoa em seu cotidiano, premissa que incide também nas relações familiares. Nesse sentido, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Indenização. Dano moral. Separação judicial. Agressão física. Dever de indenizar. *Quantum*. Fixação a critério do julgador. Danos materiais. Prova. Ônus do requerente. Para que se possa impor a responsabilidade da reparação do dano, é necessário que a culpa imputada ao ofensor esteja robustamente demonstrada, sendo indispensável que a vítima demonstre cabalmente a ocorrência dos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Os aborrecimentos e mágoas decorrentes de separação judicial não têm o condão de por si só causar dano ao patrimônio moral da parte e acarretar a respectiva indenização. Se a parte alega que sofreu prejuízos materiais, a ela incumbe a prova, eis que fato constitutivo do seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC. Para a fixação do montante indenizatório, deve ser levada em consideração a dupla finalidade da reparação, qual seja, a de punir o causador do dano, buscando um efeito repressivo e pedagógico e de propiciar à vítima uma satisfação, sem que isto represente um enriquecimento sem causa, devendo o valor da indenização ser hábil à reparação dos dissabores experimentados pela vítima” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.520720-6/0011, Belo Horizonte, 15.^a Câmara Cível, Rel. Des. José Affonso da Costa Côrtes, j. 15.05.2008, *DJEMG* 11.06.2008).

Repise-se que os danos estéticos são tidos como terceira modalidade de dano pelo Superior Tribunal de Justiça desde o início da década, cumuláveis com os danos morais e materiais, culminando esse entendimento com a edição no ano de 2009 da sua Súmula 387. O art. 5.º da Lei 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha), determina expressamente que haverá violência doméstica contra a mulher nos casos de lesão ou sofrimento físico. Nos conflitos conjugais podem ser encontradas decisões de reparação de danos morais, em decorrência de agressões praticadas por ex-marido à ex-mulher (TJRJ, Acórdão 13.223/2000, Rio de Janeiro, 3.^a Câmara Cível, Rel. Des.

Luiz Fernando de Carvalho, j. 29.03.2001). Obviamente que tais danos podem incluir os estéticos, na esteira da jurisprudência do STJ.

Nesse contexto, pode-se afirmar, sem maiores dúvidas ou divagações, que cabe cumulação tripla de danos em casos envolvendo a responsabilidade civil casamentária, englobando os danos materiais, os danos morais e os danos estéticos. Em todos os casos, a indenização mede-se pela extensão do dano, conforme a regra enunciada pelo *caput* do art. 944 do Código Civil. Todavia, havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir a indenização por equidade (art. 944, parágrafo único, do CC), principalmente se houver culpa concorrente da própria vítima para o próprio evento-prejuízo (art. 945 do CC).

Olhando para os próximos anos, a tendência é de reconhecimento de novas categorias, propriamente daquelas que conduzem à coletivização dos prejuízos. Desse modo, quiçá o futuro revela situações de danos morais coletivos ou mesmo de danos difusos ou sociais relativos às relações casamentárias.

4.2.8.3 *A possibilidade anterior de discussão da reparação de danos sede de separação judicial. Impacto com a EC 66/2010 e com o Novo CPC*

Tema de grande relevância, que sempre dividiu os civilistas e processualistas, é o relativo à possibilidade de discussão da reparação de danos em sede de ação de separação ou de divórcio, bem como a necessidade de uma ação específica para tanto.

Em sede doutrinária, Yussef Said Cahali foi um dos pioneiros a enfrentar o assunto, filiando-se entre aqueles que admitiam a reparação civil na própria ação de separação judicial (CAHALI, Yussef Said. *Separação...*, 2005, p. 821). Em sintonia parcial, Rolf Madaleno era favorável à referida cumulação, desde que a propositura da demanda ocorresse logo após o evento danoso, sob pena de incidência do perdão tácito, não havendo qualquer incompatibilidade de ritos processuais (MADALENO Rolf. *Curso...*, 2008, p. 294-296). Regina Beatriz Tavares da Silva é outra doutrinadora que sempre se posicionou de forma favorável à cumulação dos danos

morais na própria ação de separação, conforme sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo (PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva: *Reparação...*, 1999, p. 175).

No entanto, analisando a questão processual, Inácio de Carvalho Neto não se dizia favorável à cumulação de demandas, diante do que constava do art. 292 do Código de Processo Civil de 1973 – dispositivo repetido pelo art. 327 do Código de Processo Civil de 2015 –, uma vez que o pedido reparatorio é de competência da Vara Cível, enquanto que o de separação é de competência da Vara da Família (CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade...*, p. 275).

A respeito da separação judicial, na jurisprudência paulista, podem ser encontradas decisões no sentido de impossibilidade de cumulação, diante das diversidades dos pedidos e das consequentes repercussões (TJSP, Agravo de Instrumento 128.863-4, São Paulo, 6.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antônio Carlos Marcato, j. 06.04.2000).

Entretanto, sempre existiram julgados em sentido oposto, pela cumulação, uma vez que existe compatibilidade entre os ritos da ação de separação judicial e de responsabilidade civil. Ilustrando: “Separação judicial litigiosa. Cumulação com indenização por dano moral. Admissibilidade, em tese. Ritos procedimentais idênticos. Recurso provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 435.183-4/6-00, São Paulo, 9.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, j. 14.02.2006).

O Superior Tribunal de Justiça, em importante precedente, admitiu a cumulação dos danos morais entre os cônjuges na ação de separação judicial, merecendo destaque a sua ementa:

“Separação judicial. Proteção da pessoa dos filhos (guarda e interesse). Danos morais (reparação). Cabimento. 1. O cônjuge responsável pela separação pode ficar com a guarda do filho menor, em se tratando de solução que melhor atenda ao interesse da criança. Há permissão legal para que se regule por maneira diferente a situação do menor com os pais. Em casos tais, justifica-se e se recomenda que prevaleça o interesse do menor. 2. O sistema

jurídico brasileiro admite, na separação e no divórcio, a indenização por dano moral. Juridicamente, portanto, tal pedido é possível: responde pela indenização o cônjuge responsável exclusivo pela separação. 3. Caso em que, diante do comportamento injurioso do cônjuge varão, a Turma conheceu do especial e deu provimento ao recurso, por ofensa ao art. 159 do Cód. Civil [de 1916], para admitir a obrigação de se ressarcirem danos morais” (STJ, REsp 37.051/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nilson Naves, j. 17.04.2001, *DJ* 25.06.2001, p. 167).

Com o fim da separação judicial – mesmo com o tratamento constante do Novo CPC, reafirme-se –, fica em dúvida a possibilidade de cumulação da reparação de danos na ação de divórcio. O problema ganha um realce especial, pois o entendimento consolidado anterior era por sua impossibilidade, conforme antes destacado. Complementando, conforme apontava Yussef Said Cahali, no divórcio direto havia irrelevância da causa eventualmente culposa na separação de fato (CAHALI, Yussef Said. *Separação...*, p. 1.071-1.073). A jurisprudência há mais de uma década tem seguido esse caminho, afastando discussões relativas à culpa no divórcio direto (STJ, REsp 40.020/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 22.08.1995 *DJ* 02.10.1995, p. 32.366).

Na opinião deste autor, reafirme-se, a *Emenda do Divórcio* gera uma *importação conceitual de discussão da culpa*, da separação judicial para o divórcio judicial. Em suma, em casos de maior gravidade, como aqueles de violência doméstica, a culpa que dissolve o casamento é a mesma que imputa a responsabilidade civil. Essa ação de divórcio cumulada com reparação de danos corre na Vara da Família.

Eventualmente, o juiz pode mitigar a culpa, como nos casos de culpa recíproca, o que representa uma *compensação de culpas*, comum nas ações de responsabilidade civil. Ademais, é possível que o magistrado decrete o divórcio na própria ação e siga na discussão das questões de responsabilidade civil, o que é melhor do ponto de vista da economia processual e, pelo que consta do art. 356 do Novo CPC, que possibilita o julgamento antecipado parcial de mérito.

Alguns julgados recentes, prolatados após a emergência da Emenda do Divórcio, têm seguido tal solução. Nesse trilhar, do Tribunal de Minas Gerais:

“Apelação cível. Ação de divórcio c/c alimentos e indenização por danos morais. Cumulação. Artigo 292 do CPC. Requisitos presentes. Extinção prematura do feito. Sentença cassada. Inexiste óbice à cumulação do pedido de divórcio com o de indenização por danos morais quando este tem por causa de pedir a suposta violação dos deveres matrimoniais pelo cônjuge requerido, competindo ao Juízo de Família a deliberação sobre a integralidade da lide instaurada” (TJMG, Apelação Cível 1.0433.12.019285-4/001, Rel. Des Afrânio Vilela, j. 19.02.2013, *DJEMG* 01.03.2013).

O Tribunal do Paraná, igualmente, julgou da mesma maneira, sendo pertinente colacionar a ementa do *decisum*:

“Agravado de instrumento. Ação de divórcio. Cumulação com pedido de arrolamento de bens e indenização por danos morais. Possibilidade. Inexistência de incompatibilidade entre as pretensões. Evidente relação de pertinência entre os pedidos. Adoção do procedimento ordinário. Competência do juízo de família. Observância dos requisitos previstos no artigo 292 do Código de Processo Civil. Decisão reformada. Recurso provido” (TJPR, Agravo de Instrumento 0809738-1, Curitiba, 12.^a Câmara Cível, Rel. Des. Clayton Camargo, *DJPR* 01.03.2012, p. 297).

Por fim, a confirmar a tese proposta por este autor nas edições anteriores desta obra, preciso acórdão do Tribunal do Rio Grande do Sul esclarece que “a circunstância de ter sido feito acordo no que diz com o pleito de divórcio (resultado da transformação consensual do pedido original de separação judicial), não afasta as demais pretensões inicialmente deduzidas, dentre elas a de indenização por dano moral. Não há qualquer incompatibilidade lógica entre o acordo efetuado quanto à pretensão principal (divórcio) e o prosseguimento do feito quanto às pretensões acessórias. O fato de ser ou não acolhida essa pretensão é matéria de mérito, cuja

análise deve ocorrer ao final, em sentença, após regular dilação probatória. Rejeitadas as preliminares, negaram provimento. Unânime” (TJRS, Agravo 147192/44.2011.8.21.7000, Porto Alegre, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasi Santos, j. 05.05.2011, *DJERS* 13.05.2011).

Reafirme-se que o que era uma *tese* passou a ser adotado expressamente pelo Novo Código de Processo Civil. Nos termos do seu art. 356, o juiz poderá decidir parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles mostrar-se incontroverso ou estiver em condições de julgamento imediato, pela desnecessidade da produção de provas ou por revelia de réu.

Sendo assim, acreditamos que as últimas soluções jurisprudenciais, de admissão da cumulação da ação de divórcio com reparação de danos, e competência da Vara da Família, sejam incrementadas nos próximos anos, na vigência do Estatuto Processual emergente.

4.2.8.4 *A reparação dos danos por quebra da fidelidade (antigo adultério)*

O dever de fidelidade é o primeiro a ser descrito no atual Código Civil como um dos deveres do casamento (art. 1.566, inc. I). Assim era também no Código Civil de 1916 (art. 231, inc. I). Na visão clássica, a fidelidade é a “qualidade de quem é fiel; lealdade, firmeza, exatidão nos compromissos, probidade, honestidade nos deveres e obrigações contraídos – origina-se do vocábulo latino *fidelitas, atis* – em que se pode ter confiança (de *fidelis*, *e*), que provém de *fides*, *ei*, significando fé, lealdade, sinceridade, firmeza, segurança, retidão, honestidade, integridade, proteção, arrimo, assistência, socorro, etc.” (LIMONGI FRANÇA, Rubens *Enciclopédia Saraiva...*, 1977, vol. 37, p. 185). No sistema brasileiro, a monogamia é princípio do casamento, uma vez que não podem se casar as pessoas já casadas (art. 1.521, inc. VI, do CC), o que justifica plenamente o citado dever de ser fiel.

Consigne-se que, *pós-modernamente*, há uma tendência aos relacionamentos plurais, ao *poliamorismo*, pregando alguns que a monogamia é um mito, criado para o devido controle social (LIPTON, Judith Eve; BARASH, David *O mito...*, 2002;

PIANOVISK, Carlos Eduardo. Famílias... In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord. Anais..., 2006, p. 193-221). O tema está aprofundado no próximo capítulo da obra, quando do estudo da união estável.

Na presente seção, pretende-se analisar justamente as consequências da quebra da fidelidade para a responsabilidade civil. Esclareça-se: *infidelidade, e não mais adultério*, porque esse tipo penal desapareceu no Brasil pela revogação contida na Lei 11.106/2005.

Inicialmente, cabe analisar se a mera infidelidade, sem maiores repercussões, pode gerar, por si só, o dever de reparar danos ou prejuízos. O Tribunal do Rio Grande do Sul tem respondido negativamente, o que demonstra uma mudança substancial de pensamento quanto ao tema, *um giro de cento e oitenta graus* no sentido do que afirmava a doutrina clássica. Nesse sentido:

“Apelação cível. Ação de divórcio litigioso direto. Indenização por dano moral. Cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Agravo retido desprovido. Cabe ao julgador apreciar, com base no artigo 130 do Código de Processo Civil, quais as provas necessárias para a instrução do feito, sendo-lhe facultado o indeferimento daquelas que entenda inúteis ou então protelatórias. Infidelidade. Dano moral. Descabimento. A apelante pretende a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da conduta ilícita do apelado: infidelidade, isto é, relação extraconjugal do apelado com a mãe e tia da apelante. Esta Corte entende que a quebra de um dos deveres inerentes ao casamento, a fidelidade, não gera o dever de indenizar. Além disso, não evidenciada a ocorrência dos alegados danos morais, porque os fatos delituosos de infidelidade não são recentes, nem são a causa direta do divórcio movido pelo apelado. A apelante somente veio alegar os danos decorrentes da infidelidade do apelado, em reconvenção, na ação de divórcio direto ajuizada pelo apelado, quando já está separada de fato do apelado há mais de três anos e já convivendo com outro companheiro. Preliminar rejeitada, e agravo retido e recurso de apelação desprovidos” (TJRS, Acórdão 70023479264, Santa Maria, 7.^a Câmara Cível, Rel. De:

Ricardo Raupp Ruschel, j. 16.07.2008, *DOERS* 22.07.2008, p. 34).

Demonstrando essa alteração de rumo e de perspectiva, Paulo Lôbo assevera que “os valores hoje dominantes não reputam importante para a manutenção da sociedade conjugal esse dever, que faz do casamento não uma comunhão de afetos e interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um instrumento de repressão sexual e de represália de um contra o outro, quando o relacionamento chega ao fim” (LÔBO, Paulo. *Famílias...*, 2008, p. 120). Em certo sentido, tem razão o jurista, sendo pertinente concluir que a quebra da fidelidade, por si só, não gera o dever de reparar danos.

Na mesma esteira, afirma Maria Celina Bodin de Moraes que “o mesmo se diga acerca do descumprimento do chamado débito conjugal e da infidelidade, circunstâncias normalmente intoleráveis para a manutenção da vida em comum. Qual seria o remédio jurídico para tais violações de deveres conjugais? Caberia dano moral puro, como de tantas se sustenta? Acredito que o único remédio cabível seja a separação do casal em razão da ruptura da vida em comum. É evidente que se vierem acompanhadas de violência física ou moral, de humilhação contínua diante de terceiros ou dos próprios filhos, nos encontraremos no âmbito do ilícito e haverá responsabilização pelo dano moral infligido” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos...* In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais...*, 2004, p. 411).

Contudo, em algumas situações de maior gravidade, justifica-se plenamente a incidência das regras da responsabilidade civil desde que preenchidos os seus requisitos: a conduta humana; a culpa em sentido amplo – a englobar o dolo (intenção de prejudicar) ou a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência ou imperícia); o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo. A ilustrar, o Tribunal Paulista concluiu pela existência de danos morais quando se comprova a traição, bem como a existência de uma filha extraconjugal, gerando graves repercussões sociais e desequilíbrio familiar:

“Separação judicial. Pretensão à reforma parcial da sentença, para que o autor-reconvindo seja condenado no pagamento de indenização por danos

morais, bem como seja garantido o direito de postular alimentos por via processual própria. Fidelidade recíproca que é um dos deveres de ambos os cônjuges, podendo o adultério caracterizar a impossibilidade de comunhão de vida. Inteligência dos arts. 1.566, I, e 1.573, I, do Código Civil. Adultério que configura a mais grave das faltas, por ofender a moral do cônjuge, bem como o regime monogâmico, colocando em risco a legitimidade dos filhos. Adultério demonstrado, inclusive com o nascimento de uma filha de relacionamento extraconjugal. Conduta desonrosa e insuportabilidade do convívio que restaram patentes. Separação do casal por culpa do autor-reconvindo corretamente decretada. Caracterização de dano moral indenizável. Comportamento do autor-reconvindo que se revelou reprovável, ocasionando à ré-reconvinte sofrimento e humilhação, com repercussão na esfera moral. Indenização fixada em RS 45.000,00. Alimentos. Possibilidade de requerê-los em ação própria, demonstrando necessidade. Recurso provido” (TJSP, Apelação com Revisão 539.390.4/9, Acórdão 2.644.741, São Paulo, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, j. 10.06.2008 DJESP 23.06.2008).

Grave situação relativa à responsabilidade civil na conjugalidade envolve a transmissão, entre os cônjuges, de moléstia grave, capaz de gerar o comprometimento da saúde do consorte ou mesmo de sua prole. Por óbvio que, na maioria das ocasiões, a doença é adquirida pelo ato de infidelidade, estando bem demonstrada a relação de causalidade entre o prejuízo e a existência do casamento. Entre os clássicos, Aguiar Dias citava o exemplo do cônjuge que transmitia ao consorte moléstia contagiosa, “hipótese em que é indiferente, para aparecimento do dever de reparação, que a moléstia tenha ou não sido comunicada intencionalmente, bastando para a caracterização da responsabilidade a simples negligência ou imprudência” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade...*, t. 1, p. 390-391).

Como se constata, não importa se a transmissão da doença se deu por dolo ou culpa, havendo sempre o dever de reparar os danos. Em verdade, havendo culpa leve ou levíssima do ofensor, a consequência é a redução do *quantum*, nos termos dos arts.

944 e 945 do atual Código Civil, o que não afasta totalmente o dever de indenizar.

Eis mais um caso em que não se pode falar em mitigação da culpa, devendo ela ser atribuída não só para findar a sociedade conjugal, mas também para gerar o dever de reparação. Na prática, a maioria das hipóteses envolve as doenças sexualmente transmissíveis (DSTs) de maior ou menor gravidade. Consigne-se que algumas demandas são reputadas improcedentes por falta de demonstração da culpa e do nexo de causalidade (TJRS, Apelação Cível 70018814897, 9.^a Câmara Cível, Rel. Odon Sanguiné, j. 25.04.2007).

As hipóteses envolvendo amante ou concubina vêm sendo debatidas amplamente pela doutrina nacional, havendo uma forte tendência de amparo aos seus direitos no futuro. Na contramão, há interpretações em sentido contrário, mormente aquelas que pretendem resolver a questão dos amantes em sede de responsabilidade civil, com a indenização imaterial do cônjuge traído. Nesse sentido:

“Apelação cível. Ação de indenização. Responsabilidade civil. Danos morais. Alegada difamação com ofensa à honra. Réu que, perante o filho da autora e terceiros, comentou ter sido aquela amante há aproximadamente 15 anos. Fato reconhecido pelo demandado. Confirmação, ademais, em prova testemunhal. Abalo comprovado. Ato ilícito configurado. Obrigação de indenizar caracterizada. Critérios de fixação do *quantum* reparatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Juros e correção monetária. Matéria de ordem pública. Possibilidade de aplicação *ex officio*. Inversão dos ônus sucumbenciais. Honorários advocatícios arbitrados de acordo com o disposto no artigo 20, § 3.º, do Código de Processo Civil. Sentença reformada. Recurso provido” (TJSC, Acórdão 2007.014075-2, Guaramirim, 4.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, *DJSC* 27.08.2008, p. 194).

Seguindo essa linha, há acórdão reconhecendo a legitimidade passiva do cônjuge traidor e de sua concubina, devendo ambos constar no polo passivo da ação:

“Litisconsórcio. Ação de indenização por danos morais movida pela

mulher contra o marido que teria praticado adultério e sua indigitada parceira. Ação julgada procedente contra ambos. Apelo somente da ré. Pretendida execução do julgado em relação ao réu. Pedido indeferido pelo Juízo. Inadmissibilidade. Inaplicabilidade do art. 509 e parágrafo único do CPC Regra que se aplica somente em casos de litisconsórcio necessário unitário. Hipótese dos autos de litisconsórcio facultativo. Inteligência do art. 47 do CPC. Recurso provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 356.550-4/6, Ribeirão Preto, 1.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 21.12.2004).

Todavia, há arestos jurisprudenciais em sentido contrário. Trazendo conclusão mais interessante à realidade contemporânea, há julgados afastando a reparação imaterial nas hipóteses tais. Ilustrando, transcreve-se polêmica decisão do Tribunal de Minas Gerais:

“Responsabilidade civil. Cúmplice de esposa adúltera. Existência de dever de fidelidade conjugal. Ausência de solidariedade entre o cúmplice e a adúltera. Ausência de dever de incolumidade da esposa alheia. Inexistência de dever de indenizar do cúmplice em relação ao marido traído. A vida em comum impõe restrições que devem ser seguidas para o bom andamento da vida do casal e do relacionamento, sendo inconteste que os cônjuges possuem o dever jurídico de fidelidade mútua. Em que pese ao alto grau de reprovabilidade social daquele que se envolve com pessoa casada, não constitui tal envolvimento qualquer ilícito de cunho cível ou penal em desfavor seu. O dever jurídico de fidelidade existe apenas entre os cônjuges e não se estende a terceiro que venha a ser cúmplice em adultério perpetrado durante o lapso de tempo de vigência do matrimônio. A responsabilidade civil decorre de relação contratual ou de imposição legal. Contrato, por óbvio, inexistente entre o marido traído e o então amante de sua esposa, bem como inexistente qualquer dispositivo legal que obrigue o amásio a manter a incolumidade da esposa de outrem. Inteiramente inócuo, *in casu*, mostra-se

cogitar-se em matéria de responsabilidade civil, de solidariedade dentre o cúmplice e a esposa adúltera. Apelação principal provida e julgada prejudicada adesiva” (TJMG, Apelação Cível 1.0480.04.057449-7/0011 Patos de Minas, 10.^a Câmara Cível, Rel. Des. Cabral da Silva, j. 1.º.07.2008 DJEMG 22.07.2008).

Ainda a concretizar a prática, o Superior Tribunal de Justiça afastou o dever de indenizar do cúmplice da esposa traidora, concluindo que ele não tem o dever de fidelidade em relação ao cônjuge de sua amante, não havendo ilicitude no ato de traição por este terceiro. O julgado foi assim publicado no *Informativo* n. 415 do STJ, de novembro de 2009:

“Danos morais. Cúmplice. Esposa adúltera. *In casu*, o recorrente ajuizou ação indenizatória em face do recorrido pleiteando danos morais sob a alegação de que este manteve com a esposa daquele relacionamento amoroso por quase dez anos, daí nascendo uma filha, que acreditava ser sua, mas depois constatou que a paternidade era do recorrido. O pedido foi julgado procedente em primeiro grau, sendo, contudo, reformado na apelação. Assim, a questão jurídica circunscreve-se à existência ou não de ato ilícito na manutenção de relações sexuais com a ex-mulher do autor, ora recorrente, em decorrência das quais foi concebida a filha erroneamente registrada. Para o Min. Relator, não existe, na hipótese, a ilicitude jurídica pretendida, sem a qual não se há falar em responsabilidade civil subjetiva. É que o conceito – até mesmo intuitivo – de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual do qual resulta dano para outrem e não há, no ordenamento jurídico pátrio, norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. O casamento, tanto como instituição quanto contrato *sui generis*, somente produz efeitos em relação aos celebrantes e seus familiares, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Desse modo, no caso em questão, não há como o Judiciário impor um ‘não fazer’ ao réu, decorrendo disso a impossibilidade de

indenizar o ato por inexistência de norma posta – legal e não moral – que assim determine. De outra parte, não há que se falar em solidariedade do recorrido por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do recorrente, tendo em vista que o art. 942, *caput* e parágrafo único, do Código Civil vigente (art. 1.518 do CC/1916) somente tem aplicação quando o ato do coautor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. Com esses fundamentos, entre outros, a Turma não conheceu do recurso. Precedente citado: REsp 742.137/RJ, DJ 29/10/2007” (STJ, REsp 1.122.547/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.11.2009).

Do ano de 2013, merece destaque, conforme publicação no *Informativo* n. 522 do Tribunal da Cidadania, outro precedente superior com a mesma ideia:

“O ‘cúmplice’ em relacionamento extraconjugal não tem o dever de reparar por danos morais o marido traído na hipótese em que a adúltera tenha ocultado deste o fato de que a criança nascida durante o matrimônio e criada pelo casal seria filha biológica sua e do seu ‘cúmplice’, e não do seu esposo, que, até a revelação do fato, pensava ser o pai biológico da criança. Isso porque, em que pese o alto grau de reprovabilidade da conduta daquele que se envolve com pessoa casada, o ‘cúmplice’ da esposa infiel não é solidariamente responsável quanto a eventual indenização ao marido traído, pois esse fato não constitui ilícito civil ou penal, diante da falta de contrato ou lei obrigando terceiro estranho à relação conjugal a zelar pela incolumidade do casamento alheio ou a revelar a quem quer que seja a existência de relação extraconjugal firmada com sua amante” (STJ, REsp 922.462/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.04.2013).

A encerrar o presente tópico, tema correlato importante se refere à injusta imputação ou acusação de infidelidade. Em decisão curiosa, o Tribunal Fluminense determinou que uma ex-esposa pagasse indenização a uma suposta amante, a quem atribuiu indevidamente como concubina de seu marido. Pode-se até invocar a

aplicação do conceito de abuso de direito, nos termos do art. 187 do Código Civil, tema que será analisado no presente trabalho. O julgado do Tribunal do Rio de Janeiro merece transcrição:

“Adulterio. Acusação injusta. Honra pessoal. Dano moral. Condenação reduzida. Ação ordinária. Perdas e danos morais. Acusação de adultério. Tem direito à reparação dos danos causados à sua honra, mulher solteira que, em seu local de trabalho, e diante de colegas e clientes, é acusada por outra, de manter relação de adultério com seu marido, em motel da cidade, ainda mais em se tratando de comunidade pequena, interiorana, em que tais fatos têm muito maior repercussão. Quanto ao marido, que a tudo assistiu, mas permaneceu calado, não cabe indenizar, pois não se provou ter confirmado a acusação. O valor da indenização deve ser reduzido, para não agravar a situação da ré, cuja subsistência poderia ficar afetada, diante da condenação exacerbada. Provimento parcial do recurso, vencido o relator, que o provia integralmente” (TJRJ, Acórdão 2767/1995, Três Rios, 3.^a Câmara Cível, Rel Des. Sylvio Capanema, j. 17.10.1995).

Como se pode notar, em algumas situações que envolvem a responsabilidade civil que decorre do Direito de Família, notadamente da infidelidade, *o feitiço pode virar contra o feiticeiro*, o que ocorreu neste remoto acórdão do Tribunal do Rio de Janeiro.

4.2.8.5 *A reparação dos danos por infidelidade virtual*

O Direito Digital ou Eletrônico ainda está em vias de formação, como qualquer ciência relacionada à grande rede, a *internet*. A via digital repercute diretamente na órbita civil, influenciando os contratos, o direito de propriedade, a responsabilidade civil e, por óbvio, as relações familiares que constituem a base da sociedade, conforme enunciado no art. 226, *caput*, da Constituição Federal.

No direito matrimonial, tema que ganha relevância na pós-modernidade, é a

infidelidade virtual abordada por Maria Helena Diniz nos seguintes termos:

“Diante do fato de haver possibilidade do internauta casado participar, por meio de programa de computador, como o ICQ, de *chats*, de *mirac* e sala de bate-papo voltados a envolvimento amoroso geradores de laços afetivo-eróticos virtuais, pode surgir, na Internet, infidelidade, por e-mail e contatos sexuais imaginários com outra pessoa, que não seja seu cônjuge, dando origem não ao adultério, visto falar conjunção carnal, mas à conduta desonrosa. Deveras os problemas do dia-a-dia podem deteriorar o relacionamento conjugal, passando, em certos casos, o espaço virtual a ser uma válvula de escape por possibilitar ao cônjuge insatisfeito a comunicação com outra pessoa, cuja figura idealizada não enfrenta o desgaste da convivência. Tal laço erótico-afetivo platônico com pessoa sem rosto e sem identidade, visto que o internauta pode fraudar dados pessoais, p. ex., usando apelido (*nickname*) e mostrar caracteres diferentes do seu real comportamento, pode ser mais forte do que o relacionamento real, violando a obrigação de respeito e consideração que se deve ter em relação ao seu consorte” (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2007, vol. 5, p. 292).

Assim, diante das palavras da Professora da PUCSP, essa nova modalidade de infidelidade está configurada mediante contatos entre os envolvidos pela Internet, o que, por si só, configuraria uma conduta desonrosa a ensejar a antiga separação judicial litigiosa por sanção (art. 1.572 c/c o art. 1.573, inc. VI, do Código Civil). Além dos casos citados pela doutrinadora, podem ser mencionados os contatos realizados pelo MSN, pelo Whatsapp, pelo sistema Skype de telefonia digital, por postagens realizadas em comunidades virtuais de relacionamentos – como é o caso do antigo Orkut e dos atuais Twitter, Instagram e Facebook – ou mesmo declarações em *blogs* ou *sites* pessoais. Não há um contato físico, uma *infidelidade real*, mas meros contatos cibernéticos ou *internéticos*, uma *infidelidade virtual*.

A dúvida anterior que existia, quando da possibilidade da separação jurídica, seria se tais fatos, por si só, poderiam gerar a separação-sanção, sendo relevante a

identificação da insuportabilidade da vida em comum. O caminho da mitigação da culpa igualmente poderia ser viável naquele sistema anterior. As expressões estão sendo utilizadas no passado, pois se sabe que a *Emenda do Divórcio* retirou do sistema a possibilidade da separação-sanção, fundada na culpa.

O que realmente interessa saber é se tais condutas cibernéticas podem gerar a responsabilidade civil do cônjuge, e a resposta é positiva, principalmente naquelas situações em que há maiores repercussões, com lesão à personalidade do consorte. Ao tratar da *responsabilidade civil no Direito Digital*, aponta Patrícia Peck Pinheiro que um dos pontos mais importantes é a reparabilidade pelo teor do conteúdo divulgado na grande rede. Isso porque o conteúdo da declaração é o que atrai as pessoas para o mundo digital, devendo, assim, estar ele submetido a valores morais da coletividade, a um padrão geral de conduta que deve ser respeitado (PINHEIRO Patrícia Peck. *Direito...*, 2008, p. 298).

Em termos próximos, Antonio Jeová dos Santos afirma que a proteção da intimidade e da vida privada precisa ser efetiva na internet, sob pena de aplicação dos mecanismos da reparação privada (SANTOS, Antonio Jeová. *Dano...*, 2001, p. 184-185).

No tocante às declarações feitas nos *sites de relacionamentos* ou redes sociais – como é o caso do antigo *Orkut* e dos atuais *Twitter*, *Instagram* e *Facebook* –, podem ser encontradas decisões de deferimento da tutela reparatória, como no caso dos julgados a seguir:

“Apelações cíveis. Ação indenizatória. Ofensas proferidas em rede social. Dano moral *in re ipsa*. Dever de indenizar. A reparação por danos morais resulta da presença dos pressupostos de indenizar elencados nos artigos 186 e 927, do Código Civil, a saber: conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade. No caso dos autos, restaram comprovadas as ofensas proferidas pelo réu aos autores na atividade de policiais militares, em sua conta da rede social *Facebook*. Em destaque, os documentos juntados aos autos, os quais, gize-se, sequer foram impugnados pelo réu em suas razões de defesa, demonstraram as expressões depreciativas e insultos proferidos pelo réu. Ressalto que o

demandado não nega as acusações e ofensas publicadas em rede social, limitando-se a afirmar que as mesmas foram praticadas de forma genérica, sem nominar quaisquer dos autores. Contudo, vê-se que as publicações evidenciam que os qualificativos utilizados pelo réu relacionavam-se ao exercício da função pública titulada pelos demandantes, policiais militares da cidade. Assim, conclui-se que o réu extrapolou os limites de sua eventual insatisfação com o serviço público dos demandantes, cujas afirmações de estar sofrendo ‘perseguição policial’ sequer foram demonstradas. Assim, vislumbra-se a intenção do demandado de propagar ofensas a honra, moral e dignidade dos demandantes, situação esta que, certamente, influiu na harmonia psíquica dos autores e acarretou em lesões na esfera personalíssima. No que tange à fixação do *quantum*, levando em consideração as questões fáticas da presente ação, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita e a capacidade econômica do ofensor, entendo que a quantia fixada na sentença deve ser mantida, a fim de evitar o enriquecimento sem causa da parte ofendida e o caráter punitivo-pedagógico da condenação, diante as peculiaridades do caso concreto. Quanto ao pedido de protesto contra alienação de veículo de propriedade do réu, formulado pelos autores, tenho que deva ser mantida a sentença a qual indeferiu o pleito. Ademais, não restou evidente nos autos que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, bem como esteja em situação de insolvência a fim de justificar tal pedido. Negado provimento aos apelos” (TJRS, Apelação Cível 0290138-63.2016.8.21.7000 São Borja, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Léo Romi Pilau Júnior, j. 28.09.2016 *DJERS* 07.10.2016).

“Ação de danos morais e materiais. Responsabilidade civil. Preliminar de ilegitimidade passiva com mérito se mistura. Difamação em site de relacionamento Orkut. Ofensa moral caracterizada. Violação aos direitos de personalidade. Dano moral configurado. *Quantum* razoável. Sentença mantida pelos próprios fundamentos. 1. Trata-se de ação de indenização por danos morais em decorrência de difamação em site de relacionamento Orkut que

dizia ‘Maria Helena é caloteira’, efetuada pela Sra. T. M., vendedora e funcionária da empresa reclamada. 2. A preliminar de ilegitimidade passiva com o mérito se mistura. 3. *In casu*, comprovada a relação de confiança estabelecida entre a empresa reclamada e a Sra. M. C. M., a mesma figura como preposta da referida empresa, tornando-se responsável pela mensagem depreciativa deixada na página de relacionamento da reclamante, nos termos do art. 932, inciso III, do CC. 4. Do conjunto probatório, restou evidente a ocorrência do dano moral ante a ofensa à honra e a dignidade da autora praticada pela preposta da empresa reclamada, através da mensagem ofensiva deixada na página de relacionamento da reclamante. 5. A teoria da responsabilidade civil está construída sobre a reparação do dano. Tal princípio emerge do art. 186, do atual código civil: “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. 6. O dano moral advém da dor e a esta não tem preço. Difere esta do mero aborrecimento. Neste há um abalo emocional decorrente de relações interpessoais. Naquele, surge o padecimento íntimo, a humilhação, a vergonha, o constrangimento de quem é ofendido em sua honra ou dignidade, o vexame e a repercussão social por um crédito negado, condizente com o que foi expressamente normatizado pela Carta da República (art. 5.º, incisos V e X). 7. O dano moral, pois, deve advir da ofensa a um bem jurídico, com a devida comprovação do seu nexo de causalidade. Ofensa moral veiculada por meio de site de relacionamento é indenizável, de acordo com o posicionamento jurídico adotado pela jurisprudência pátria” (TJMT, Recurso Inominado 3.249/2008, Cuiabá, 3.ª Turma Recursal, Rel. Des. Maria Aparecida Ribeiro j. 07.08.2008, *DJMT* 21.08.2008, p. 76).

Até já se responsabilizou a empresa provedora – que mantém o sítio – diante de um perfil falso que foi montado na citada comunidade interpessoal, trazendo danos a terceiro. A decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul também merece destaque:

“Responsabilidade civil. Danos morais. Criação de perfil falso em site de relacionamentos na internet. ‘Orkut’. Conteúdo ofensivo à honra e à imagem. Provedor que, interpelado pelo usuário sobre a fraude, nada promove para excluir a conta falsa nem fazer cessar a veiculação do perfil. Negligência configurada. Dever de reparar os danos morais a que deu causa, por permitir a perpetuação da ofensa e o agravamento da lesão à personalidade da autora. Precedente nesta Turma Recursal envolvendo os mesmos fatos e causa de pedir. I. Não se olvida que o requerido é um provedor de serviços da Internet, funcionando como mero hospedeiro das informações postadas pelos usuários. Assim, dele não é razoavelmente exigível que promova uma censura preventiva do conteúdo das páginas de Internet criadas pelos próprios internautas, notadamente porque seria difícil definir os critérios para determinar quando uma determinada publicação possui cunho potencialmente ofensivo. O monitoramento prévio de informações, no entanto, é inexigível. II. O provedor tem o dever de fazer cessar a ofensa, tão logo seja provocado a tanto, em razão de abusos concretamente demonstrados. No caso dos autos, mesmo tendo sido interpelado da ocorrência da fraude, o réu quedou-se inerte, nada tendo promovido por cerca de um mês. Permitiu fossem perpetradas, a cada dia, novas ofensas à honra e à imagem do autor, agravando ainda mais a lesão à sua personalidade. Foi negligente. Agindo com culpa, praticou ato ilícito, devendo responder perante o autor pela reparação dos danos causados. III. Dano moral configurado, ante a violação do direito fundamental à honra e à imagem (art. 5.º, X, da CF), possibilitada a perpetuação dessa ofensa e o agravamento da lesão, por ato omissivo da ré (Precedente: Recurso Cível n. 71001373646, Terceira Turma Recursal Cível, Relator: Eugênio Facchini Neto, julgado em 16/10/2007). Deram provimento ao recurso” (TJRS Recurso Cível 71001408160, Porto Alegre, 3.ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, j. 26.02.2008, *DOERS* 04.03.2008, p. 92).

A respeito da responsabilidade civil do provedor de internet, entrou em vigor no País o Marco Civil da Internet, a Lei 12.965, de abril de 2014. De acordo com o

art. 18 da nova norma, o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Em complemento, estabelece o seu art. 19 que, com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Isso, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Assim, a este autor parece que foi adotada uma *responsabilidade subjetiva agravada*, somente existente no caso de desobediência de ordem judicial. Em suma, somente haverá responsabilidade civil na hipótese de montagem de perfil falso, quando presentes tais requisitos.

Este autor lamenta os exatos termos do texto legal, que acaba *judicializando* as contendas quando a tendência é justamente a oposta. Dessa forma, é necessário aguardar novas posições jurisprudenciais sobre a matéria, especialmente nos casos em que o *site* oferece claros riscos de lesão a direitos da personalidade.

A propósito desses novos julgamentos, em 2015, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor para empresa jornalística mantida na internet. O julgado tem conteúdo bem interessante e acaba por seguir parcialmente a tese a que estamos filiados. Vejamos a sua ementa:

“Recurso especial. Direito civil e do consumidor. Responsabilidade civil. Internet. Portal de notícias. Relação de consumo. Ofensas postadas por usuários. Ausência de controle por parte da empresa jornalística. Defeito na prestação do serviço. Responsabilidade solidária perante a vítima. Valor da indenização. 1. Controvérsia acerca da responsabilidade civil da empresa detentora de um portal eletrônico por ofensas à honra praticadas por seus usuários mediante mensagens e comentários a uma notícia veiculada. 2. Irresponsabilidade dos provedores de conteúdo, salvo se não providenciarem

a exclusão do conteúdo ofensivo, após notificação. Precedentes. 3. Hipótese em que o provedor de conteúdo é empresa jornalística, profissional da área de comunicação, ensejando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 4. Necessidade de controle efetivo, prévio ou posterior, das postagens divulgadas pelos usuários junto à página em que publicada a notícia. 5. A ausência de controle configura defeito do serviço. 6. Responsabilidade solidária da empresa gestora do portal eletrônico perante a vítima das ofensas. 7. Manutenção do *quantum* indenizatório a título de danos morais por não se mostrar exagerado (Súmula 07/STJ). 8. Recurso especial desprovido” (STJ REsp 1.352.053/AL, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24.03.2015, DJe 30.03.2015).

Acrescente-se que o relator do *decisum* acabou por seguir a classificação dos provedores de serviços de internet, desenvolvida pela Ministra Nancy Andrighi naquela Corte Superior, a saber: (i) provedores de *backbone* (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores *backbone* e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo-lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação”. Nos casos dos dois últimos, conclui o aresto pela incidência da responsabilidade objetiva consumerista. E arremata: “consigne-se, finalmente, que a matéria poderia também ter sido analisada na perspectiva do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, que estatuiu uma cláusula geral de responsabilidade objetiva pelo risco, chegando-se a solução semelhante a alcançada mediante a utilização do Código de Defesa do Consumidor”. Pensamos que esse acórdão representa uma correta e saudável mitigação do que está previsto no Marco Civil da Internet, devendo a tese prevalecer em julgados futuros.

Voltando aos exemplos familiares, fazendo o devido controle, a jurisprudência concluiu que a mera declaração “eu odeio fulano” feita em página de relacionamento, por si só, não gera o dano moral indenizável, havendo um mero aborrecimento:

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Criação de comunidade em *site* de relacionamentos (*Orkut*). Dano moral. Não configuração. A enunciação de opiniões e manifestações pessoais, desprovidas de cunho difamatório ou injurioso, sobre outrem, ainda que veiculadas pelos meios de comunicação, não se revela bastante à configuração do dano moral. Hipótese em que o réu, infante com 10 anos de idade, criou, em site de relacionamentos (*Orkut*), comunidade denominada ‘Eu odeio o G. F.’, na qual, contando tão somente com a participação daquele, inexistia qualquer conteúdo pejorativo à imagem ou honra do autor. Mera expressão de sentimento pessoal que não caracteriza ato ilícito, passível de indenização. Juízo de improcedência mantido. Apelação improvida” (TJRS, Acórdão 70026049445, Pelotas, 10.^a Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Roberto Less Franz, j. 27.11.2008, *DOERS* 08.01.2009, p. 47).

Partindo para a abordagem prática da dissolução do casamento, nos últimos anos foi muito comentada no meio civilístico brasileiro a sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 21 de maio de 2008, condenando um marido a pagar indenização por danos morais à esposa pela prática do que se convencionou denominar *sexo virtual*. A ementa da sentença foi a seguinte:

“Direito civil. Ação de indenização. Dano moral. Descumprimento dos deveres conjugais. Infidelidade. Sexo virtual (internet). Comentários difamatórios. Ofensa à honra subjetiva do cônjuge traído. Dever de indenizar. Exegese dos arts. 186 e 1.566 do Código Civil de 2002. Pedido julgado precedente” (TJDF, Sentença proferida pelo Juiz Jansen Fialho de Almeida, j. 21.05.2008).

A esposa promoveu a demanda alegando a quebra dos deveres conjugais e pleiteou indenização no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Alegou a autora da ação que foi casada durante nove anos com o réu, separando-se de fato em maio de 2000, diante de uma grave crise que acometia o relacionamento. Sustentou, ainda, que acreditava que o casamento ainda poderia dar certo, uma vez que o marido dizia não querer a separação. Contudo, certo dia, descobriu a esposa, no computador do marido, uma correspondência eletrônica trocada entre ele e outra mulher, a demonstrar a existência de um relacionamento paralelo com uma amante ou concubina.

Conforme a decisão, a esposa descreveu que “por viajar muito para Goiânia, para encontrar com sua amante, o requerido passou a faltar com a assistência material e imaterial devida a ela e ao filho, na constância do casamento, o que a fez passar por diversas crises financeiras. Acresce que na constância do casamento não continuou seu estudo, abrindo mão da carreira profissional para que o marido pudesse fazer seu curso de mestrado, uma vez que a renda dos dois não era suficiente para financiar a melhoria cultural de ambos (...). Aduz que nos ‘e-mails’ trocados, ele relata para a amante a sua vida íntima com a autora e de seu filho, violando o direito à privacidade. Tais atitudes lhe fizeram sofrer, tendo que passar por acompanhamento psicológico, por atingirem sua honra subjetiva, e seus direitos personalíssimos, o que enseja o pagamento de indenização pelos ilícitos cometidos”.

O marido alegou em sua defesa que a prova obtida digitalmente era ilícita, uma vez que foram subtraídas sem a sua devida autorização. Refutou também o argumento da quebra de assistência material, pois conforme reconhecido pela própria autora na ação de divórcio por ele ajuizada, após sair de casa passou a contribuir, inicialmente, com R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) mensais a título de pensão alimentícia. Em seguida, passou a R\$ 1.000,00 (um mil reais) e depois a R\$ 900,00 (novecentos reais), uma vez que pagaria outras três pensões alimentícias. O marido, réu da ação, ainda argumentou que durante a vida em comum os dois tinham uma “cumplicidade salutar, segura, amorosa. Eram inegavelmente pobres e lutaram com dificuldades para elevarem seu nível social, tendo ocorrido a deterioração da relação, e que jamais fez qualquer declaração em público que pudesse denegrir a imagem da autora. Esclarece

ser a própria quem mostra as correspondências às outras pessoas, fazendo-se de vítima e denegrindo sua imagem perante a sociedade”.

Como o marido não negou a existência do relacionamento paralelo e das mensagens eletrônicas, concluiu o julgador pelo desrespeito ao dever de fidelidade recíproca (art. 1.566, inc. I, do Código Civil). Além disso, entendeu que como o computador seria de uso da família, poderia a esposa acessá-lo, não se podendo falar em prova ilícita ou ilegal. E arrematou:

“Logo, se o autor gravou os ‘e-mails’ trocados com sua amante em arquivos no computador de uso comum, não se importava de que outros tivessem acesso ao seu conteúdo, ou, no mínimo, não teve o cuidado necessário (...). Ainda que se imagine que a autora acessou o próprio correio eletrônico do requerido, só poderia tê-lo feito mediante o uso de senha. Se a possuía, é porque tinha autorização de seu ex-marido. Cumpriria-lhe ter provado que os arquivos não estavam no computador da família; que ela não possuía senha de acesso ao seu correio eletrônico; ou, ainda, que obteve por meio de invasão aos seus arquivos sigilosos, para configurar a quebra de sigilo. Não o fez. Aplica-se o princípio do ônus da prova, estipulado no art. 333, II, do CPC”.

Ao analisar a *infidelidade virtual*, concluiu o magistrado que ela, por si só, atinge a honra do cônjuge traído, sendo o caso de se falar em danos morais, nos termos do que enuncia o art. 186 do Código Civil. No caso em tela, o juiz entendeu que a situação descrita nos *e-mails* superestimaria o dano imaterial, aumentando a extensão do prejuízo. Mencionando o duplo caráter da indenização por danos morais (natureza principal reparatória + natureza acessória pedagógica ou punitiva), a vedação do enriquecimento sem causa e outros critérios já conhecidos para fixação do *quantum*, o julgador estipulou a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Alguns comentários pontuais devem ser feitos em relação a essa interessante decisão.

Para começar, a sentença conclui que a regra é a proteção da intimidade,

mesmo na relação entre os cônjuges, o que é premissa louvável. Todavia, segundo a decisão, em alguns casos justifica-se a quebra dessa proteção, em particular naqueles em que há autorização do titular do direito da personalidade. Por certo é que a *ponderação* dos valores constitucionais de acordo com o caso concreto é que irá determinar qual o melhor caminho a ser tomado (ALEXY, Robert. *Teoria...*, 2008). Nesse ponto, a conclusão merece ser elogiada, valendo a ressalva de que uma pequena alteração nos fatores fáticos poderia gerar uma ponderação totalmente distinta.

De qualquer maneira, parece que o magistrado acabou por confundir a *infidelidade virtual* com a *infidelidade real*. No caso em análise, estiveram presentes os dois tipos de infidelidade. Nas duas hipóteses de infidelidade, como já foi firmada a posição, é forçoso entender que não há que se falar em danos morais ou em reparação imaterial pela simples conduta do infiel. Porém, as declarações do marido no caso descrito geraram, sim, um prejuízo moral, principalmente pelos termos empregados nas mensagens eletrônicas a que teve acesso a esposa, conotando um relacionamento sexual. Apesar de se percorrer outra trilha, a conclusão foi louvável, sendo correta a sentença na fixação do valor da indenização.

A decisão merece ser debatida por trazer à tona assunto contemporâneo que por muito tempo estará presente nas páginas da doutrina e nos relatórios de julgados da jurisprudência. Como é notório, há *decisum* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que entendeu pela impossibilidade de se atribuir a responsabilidade civil por infidelidade virtual, pois a prova foi obtida ilicitamente. Vejamos a sua ementa:

“Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação de indenização por danos morais. Infidelidade virtual. Descumprimento do dever do casamento. Prova obtida por meio ilícito. Princípio da proporcionalidade. Preponderância do direito à intimidade e à vida privada. O dever de reparar o dano advindo da prática de ato ilícito, tratando-se de ação baseada na responsabilidade civil subjetiva, regrada pelo art. 927 do Código Civil, exige o exame da questão com base nos pressupostos da matéria, quais sejam, a ação/omissão, a culpa, o nexo causal e o resultado danoso. Para que obtenha êxito na sua ação

indenizatória, ao autor impõe-se juntar aos autos elementos que comprovem a presença de tais elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva. Ainda que descumprido o dever fidelidade do casamento, a comprovação de tal situação não pode ocorrer a qualquer preço, sobrepondo-se aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, devendo cada caso submeter-se a um juízo de ponderação, sob pena de estar preterindo bem jurídico de maior valia, considerado no contexto maior da sociedade. A prova, a princípio considerada ilícita, poderá ser admitida no processo civil e utilizada, tanto pelo autor, quanto pelo réu, desde que analisada à luz do princípio da proporcionalidade, ponderando-se os interesses em jogo na busca da justiça do caso concreto. E procedendo-se tal exame na hipótese versada nos autos, não há como admitir-se como lícita a prova então coligida, porquanto viola direito fundamental à intimidade e à vida privada dos demandados. Precedentes do STF e do STJ. Apelo desprovido” (TJRS Apelação Cível 12159-82.2011.8.21.7000, Erechim, 9.^a Câmara Cível, Rel Des. Leonel Pires Ohlweiler, j. 30.03.2011, *DJERS* 12.04.2011).

Esse último acórdão parece seguir caminho diverso do anterior, pois deduz que a investigação a respeito da fidelidade do casamento não pode prevalecer sobre a tutela da intimidade, protegida constitucionalmente (art. 5.^o, inc. X, da CF/1988).

Outros julgados devem surgir no futuro, em segundas e superiores instâncias. Nesse ponto de destaque, o *diálogo interdisciplinar* é ferramenta para solucionar os emergentes casos de difícil solução, entrando em cena o Direito de Família, a Responsabilidade Civil e o Direito Digital.

4.2.8.6 *A reparação dos danos por conduta violenta entre os cônjuge* *A incidência da Lei Maria da Penha e seus mecanismos de* *tutela (Lei 11.340/2006)*

Na atualidade, são comuns as trágicas situações de agressões nas relações conjugais. Diante desse infeliz fato social e pelo clamor coletivo, entrou em vigor no

Brasil a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em homenagem à farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência doméstica, símbolo da luta das mulheres contra esse mal familiar, que se tornou paraplégica diante de um tiro dado pelo então marido (CUNHA, Rogério Sanches PINTO, Ronaldo Batista. *Violência...*, 2008, p. 21-23).

Conforme aponta Maria Berenice Dias, a essa norma veio suprir uma grave omissão legislativa, uma vez que o legislador infraconstitucional, até então, vinha deixando de cumprir a ordem constitucional de coibir a violência familiar, nos termos do que dispõe o art. 226, § 8.º, da Constituição Federal de 1988 (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, p. 103).

A Lei 11.340/2006 é claro exemplo de *norma de tutela dos vulneráveis*, realidade corriqueira na pós-modernidade, sendo tratadas como tais as mulheres que estão sob violência doméstica. É um comando legal que se situa na segunda parte da isonomia constitucional, na especialidade, retirada da máxima pela qual *a lei deve tratar de maneira desigual os desiguais, de acordo com as suas desigualdades*. Nesse contexto, não há qualquer inconstitucionalidade na norma, que vem recebendo pela jurisprudência superior uma interpretação extensiva, a incluir, além das pessoas casadas ou que vivem em união estável, os namorados (STJ, HC 92.875/RS, Rel Min. Jane Silva (Desembargadora convocada pelo TJMG), j. 30.10.2008 *Informativo* n. 374).

É fato que, ao lado de medidas que repercutem no Direito Penal, a Lei Maria da Penha também traz remédios civis relativos à responsabilização civil do agressor, amparando o *princípio da reparação integral dos danos* segundo o qual todos os prejuízos suportados pela vítima da violência doméstica devem ser reparados. A citada lei especial também traz regras instrumentais que foram mantidas pelo Novo CPC, especialmente pelo que consta do seu art. 1.046, § 2.º, *in verbis*: “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

No tocante à questão processual, para assegurar o direito à reparação civil, enuncia o art. 13 da Lei 11.340/2006 que ao processo, ao julgamento e à execução das causas cíveis decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher

devem ser aplicadas as normas do Código de Processo Civil e da legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso que com ela não conflitem. O dispositivo possibilita a aplicação da norma mais favorável, o que pode facilitar a tutela reparatória da mulher sob violência. Ilustrando, pode ser mencionada a possibilidade de citação por correio, nos termos do art. 238 do CPC/1973 e do art. 274 do CPC/2015 (CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência...*, p. 98).

A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos da justiça ordinária com competência cível e criminal, está prevista no art. 14 da Lei Maria da Penha, visando ao julgamento e à execução das causas de reparação civil decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Todavia, não obstante a criação do juizado especial, há decisões no sentido de que este somente seria competente para apreciar as medidas estabelecidas na nova lei, como aquelas de afastamento do ofensor, e não a ação de responsabilidade civil, cuja competência seria do juízo cível comum. Nessa linha de pensamento:

“Conflito negativo de competência. Art. 33 da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Ação de indenização por danos morais decorrentes de agressão física e moral sofridas pela requerente. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo Cível. 1. A competência das varas criminais, ou até mesmo dos juizados criminais de violência doméstica, para apreciação de questões cíveis limita-se à apreciação das medidas protetivas de urgência elencadas de forma exemplificativa nos artigos 22 e 23 da Lei n. 11.340/2006, quando respaldada pela alegada violência. Cessado o caráter emergencial da medida, não havendo decisão emanada do juízo criminal, desloca-se a competência para uma das varas cíveis. 2. No caso dos autos, trata-se de ação de inequívoca natureza cível, sem qualquer pedido de providência de caráter protetivo, sem pedidos de natureza criminais, não justificando o processamento do presente feito na Vara Criminal, sob a égide da Lei Maria da Penha. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do juízo da 5.ª Vara Cível da Comarca de Vitória/ES para processar e julgar a ação de

indenização por danos morais decorrentes de violência doméstica” (TJES Conflito de Competência 100070015969, 1.^a Câmara Criminal, Rel. Des Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, j. 05.09.2007, *DJES* 02.10.2007, p. 53).

A decisão parece ser equivocada, pois poderia a mulher ofendida optar entre os juízos, escolhendo aquele que lhe parece mais favorável.

Como típica norma de proteção de vulneráveis, a Lei Maria da Penha trouxe à mulher o foro privilegiado, prevendo a competência, por opção da ofendida, para os processos cíveis: *a)* do Juizado do seu domicílio ou de sua residência; *b)* do lugar do fato em que se baseou a demanda; ou *c)* do domicílio do agressor (art. 15). Na opinião deste autor, a norma também deve ser aplicada às demandas reparatórias, uma vez que a responsabilização civil decorre da violência praticada em sede familiar.

Além da reparação dos danos, a Lei 11.340/2006 traz à disposição da mulher medidas de urgência para afastar o agressor, mecanismos que se cumulam sem afastar a possibilidade de responsabilização civil (art. 22). A primeira medida, que muito se justifica, é a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente (art. 22, inc. I, da Lei 11.340/2006). Ademais, cabe o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida (art. 22, inc. II).

A norma em questão também proíbe determinadas condutas, tais como: *a)* a aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas; *b)* o contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; *c)* o ato de frequentar determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; *d)* a restrição ou a suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; *e)* prestação de alimentos provisionais ou provisórios (art. 22, incs. III a V).

Para o cumprimento dessas medidas, que constituem obrigações de fazer e de não fazer, incide a tutela específica prevista no art. 497 do CPC/2015 – correspondente ao art. 461 do CPC/1973 –, com a possibilidade de fixação, pelo juiz, de uma multa contra o agressor (“*astreintes*”). Como a questão envolve lesão a direitos da personalidade e ordem pública, é perfeitamente possível que tal medida seja fixada até de ofício pelo magistrado. Como respaldo para essa tese, vale lembrar

a regra do art. 8.º do Novo CPC, que ordena que o julgador, ao aplicar o ordenamento jurídico, leve em conta o princípio da dignidade da pessoa humana.

As medidas protetivas de urgência a favor da mulher ofendida constam, inicialmente, no art. 23 da Lei Maria da Penha, podendo o juiz: *a)* encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; *b)* determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; *c)* determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; *d)* determinar a separação de corpos.

Visando à proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o que diretamente interessa ao tema da responsabilidade civil, enuncia o art. 24 da norma especial em estudo que o juiz poderá ordenar, liminarmente, a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida. Em reforço, cabe proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial.

A previsão é importante, pois impede que o marido violento cometa fraudes ou ilícitos contratuais, visando a prejudicar a meação ou a própria esposa. Com os mesmos fins, cabe a suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor. Por derradeiro, a lei consagra a prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida, o que tem um caráter de prevenção quanto aos prejuízos que a mulher possa vir a sofrer.

Encerrando a abordagem do diploma legal, merece importante destaque o art. 37 da Lei 11.340/2006, segundo o qual a defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na norma poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil. O comando possibilita que, no futuro, sejam tomadas medidas coletivas em casos em que mulheres, em larga escala e em conjunto, sofrem violência por quem quer que seja (*tutela de direitos individuais homogêneos*). Além das medidas de prevenção, será plenamente possível a reparação

civil coletiva, com a indenização, por exemplo, dos danos morais coletivos.

Superada a análise desses importantes dispositivos da Lei Maria da Penha fundamentais para a defesa dos direitos das esposas, na jurisprudência podem ser encontrados vários exemplos de condenação do homem pela violência praticada. Do Tribunal Mineiro, cite-se julgado que reconheceu o direito à indenização por danos materiais, morais e estéticos, diante das cíclicas agressões domésticas (*tripla reparação*). Os danos foram causados em sede de união estável, mas o raciocínio é praticamente o mesmo para os casos envolvendo o casamento. Vejamos a ementa:

“Ação de indenização por danos materiais, estéticos e morais. Responsabilidade civil. Comprovação do dano moral e estético. Queimaduras de segundo e terceiro grau por grande extensão do corpo. Ato ilícito e nexo causal. Elementos dos autos. Histórico de violência doméstica. A responsabilidade civil era regulamentada pelo Código Civil de 1916 – aplicável ao caso sob julgamento, uma vez que o acidente ocorreu em 08/12/2001, anterior, portanto, à vigência do CC/2002 –, mais precisamente em seu art. 159, ao dispor que ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’. Assim, se estiverem presentes todos os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, o ato ilícito, o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e o ato ilícito praticado, impõe-se a obrigação de indenizar. Sabe-se que a agressão contra a mulher se desenvolve de forma cíclica, com a sucessão de discussões e agressões – essas cada vez mais graves –, são seguidas por uma fase de reconciliação, na qual o ofensor alega arrependimento ou muda temporariamente seu comportamento, passando a ser mais carinhoso. Tal contexto envolve geralmente uma relação psicológica complexa entre as partes que não se pode perder de vista. Vez que o contexto da relação de união estável demonstra um histórico de violência doméstica, reputam-se demonstrados, à luz dos demais elementos de convencimento, a culpa do agente, o ilícito praticado e o nexo causal” (TJMG, Apelação Cíve

1.0145.06.301317-4/0011, Juiz de Fora, 18.^a Câmara Cível, Rel. Des. Elpídio Donizetti, j. 17.06.2008, *DJEMG* 03.07.2008).

Por fim, cessado o casamento ou a sociedade conjugal, não se podem tolerar agressões impetradas pelo ex-cônjuge, entrando em cena a responsabilidade civil para a conseqüente imputação civil do dever de reparar. Nesse sentido, podem ser encontradas decisões do Tribunal Paulista e do Tribunal Fluminense:

“Indenização. Ato ilícito. Dano moral. Agressão física (ex-marido). Configuração. Dever de indenizar inequívoco (art. 186, Código Civil). Valor adequado ao fato. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação com Revisão 520.648.4/3, Acórdão 2630326, Itápolis, 1.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Vicentini Barroso, j. 13.05.2008, *DJESP* 13.06.2008).

“Responsabilidade civil. Ex-cônjuge. Lesão corporal. Condenação criminal. Sentença transitada em julgado. Dano moral. Indenização. Fixação do valor. Civil. Responsabilidade civil por danos morais decorrentes de lesões corporais cometidas pelo ex-marido contra a mulher. Condenação criminal com trânsito em julgado e conseqüente inviabilidade de reabertura de discussão sobre a existência do fato e a autoria (art. 1.525 do Código Civil). Configuração de dano moral. Direito da mulher, separada judicialmente do marido, ao ressarcimento do dano moral acarretado por agressão, pelo mesmo praticada, resultando lesões corporais com alteração do equilíbrio psicofísico e vulneração dos valores da personalidade. Valoração do dano moral com atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso adesivo da autora, objetivando majoração da verba honorária. Fixação da mesma na conformidade dos parâmetros estabelecidos no art. 20, § 3.^o do CPC. Improvimento dos apelos principal e adesivo” (TJRJ, Acórdão 13.223/2000, Rio de Janeiro, 3.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Fernando de Carvalho, j. 29.03.2001).

4.2.8.7 *O abuso de direito e sua incidência na relação casamentária. Os casos dos maridos enganados pela gravidez da mulher*

Prevê o importante art. 187 do atual Código Civil brasileiro que “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”. Trata-se da tão festejada e comentada consagração do *abuso de direito* ou *abuso do direito* como *ato ilícito equiparado*, dispositivo que sofreu claras influências do art. 334.º do Código Civil de Portugal.

Apesar das semelhanças, pode ser percebida uma nítida diferença entre os dispositivos, uma vez que o Código Civil brasileiro acabou por equiparar o abuso de direito ao ato ilícito, ao contrário do dispositivo lusitano, que menciona a existência de um ato ilegítimo. Concernente ao conceito de abuso de direito, é precisa a construção de Rubens Limongi França, no sentido de que o abuso de direito constitui uma categoria de conteúdo próprio, entre o ato lícito e o ilícito, ou seja, de que o *abuso de direito é lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências*. Vejamos as suas palavras:

“O ato ilícito (Manual, vol. 1.º, pág. 211) é toda manifestação da vontade que tenha por fim criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. O ato ilícito é uma ação ou omissão voluntária, ou que implique negligência ou imprudência, cujo resultado acarrete violação de direito ou que ocasione prejuízo a outrem. Finalmente, o abuso de direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva...*, 1977, v. 2, p. 45).

A mencionada equiparação de ambos os conceitos – ato ilícito e abuso de direito –, para os fins da responsabilidade civil extracontratual, consta do art. 927, *caput*, do atual Código Civil brasileiro, que, entre parênteses, faz menção aos arts. 186 e 187 da mesma codificação material.

É fundamental verificar que o conceito de abuso de direito é construído a partir

de conceitos legais indeterminados ou cláusulas gerais, que são as expressões *fim social e econômico*, *boa-fé* – no caso, aquela de natureza objetiva – e *bons costumes*, presentes no art. 187 do Código Civil de 2002. Por óbvio que essas locuções, abertas e dinâmicas, devem ser preenchidas caso a caso, o que amplia em muito o conceito, com incidência nos mais diversos ramos jurídicos. A par dessa situação, a doutrina tem afirmado que foi adotado pelo dispositivo um critério objetivo-finalístico a conduzir a uma responsabilidade objetiva ou sem culpa daquele que age em abuso de direito. Essa foi a conclusão a que chegaram os juristas participantes da *I Jornada de Direito Civil*, evento do Conselho da Justiça Federal promovido no ano de 2002, com a aprovação do Enunciado n. 37 CJP/STJ, cuja redação é a seguinte: “responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

Há trabalhos nacionais importantes que pretendem a incidência do art. 187 do Código Civil nas relações familiares, entre os quais se destaca outro livro de Inácio de Carvalho Neto que, na presente obra coletiva, traz uma contribuição ainda mais específica (CARVALHO NETO, Inácio *Abuso...*, 2006, p. 225-233). Cita ele vários exemplos de incidência do abuso do direito nas relações familiares, tais como: *a)* abuso de direito pelo marido na escolha do domicílio conjugal; *b)* abuso do direito de visita dos avós que passam a ter os netos em sua companhia; *c)* mudança abusiva de domicílio do cônjuge separado ou divorciado que detém a guarda dos filhos menores ou inválidos, obstando a convivência do outro genitor; *d)* abuso de direito processual no pedido de separação judicial culposa [ou no divórcio – EC 66/2010]; *e)* abuso do direito de impedir o casamento dos filhos menores; *f)* incidência da teoria do abuso nos atos de prodigalidade do cônjuge; *g)* abuso de direito na utilização do nome do ex-cônjuge, com claro intuito de lesioná-lo (CARVALHO NETO, Inácio *Abuso...*, p. 225-233).

É interessante retomar a polêmica questão relativa às esposas que enganam os maridos quanto à parentalidade. Como já afirmado por este autor, inspirado na jornalista Ruth de Aquino, são as atitudes das *Capitis pós-modernas* (TARTUCE Flávio. *As verdades... Revista Brasileira de Direito...*, 2008, p. 29-49). O caso é de aplicação da boa-fé objetiva para o reconhecimento de filhos, incidindo a cláusula

geral constante do art. 187 da codificação privada, podendo o homem enganado pleitear indenização por danos se o engano gerar um prejuízo imaterial ou mesmo psíquico. Nessa esteira, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela possibilidade de os maridos enganados pleitearem reparação por danos morais pelo grave engano. Ilustrando:

“Responsabilidade civil. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição. A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. A intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 412.684/SP [200200032640] REsp 463.280, 4.^a Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.2002 Publicação 25.11.2002, veja: [Pensão alimentícia – Irrepetibilidade e Incompensabilidade] STJ, REsp 25.730/SP [RT 697/202]).

A reparação por danos morais acaba sendo uma alternativa para os casos em que o enganado pagou alimentos àquele que não era o seu filho. Por certo, não poderá pleitear os alimentos pagos, pois eles são irrepetíveis, não cabendo a ação de repetição de indébito (*actio in rem verso*). Mas, sem dúvida, como a esposa age de *má-fé objetiva* – sabendo, na maioria das vezes, que o marido não é o pai do seu filho –, entra em cena a incidência do conceito de abuso de direito, com a consequente reparação civil. A hipótese é de aplicação do art. 886 do Código Civil, que dispõe: “Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”. O dispositivo consagra o caráter subsidiário da ação fundada em enriquecimento sem causa, no caso, da ação de repetição de indébito. Como é possível a ação de responsabilidade civil, não há necessidade de buscar socorro na ação de enriquecimento sem causa.

O desrespeito à boa-fé é flagrante pela aplicação do *conceito parcelar* da máxima *tu quoque*, apontada pelo Direito Comparado como fórmula que veda que a pessoa crie uma situação para dela tirar proveito. Segundo Menezes Cordeiro, “A

fórmula *tu quoque* traduz, com generalidade, o aflorar de uma regra pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído” (MENEZES CORDEIRO, Antón Manuel da Rocha. *A boa-fé...*, 2001, p. 837). A *tu quoque* ainda é relacionada pela doutrina com a *regra de ouro cristã*, que enuncia: *não faça com o outro o que você não faria contra si mesmo* (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função...*, 2004, p. 88).

A questão deve ser debatida diante da entrada em vigor da Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como *Lei dos Alimentos Gravídicos*, disciplinando o direito de alimentos da mulher gestante (art. 1.º). Os citados *alimentos gravídicos*, nos termos da lei, devem compreender 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 como pertinentes (art. 2.º).

Em verdade, a norma emergente em nada inova, diante dos inúmeros julgados que deferiam alimentos durante a gravidez ao nascituro (por todos: TJMG, Agravo 1.0000.00.207040-7/000, Araxá, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 1.º.03.2001, *DJMG* 05.04.2001). Destacam-se ainda as anteriores manifestações doutrinárias de tutela dos direitos do nascituro, como é o caso da pioneira Silmara Juny Chinellato (CHINELLATO, Silmara Juny. *A tutela...*, 2001).

Merece comentário o veto da previsão projetada no art. 10 para a Lei dos Alimentos Gravídicos, que assim dispunha: “Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, o autor responderá, objetivamente, pelos danos materiais e morais causados ao réu. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos próprios autos”.

O comando proposto foi vetado pelo Presidente da República, uma vez que criaria, supostamente de forma inconveniente, uma nova hipótese de responsabilidade objetiva, ou seja, sem culpa, da mulher que engana o homem quanto à paternidade (Razões do veto: “Trata-se de norma intimidadora, pois cria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de se ingressar em juízo e não obter

êxito. O dispositivo pressupõe que o simples exercício do direito de ação pode causar dano a terceiros, impondo ao autor o dever de indenizar, independentemente da existência de culpa, medida que atenta contra o livre exercício do direito de ação”).

Ora, por todo o raciocínio aqui exposto, o veto em nada muda a solução que deve ser dada aos casos de enganos cientes na gravidez, mormente das esposas em relação aos seus maridos. Pela violação da boa-fé objetiva e pelo flagrante abuso de direito, haverá o seu dever de indenizar. E conforme antes mencionado, segundo a melhor doutrina, o abuso de direito gera uma responsabilidade objetiva, sem culpa do *agente abusador*, pois essa deve ser a consequência quando a boa-fé objetiva não é atendida ou respeitada (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Heler MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil...*, p. 342).

Destaque-se que quem responde pelo abuso é a mulher que engana o marido e não o filho, merecendo reparo nesse ponto a norma que foi vetada.

Por derradeiro, a encerrar o presente capítulo, insta verificar que a aplicação da responsabilidade objetiva decorrente do abuso de direito parece guiar o ordenamento jurídico e o Direito de Família a uma ideia mais desvinculada da culpa e melhor relacionada à responsabilidade. Como bem escreve Giselle Câmara Groeninga, “Assim, como as questões relativas à culpa são inerentes ao desenvolvimento que nos humaniza, elas não poderiam escapar do Direito. No entanto, no meu ponto de vista, afigura-se como fundamental devolver à culpa seu lugar de subjetividade e questionamento, não para eliminá-la, mas para que se lhe possa dar seu justo lugar de angústia inerente ao assumir as responsabilidades, em face do passado e do futuro – condição do ser humano. Na humanização, ou não, das lides consistem as escolhas responsáveis que devemos fazer” (GROENINGA, Giselle Câmara. *A razão...* In: *Boletim...*, 2010, p. 9).

4.3 RESUMO ESQUEMÁTICO

Principais Alterações do Sistema de Dissolução do Casamento com a Aprovação da *Emenda do Divórcio*

A aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 representa uma revolução no

Direito de Família Brasileiro, que conta com o apoio dos autores desta obra. Vejamos os pontos principais da inovação:

1. O novo texto tem aplicação imediata e *eficácia horizontal*, o que quer dizer que a emenda tem plena incidência nas relações privadas, independentemente de qualquer norma infraconstitucional.
2. A *separação de direito ou jurídica* – que engloba a separação judicial e a extrajudicial – desaparece definitivamente do sistema, o que vem em boa hora. Não há mais a tripla classificação da separação judicial em *separação-sanção*, *separação-ruptura* e *separação-remédio*, retirada do art. 1.572 do CC/2002, dispositivo deve ser tido como revogado ou não recepcionado pelo Texto Constitucional. Essa é a grande revolução do novo texto. O presente autor continua a entender dessa forma, mesmo tendo sido a separação de direito tratada pelo Novo Código de Processo Civil.
3. Não há mais qualquer prazo para o divórcio. Desaparece a classificação da matéria em divórcio direto e indireto. Casa-se um dia e divorcia-se no outro, se essa for a vontade das partes. Esse é o segundo ponto de destaque. A inovação não enfraquece a família, muito ao contrário, pois é facilitada a constituição de novos vínculos, o que está mais adequado à realidade contemporânea.
4. Está sendo amplamente debatida pela doutrina e pela jurisprudência a possibilidade de discussão de culpa em sede de divórcio. Três correntes bem definidas sobre o tema já surgem na doutrina. Para a *primeira corrente*, a culpa persiste para todos os fins, inclusive para os alimentos. Para a *segunda corrente*, liderada pelos grandes expoentes do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), a culpa não pode ser discutida para dissolver o casamento em hipótese alguma (nesse sentido: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rolf Madaleno, Pablo Stolze Gaglianone, Rodolfo Pamplona Filho, José Fernando Simão, entre outros). Ainda há

uma *corrente intermediária*, à qual está filiado este autor, que admite a discussão da culpa em casos excepcionais, tais como transmissão de doenças sexualmente transmissíveis entre os cônjuges, atos de violência e engano quanto à prole (modelo dual, com e sem culpa).

5. Debate-se situação das pessoas que se encontram separadas juridicamente vigência da nova lei. Na opinião deste autor, tais pessoas não podem ser consideradas automaticamente como divorciadas, havendo necessidade de ingresso do divórcio judicial ou extrajudicial.

Em suma, muitas questões são debatidas pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente tendo em vista o infeliz tratamento da separação de direito no Novo Código de Processo Civil, que fez ressurgir a separação de direito.

4.4 QUESTÕES CORRELATAS

01. (TJSP 171.º) Se os cônjuges divorciados pretenderem restabelecer a união conjugal, poderá fazê-lo

- (A) por petição conjunta endereçada ao juízo que decretou o divórcio.
- (B) por petição conjunta endereçada ao juízo do divórcio, desde que não tenham partilhado os bens permaneçam no mesmo domicílio conjugal.
- (C) por novo casamento.
- (D) por novo casamento precedido de alvará judicial.

02. (Defensoria Pública da União – CESPE/2010) No que se refere à disciplina do abuso d direito, julgue o item a seguir.

A exemplo da responsabilidade civil por ato ilícito em sentido estrito, o dever de reparar decorrente do abuso de direito depende da comprovação de ter o indivíduo agido com culpa ou dolo.

03. (MP/PE – FCC/2008) O divórcio

- (A) poderá ser requerido pelos ascendentes, descendentes ou irmãos dos cônjuges, ainda que ambos sejam capazes.
- (B) não poderá ser concedido sem que haja prévia partilha de bens, ainda que móveis de qualquer natureza.
- (C) poderá ser requerido pelo curador, pelos ascendentes ou pelo irmão se o cônjuge for incapaz

para propor a ação.

- (D) resultante da conversão da separação judicial dos cônjuges será declarado por sentença, da qual deverá constar a causa que o determinou.
- (E) modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

04. (DPE/AM – FCC/2013) O divórcio

- (A) não pode ser concedido sem prévia partilha dos bens.
- (B) demanda prévia separação judicial, há pelo menos um ano, ou de fato, há pelo menos dois.
- (C) só pode ser requerido se comprovada culpa de um dos cônjuges.
- (D) pode dar ensejo à obrigação de prestar alimentos, a qual não se extingue com novo casamento do alimentante.
- (E) não importa restrição aos direitos e deveres decorrentes do poder familiar, salvo na hipótese de casamento de qualquer dos pais.

05. (Defensoria – Paraná – 2014) Assinale a alternativa correta acerca do Direito de Família.

- (A) O Código Civil de 2002 afastou a imutabilidade absoluta do regime de bens, permitindo-se a sua alteração mediante autorização judicial, em pedido motivado, por iniciativa de um ou de ambos os cônjuges.
- (B) Após a inovação introduzida pela Emenda Constitucional 66/2010, não mais subsiste qualquer causa, justificativa ou prazo para o divórcio, que pode ser, a qualquer tempo, pedido judicialmente ou celebrado consensual e extrajudicialmente mediante escritura pública, nos termos legais, sendo imprescindível a assistência de advogado ou Defensor Público.
- (C) A lei civil, além de definir o que é guarda compartilhada e guarda unilateral, dá preferência a esta última, que será aplicada pelo juiz em favor da mãe, quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho.
- (D) O dever de prestar alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes com preferência aos mais próximos em grau. Na falta destes, a obrigação cabe aos descendentes, guardada a ordem de sucessão, não havendo previsão legal para a imposição desta obrigação aos colaterais, em qualquer grau.
- (E) A prática de atos de alienação parental ou de qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor pode dar ensejo à aplicação de sanções pelo juiz, previstas na Lei 12.318/2010, das quais são exemplos a advertência e multa ao alienador, a alteração da guarda para guarda compartilhada, ou a sua inversão a suspensão da autoridade parental, e a perda do poder familiar.

06. (Magistratura/TJRJ – VUNESP/2014) Mãe que possui a guarda unilateral de dois filhos menores de 12 anos, oriundos de casamento anterior, contrai nova união. Tal fato

- (A) permite que seja alterada a guarda para sua forma compartilhada, a fim de que seja atendido o princípio do melhor interesse.

- (B) não repercute no direito de a mãe ter os filhos do leito anterior em sua companhia, salvo quando houver comprometimento da sadia formação e do integral desenvolvimento da personalidade destes.
- (C) permite ao pai das crianças pleitear a guarda unilateral dos filhos, já que não é aconselhável a permanência com a mãe.
- (D) poderá ser considerado para fins de modificação da guarda para os avós ou para pessoas com as quais a criança ou o adolescente mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse.

07. (MPE/SC – MPE/SC – Promotor de Justiça – 2014) É requisito para a concessão do divórcio definição quanto à partilha dos bens entre os cônjuges.

- () Certo
- () Errado

08. (TJPI – CESPE – Titular de Serviços de Notas e de Registro – 2013) Acerca do divórcio consensual no tabelionato de notas, assinale a opção correta.

- (A) As escrituras de divórcio consensual são sigilosas.
- (B) As funções de procurador e advogado das partes podem ser cumuladas por uma mesma pessoa.
- (C) Por ocasião da lavratura da escritura pública de divórcio consensual, as partes devem partilhar os bens e estabelecer os valores da pensão alimentícia.
- (D) Quando, na partilha, houver transmissão de propriedade do patrimônio individual de um cônjuge ao outro, deverá ser comprovado o recolhimento do tributo devido sobre a fração transferida.
- (E) Para a lavratura da escritura pública de divórcio consensual perante o tabelião de notas, é necessário o comparecimento pessoal das partes.

09. (TJRN – IESES – Titular de Serviços de Notas e de Registro – 2012) O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. Em relação ao divórcio, é correto afirmar que:

- I. Para concessão do divórcio é necessário a separação prévia.
- II. É possível o divórcio sem a partilha dos bens.
- III. No divórcio, o cônjuge que acrescentou o sobrenome do outro é obrigado a retirar.
- IV. Após o divórcio, a pessoa volta ao estado civil de solteiro.

Assinale a correta:

- (A) Estão corretas as assertivas I, III e IV.
- (B) Estão corretas as assertivas I e III.
- (C) Apenas a assertiva II está correta.
- (D) Estão corretas as assertivas I, II e III.

10. (TJSP – VUNESP – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2016) O divórcio extingue o casamento e possibilita
- (A) novo casamento, incondicionalmente.
 - (B) novo casamento, desde que não esteja pendente causa suspensiva.
 - (C) retorno ao estado civil original, como consequência da extinção do vínculo do matrimônio.
 - (D) novo casamento entre as mesmas pessoas, dispensada nova habilitação.
11. (MPE-SC – Promotor de Justiça – 2016) A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.
- () Certo
 - () Errado
12. (PGE-PR – PUC-PR – Procurador do Estado – 2015) No Direito de Família brasileiro contemporâneo, em que convivem inovação e tradição, pode-se afirmar CORRETAMENTE que:
- (A) Ante o rechaço da prisão civil do devedor de alimentos em importantes documentos internacionais, como o Pacto de São José da Costa Rica, há uma tendência de amenização desta medida extrema. Isto pode ser constatado pela dilação do prazo de justificativa do devedor de alimentos após sua intimação pessoal para pagamento do débito de 3 (três) para 10 (dez) dias.
 - (B) A Lei 13.058/2014, que alterou o Código Civil para disciplinar a guarda compartilhada dos filhos menores de casais separados, objetiva que o tempo de convivência com os filhos seja dividido de forma equilibrada entre pai e mãe. Isso se alcança através da convivência e moradia alternadas durante os dias da semana, o que inviabiliza a aplicação da guarda compartilhada quando os pais moram em cidades diferentes.
 - (C) Em caso de resultado negativo do exame pericial de paternidade, aquele que pagou alimentos gravídicos por força de decisão judicial tem pretensão de ressarcimento contra a autora da ação porque esta responde objetivamente pelos danos causados ao réu.
 - (D) Um dos genitores, que não possua a guarda do filho menor, pode requerer judicialmente a guarda compartilhada. Se deferida pelo juízo, poderá subsistir o seu dever de pagamento de pensão alimentícia, porque a divisão proporcional dos gastos na criação dos filhos subordina-se à medida das condições financeiras de cada um dos pais.
 - (E) Se houver a revogação da doação de descendente a ascendente por liberalidade tanto do doado quanto do donatário, mediante acordo mútuo das partes, haverá possibilidade de restituição do ITCMD (Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação de quaisquer Bens ou Direitos) recolhido.

13. (TJMG – CONSULPLAN – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2017) Em decorrência da evolução histórica nas relações familiares, o pátrio poder perdeu força e foi substituído pelo poder familiar que constitui um conjunto de direitos e deveres exercidos igualmente pelos pais. Dentre os efeitos do poder familiar, está o da guarda dos filhos menores ou maiores incapazes. Com relação à guarda dos filhos, está correto afirmar:
- (A) A guarda unilateral é atribuída somente à mãe ou quem a substitua e pode ser requerida ou determinada pelo juiz.
 - (B) A guarda alternada consiste naquela em que há revezamento dos genitores, por períodos determinados e equânimes, na guarda exclusiva da prole e está expressamente previsto em nosso ordenamento jurídico.
 - (C) A guarda compartilhada caracteriza-se pela responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, sobre os filhos menores ou incapazes.
 - (D) A guarda pode ser exercida por terceiro, por determinação judicial, isentando os pais de prestar assistência, uma vez que o poder familiar não continua presente, ainda que tenha ocorrido sua destituição.

GABARITO

01 – C	02 – ERRADO	03 – C
04 – D	05 – B	06 – B
07 – ERRADO	08 – D	09 – C
10 – B	11 – CERTO	12 – D
13 – C		



DA UNIÃO ESTÁVEL

Sumário: 5.1 Introdução – 5.2 Conceito de união estável e seus requisitos – 5.3 Diferenças entre união estável e concubinato. A questão das uniões estáveis plúrimas ou paralelas. A monogamia como princípio da união estável – 5.4 Efeitos pessoais e patrimoniais da união estável – 5.5 União de pessoas do mesmo sexo ou união homoafetiva – 5.6 Resumo esquemático – 5.7 Questões correlatas – Gabarito.

5.1 INTRODUÇÃO

A união estável ou união livre sempre foi reconhecida como um fato jurídico, seja no Direito Comparado, seja entre nós. Por certo é que hoje, a união estável assume um papel relevante como entidade familiar na sociedade brasileira, eis que muitas pessoas, principalmente das últimas gerações, têm preferido essa forma de união em detrimento do casamento.

Na verdade, em um passado não tão remoto o que se via era a união estável como alternativa para casais que estavam separados de fato e que não poderiam se casar, eis que não se admitia no Brasil o divórcio como forma de dissolução definitiva do vínculo matrimonial. Hoje, tal situação vem sendo substituída paulatinamente pela escolha dessa entidade familiar por muitos casais na

contemporaneidade. Em suma, no passado, a união estável era constituída, em regra, *por falta de opção*. Hoje, muitas vezes, *por clara opção*.

No caso do Brasil, a primeira norma a tratar do assunto foi o Decreto-lei 7.036/1944, que reconheceu a companheira como beneficiária da indenização no caso de acidente de trabalho de que foi vítima o companheiro, lei que ainda é aplicada na prática.

Posteriormente, a jurisprudência passou a reconhecer direitos aos conviventes, tratados, antes da Constituição Federal de 1988, como concubinos. Como explica Euclides de Oliveira, “Mesmo antes das mudanças ocorridas na esfera legislativa, a questão da vida concubinária já evoluía em outras direções, desde seu reconhecimento como fato gerador de direitos entre as partes, como pioneiramente sustentado por Edgard de Moura Bittencourt, em sua monumental obra ‘Concubinato’, abrindo caminho ao reconhecimento judicial da sociedade de fato estabelecida entre pessoas unidas por laços distintos dos vínculos conjugais” (OLIVEIRA, Euclides de *União...*, 2003, p. 76).

O doutrinador cita, nesse ínterim, a antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com grandes contribuições para o tema. Destaca, inicialmente, a sua Súmula 35, que reconhecia o direito à indenização acidentária em favor da companheira, antes mesmo da norma citada. Releva, ainda, a notável Súmula 380, do ano de 1964, com a seguinte redação: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

No passado, também era comum indenizar a concubina pelos serviços domésticos prestados. No entanto, com o evoluir dos tempos, tal prática passou a ser considerada como discriminatória não só em relação à concubina, como também quanto à companheira, sendo atualmente vedada. Nesse sentido, cite-se a afirmação número 14 constante da Edição n. 50 da nova ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ, a saber: “é inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência daria ao concubinato maior proteção do que aquela conferida ao casamento e à união estável”. Como se nota, a premissa traz o argumento complementar de não se poder dar um tratamento

superior ao concubinato diante do casamento e da própria convivência.

Pois bem, de forma sucessiva no tempo, a Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) passou a admitir a possibilidade de a companheira usar o sobrenome do seu companheiro (art. 57, § 2.º). Será comentada a viabilidade de aplicação atual desse último dispositivo em momento oportuno.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, no seu art. 226, § 3.º, a união estável, nos seguintes termos: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”. Diante do que consta do texto constitucional, sempre estivemos filiados ao entendimento segundo o qual a união estável *não é igual* ao casamento, uma vez que institutos iguais não se convertem um no outro. Justamente por isso é que havia um tratamento diferenciado em algumas questões, como em matéria de direito sucessório.

Todavia, como está estudado com profundidade no próximo volume desta coleção de *Direito Civil*, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria e em maio 2017, que deve haver uma equiparação sucessória entre o casamento e a união estável, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado n. seu *Informativo* n. 864). Nos termos do voto do relator, “não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição”. A tese firmada foi a seguinte: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”. Desse modo, para a prática familiarista, supostamente, passa a ser firme a premissa da equiparação da união estável ao casamento, igualdade também adotada pelo Novo CPC, como se verá a seguir.

A posição deste autor é que a equiparação diz respeito apenas ao Direito das Sucessões. Assim, por exemplo, o companheiro deve ser tratado como herdeiro necessário, incluído na relação do art. 1.845 do Código Civil. Entretanto, ainda persistem diferenças entre as duas entidades familiares, especialmente no âmbito do

Direito de Família, como no caso dos elementos para a sua caracterização. Não nos convence, portanto, a afirmação de que a equiparação feita pelo STF também inclui os devidos fins familiares, sendo total. Essa é a posição defendida, por exemplo, Mário Luiz Delgado, para os quais a união estável passa a ser um *casamento forçado*.

Ora, apesar de ser um entendimento louvável – retirado notadamente do voto do Ministro Barroso –, penso que devemos *dar tempo ao tempo*, como tem pontuado Giselda Hironaka em suas exposições sobre o assunto. A propósito, surge corrente respeitável, encabeçada por Anderson Schreiber e Ana Luiza Nevares, no sentido de haver equiparação somente para os fins de *normas de solidariedade*, caso das regras sucessórias, de alimentos e de regime de bens. Em relação às *normas de formalidade*, como as relativas à existência formal da união estável e do casamento, aos requisitos para a ação de alteração do regime de bens do casamento (art. 1.639, § 2.º, do CC e art. 734 do CPC) e às exigências de outorga conjugal, a equiparação não deve ser total.

Esta última e novel posição parece-me correta, tendo sido adotada pelo Enunciado n. 641, da *VIII Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018. Conforme o seu teor, “a decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, não importa equiparação absoluta entre o casamento e a união estável. Estendem-se à união estável apenas as regras aplicáveis ao casamento que tenham por fundamento a solidariedade familiar. Por outro lado, é constitucional a distinção entre os regimes, quando baseada na solenidade do ato jurídico que funda o casamento, ausente na união estável”.

Acrescente-se sobre o tema, por fim, que em outubro de 2018 o STF julgou os embargos de declaração opostos pelo IBDFAM ao processo, como fim de esclarecer, entre outros assuntos, se o companheiro é ou não herdeiro necessário.

Porém, os embargos foram rejeitados por unanimidade, diante do argumento segundo o qual o art. 1.845 do Código Civil não foi objeto da demanda. Nos seus exatos termos, “não há que se falar em omissão do acórdão embargado por ausência de manifestação com relação ao art. 1.845 ou qualquer outro dispositivo do Código Civil, pois o objeto da repercussão geral reconhecida não os abrangeu. Não houve

discussão a respeito da integração do companheiro ao rol de herdeiros necessários, de forma que inexistisse omissão a ser sanada” (STF, Embargos de declaração no Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado de 19.10.2018 a 25.10.2018). Assim, acreditamos que a polêmica sobre a extensão do julgamento continua, devendo ser sanada pela doutrina e pela jurisprudência.

No tocante à legislação aplicável, após a Constituição Federal de 1988, exatamente para dar efetividade ao dispositivo constitucional, entrou em vigor a Lei 8.971/1994, que trazia as seguintes regras fundamentais:

- Como requisito da união, essa lei exigia um prazo de convivência ou coabitação de cinco anos ou existência da prole comum (art. 1.º). Anote-se que, mesmo antes da norma, a Súmula 382 do STF dispensava o requisito da convivência *more uxorio* sob o mesmo teto. Em suma, tal exigência teve quase nenhuma incidência prática, criando apenas um *mito*, no meio social, do requisito temporal ou prazo mínimo. Como se verá, o teor da súmula ainda é aplicado pela melhor jurisprudência nacional (por todos: STJ, REsp 275.839/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 02.10.2008, *DJe* 23.10.2008).
- Aos companheiros era garantido o direito a alimentos, ou seja, de pleiteá-los pelo rito da Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos). Tal previsão era tida, à época, como um dos grandes avanços da legislação, não deixando o convivente em situação de desamparo.
- O companheiro era reconhecido como herdeiro, nas seguintes condições: a) o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da quarta parte dos bens do *de cujus*, se houver filhos ou comuns; b) o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes; c) na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança (art. 2.º da Lei 8.971/1994). A questão sucessória é explicada em detalhes no Volume 6 desta coleção.

- O companheiro teria ainda reconhecido o direito à meação dos bens adquiridos por sua colaboração (art. 3.º da Lei 8.971/1994).

Após, surge a Lei 9.278/1996, que para o seu *mentor intelectual* e idealizador, o Professor Álvaro Villaça Azevedo, não revogou totalmente a primeira, havendo, no passado, uma aplicação concomitante das normas, uma *colcha de retalhos legislativa*. Essa lei previa basicamente que:

- Era reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família (art. 1.º). Como se pode perceber, essa lei dispensou o requisito temporal ou a existência de prole comum. Nesse sentido, a Lei 9.278/1996 derogou o art. 1.º da Lei 8.971/1994, que mencionava a necessidade de prazo de 5 anos ou prole comum.
- De acordo com o seu art. 2.º, seriam direitos e deveres iguais dos conviventes: *a)* respeito e consideração mútuos; *b)* assistência moral e material recíproca; *c)* guarda, sustento e educação dos filhos comuns.
- Quanto à participação patrimonial, previa o seu art. 5.º que: “Os bens móv e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”. Note-se que a lei mencionava a existência de um condomínio e não em comunhão.
- Os conviventes teriam direito a alimentos, dentro da ideia de necessidade e possibilidade (art. 7.º da Lei 9.278/1996). Os alimentos surgiriam em caso de “rescisão” da união estável. O termo *rescisão* significava desfazimento culposo, como bem ressalta Álvaro Villaça Azevedo (*Estatuto...*, 2. ed., 2002, p. 357). Nesse contexto, a Lei 9.278/1996 consagrava a ideia de culpa como fundamento para o dever de prestar alimentos entre os companheiros, nos mesmos moldes da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977), que exigia a culpa para o dever decorrente do

casamento.

- O art. 7.º da Lei 9.278/1996 reconheceu, ainda, como direito sucessório do convivente, o direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família (art. 7.º, parágrafo único). A persistência desse direito é de grande debate na atualidade.
- Os conviventes poderiam, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio (art. 8.º da Lei 9.278/1996).
- Toda a matéria relativa à união estável é de competência do Juízo da Vara Família, assegurado o segredo de justiça (art. 9.º da Lei 9.278/1996). A norma é processual e continua em vigor, pois não há norma no Código Civil de 2002 nesse sentido (art. 2.043 do CC).

Como ficou claro, e isso era balizado por doutrina e jurisprudência, as duas leis conviviam. Tanto isso é verdade que poderia ser utilizada a expressão *companheiros*, constante da primeira lei, bem como a expressão *conviventes*, prevista na última. O uso de ambas as expressões ainda constitui realidade brasileira. Um dos temas mais polêmicos a respeito da convivência das duas leis dizia respeito à possibilidade de o companheiro cumular em matéria sucessória o usufruto (Lei 8.971/1994) e o direito real de habitação (art. 7.º da Lei 9.278/1996). A questão está debatida em profundidade no Volume 6 desta coleção, que cuida especificamente do Direito das Sucessões. Cabe adiantar, contudo, que uma das premissas que guiou o STF a concluir pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil diz respeito ao fato de ser o sistema sucessório anterior, das duas normas, mais vantajoso ao companheiro, tendo havido um retrocesso social.

Pois bem, a matéria relativa à união estável encontra-se consolidada atualmente pelo Código Civil de 2002. Os arts. 1.723 a 1.727 da atual codificação material preveem as regras básicas quanto à união estável, particularmente os seus efeitos pessoais e patrimoniais. Além disso, devem ser aplicadas as regras

relacionadas aos alimentos, previstas no art. 1.694 e seguintes da mesma codificação. Por fim, conforme se demonstrou, há regra específica sucessória no seu art. 1.790. Entretanto, reitere-se que o dispositivo foi reconhecido como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão de maio de 2017, e por maioria de votos (Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado no *Informativo* n. 864 da Corte).

Tudo isso, sem prejuízo de alguns dispositivos legais previstos para o casamento e que podem ser aplicados à união estável, caso, por exemplo, do art. 499 do CC/2002, que reconhece a possibilidade de venda de bens entre cônjuges (“Art. 499. É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão”). Como a última norma não é restritiva da autonomia privada ou de exceção, pode ser perfeitamente aplicada aos companheiros por analogia, sendo possível a venda entre eles quanto aos bens excluídos da comunhão. Consigne-se pela jurisprudência paulista já fez incidir o comando em situação entre conviventes (TJSP, Apelação 583.032.4/3, Acórdão 4083909, Itanhaém, 4.^a Câmara de Direito Privado Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, j. 17.09.2009, *DJESP* 26.10.2009).

Em complemento, consigne-se que o Novo Código de Processo Civil procurou equiparar a união estável ao casamento para os fins processuais. Entre as várias normas de equalização, vejamos algumas.

De início, o art. 144 do CPC/2015, em seus incisos III e IV, ampliou o impedimento do juiz para os casos em que, no processo, for parte ou estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou *companheiro*, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive. Como é notório, o art. 134, incisos IV e V, do CPC/1973 somente fazia alusão ao cônjuge do juiz e não ao seu companheiro. Louva-se, sem dúvidas, a nova norma que passou a estender o impedimento para as situações em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive (art. 144, inciso VIII, do CPC/2015). O último preceito tem conteúdo ético indiscutível, na linha da boa-fé processual adotada pela nova legislação instrumental e comentada no primeiro capítulo deste livro.

Igualmente no que diz respeito à *suspeição* do julgador, é seu motivo o fato de ser qualquer uma das partes credora ou devedora de seu cônjuge ou *companheiro* ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive (art. 145, inciso III, do Novo CPC). Mais uma vez, constata-se que o art. 135, inciso II, do anterior diploma não mencionava o *companheiro*, mas apenas o cônjuge.

No que diz respeito à citação, esta não será feita, salvo para evitar perecimento de um direito de cônjuge, *de companheiro* ou de qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes; o que visa à proteção do *luto da família*, verdadeiro direito da personalidade. Isso consta do art. 244, inciso II, do CPC/2015 sendo certo que a menção ao convivente não estava no art. 217, inciso II, do CPC/1973.

Sobre os requisitos da petição inicial, na qualificação das partes, é necessário que conste viverem em união estável, se for o caso, entre os caracteres que formam a sua personalidade. Nos termos do art. 319, inciso II, do CPC/2015, “a petição inicial indicará: II – os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu”. Pensamos ser esse mais um passo determinante para se reconhecer que a união estável cria um estado civil, como será aprofundado a seguir.

No que diz respeito às provas, o *companheiro* não é obrigado a depor sobre fatos que gerem a desonra de seu consorte (art. 388, inciso III, do CPC/2015), quando é certo que não se mencionava o convivente no CPC anterior ou no Código Civil de 2002. Na mesma linha e ainda sobre a prova, nas ações que versarem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios, a confissão de um cônjuge ou *companheiro* não valerá sem a do outro, salvo se o regime de casamento for o da separação absoluta de bens (art. 391, parágrafo único, do CPC/2015). No art. 350 parágrafo único, da norma anterior, não havia regra relativa à união estável, mais uma vez.

Quanto às testemunhas, ainda nessa seara probatória, são impedidos para tanto “o cônjuge, o *companheiro*, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o

colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito” (art. 447, § 2.º, inciso I, do CPC/2015, com destaque). A lei anterior fazia apenas menção ao cônjuge (art. 405, § 2.º, inciso I, do CPC/1973).

Em matéria de inventário, reconhece-se a legitimidade do companheiro para abertura do inventário e para ser nomeado como inventariante. Isso sem prejuízo de outros comandos processuais que lhe atribuem os mesmos direitos do cônjuge e que estão estudados e aprofundados no Volume 6 desta coleção de Direito Civil.

O companheiro também é reconhecido como legitimado a opor embargos de terceiro para a tutela da sua meação pelo art. 674 do Novo *Codex*; quando é certo que o art. 1.046 do CPC/1973 não o expressava. Seguiu-se, assim, o entendimento que era consolidado pela jurisprudência, especialmente pela superior, cabendo colacionar, por todos: “é parte legítima para embargar a execução companheira que, garantida com partilha de bens já decretada, deles ainda não dispõe por falta de homologação da partilha. Legitimidade ativa da possuidora mediata, garantida com a partilha, para fazer uso dos interditos, inclusive embargos de terceiro” (STJ, REsp 426.239/RS, 2. Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.05.2004, DJ 28.06.2004, p. 230).

Sem prejuízo de outros comandos, o que parece gerar maiores repercussões para o direito material é o art. 73 do CPC/2015, que reconheceu a necessidade da *outorga convivencial* para as ações reais. O dispositivo ainda será analisado no presente capítulo.

Encerrando a presente introdução, anote-se que o Código Civil de 2002 deixou muitas dúvidas quanto ao instituto da união estável, especialmente no que tange à participação patrimonial, diante da falta de clareza do seu art. 1.725 (“Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”). O tema ainda será abordado neste capítulo, sem prejuízo de outros problemas criados pela atual codificação material.

5.2 CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL E SEUS REQUISITOS

Segundo o art. 1.723 do CC/2002 em vigor, “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. O dispositivo regulamenta o art. 226, § 3.º, da CF/1988. Como se nota, o conceito é o mesmo que constava da Lei 9.278/1996. A respeito dos seus requisitos, comenta o Professor Álvaro Villaça Azevedo que:

“Realmente, como um fato social, a união estável é tão exposta ao público como o casamento, em que os companheiros são conhecidos, no local em que vivem, nos meios sociais, principalmente de sua comunidade, junto aos fornecedores de produtos e serviços, apresentando-se, enfim, como se casados fossem. Diz o povo, em sua linguagem autêntica, que só falta aos companheiros ‘o papel passado’. Essa convivência, como no casamento, existe com continuidade; os companheiros não só se visitam, mas vivem juntos, participam um da vida do outro, sem termo marcado para se separarem” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários...*, 2003, p. 255).

Como reconhece o próprio Professor Villaça, a lei não exige prazo mínimo para a sua constituição, sendo certo que o aplicador do direito deve analisar as circunstâncias do caso concreto para apontar a sua existência ou não.

Os requisitos, nesse contexto, são que a união seja pública (no sentido de notoriedade, não podendo ser oculta, clandestina), contínua (sem que haja interrupções, sem o famoso “dar um tempo” que é tão comum no namoro) e duradoura, além do objetivo de os companheiros ou conviventes de estabelecerem uma verdadeira família (*animus familiae*).

Para a configuração dessa intenção de família, entram em cena o tratamento dos companheiros (*tractatus*), bem como o reconhecimento social de seu estado (*reputatio*). Nota-se, assim, a utilização dos clássicos critérios para a configuração da posse de estado de casados também para a união estável.

Em tom didático, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho apresentar

elementos caracterizadores essenciais e elementos caracterizadores acidentais para a união estável. Entre os primeiros estão a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. Como elementos acidentais, destacam o tempo, a prole e a coabitação (*Novo Curso...*, p. 429-436).

Como se nota, os elementos essenciais são totalmente subjetivos, razão pela qual se acredita existir uma verdadeira *cláusula geral* para a constituição da união estável. A lei não exige que os companheiros residam sob o mesmo teto, uma vez que continua em vigor a Súmula 382 do STF, na linha do que antes foi exposto. Assim, conforme se extrai de ementa do Superior Tribunal de Justiça, “A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito” (STJ, REsp 1.194.059/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda j. 06.11.2012, *DJe* 14.11.2012). No mesmo sentido, estabelece a premissa número 2, publicada na Edição n. 50 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, que “a coabitação não é elemento indispensável à caracterização da união estável”.

Em complemento, não há qualquer requisito formal obrigatório para que a união estável reste configurada, como a necessidade de elaboração de uma escritura pública entre as partes ou de uma decisão judicial de reconhecimento. A propósito, em importante precedente, entendeu o Ministro Luís Roberto Barroso, do STF, que “não constitui requisito legal para concessão de pensão por morte à companheira que a união estável seja declarada judicialmente, mesmo que vigente formalmente o casamento, de modo que não é dado à Administração Pública negar o benefício com base neste fundamento. (...). Embora uma decisão judicial pudesse conferir maior segurança jurídica, não se deve obrigar alguém a ir ao Judiciário desnecessariamente, por mera conveniência administrativa. O companheiro já enfrenta uma série de obstáculos decorrentes da informalidade de sua situação. Se ao final a prova produzida é idônea, não há como deixar de reconhecer a união estável e os direitos daí decorrentes” (STF, Mandado de Segurança 330.008, Distrito Federal

03.05.2016).

Justamente por isso, tem variado muito a jurisprudência no enquadramento da união estável. Vejamos algumas experiências jurisprudenciais nesse sentido.

Como primeiro exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a caracterização da união estável no caso em que duas pessoas namoravam há cerca de oito anos, mas que não chegaram a constituir família. O relator do processo entendeu pela inexistência da união estável nos seguintes termos:

“No caso em apreço, restou incontroversa – o próprio réu/embargado não nega – a existência do relacionamento amoroso público, contínuo e duradouro mantido entre as partes. Contudo, faltou um requisito essencial para caracterizá-lo como união estável: inexistiu o objetivo de constituir família. Com efeito, durante os longos anos de namoro mantido entre os litigantes, eles sempre mantiveram vidas próprias e independentes. Realizaram várias viagens juntos, comemoraram datas festivas e familiares, participavam de festas sociais e entre amigos, a autora realizava compras para a residência do réu – pagas por ele –, às vezes ela levava o carro dele para lavar, e consta que ela gozou licença-prêmio para auxiliar o namorado num momento de doença. Contudo, ainda que o relacionamento amoroso tenha ocorrido nesses moldes, nunca tiveram objetivo de constituir família. Isso porque, ainda que ambos fossem livres e desimpedidos – ela solteira e ele separado – permaneceram administrando separadamente suas vidas. Embora a embargante auxiliasse o embargado realizando, às vezes, tarefas que o ajudavam na administração da casa dele, como, por exemplo, fazer compras no supermercado, até tais compras eram pagas separadamente: ela pagava as dela, e as dele eram por ele pagas” (TJRS, Processo 70008361990, 4.º Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decisão de 13.08.2004).

Na esteira do que consta do último julgado, o intuito de constituição de família é que diferencia cabalmente o namoro da união estável. Conforme destacado por José Fernando Simão, em edições anteriores desta obra, se há um projeto futuro de

constituição de família, estamos diante de namoro. Se há uma família já constituída, com ou sem filhos, há uma união estável. Tais lições têm sido seguidas por alguns magistrados (TJES, Apelação Cível 0024444-19.2010.8.08.0012, 1.^a Câmara Cível Rel. Des. Arnaldo Santos Souza, j. 23.10.2012, *DJES* 05.11.2012).

No mesmo sentido, o Tribunal do Rio Grande do Sul vem entendendo que o mero namoro longo, em que não há o objetivo de constituição de família, não constitui união estável:

“Embargos infringentes. União estável. Caracterização de namoro. O namoro, embora público, duradouro e continuado, não caracteriza união estável se nunca objetivaram os litigantes constituir família” (TJRS, Processo 70008361990, Montenegro, 4.^o Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Juiz José Ataídes Siqueira Trindade, 13.08.2004).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também seguiu essa linha de raciocínio para afastar a união estável:

“Embargos de declaração conhecidos como agravo inominado. Reconhecimento. Namoro. Ausência da aparência de casamento. 1. União estável é a união entre um homem e uma mulher na forma livre em relacionamento público, duradouro e contínuo com o objetivo de constituição de família. Esse é o espírito das leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Exige-se dos companheiros, tal como no casamento, lealdade, fidelidade e assistência mútua. 2. Compulsando os autos, constata-se do depoimento da autora, que seu namoro com o *de cujus* durou oito anos, até o casamento, em 2003, e que ambos, durante esse período, moravam com seus respectivos pais, nunca tendo morado juntos. 3. Verifica-se que a demandante não contribuiu financeiramente para a aquisição de kombi, caminhão e da autonomia de táxi, além de não ter tido despesas pagas pelo falecido, pois afirmou que seu dinheiro era para ela mesma e sua família, concluindo-se, daí, não ter havido, antes do casamento, a mútua assistência. 4. Confessa ainda em seu

depoimento, que sempre acabava sabendo de alguma infidelidade do *de cujus*, conduta essa confirmada pelos depoimentos das testemunhas trazidas pelos réus. 5. Ademais, apesar da inexistência de coabitação, percebe-se que não há qualquer indício de que o *de cujus* reconhecia a autora como companheira, ou seja, faltava o *animus* de viverem como marido e mulher, não havendo, no namoro entre a autora e o falecido a necessária aparência de casamento configuradora da união estável. Precedentes do STJ e deste Tribunal de Justiça. 6. Negado provimento ao recurso” (TJSP, Apelação Cível 2007.001.65224, 14.^a Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Paes, j. 27.02.2008).

Não tem sido outra a conclusão do Tribunal de Justiça de São Paulo merecendo destaque a decisão que excluiu a união estável, pois um não participava da vida cotidiana do outro:

“Reconhecimento e dissolução de união estável. Improcedência. Adequação. Relacionamento amoroso que constituiu namoro, com mera projeção para a vida em comum. Recurso improvido. Embora a apelante tenha contraído empréstimos, ao que tudo indica, para auxiliar o apelado, dando-se a aquisição e venda de imóvel por eles adquirido, o relacionamento constituiu mero namoro, sem configurar união estável, uma vez que, apesar do longo tempo em que estiveram juntos, não se aperfeiçoou o requisito da configuração de família, nem tampouco os de mútua assistência e lealdade. A autora não participava do cotidiano do outro, a afastar, pois, o reconhecimento de sua tese, não havendo nos autos nenhuma foto do relacionamento do casal, nenhum dado objetivo a permitir o reconhecimento de união estável” (TJSP, Apelação com revisão 591.772.4/3, Acórdão 3696215, São Paulo, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 23.06.2009, DJESP 17.07.2009).

Podem ser encontradas decisões que utilizam o termo *namoro qualificado* para denotar o namoro longo, em que não há a presença dos requisitos familiares de uma

união estável. Assim, do Superior Tribunal de Justiça, as seguintes conclusões: “na relação de namoro qualificado os namorados não assumem a condição de conviventes porque assim não desejam, são livres e desimpedidos, mas não tencionam naquele momento ou com aquela pessoa formar uma entidade familiar. Nem por isso vão querer se manter refugiados, já que buscam um no outro a companhia alheia para festas e viagens, acabam até conhecendo um a família do outro, posando para fotografias em festas, pernoitando um na casa do outro com frequência, ou seja, mantêm verdadeira convivência amorosa, porém, sem objetivo de constituir família”. O aresto aponta a necessidade da intenção de constituição de família, o *animus familiae*, como fundamento essencial para a união estável:

“A configuração da união estável é ditada pela confluência dos parâmetros expressamente declinados, hoje, no art. 1.723 do CC/2002, que tem elementos objetivos descritos na norma: convivência pública, sua continuidade e razoável duração, e um elemento subjetivo: o desejo de constituição de família. A congruência de todos os fatores objetivos descritos na norma, não levam, necessariamente, à conclusão sobre a existência de união estável, mas tão somente informam a existência de um relacionamento entre as partes. O desejo de constituir uma família, por seu turno, é essencial para a caracterização da união estável pois distingue um relacionamento, dando-lhe a marca da união estável, ante outros tantos que, embora públicos, duradouros e não raras vezes com prole, não têm o escopo de serem família, porque assim não quiseram seus atores principais” (STJ, REsp 1.263.015/RN, 3.^a Turma Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 19.06.2012, *DJe* 26.06.2012).

Ou, mais recentemente, do mesmo Tribunal da Cidadania, merecendo destaque o seguinte trecho, pela clareza:

“O propósito de constituir família, alçado pela lei de regência como requisito essencial à constituição da união estável – a distinguir, inclusive, esta entidade familiar do denominado ‘namoro qualificado’ –, não

consubstancia mera proclamação, para o futuro, da intenção de constituir uma família. É mais abrangente. Esta deve se afigurar presente durante toda a convivência, a partir do efetivo compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material entre os companheiros. É dizer: a família deve, de fato, restar constituída. Tampouco a coabitação, por si, evidencia a constituição de uma união estável (ainda que possa vir a constituir, no mais das vezes, um relevante indício), especialmente se considerada a particularidade dos autos, em que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, pelo estudo) foram, em momentos distintos, para o exterior, e, como namorados que eram, não hesitaram em residir conjuntamente. Este comportamento, é certo, revela-se absolutamente usual nos tempos atuais, impondo-se ao Direito, longe das críticas e dos estigmas, adequar-se à realidade social” (STJ, REsp 1.454.643/ RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Marc Aurélio Bellizze, j. 03.03.2015, *DJe* 10.03.2015).

No âmbito da doutrina, a expressão *namoro qualificado* foi cunhada, entre outros, por Zeno Veloso. Em obra recentemente publicada, ensina o Mestre que “os namorados, por mais profundo que seja o envolvimento deles, não desejam e não querem – ou ainda não querem – constituir uma família, estabelecer uma entidade familiar, conviver numa comunhão de vida, no nível de que os antigos chamavam de *affectio maritalis*”. E mais, quanto aos efeitos, “ao contrário da união estável, tratando-se de namoro – mesmo o tal namoro qualificado – não há direitos e deveres jurídicos, mormente de ordem patrimonial entre os namorados. Não há, portanto, que falar-se em regime de bens, alimentos, pensão, partilhas, direitos sucessórios, por exemplo” (VELOSO, Zeno. *União..., Direito civil...*, 2018, p. 314).

Sem prejuízo da diferenciação em relação ao namoro, a união estável, por igual fundamento, não se confunde com o noivado. Na linha do que outrora foi exposto, na união estável a família é presente; no noivado a família é futura, havendo um planejamento para sua concretização em posterior momento. Com interessante teor, vejamos decisão do Tribunal Gaúcho, a ilustrar:

“União estável. Pressupostos. *Affectio maritalis*. Coabitação. Publicidade da relação. 1. Não constitui união estável o relacionamento entretido sem a intenção clara de constituir um núcleo familiar. 2. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e indica uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*. 3. Independente de terem as partes um filho comum, jamais formaram um núcleo familiar, onde as partes coabitassem e vivessem como uma verdadeira família. 4. No caso em questão, o recorrido mora nos Estados Unidos e a recorrida no Brasil, sendo que o relacionamento não superou o estágio do noivado, com uma coabitação aproximada de duas semanas, depois de prolongado namoro à distância. 5. Não ficando comprovada a existência de um relacionamento duradouro, com coabitação, *affectio maritalis* e intenção de constituir família, não restou configurada a pretendida união estável. Recurso desprovido” (TJRS Apelação Cível 389690-40.2012.8.21.7000, Campo Bom, 7.^a Câmara Cível Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 12.12.2012, *DJERS* 18.12.2012).

Ressalve-se que este autor prefere a utilização da expressão *animus familiae* do que o termo *affectio maritalis*, justamente para diferenciar a união estável do casamento, institutos que são distintos, conforme ora se destacou.

Mencione-se, como última ilustração jurisprudencial e citando esta obra, acórdão de 2018 do STJ que afastou a existência de união estável quanto à data gravada nas alianças. A prova construída demonstrava divergência quanto ao início do relacionamento, tendo o Tribunal, afastado a primeira data e levado em conta o início da gravidez da companheira, pois a partir daí restou configurada a intenção de constituir família no feito. Nos seus exatos termos: “embora a identificação do momento preciso em que se configura a união estável, deve se examinar a presença cumulativa dos requisitos de convivência pública (união não oculta da sociedade), de continuidade (ausência de interrupções), de durabilidade e a presença do objetivo de estabelecer família, nas perspectivas subjetiva (tratamento familiar entre os próprios

companheiros) e objetiva (reconhecimento social acerca da existência do ente familiar)”.

E mais: “na hipótese, deve ser afastada a data gravada nas alianças do casal – 25/08/2002 – como termo inicial da união estável, eis que ausente o requisito da convivência pública e diante da ausência de prova da específica simbologia representada pelas referidas alianças, como também deve ser afastada a data de nascimento do filho primogênito – 18/06/2004 – como termo inicial da convivência, eis que produzida prova suficiente de que os requisitos configuradores da união estável estavam presentes em momento anterior. Os elementos de prova colhidos nos graus de jurisdição, interpretados à luz das máximas de experiência e da observação do modo pelo qual os fatos normalmente se desenvolvem, somada a existência de coabitação entre as partes desde fevereiro de 2003, mantida ao tempo da descoberta da gravidez, ocorrida em 24/10/2003, do primeiro filho do casal, permitem estabelecer essa data como o momento temporal em que a união estável havida entre as partes ficou plenamente configurada” (STJ, REsp 1.678.437/RJ, 3.ªTurma, Rel Min. Nancy Andrighi, j. 21.08.2018, *DJe* 24.08.2018).

Por fim, a respeito de institutos próximos à convivência, são relevantes as palavras de Euclides de Oliveira, para quem “aparta-se desse modelo de união estável a convivência de homem e mulher que não se revista de verdadeiro intuito de formar uma família, como se dá na chamada ‘relação aberta’, que se caracteriza por um envolvimento amoroso e certo grau de companheirismo por interesse e convivências sociais, mas sem o elo essencial de uma efetiva vida em comum entre os supostos amantes, dada a inexistência de um compromisso mais sério” (OLIVEIRA Euclides. *União...*, 2003, p. 135). O jurista parece mencionar os “ficantes”, que vivem uma “amizade colorida”, com eventuais contatos afetivos e sexuais.

Superados esses aspectos diferenciadores, o Código Civil de 2002 traz uma inovação no § 1.º, do art. 1.723, ao estabelecer que: “A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente”.

De início, percebe-se que o dispositivo determina a aplicação dos impedimentos do casamento também para a união estável, de forma expressa. Desse

modo, não haverá união estável se presentes os impedimentos decorrentes de parentesco ou de crime, na linha do que consta do art. 1.521, incs. I a V e VII, do CC/2002. A título ilustrativo, não é possível a convivência familiar entre ascendentes e descendentes, entre irmãos unilaterais ou bilaterais e entre afins em linha reta (sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrastra e enteado).

Porém, há uma exceção, pois a norma reconhece a possibilidade de o separado de fato ou separado judicialmente constituir união estável com terceiro. Em outras palavras, o Código Civil de 2002 passou a admitir que a pessoa casada, desde que separada, de fato ou judicialmente, constitua união estável com terceiro. Diante da entrada em vigor da Lei 11.441/2007, que consagrou a separação jurídica extrajudicial, deve ficar claro que o separado extrajudicialmente, do mesmo modo, pode constituir união estável. Insta verificar que o legislador não percebeu tal hipótese legal ao instituir a separação por escritura pública, devendo, assim, ser lido o art. 1.723, § 1.º, do CC/2002, de modo a incluir o separado extrajudicialmente. Vale lembrar, em complemento, que a separação extrajudicial também está tratada pelo Novo Código de Processo Civil (art. 733). Em suma, não faz sentido ser possível ao separado de fato constituir uma união estável e ao separado extrajudicialmente não.

Todavia, diante da Emenda Constitucional 66/2010, que retirou do sistema a separação jurídica, o panorama mudou. Para os novos relacionamentos apenas tem relevância a premissa de que o separado de fato pode constituir uma união estável.

A menção ao separado judicialmente e a situação do separado extrajudicialmente têm pertinência apenas para os relacionamentos anteriores, existentes a partir da vigência do Código Civil de 2002 até entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*, o que ocorreu em 13 de julho de 2010. E tais relacionamentos podem abranger pessoas separadas juridicamente. Cabe reafirmar, mais uma vez, que essa posição é mantida mesmo diante do fato de ter o Novo CPC tratado da separação de direito ou jurídica em vários de seus comandos. Ilustrando, se alguém, separado judicialmente ou extrajudicialmente, constituiu uma convivência com outrem desde o ano de 2008, tal relacionamento pode ser tido como união estável.

De toda sorte, anote-se que a questão sobre a viabilidade da norma do art. 1.723, § 1.º, do CC/2002 sempre dividiu a doutrina, eis que alguns estudiosos

entendem que a regra está incentivando situações de confusão patrimonial. Isso porque, em muitos casos, não haverá como apontar se determinado bem foi adquirido na constância do casamento ou da suposta união estável.

Maria Helena Diniz, por exemplo, entende que, em situações tais, o separado de fato não constituiria uma união estável, mas uma sociedade de fato, aduzindo que “como poderia o ilícito (adultério) acarretar direitos e obrigações, se a ele só de deveriam impor sanções? Por isso, poder-se-ia, entendemos, admitir a essa união algum efeito como *sociedade de fato* e não como união estável, ante o princípio de que se deve evitar o locupletamento indevido” (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 22. ed., 2007, v. 5, p. 368).

Apesar desse esforço de crítica, vale dizer que a norma está em vigor e tem grande amplitude social. Seguindo as lições de Álvaro Villaça Azevedo, a inovação pode ser vista com bons olhos, pois antepõe direitos existenciais a direitos patrimoniais. Sustenta o Professor Villaça que:

“No Brasil, é situação notória, admitida, atualmente, pela própria sociedade, a existência de novas uniões familiares por pessoas separadas de fato, que, certamente, estariam desprotegidas, se fosse editado esse texto projetado. Com isso, estaríamos retrocedendo na história e fazendo voltar as injustiças do passado, principalmente contra a mulher brasileira, em agressão ao próprio direito natural. Não se pode legislar contra a realidade social” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários...*, 2003, p. 258).

O professor das Arcadas faz referência a um projeto de lei que tramitou no Congresso Nacional e que pretendia afastar essa regra agora em vigência. Consigne-se que também comungava desse mesmo entendimento, elogiando a nova previsão, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Alberto Menezes Direito (*Da união...*, 2003, p. 1.281).

Em verdade, este autor chegou a pensar como Maria Helena Diniz, nos anos iniciais de sua atuação como professor, cursando o mestrado na PUCSP, sob a sua orientação. Todavia, nos anos seguintes, por influência das lições de Villaça e dos

membros do IBDFAM, passou a concluir de forma diversa. Isso porque é comum no Brasil o desfazimento do vínculo matrimonial apenas no aspecto material, e não formalmente. Como se afirma nos meios populares, o *brasileiro larga, não divorcia*, até por falta de informações e esclarecimento. Nessa realidade, não se pode deixar *na penumbra* as situações de separação de fato, em que o separado passa a viver com outrem com claro intuito de constituição de família. Em resumo, a inovação introduzida pelo art. 1.723, § 1.º, do CC/2002 veio em boa hora.

Quanto ao Projeto de Lei 699/2011, antigo PL 6.960/2002, percebe-se que a intenção é manter a inovação. O antigo Projeto Ricardo Fiuza não traz qualquer modificação quanto à situação descrita no § 1.º do art. 1.723 do Código Civil. Na verdade, a proposta de mudança para o art. 1.727 da codificação material somente vem reforçar a inovação aqui combatida, conforme será exposto.

De toda sorte, a nova norma traz grandes desafios aos aplicadores do Direito, inclusive a respeito do direito sucessório do cônjuge e do companheiro, conforme exposto no próximo volume desta coleção, que trata do Direito das Sucessões.

De qualquer forma, consigne-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vinha entendendo, antes mesmo da entrada em vigor do Código Civil de 2002, pela possibilidade de o separado de fato constituir união estável com terceiros:

“Apelação cível. União estável. Duração. Partilha de bens. A mera separação de fato serve como um dos requisitos para a caracterização da união estável de pessoa casada, mesmo quando da vigência do CC/1916, tal encontrando amparo na doutrina e na jurisprudência então dominante. Os bens adquiridos, onerosamente, na constância da união hão de ser partilhados entre os conviventes, excepcionada a sua aquisição através do produto obtido por meio de bens particulares. A sub-rogação, por sua natureza, não se presume, deve ficar sobejamente comprovada. Pagamento parcial de bem imóvel com verba oriunda de FGTS exclui da partilha a fração do bem representada por tal valor. Fração do imóvel, que adquirida por meio de pagamento através de cheque originário de empréstimo obtido com familiar de um dos conviventes, é partilhável entre estes, eis que, pela ausência de prova contrária, se presume

o adimplemento de tal débito na vigência da união. Revogação do pagamento das custas processuais” (TJRS, Processo 70008690844, Bagé, 8.^a Câmara Cível, Rel. Juíza Catarina Rita Krieger Martins, 01.07.2004).

Aplicando a nova norma relativa à união estável do separado de fato, em complemento, cumpre colacionar as seguintes ementas:

“União estável. Reconhecimento de companheiro que era separado de fato da ex-mulher. Prova segura e convincente do relacionamento por quase vinte anos em cidade diversa da que mora a ex-mulher e filhos. Participação do companheiro em eventos festivos dos filhos e boa convivência com a ex-mulher que não impedem o reconhecimento da união estável. Procedência bem determinada pela r. sentença. Agravo retido e apelo improvidos” (TJSP, Apelação Cível 671.176.4/6, Acórdão 4122479, Santos, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 1.^o.10.2009, *DJESP* 27.10.2009).

“Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Companheiro separado de fato de sua esposa. Sentença que reconheceu a união estável do casal, a partir do nascimento do primeiro dos três filhos do casal, determinou a partilha de bens, cabendo à companheira 20% do imóvel. Recurso desprovidos, com observação” (TJSP, Apelação Cível 616.066.4/1, Acórdão 3576447, São José dos Campos, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 02.04.2009, *DJESP* 03.06.2009).

Ainda no âmbito da prática jurisprudencial, sobre o sentido do art. 1.723, § 1.^o, do Código Civil, vale destacar a afirmação número 5, publicada na Edição n. 50 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ, *in verbis*: “a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados”.

Para fundamentar a tese, são citados os seguintes precedentes do Tribunal da Cidadania, cujos fatos podem ser consultados, para uma maior compreensão do

sentido do texto legal: AgRg nos EDcl. no AgRg no AREsp 710.780/ RS, 4.^a Turma Rel. Min. Raul Araújo, j. 27.10.2015, *DJE* 25.11.2015; AgRg no Ag. 1.363.270/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.11.2015, *DJE* 23.11.2015; AgRg no REsp 1.418.167/CE, 1.^a Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.03.2015, *DJE* 17.04.2015, AgRg no AREsp 597.471/RS, 2.^a Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 09.12.2014, *DJE* 15.12.2014; AgRg no REsp 1.147.046/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08.05.2014, *DJE* 26.05.2014; AgRg no REsp 1.235.648/RS 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.02.2014, *DJE* 14.02.2014; AgRg no AREsp 356.223/GO, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 24.09.2013, *DJE* 27.09.2013; e REsp 1.096.539/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.03.2012, *DJE* 25.04.2012).

Como palavras finais sobre o comando, nota-se uma aplicação crescente do seu conteúdo na prática do Direito de Família brasileiro.

Ainda no que concerne à caracterização da união estável, enuncia o art. 1.723, § 2.º, do CC que as causas suspensivas do casamento (art. 1.523 do CC) não impedem a caracterização da união estável. Essa questão tem reflexos patrimoniais a serem analisados em momento oportuno, pois as pessoas casadas em infração à causa suspensiva terão como regime a separação obrigatória de bens, surgindo grande debate quanto às consequências para a união estável.

Por fim, não se olvide que a união estável, como ato ou negócio jurídico, exige capacidade e discernimento das partes, sob pena de sua nulidade (arts. 104 e 166 do CC/2002) ou inexistência.

Nessa linha, cabe colacionar interessante decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito da questão, publicada no seu *Informativo* n. 469, do ano de 2011:

“União estável. Insanidade. Companheiro. A Turma negou provimento ao REsp em que se buscava o reconhecimento de união estável. Anote-se que as instâncias ordinárias afirmaram que o companheiro, à época do relacionamento, estava acometido de insanidade mental. Argumentou-se que, se o enfermo mental não tem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, I, do CC/2002), também não poderia contrair núpcias sob

pena de nulidade e, pela mesma razão, não poderia conviver em união estável – a qual, nessa hipótese, inclusive, jamais poderia ser convertida em casamento. Por outro lado, observa o Min. Relator que a adoção de entendimento diverso contrariaria a própria CF, cujo art. 226, § 5.º, é expresso em determinar que o próprio Estado protege a união estável como entidade familiar e facilita sua conversão em casamento. Isso porque a tutela ao núcleo familiar não é um fim em si mesma, mas seria instrumento de salvaguarda dos membros que compõem o núcleo familiar. Observa que, nesse raciocínio, o CC/2002, no art. 1.723, reconheceu como entidade familiar a união estável entre homem e mulher civilmente capazes, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e constitutiva de família. Todavia, explica que não basta a presença desses requisitos para caracterização da união estável, porquanto a própria lei estabelece, de igual modo, os requisitos negativos (§ 1.º do citado artigo) que, no caso, impedem a formação de união estável. Assevera que a lei civil exige como requisito de validade, tanto dos negócios jurídicos quanto dos atos jurídicos, naquilo que couber, a capacidade civil (arts. 104 e 166 c/c 185, todos do CC/2002). Assim, quer se considere a união estável um negócio jurídico ou um ato jurídico, a higidez mental, no entender do Min. Relator, é requisito essencial ao seu reconhecimento. Destaca que essa convivência também produz efeitos patrimoniais (art. 1.725 do CC/2002), consequentemente não seria só pela impossibilidade de constatar o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável. Por isso, entende que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob o vínculo de união estável. Precedentes citados: REsp 1.157.273/RN, *DJe* 07.06.2010, e REsp 186.013/SP, *DJ* 08.03.2004” (STJ, REsp 1.201.462/MG, Rel. Min. Massar Uyeda, j. 14.04.2011).

Todavia, cabe ressaltar que essa ementa mereceria um novo dimensionamento, se julgado a partir do ano de 2016. Isso porque, como visto, o Estatuto da Pessoa cor

Deficiência – Lei 13.146/2015 –, alterou os arts. 3.º e 4.º do Código Civil, passando a expressar que somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos.

Em complemento, foi revogado o inc. I do art. 1.548 do Código Civil, que previa a nulidade do casamento do enfermo e doente mental, sem discernimento para a prática dos atos da vida civil. Muito ao contrário, o art. 6.º do Estatuto consagra a capacidade plena das pessoas com deficiência para os atos existenciais familiares, inclusive para se casar ou constituir união estável (inciso I). Assim, a união estável estabelecida por tais pessoas é plenamente válida, na contramão do aresto transcrito.

Ademais, insta verificar que um menor de dezesseis anos – assim como ocorre com o casamento – não poderá constituir uma união estável. Pontue-se que o Superior Tribunal de Justiça vem aplicando tal dedução a fim de afastar a tese de extinção da punibilidade penal por estupro em casos tais (STJ, HC 170.030/PR, 5.ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 28.08.2012, *DJE* 05.09.2012; e STJ, HC 85.604/SP, 5.ª Turma Rel. Min. Felix Fischer, j. 18.11.2008, *DJE* 15.12.2008). Na mesma esteira, aplicando a mesma regra do art. 1.517 do CC/2002 para a união estável, do Tribunal Catarinense:

“Apelação cível. Ação de reconhecimento de união estável. Instituto equiparado, por analogia, ao casamento. Convivente menor de idade ao tempo da união. Ausência de idade núbil. Aplicação do art. 1.517, do Código Civil. Impossibilidade jurídica do pedido. Recurso conhecido e desprovido. I. Primeiramente, a Lei n.º 9.278/1996 reconheceu a união estável e disciplinou os direitos e deveres dos companheiros perante a entidade familiar, bem como os direitos patrimoniais e sucessórios advindos dessa espécie de relacionamento. Contudo, omissa a aludida Lei acerca dos requisitos necessários a sua efetivação, aplicáveis, por analogia, as disposições contidas no Código Civil que regulamentam o casamento, por se tratar de institutos jurídicos que se equiparam, em que pese distintos (art. 226, § 3.º, CF). III Consoante disposição contida no art. 1.517 do Código Civil, podem casar o homem e a mulher com dezesseis anos, exigida a autorização dos pais ou representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil. Todavia,

ausente idade núbil mínima exigida pela legislação, não há falar em casamento ou reconhecimento da união estável, por impossibilidade jurídica do pedido” (TJSC, Apelação Cível 2008.007832-0, Criciúma, 1.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. 02.05.2011, *DJSC* 31.05.2011, p. 114).

Superado o presente tópico com essas intrincadas discussões a respeito dos requisitos para a configuração da união estável, parte-se ao estudo das diferenças entre a união estável e o concubinato.

5.3 DIFERENÇAS ENTRE UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO A QUESTÃO DAS UNIÕES ESTÁVEIS PLÚRIMAS E PARALELAS. A MONOGAMIA COMO PRINCÍPIO DA UNIÃO ESTÁVEL

Neste ponto do trabalho, é preciso distinguir os conceitos de união estável e concubinato, o que em muito confunde o aplicador do Direito. Para esse esclarecimento, serão utilizados os ensinamentos que foram transmitidos ao autor deste livro pelo Professor Álvaro Villaça Azevedo, um dos maiores especialistas do tema em nosso país, no curso de graduação na Faculdade de Direito da USP. O tema será incrementado com o pensamento de outros juristas, especialmente os que compõem o Instituto Brasileiro de Direito de Família.

Apesar de superada uma década, os conceitos ainda são atuais, visando a uma elucidação didática, o que justifica a sua permanência nesta obra, para os devidos fins de esclarecimento.

Como é notório, por muito tempo se utilizou a expressão *concubinato* como sinônima de *união estável*. Assim, a concubina seria a companheira. Porém, não se pode fazer tal confusão, principalmente no que diz respeito à pessoa que vive em união estável. Em suma, em hipótese alguma o aplicador do direito poderá confundir as duas denominações, sob pena de conclusões totalmente equivocadas. Na verdade, aqueles que utilizam os termos concubinato e união estável como expressões

sinônimas estão desatualizados desde a Constituição Federal de 1988.

Pois bem, utilizando as antigas lições de Álvaro Villaça, pode-se dizer que o concubinato em sentido amplo ou *lato sensu* pode ser subclassificado em outros dois conceitos, a seguir expostos de forma pontual:

a) Concubinato puro.

Tratar-se-ia da união estável, hipótese em que os companheiros são viúvos, solteiros, divorciados ou separados de fato, judicial ou extrajudicialmente; desde que preenchidos os demais requisitos caracterizadores da entidade familiar em debate. Em relação à separação jurídica ou de direito, repise-se que, diante da *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010), somente têm pertinência as situações dos relacionamentos anteriores e das pessoas já separadas antes da sua entrada em vigor.

A competência para apreciar as questões envolvendo a união estável é da Vara da Família. A ação correspondente deve ser denominada *ação de reconhecimento e dissolução de união estável*, seguindo, na vigência do CPC/1973, o rito ordinário. No Novo CPC, deve seguir as regras especiais previstas para as ações de Direito de Família, entre os arts. 693 a 699. Conforme o primeiro dispositivo instrumental citado, tais normas específicas aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Como se nota, há aqui mais uma equiparação, no que diz respeito aos procedimentos, entre a união estável e o casamento.

Incrementando essa tendência ao acordo e ao diálogo, preceitua o art. 695 do Novo Código de Processo Civil que, recebida a petição inicial, em todas as demandas citadas, e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação.

O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo (art. 695, § 1.º, do CPC/2015).

Frise-se que o objetivo do mandado desacompanhado da exordial, sem a contrafé, é não *inflamar* ainda mais os ânimos do réu, dentro da ideia de *cultura de*

paz. Todavia, reafirme-se que essa falta de comunicação, na opinião deste autor, pode aumentar o conflito, especialmente se o réu se sentir surpreendido pela ação judicial. Além disso, parece existir uma contrariedade ao dever de informação, corolário da boa-fé objetiva, que é um dos princípios do Novo CPC, retirado dos seus arts. 5.º e 6.º. Reafirmamos que parece ser dúbia a inovação e somente a prática irá demonstrar se ela veio em boa hora ou apenas para aprofundar a *cultura da guerra* geralmente notada nas ações de Direito de Família.

Com o intuito de agilização, a citação na ação de reconhecimento e dissolução de união estável ocorrerá com antecedência mínima de 15 dias da data designada para a audiência (art. 695, § 2.º, do CPC/2015). Para que não parem dúvidas de sua efetivação e diante da pessoalidade das demandas familiares, a citação será sempre feita na pessoa do réu, não se admitindo a intimação postal ou por edital (art. 695, § 3.º, do CPC/2015). Além disso, as partes deverão estar obrigatoriamente acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência de mediação ou conciliação, para que esta seja bem conduzida e orientada (art. 695, § 4.º, do CPC/2015).

Conforme o art. 696 do Novo CPC, a audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar a solução consensual. Isso, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito. A título de exemplo, as sessões de mediação não prejudicam a expedição de uma liminar para pagamento de alimentos em caso envolvendo a dissolução da união estável.

Sucessivamente, conforme o art. 697 do CPC/2015, sendo infrutífera a mediação ou a conciliação, ou seja, não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum. Consoante o mesmo preceito, deve ser observado o art. 335 do *Codex*, que trata da defesa do réu por meio da contestação.

No que diz respeito à intervenção do Ministério Público nas ações de Direito de Família, esta somente deve ocorrer quando houver interesse de incapaz, seja ele menor ou maior (art. 698 do CPC/2015). Pelo mesmo comando e nessas circunstâncias, o *parquet* sempre deverá ser ouvido previamente à homologação de

acordo. Repise-se que a norma segue a tendência prática de somente exigir a intervenção do MP quando houver interesse de incapazes, o que já era aplicado para as ações de divórcio, por regulamentação interna de muitos Ministérios Públicos Estaduais, amplamente acatada pela jurisprudência local.

Por derradeiro quanto aos procedimentos, estabelece o art. 699 do CPC/2015 que quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Ainda a propósito dessa demanda a respeito da união estável, vale a advertência de Gustavo Rene Nicolau a respeito da prova da existência da entidade familiar, eis que “não raro, a ação declaratória de reconhecimento de união estável se resolve de maneira decisiva na oitiva de testemunhas, no relato dos vizinhos, dos amigos em comum, das pessoas que trabalhavam no domicílio do casal” (NICOLAU Gustavo Rene. *União...*, 2011, p. 101).

Todavia, deve ficar consignado que não se recomenda a utilização do termo *concubinato puro*. Melhor o uso do termo união estável em razão da opção do Código Civil de 2002. O próprio Álvaro Villaça tem afirmado, em palestras e interlocuções, que é melhor não utilizar a expressão concubinato puro para denotar a união estável.

Quanto à ação correspondente, anote-se que o Superior Tribunal de Justiça admitia a ação consensual, nos moldes do que se verificava para o casamento: “União estável. Dissolução. Interesse de agir. Partilha do patrimônio comum. Ajuste consensual. 1. A união estável autoriza os parceiros a procurar, amigavelmente, o Poder Judiciário para fazer a respectiva dissolução. 2. Recurso especial conhecido e provido, por maioria” (STJ, REsp 178.262/DF, Rel. Min. Menezes Direito, j. 19.05.2005). O entendimento pode ser mantido, nos moldes do atual divórcio, como se verá a seguir. Ademais, o Novo CPC passou a tratar expressamente da escritura pública consensual de dissolução da união estável. O tema também será aprofundado mais à frente.

b) Concubinato impuro.

Na linha da classificação desenvolvida por Álvaro Villaça Azevedo, trata-se

da convivência estabelecida entre uma pessoa ou pessoas que são impedidas de casar e que não podem ter entre si uma união estável, como é o caso da pessoa casada não separada de fato, extrajudicialmente ou judicialmente, que convive com outra. Imagine-se o caso do sujeito casado que tem uma amante, havendo aqui um concubinato impuro, ou concubinato em sentido estrito (*stricto sensu*). O Professor Villaça utiliza para tal hipótese a expressão *concubinato adulterino*. Nos casos de concubinato entre pessoas que estão impedidas de casar diante de impedimentos decorrentes do parentesco, o concubinato é denominado *incestuoso*. Ainda, se a pessoa tiver outra união de fato, o concubinato é chamado de *desleal* (AZEVEDO Álvaro Villaça. *Estatuto...*, 2. ed., 2002, p. 460). Utilizando o último termo, da jurisprudência: TJMG, Apelação Cível 1.0384.05.039349-3/0021, Leopoldina, 4. Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 21.02.2008, *DJEMG* 13.03.2008.

O art. 1.727 do CC/2002 adotou essa distinção, por clara influência do *Mestre das Arcadas*, ao enunciar que: “as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, constitui concubinato”. Quando a lei faz referência ao concubinato, por óbvio que se trata do concubinato impuro. Por isso, melhor a utilização do vocábulo *concubinato* sem qualquer adjetivação, como tem afirmado o próprio jurista. Em resumo, estará caracterizado o concubinato nas seguintes hipóteses:

- Se um ou ambos os concubinos forem casados não separados (de fato, extrajudicial ou judicialmente) – art. 1.521, VI, com exceção da previsão do art. 1.723, § 1.º, do CC. Cumpre lembrar, mais uma vez, que a norma deve ser lida com ressalvas, a partir da Emenda Constitucional 66/2010, no sentido de ter sido retirada do sistema jurídico nacional a separação de direito ou jurídica, que abrange a separação judicial e a extrajudicial.
- Se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de parentesco consanguíneo (ascendentes e descendentes ou irmãos). Não se aplica o impedimento entre colaterais de terceiro grau (tios e sobrinhos), pois não há risco à prole (interpretação sistemática, à luz do Decreto-lei 3.200/1941 e do Enunciado n. 98 do CJF/STJ) – art. 1.521, I e IV, do CC.

- Se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de adoção – art. 1.521, III e V, do CC.
- Se os concubinos tiverem entre si impedimentos decorrentes de parentesco por afinidade (sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada, madrasta e enteado) – art. 1.521, II, do CC.
- Se os concubinos tiverem entre si impedimento decorrente de crime – art. 1.521, VII, do CC.

Deve ficar claro que não se trata de aplicação de tais impedimentos por analogia, o que seria vedado, pois a norma do art. 1.521 do CC/2002 é restritiva da autonomia privada. Na verdade, são os próprios arts. 1.723 e 1.727 do Código Civil que determinam a incidência dos impedimentos decorrentes do casamento com exceção, logicamente, da previsão do caso do separado de fato ou juridicamente (art. 1.723, § 1.º, do CC, com leitura atualizada pela Emenda Constitucional 66/2010) apesar da falta de previsão expressa no próprio art. 1.727 do Código Civil, conforme aqui foi apontado.

O concubinato, antigamente denominado de *impuro*, e, atualmente apenas de concubinato, não é entidade familiar, mas mera sociedade de fato. Aplica-se a Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal, tendo direito o concubino à participação nos bens adquiridos pelo esforço comum. A competência para apreciar questões envolvendo esse concubinato é da Vara Cível, não da Vara da Família, eis que não se trata de entidade familiar. A ação correspondente é denominada *ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato (rito ordinário, pelo CPC/1973; procedimento comum, pelo CPC/2015)*, nome este *que não pode ser utilizado para a ação relacionada com a união estável*.

Por óbvio que o concubino não tem direito a alimentos, direitos sucessórios ou direito à meação, uma vez que não se trata de uma entidade familiar. Nesse sentido tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

“Sociedade de fato entre concubinos. Homem casado. Dissolução judicial. Admissibilidade. É admissível a pretensão de dissolver a sociedade de fato,

embora um dos concubinos seja casado. Tal situação não impede a aplicação do princípio inscrito na Súmula 380/STF. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 5.537/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, Rel. p/ acórdão Min. Nilson Naves, j. 28.06.1991, *DJ* 09.09.1991, p. 12.196).

“Concubinato. Sociedade de fato. Direito das obrigações. 1. Segundo entendimento pretoriano, a sociedade de fato entre concubinos é, para as consequências jurídicas que lhe decorram das relações obrigacionais, irrelevante o casamento de qualquer deles, sobretudo, porque a censurabilidade do adultério não pode justificar que se locuplete com o esforço alheio, exatamente aquele que o pratica. 2. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 229.069/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 26.04.2005, *DJ* 16.05.2005, p. 351).

“Direito civil. Recurso especial. Reconhecimento e dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens e indenizatória. Arts. 513, 524, 1.177 e 1.572 do CC/1916. Ausência de prequestionamento. Súmula 356/STF Prescrição vintenária. Art. 177, 1.^a Parte, do CC/1916. Ação de natureza pessoal. Sociedade de fato. Companheiro casado. Possibilidade. Súmula 83/STJ. Dissídio pretoriano não comprovado. 2. Encontrando-se o v. acórdão impugnado em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido da possibilidade do reconhecimento e dissolução de sociedade de fato quando se tratar de pessoa casada, aplica-se a Súmula 83/STJ (cf. REsp 362.743/PB 257.115/RJ, 195.157/ES). (...) 4. Possuindo a Ação de Reconhecimento e Dissolução de Sociedade de Fato c/c Partilha de Bens e Indenizatória natureza pessoal, o prazo prescricional é de 20 (vinte) anos, a contar da ruptura da vida em comum, de acordo com o art. 177, 1.^a parte, do Código Civil de 1916. 5. Precedente (REsp 79.818/SP). 6. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 418.910/DF, 4.^a Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j. 09.11.2004, *DJ* 06.12.2004, p. 317).

Justamente para afastar dúvidas, ressalte-se que o PL 699/2011 pretende alterar o art. 1.727 do CC/2002 e introduzir outras previsões, que ficariam com a seguinte redação: “Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar e que não estejam separados de fato, constituem concubinato, aplicando-se a este, mediante comprovação da existência de sociedade de fato, as regras do contrato de sociedade. Parágrafo único. As relações meramente afetivas e sexuais, entre o homem e a mulher, não geram efeitos patrimoniais, nem existenciais”; “Art. 1.727-A As disposições contidas nos artigos anteriores (1.723 a 1.727) aplicam-se, no que couber, às uniões fáticas, de pessoas capazes, que vivam em economia comum, de forma pública e notória, desde que não contrariem as normas de ordem pública e os bons costumes”. A última proposição abriria a possibilidade de se reconhecer a união de pessoas do mesmo sexo, tema que será ainda estudado no presente capítulo.

Pois bem, a temática do concubinato e da união estável tem sido tratada amplamente, tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça. Entra em cena o debate acerca da possibilidade de reconhecimento das *famílias simultâneas* ou *paralelas*, seja a existência de duas ou mais uniões estáveis concomitantes, seja a união estável concorrendo com o casamento.

O STF analisou tal problemática no caso de um sujeito que tinha duas uniões concomitantes – um casamento e uma união estável –, em que ambas as mulheres requeriam pensão previdenciária do falecido. O interessante do caso em julgamento é que o falecido nunca se separou de fato da esposa. Assim, era casado de fato e de direito e com a esposa tinha 11 filhos; mas mantinha relação duradoura de 37 anos com outra mulher da qual nasceram nove filhos (STF, RE 397.762-8/BA, j 03.06.2008). O Relator Ministro Marco Aurélio Mello assim decidiu:

“É certo que o atual Código Civil, versa, ao contrário do anterior, de 1916, sobre a união estável, realidade a consubstanciar o núcleo familiar. Entretanto, na previsão, está excepcionada a proteção do Estado quando existente impedimento para o casamento relativamente aos integrantes da união, sendo que se um deles é casado, o estado civil deixa de ser óbice

quando verificada a separação de fato. A regra é fruto do texto constitucional e, portanto, não se pode olvidar que, ao falecer, o varão encontrava-se na chefia da família oficial, vivendo com a esposa. O que se percebe é que houve envolvimento forte (...) projetado no tempo – 37 anos – dele surgindo prole numerosa – 9 filhos – mas que não surte efeitos jurídicos ante a ilegitimidade, ante o fato de o companheiro ter mantido casamento, com quem contraíra núpcias e tivera 11 filhos. Abandone-se a tentação de implementar o que poderia ser tido como uma justiça salomônica, porquanto a segurança jurídica pressupõe respeito às balizas legais, à obediência irrestrita às balizas constitucionais. No caso, vislumbrou-se união estável, quando na verdade, verificado simples concubinato, conforme pedagogicamente previsto no art. 1.727 do CC”.

Em sentido divergente, contudo, o Ministro Carlos Ayres Brito concluiu do seguinte modo:

“Minha resposta é afirmativa para todas as perguntas. Francamente afirmativa, acrescento, porque a união estável se define por exclusão do casamento civil e da formação da família monoparental. É o que sobra dessas duas formatações, de modo a constituir uma terceira via: o *tertium genus* do companheirismo, abarcante assim dos casais desimpedidos para o casamento civil, ou, reversamente, ainda sem condições jurídicas para tanto. Daí ela própria, Constituição, falar explicitamente de ‘cônjuge ou companheiro’ no inciso V do seu art. 201, a propósito do direito a pensão por parte de segurado da previdência social geral. ‘Companheiro’ como situação jurídico-ativa de quem mantinha com o segurado falecido uma relação doméstica de franca estabilidade (‘união estável’). Sem essa palavra azeda, feia, discriminadora, preconceituosa, do *concubinato*. Estou a dizer: não há concubinos para a Lei Mais Alta do nosso país, porém casais em situação de companheirismo. Até porque o concubinato implicaria discriminar os eventuais filhos do casal, que passariam a ser rotulados de ‘filhos concubinários’. Designação pejorativa,

essa, incontornavelmente agressora do enunciado constitucional de que ‘Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’ (§ 6.º do art. 227, *negritos à parte*). 13. Com efeito, à luz do Direito Constitucional brasileiro o que importa é a formação em si de um novo e duradouro núcleo doméstico. A concreta disposição do casal para construir um lar com um subjetivo ânimo de permanência que o tempo objetivamente confirma. Isto é família, pouco importando se um dos parceiros mantém uma concomitante relação sentimental *a-dois*. No que *andou bem* a nossa Lei Maior, ajuízo, pois ao Direito não é dado sentir ciúmes pela parte supostamente traída, sabido que esse órgão chamado coração ‘*é terra que ninguém nunca pisou*’. Ele, coração humano, a se integrar num contexto empírico da mais entranhada privacidade, perante a qual o Ordenamento Jurídico somente pode atuar como instância protetiva. Não censura ou por qualquer modo embaraçante (...) 17. No caso dos presentes autos, o acórdão de que se recorre tem lastro factual comprobatório da estabilidade da relação de companheirismo que mantinha a parte recorrida com o *de cujus*, então segurado da previdência social. Relação amorosa de que resultou filiação e que fez da companheira uma dependente econômica do seu então parceiro, de modo a atrair para a resolução deste litígio o § 3.º do art. 226 da Constituição Federal. Pelo que, também desconsiderando a relação de casamento civil que o então segurado mantinha com outra mulher, perfilho o entendimento da Corte Estadual para desprover, como efetivamente desprovejo, o excepcional apelo. O que faço com as vênias de estilo ao relator do feito, ministro Marco Aurélio”.

Os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ricardo Lewandowski acompanharam o relator, sendo que essa orientação prevaleceu. Com o devido respeito aos Ilustres Julgadores, o Ministro Ayres Brito, na situação descrita, parece ter razão.

Certamente, a esposa sabia do relacionamento paralelo, aceitando-o por anos a

fio. Sendo assim, deve, do mesmo modo, aceitar a partilha dos direitos com a concubina, que deve ser tratada, no caso em análise, como companheira. Pode até ser invocada a aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao Direito de Família, notadamente da máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*). Ora, o comportamento contraditório está claro, uma vez que a esposa aceitou socialmente o relacionamento paralelo do marido. Sendo assim, igualmente deve concordar com a divisão de seus direitos em relação à outra mulher.

No que concerne ao Superior Tribunal de Justiça, igualmente tem-se entendido pela impossibilidade do reconhecimento do paralelismo da união estável com o casamento, devendo a relação não oficial ser tratada como mero concubinato. A título de exemplo, a ilustrar:

“Civil e processual civil. Recurso especial. Preliminares de ilegitimidade passiva, inépcia da inicial e impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Ação de reconhecimento de união estável, sociedade de fato ou concubinato. Partilha de pensão previdenciária. Servidor público casado. Impossibilidade. Recurso especial provido. 1. Inexistindo vedação normativa explícita a que a concubina peça, em juízo, o reconhecimento jurídico de uma determinada situação para fins de recebimento de pensão previdenciária, a impossibilidade jurídica do pedido aventada pelo recorrente há de ser afastada. 2. Em princípio, a viúva titular da pensão previdenciária deixada pelo marido é parte legítima para figurar no polo passivo de ação movida pela concubina, visando o rateio da verba. 3. Não se declara a nulidade do processo por ausência de intimação do órgão previdenciário, quando o mérito é decidido favoravelmente à recorrente. 4. Não é juridicamente possível conferir ao concubinato adulterino o mesmo tratamento da união estável. 5. ‘A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina’ (RE 590.779-1/ES; Rel. Ministro Marco Aurélio, *DJ* 26.03.2009). 6. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.185.653/PE, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felip

Salomão, j. 07.12.2010, *DJe* 1.º.03.2011).

“Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o companheiro(a) separado de fato, enquanto que a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido *status* de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido” (STJ, REsp 931.155/ RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 07.08.2007, *DJ* 20.08.2007, p. 281).

Todavia, seguindo outra solução, em instigante julgado de 2015, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito de uma concubina idosa a continuar a receber verbas alimentares, diante de justas expectativas geradas pelo concubino. O aresto cita como fundamentos, ainda, a proteção do Estatuto do Idoso e os princípios constitucionais da dignidade humana e da solidariedade familiar. Conforme a correta relatoria do Ministro João Otávio de Noronha:

“A leitura do acórdão recorrido evidencia que o presente feito apresenta peculiaridades que tornam o caso excepcionalíssimo. Não se trata, aqui, de aplicação da letra pura e simples da lei, pois essas singularidades demonstram a incidência simultânea de mais de um princípio no caso concreto, o da preservação da família e os da dignidade e da solidariedade humanas, que devem ser avaliados para se verificar qual deve reger o caso concreto. Indago: que dano ou prejuízo uma relação extraconjugal desfeita depois de

mais de quarenta anos pode acarretar à família do recorrente? Que família, a esta altura, tem-se a preservar? Por outro lado, se o recorrente, espontaneamente, proveu o sustento da recorrida, durante esse longo período de relacionamento amoroso, por que, agora, quando ela já é septuagenária, deve ficar desamparada e desassistida? (...) A resposta às indagações feitas surge claramente dos autos. Ficou evidenciada, com o decurso do tempo, a inexistência de risco à desestruturação da família do recorrente, bem como a possibilidade de exposição de pessoa já idosa a desamparo financeiro, tendo em vista que foi o próprio recorrente quem proveu o sustento, o que vale dizer, foi ele quem deu ensejo a essa situação e não pode, agora, beneficiar-se dos próprios atos. É evidente que, no caso específico, há uma convergência de princípios, de modo que é preciso conciliá-los para aplicar aqueles adequados a embasar a decisão, a saber, os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, pelas razões já exaustivamente expostas” (STJ, REsp 1185337/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j 17.03.2015, *DJe* 31.03.2015).

Como se pode notar, o acórdão reconhece direitos adquiridos em decorrência de uma união paralela concubinária, resolvendo o problema também sob a perspectiva da boa-fé, na leitura deste autor, diante das expectativas que foram geradas no caso concreto.

Em suma, tem prevalecido nos Tribunais Superiores o entendimento de não se admitir uma relação de concomitância entre um casamento e uma união estável; apesar de algumas resistências, como se retira do último aresto. Deve-se acrescentar que, por outro lado, o Tribunal Gaúcho concluiu o seguinte:

“Apelação. União dúplice. União estável. Possibilidade. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o *de cujus* em período concomitante ao casamento de ‘papel’. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre a esposa, a companheira e o *de cujus*.

Meação que se transmuda em ‘triação’, pela duplicidade de uniões. Deram provimento, por maioria, vencido o des. relator” (TJRS, Apelação Cível 70019387455, 8.^a Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 24.05.2007).

Outros julgados daquele Tribunal podem ser colacionados. A primeira decisão transcrita é interessante, por utilizar o termo *triação*, expressando a divisão igualitária dos bens entre a esposa e a concubina:

“Apelação. União estável concomitante ao casamento. Possibilidade. Divisão de bem. ‘Triação’. Viável o reconhecimento de união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que a prova dos autos é robusta em demonstrar que a apelante manteve união estável com o falecido, mesmo antes dele se separar de fato da esposa. Necessidade de dividir o único bem adquirido no período em que o casamento foi concomitante à união estável em três partes. ‘Triação’. Precedentes jurisprudenciais. Deram provimento, por maioria” (TJRS, Acórdão 70024804015, Guaíba, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 13.08.2009, *DJERS* 04.09.2009, p. 49).

“Apelação cível. União estável. Relacionamento paralelo ao casamento. Se mesmo não estando separado de fato da esposa, vivia o falecido em união estável com a autora/companheira, entidade familiar perfeitamente caracterizada nos autos, deve ser reconhecida a sua existência, paralela ao casamento, com a consequente partilha de bens. Precedentes. Apelação parcialmente provida, por maioria” (TJRS, Acórdão 70021968433, Canoas 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 06.12.2007 *DOERS* 07.01.2008, p. 35).

Em 2014, gerou muita polêmica julgado do Tribunal de Justiça do Maranhão. O *decisum* reconheceu a simultaneidade familiar em hipótese de homem casado que tinha uma concubina, tratada como companheira, para fins sucessórios. Vejamos a ementa desse julgamento:

“Direito de família. Apelação cível. Ação declaratória de união estável *post mortem*. Casamento e união estável simultâneos. Reconhecimento. Possibilidade. Provimento. 1. Ainda que de forma incipiente, doutrina e jurisprudência vêm reconhecendo a juridicidade das chamadas famílias paralelas, como aquelas que se formam concomitantemente ao casamento ou à união estável. 2. A força dos fatos surge como situações novas que reclamam acolhida jurídica para não ficarem no limbo da exclusão. Dentre esses casos, estão exatamente as famílias paralelas, que vicejam ao lado das famílias matrimonializadas. 3. Para a familiarista Giselda Hironaka, a família paralela não é uma família inventada, nem é família imoral, amoral ou aética, nem ilícita. E continua, com esta lição: ‘Na verdade, são famílias estigmatizadas, socialmente falando. O segundo núcleo ainda hoje é concebido como estritamente adúltero, e, por isso, de certa forma perigoso, moralmente reprovável e até maligno. A concepção é generalizada e cada caso não é considerado por si só, com suas peculiaridades próprias. É como se todas as situações de simultaneidade fossem iguais, malignas e inseridas num único e exclusivo contexto. O triângulo amoroso sub-reptício, demolidor do relacionamento número um, sólido e perfeito, é o quadro que sempre está à frente do pensamento geral, quando se refere a famílias paralelas. O preconceito, ainda que amenizado nos dias atuais, sem dúvida, ainda existe na roda social, o que também dificulta o seu reconhecimento na roda judicial’. 4. Havendo nos autos elementos suficientes ao reconhecimento da existência de união estável entre a apelante e o *de cujus*, o caso é de procedência do pedido formulado em ação declaratória. 5. Apelação cível provida” (TJMA, Recurso 19048/2013, Acórdão 149918/2014, 3.^a Câmara Cível, Rel. Des. Jamil de Miranda Gedeon Neto, j. 10.07.2014, *DJEMA* 17.07.2014).

Em suma, alguns Tribunais Estaduais já traziam solução semelhante à apontada no mais recente julgamento do Superior Tribunal de Justiça, com a diferença de tratamento do concubinato como entidade familiar.

No plano doutrinário, anote-se destaque de reconhecimento de direitos ao

amante, como se pode retirar da obra de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, que expõem essa tendência de equiparação do concubinato à união estável, em algumas hipóteses (*Novo curso...*, p. 457-469. O Capítulo XX da obra é intitulado “Concubinato e direitos da(o) amante”. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka também aborda o tema, em artigo denominado “Famílias paralelas”, citado no último acórdão. Merecem destaque outras palavras da Professora Titular da USP:

“O que se intentou mostrar, até aqui, são os reais reflexos jurídicos advindos das relações familiares simultâneas, buscando desdobrar e desvendar esse assunto da atualidade da vida dos homens, hoje com maior visibilidade do que já teve antes, no tempo em que se ignorava juridicamente tais relacionamentos, jogando--os ‘para baixo dos tapetes’, de resto como tantas outras situações e circunstâncias da vida como ela efetivamente é. Que o direito não permaneça alheio à realidade humana, à realidade das situações existentes, às mudanças sociais importantes que, sem dúvida, têm se multiplicado na história das famílias, exatamente como ela é. Cerrar os olhos talvez seja mais um dos inúmeros momentos de hipocrisia que o Legislativo e o Judiciário têm repetido deixar acontecer, numa era em que já não mais se coaduna com as histórias guardadas a sete chaves” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Famílias...*, *Revista Magister...*, 2012).

A questão do concubinato e da união estável não se restringe às hipóteses apenas de pessoas impedidas de se casar. Poderia um sujeito ter mais de uma união estável simultânea ou haveria o concubinato denominado por Álvaro Villaça Azevedo de *desleal*? Seria possível a existência concomitante de duas ou mais uniões estáveis?

O debate surge porque o art. 1.723 do CC/2002 traz alguns requisitos para a união estável, como antes se expôs. O primeiro requisito é que a união seja entre pessoas de sexos distintos, assim como consta do Texto Maior. O segundo requisito é que a relação seja pública, no sentido de notoriedade social. Não constitui união estável a relação mantida às escondidas, principalmente em relação aos familiares dos supostos companheiros. O terceiro requisito é que a união seja duradoura, o que

comporta análise caso a caso. Por fim, deve estar configurada a intenção dos companheiros de constituição de família. A própria atuação dos conviventes pode presumir a existência da união estável; se o comportamento dos companheiros indicar tal intenção, no tratamento entre eles (*tractatus*), haverá a presunção de existir a referida entidade familiar.

A exclusividade, apesar de não constar expressamente no art. 1.723 do CC, constituiria, para parte da doutrina, um dos requisitos para a caracterização da união estável, relacionada com a intenção de constituição de família e decorrente dos seus deveres, constantes do art. 1.724 da atual codificação. Nesse sentido, para Arnaldo Rizzardo, “a fidelidade dá ensejo à presunção da sociedade de fato. Não que se configure como condição indispensável, pois nada impede que duas pessoas constituam um patrimônio comum, sem que mantenham a fidelidade. Daí se apresentar um tanto forte o pensamento de Adhyil Lourenço Dias: ‘O elemento essencial dessa união é a fidelidade, a dedicação monogâmica, recíproca vivendo em *more uxorio*, em atitude ostensiva de dedicação em laços íntimos, que o direito espanhol chama de *barrangania*, ou seja, la unión sexual permanente y de cierta fidelidad entre hombre y mujer no ligados por matrimonio’” (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito...*, 2004, p. 891).

Sobre essa exclusividade, pretende-se analisar a denominada *união estável plúrima ou múltipla (uniões paralelas)*, situação em que a pessoa mantém relações amorosas, enquadradas no art. 1.723 do Código Civil, com várias pessoas e ao mesmo tempo. A questão é muito bem abordada por Rolf Madaleno em *A união (ins)estável (relações paralelas)* (Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10 abr. 2006).

Imagine-se um caso prático, a fim de facilitar a visualização concreta dessa questão polêmica. Tício, residente na cidade de Ribeirão Preto, interior de São Paulo, vive em união estável, nessa cidade, com *Maria Antonia*, desde o ano de 2002. A união apresenta todos os requisitos constantes na lei civil. Toda a sociedade local reconhece a existência da entidade familiar, tratando os companheiros como se casados fossem.

Todavia, Tício é viajante e, desde o ano de 2003, encontra-se com *Maria Figueiredo* todas as segundas-feiras, na cidade de Franca, onde mantém um

escritório. A relação também se enquadra nos termos do art. 1.723 do CC/2002. Tício e Maria Figueiredo têm um filho comum: João Henrique, de um ano de idade.

Tício mantém ainda uma união pública, notória e contínua com *Maria Augusta*, na cidade de Batatais, para onde vai todas as quintas-feiras vender seus produtos. Aliás, *Maria Augusta* é dona de um estabelecimento comercial em que Tício consta como sócio. Ambos têm um negócio lucrativo naquela cidade do interior paulista. O relacionamento amoroso existe desde 2004.

Por fim, Tício tem um apartamento montado na cidade de São Paulo, onde vai ocasionalmente, de quinze em quinze dias, a fim de comprar produtos para vender no interior paulista. Nesse apartamento reside *Maria Carmem*, com quem Tício tem um relacionamento desde o final do ano de 2004. Essa sua convivente está grávida e espera um filho seu.

No caso hipotético, uma *Maria* não sabe da existência da outra como convivente de seu companheiro, até que, um dia, o pior acontece e o *mundo desaba*.

Por mais incrível que possa parecer, a situação descrita é comum na prática. A primeira dúvida que surge é: constitui cada um dos relacionamentos uma união estável, nos termos do que consta do Código Civil e da Constituição Federal?

Três posicionamentos surgem quanto ao caso em questão.

Um primeiro entendimento aponta que nenhum dos relacionamentos constitui união estável. Havendo deslealdade nas relações plúrimas a impedir a caracterização da união estável, trata-se do *concubinato impuro desleal*, nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo (*Estatuto...*, 2. ed., 2002, p. 190). Também filiada a essa forma de pensar está Maria Helena Diniz, para quem a fidelidade ou lealdade constitui um dos requisitos da união estável, sem o qual não há a referida entidade familiar nos três relacionamentos descritos (*Curso...*, 2002, p. 321). Entretanto, diante do desrespeito à boa-fé, as *Marias* poderão pleitear que Tício indenize-as por danos materiais e morais, pela caracterização do abuso de direito, por desrespeito à boa-fé objetiva, que igualmente se aplica à união estável.

Esse primeiro entendimento pode ser afastado pela conclusão de que a fidelidade e o respeito mútuos não constituem elementos essenciais para a caracterização da união estável, mas apenas deveres dela decorrentes, constantes do

art. 1.724 do CC/2002. De toda sorte, é a posição que prevalece na jurisprudência nacional, ao entender ser a monogamia princípio da união estável, assim como ocorre com o casamento (por todos: TJRS, Apelação Cível 580085-86.2012.8.21.7000 Porto Alegre, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves j. 27.02.2013, *DJERS* 05.03.2013; TJMG, Apelação Cível 1.0518.10.015356-9/002 Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade, j. 09.10.2012, *DJEMG* 19.10.2012; TJSC Agravo de Instrumento 2012.004122-3, Laguna, 6.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Ronei Danielli, j. 16.08.2012, *DJSC* 21.08.2012, p. 296; e TJSP, Apelação 0132648-04.2008.8.26.0053, Acórdão 5552592, São Paulo, 9.^a Câmara de Direito Público, Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 23.11.2011, *DJESP* 19.12.2011).

Ainda reconhecendo a monogamia como princípio, podem ser encontrados acórdãos que concluem por legitimar apenas uma união estável, aquela que primeiro é levada ao conhecimento do Poder Judiciário. Assim concluindo:

“Concessão de pensão a duas companheiras do *de cujus*. Sentença cível reconhecendo união estável entre o falecido e a autora. Exclusão da ré como beneficiária. Reconhecida a união estável entre autora e falecido, por sentença transitada em julgado no juízo cível, pondo fim à discussão, não pode isso tornar a ser discutido no âmbito administrativo ou em outro processo. Não se pode reconhecer a condição de companheiras do *de cujus* a duas mulheres simultaneamente. Apenas uma relação é legítima. Não se pode confundir união estável com concubinato. Pensão concedida indevidamente a quem não preenche os requisitos. Negado provimento ao recurso de ofício e aos recursos voluntários” (TJSP, Apelação com Revisão 267.616.5/8, Acórdão 3977873, São Paulo, 2.^a Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Lui Germano, j. 14.07.2009, *DJESP* 01.09.2009).

Pois bem, para uma segunda corrente, devem ser aplicadas, para o caso em questão, as regras previstas para o casamento putativo. Assim sendo, as *Marias* que ignorarem a existência da primeira união constituída – com *Maria Antonia* –, podem pleitear a aplicação analógica do que consta do art. 1.561 do CC/2002. Filia-se a

esse entendimento Euclides de Oliveira. Ensina o renomado jurista paulista:

“O mesmo se diga das uniões desleais, isto é, de pessoa que viva em união estável e mantenha uma outra simultânea relação amorosa. Uma prejudica a outra, descaracterizando a estabilidade da segunda união, caso persista a primeira, ou implicando eventual dissolução desta, não só pelas razões expostas, como pela quebra dos deveres de mútuo respeito. Do que ficou exposto, conclui-se que não é possível que haja simultaneidade de casamento e união estável, ou de mais de uma união estável. Mas cumpre lembrar a possibilidade de união estável putativa, à semelhança do casamento putativo, mesmo em casos de nulidade ou anulação da segunda união, quando haja boa-fé por parte de um ou de ambos os cônjuges, com reconhecimento de direitos (art. 221 do CC/1916; art. 1.561 do NCC). A segunda, terceira ou múltipla união de boa-fé pode ocorrer em hipótese de desconhecimento, pelo companheiro inocente, da existência de casamento ou de anterior ou paralela união estável por parte do outro. Subsistirão, em tais condições, os direitos assegurados por lei ao companheiro de boa-fé, desde que a união por ele mantida se caracterize como duradoura, contínua, pública e com o propósito de constituição de família, enquanto não reconhecida ou declarada a nulidade” (OLIVEIRA, Euclides de. *União...*, 2003, p. 128).

Na mesma esteira, opina Rodrigo da Cunha Pereira que “se porventura substituir a caracterização simultânea de duas ou mais uniões, socorre à parte que ignorava a situação o instituto da União Estável putativa, ou seja, aquele em que um dos partícipes desconhecia por completo a existência de outra união more uxório – matrimonial ou extramatrimonial – do outro, devendo esta produzir os mesmos efeitos, previstos para uma união monogâmica” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Concubinato...*, 2004, p. 75).

Igualmente, essa é a opinião de Rolf Madaleno, inclusive no caso de existência concomitante de uma união estável e um casamento. Vejamos suas palavras:

“Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu parceiro afetivo, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado, e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do *de cujus*, em relação aos bens comuns, se concorrer com filhos próprios ou a toda herança se concorrer com outros parentes” (MADALENO, Rolf. *Curso...*, 4. ed., 2011, p. 1.094).

Esse segundo entendimento, como o anterior, apresenta alguns problemas. O primeiro é que a união estável não se iguala ao casamento, conclusão retirada do próprio Texto Constitucional. Por certo, o conceito e os requisitos do casamento são diferentes dos previstos para a união estável. O segundo problema reside na necessidade de provar o início dos relacionamentos, a fim de ordenar as uniões paralelas no tempo e apontar qual é a união estável e quais são as uniões putativas.

De qualquer forma, essa parece ser a posição mais justa dentro dos limites do princípio da eticidade, com vistas a proteger aquele que, dotado de boa-fé subjetiva, ignorava um vício a acometer a união. Por isso, merecerá aplicação analógica o dispositivo que trata do casamento putativo também para a *união estável putativa*. Essa solução já foi dada pela jurisprudência nacional, cabendo colacionar:

“União estável. Disputa entre duas companheiras. Situação putativa. Prova oral. Reconhecimento. Reconhecimento de união estável. Conviventes, uma desde 1978 e outra desde 1960 que mantiveram relações concomitantes, notórias e ininterruptas com o *de cujus*, até o seu falecimento. Prova oral que confirma o reconhecimento do companheirismo concomitante com ambas perante parcelas distintas da sociedade pela qual transitava o falecido, tendo

elas vivido em *affectio maritalis* com o *de cujus*, cada qual à sua forma. Pessoas de boa índole e bem intencionadas que firmemente acreditavam na inexistência de uma relação amorosa intensa do obituado com a outra, havendo êxito deste em ludibriá-las por longos anos, e de se reconhecer a existência de união estável putativa com a apelante e com a apelada. Aplicação, por analogia do art. 221 do CC de 1916. Desprovimento do recurso” (TJRJ Acórdão 15225/2005, Rio de Janeiro, 2.^a Câmara Cível, Rel. Des. Leil Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano, j. 10.08.2005).

No exemplo antes descrito, como todas as *Marias* ignoravam a situação, poderão pleitear a aplicação das regras decorrentes da união estável, como o pagamento de alimentos no caso de dissolução. Sem prejuízo disso, por ter o convivente agido com má-fé, as *Marias* poderão ainda pleitear dele indenização por danos morais, se estes estiverem configurados, diante do desrespeito à boa-fé objetiva. A responsabilidade objetiva de Tício tem como fundamento o abuso de direito cometido, previsto no mesmo art. 187 do CC/2002, bem como a quebra dos deveres anexos decorrentes da boa-fé.

De todo modo, se uma *Maria* não ignorar a existência da união plúrima do seu convivente, não terá direito à aplicação das regras da *união estável putativa*, já que não ignorava o impedimento. Também não poderá requerer indenização, pois não há que se falar em abuso de direito quando ambas as partes agem de má-fé no negócio jurídico celebrado (*in pari causam turpitudinem cessa repetitio*). Em suma, haverá concubinato no caso descrito.

Após a análise dessa segunda corrente, repita-se, a mais justa, há um terceiro entendimento, segundo o qual todas as uniões constituem entidade familiar, devendo ser reconhecidos os direitos de todas as *Marias*, independente de qualquer outra consideração, desde que preenchidos os requisitos do art. 1.723 do CC/2002. Essa corrente é encabeçada por Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2005, p. 181). Alguns julgados admitem tal posição, podendo ser colacionados os seguintes:

“Direito Civil. Família. União estável. Relacionamento dúplice

Reconhecimento como entidade familiar. O fato de o falecido ter convivido, simultaneamente, com duas companheiras, não afasta o reconhecimento de união estável, desde que restou provada a vida em comum contínua, duradoura e afetiva, próprias de uma entidade familiar, inclusive sobrevivendo prole” (TJPE, Apelação Cível 0174249-6, Palmares, 2.^a Câmara Cível, Rel. Des. Adalberto de Oliveira Melo, j. 22.07.2009, *DOEPE* 04.09.2009).

“Apelação cível. Consignação em pagamento pela seguradora. Dúvida quanto a quem pagar. Duas companheiras. Pagamento da indenização securitária a ambas, por metade. 1. A apelante teve reconhecida judicialmente a união estável com o falecido, mas das provas dos autos é possível concluir, com segurança, que ao tempo do óbito a outra demandada vivia na condição de companheira. 2. Consideradas todas as circunstâncias destacadas, correta a sentença que mandou partilhar, por metade, o valor da indenização securitária. Negaram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 148723 05.2010.8.21.7000, Viamão, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasi Santos, j. 07.04.2011, *DJERS* 18.04.2011).

Com o mesmo sentir, existem acórdãos federais que determinam a divisão igualitária de benefício previdenciário entre as duas companheiras que se apresentam como tal, preenchidos os requisitos legais da união estável (ver: TRF da 1.^a Região Processo 21520-48.2010.4.01.3800/BA, 2.^a Turma, Rel. Des. Fed. Neuza Maria Alves da Silva, j. 06.08.2012, *DJFI* 27.09.2012, p. 15; TRF da 2.^a Região, Apelação 0808322-60.2007.4.02.5101, 1.^a Turma Especializada, Rel. Des. Fed. Paulo Espírito Santo, j. 27.06.2012, *DEJF* 09.07.2012, p. 55; e TRF da 4.^a Região, Apelação Cível 0005300-18.2010.404.9999/SC, 5.^a Turma, Rel. Juiz Fed. Roger Raupp Rios, j. 04.09.2012, *DEJF* 14.09.2012, p. 338).

De qualquer forma, também há problemas nesse entendimento. De início, por desprezar a lealdade como fator essencial ou quase essencial à união estável; depois, por afastar os próprios requisitos da sua caracterização, pois a união, supostamente, deve ser exclusiva. Como se nota, todos os posicionamentos apresentam entraves no

sistema jurídico e nos fatos correlatos.

No tocante à jurisprudência superior, em fevereiro de 2006, decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de reconhecimento de *uniões plúrimas ou paralelas*. Vejamos a ementa do julgado: “União estável. Reconhecimento de duas uniões concomitantes. Equiparação ao casamento putativo. Lei 9.728/1996. 1. Mantendo o autor da herança união estável com uma mulher, o posterior relacionamento com outra, sem que se haja desvinculado da primeira, com quem continuou a viver como se fossem marido e mulher, não há como configurar união estável concomitante, incabível a equiparação ao casamento putativo. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 789.293/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Carlo Alberto Menezes Direito, j. 16.02.2006, DJ 20.03.2006, p. 271).

Em suma, julgou-se que admitir uniões plúrimas seria o mesmo que se admitir a pluralidade de casamentos, ou seja, a bigamia. O que se percebe é que foi adotado o entendimento de Maria Helena Diniz e de Álvaro Villaça Azevedo, ou seja, a primeira corrente antes esposada. Confirmando aquele julgado anterior, transcreve-se decisão publicada no *Informativo* n. 435 do STJ, com citação ao trabalho deste autor:

“Família. Uniões estáveis simultâneas. Pensão. *In casu*, o *de cujus* foi casado com a recorrida e, ao separar-se consensualmente dela, iniciou um relacionamento afetivo com a recorrente, o qual durou de 1994 até o óbito dele em 2003. Sucede que, com a decretação do divórcio em 1999, a recorrida e o falecido voltaram a se relacionar, e esse novo relacionamento também durou até sua morte. Diante disso, as duas buscaram, mediante ação judicial, o reconhecimento de união estável, consequentemente, o direito à pensão do falecido. O juiz de primeiro grau, entendendo haver elementos inconfundíveis caracterizadores de união estável existente entre o *de cujus* e as demandantes, julgou ambos os pedidos procedentes, reconhecendo as uniões estáveis simultâneas e, por conseguinte, determinou o pagamento da pensão em favor de ambas, na proporção de 50% para cada uma. Na apelação interposta pela ora recorrente, a sentença foi mantida. Assim, a questão está em saber, sob a perspectiva do Direito de Família, se há viabilidade jurídica

a amparar o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas. Nesta instância especial, ao apreciar o REsp, inicialmente se observou que a análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presentes em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros. Desse modo, entendeu-se que, no caso, a despeito do reconhecimento, na dicção do acórdão recorrido, da união estável entre o falecido e sua ex-mulher em concomitância com união estável preexistente por ele mantida com a recorrente, é certo que o casamento válido entre os ex-cônjuges já fora dissolvido pelo divórcio nos termos do art. 1.571, § 1.º, do CC/2002, rompendo-se, definitivamente, os laços matrimoniais outrora existentes. Destarte, a continuidade da relação sob a roupagem de união estável não se enquadra nos moldes da norma civil vigente (art. 1.724 do CC/2002), porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. Ressaltou-se que uma sociedade que apresenta como elemento estrutural a monogamia não pode atenuar o dever de fidelidade, que integra o conceito de lealdade, para o fim de inserir, no âmbito do Direito de Família, relações afetivas paralelas e, por consequência, desleais, sem descuidar do fato de que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. Assinalou-se que, na espécie, a relação mantida entre o falecido e a recorrida (ex-esposa), despida dos requisitos caracterizadores da união estável, poderá ser reconhecida como sociedade de fato, caso deduzido pedido em processo diverso, para que o Poder Judiciário não deite em solo infértil relacionamentos que efetivamente existem no cenário dinâmico e fluido dessa nossa atual sociedade volátil. Assentou-se, também, que ignorar os desdobramentos familiares em suas infinitas incursões, em que núcleos afetivos justapõem-se, em relações paralelas, concomitantes e simultâneas, seria o mesmo que deixar de julgar com base na ausência de lei específica. Dessa forma, na hipótese de eventual interesse na partilha de bens deixados pelo falecido, deverá a recorrida fazer prova, em processo diverso, repita-se,

de eventual esforço comum. Com essas considerações, entre outras, a Turma deu provimento ao recurso, para declarar o reconhecimento da união estável mantida entre o falecido e a recorrente e determinar, por conseguinte, o pagamento da pensão por morte em favor unicamente dela, companheira do falecido” (STJ, REsp 1.157.273/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, 18.05.2010).

Partilhando dessa forma de pensar o Direito de Família, consolidada naquele Tribunal Superior, acrescenta-se a afirmação n. 4, publicada na Edição n. 50 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ, sobre união estável: “não é possível o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas”.

Na verdade, todo o debate gira em torno de saber se a monogamia é ou não princípio informador da união estável. Em relação ao casamento não há dúvidas, eis que não podem casar as pessoas casadas, hipótese que, caso infringida, gera a nulidade absoluta do casamento (arts. 1.521, inc. VI, e 1.548, inc. II, do CC). Além disso, o primeiro dever do casamento é a fidelidade (art. 1.566, inc. I, do CC).

Restam dúvidas em relação ao companheirismo, pois não há normas expressas no Código Civil ou na Constituição Federal no mesmo sentido. Quanto ao Texto Maior, como visto, o rol das entidades familiares é meramente exemplificativo, sendo a união estável entre um homem e a uma mulher ali referida apenas um dos modelos possíveis de família.

Ademais, o próprio sistema admite uma quebra do relacionamento exclusivo ao admitir que uma pessoa casada, desde que separada, constitua união estável (art. 1.723, § 1.º, do CC). Em reforço, como se verá de forma mais aprofundada, a fidelidade não é, expressamente, dever da união estável, mas sim a lealdade, que pode ter outro sentido. Por fim, o sistema jurídico não pune com veemência o concubinato, eis que, por exemplo, uma doação ao concubino não é nula, mas anulável, nos termos do art. 550 da própria codificação civil. Em resumo, a citada doação não envolve ordem pública, mas interesse particular.

Toda essa discussão ganhou relevo diante da elaboração de uma escritura pública de *união poliafetiva* pela tabeliã da cidade de Tupã, interior de São Paulo,

Cláudia do Nascimento Domingues. Conforme se extrai dosite do IBDFAM, é fundamental o seguinte trecho do documento, assinado por um homem e duas mulheres: “Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade”.

No ano de 2015, também foi noticiada a elaboração de escritura pública similar, pelo 15.º Ofício de Notas do Rio de Janeiro, localizado no bairro da Barra da Tijuca, sendo responsável a Tabelião Fernanda Leitão. O caso é diferente por envolver três mulheres, em união poliafetiva, com elaboração de testamentos entre elas e de diretivas antecipadas de vontade, que dizem respeito a tratamentos médicos em caso de se encontrarem com doença terminal e na impossibilidade de manifestar vontade.

Em junho de 2018, o Conselho Nacional de Justiça decidiu por maioria que a elaboração dessas escrituras de uniões poliafetivas está vedada em nosso país (CNJ, Pedido de Providências 0001459-08.2016.2.00.0000, Rel. Min. João Otávio de Noronha). A maioria dos julgadores e conselheiros do órgão considerou que essas escrituras atestam um ato de fé pública que implicam o reconhecimento de direitos garantidos aos casais ligados por casamento ou união estável, caso do direito de herança e de alimentos, o que não pode ser admitido, diante do princípio da monogamia. Nas palavras literais do Relator, “eu não discuto se é possível uma união poliafetiva ou não. O corregedor normatiza os atos dos cartórios. Os atos cartorários devem estar em consonância com o sistema jurídico, está dito na lei. As escrituras públicas servem para representar as manifestações de vontade consideradas lícitas”.

Com o devido respeito à decisão e ao contrário do que defendem alguns doutrinadores – caso de José Fernando Simão, em série de artigos publicados no *site* Carta Forense –, não parece haver nulidade absoluta no ato, por suposta ilicitude do objeto (art. 166, inc. II, do CC). Como aqui exposto, a monogamia não está expressa na legislação como princípio da união estável, parecendo haver maior liberdade

nesse tipo de relacionamento. Não haveria, em reforço, afronta à ordem pública ou prejuízo a qualquer um que seja, a justificar a presença de um *ilícito nulificante*. Não há que se falar, ainda, em dano social, como quer o jurista, pois esse pressupõe uma conduta socialmente reprovável, o que não é o caso (SIMÃO, José Fernando *Poligamia...*, Disponível em: <www.cartaforense.com.br>).

O reconhecimento de um afeto espontâneo entre duas ou mais pessoas não parece ser o caso de dano à coletividade, mas muito ao contrário, de reafirmação de solidariedade entre as partes, algo que deve ser incentivado perante a sociedade. Ademais, o texto das escrituras é bem sutil, de mera valorização de um relacionamento que já existe no mundo dos fatos, podendo gerar ou não efeitos jurídicos, o que depende da análise do pedido e das circunstâncias do caso concreto.

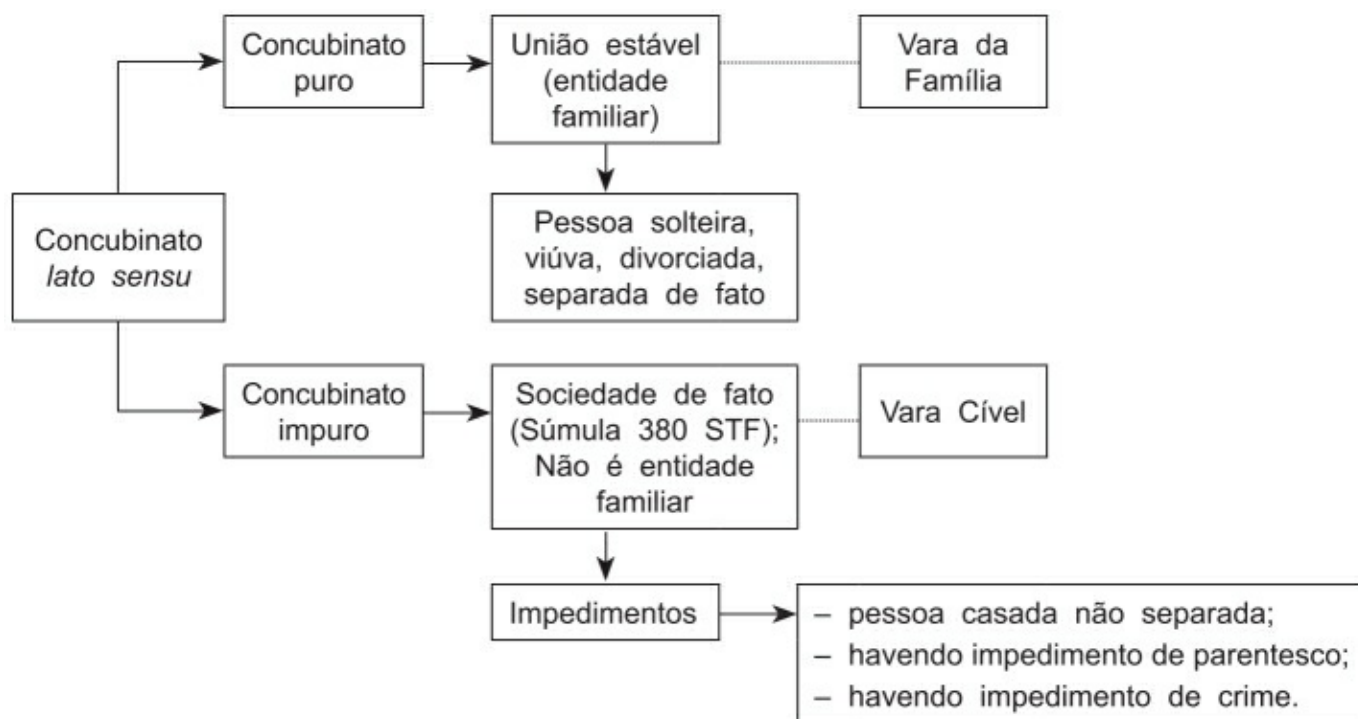
Na verdade, o que parece ao presente autor é que, no momento, ainda existem sérios entraves para quebrar a monogamia em nosso país, inclusive no caso de união estável. Há, ainda, pelo menos no *discurso*, um grande apego à moral e aos bons costumes, apesar de não se saber exatamente o que esses conceitos representam. Ademais, diz-se *no discurso*, pois a prática social das condutas é bem diferente.

Todavia, crê-se que o futuro reserva uma nova forma de pensar a família, e que, em breve, serão admitidos relacionamentos plúrimos, seja a concomitância de mais de uma união estável, seja a presença desta em comum com o casamento. Acredita-se que o futuro é das famílias paralelas, cabendo ao tempo mostrar a razão, especialmente pela visão de mundo das gerações mais novas. Na verdade, se a família é plural, essa deve ser mais uma opção oferecida pelo sistema, para quem desejar tal forma de constituição.

Para findar a análise desse polêmico assunto, não sendo possível o reconhecimento da validade dessas escrituras pelo Direito de Família, o caminho do Direito Contratual – por contratos de sociedade de participação, por promessas de doação e de alimentos, por plano de saúde e de previdência privada e outros negócios jurídicos patrimoniais – pode indicar a solução. Se entraves morais – e até jurídicos – vedam o reconhecimento da escritura de união poliafetiva pelo Direito de Família, o *mundo dos contratos* pode perfeitamente aceitar o teor que ali se pretende expressar. Em vez de um ato só, a solução jurídica para casos como os relatados no início do

texto estará em várias minutas. Essa nossa posição, a propósito, foi citada pelo Conselheiro Arnaldo Hossepian Salles Lima Junior, quando do julgamento pelo CNJ.

Encerrando o presente tópico, as diferenças entre concubinato puro e impuro, a partir das construções de Álvaro Villaça Azevedo, constam do esquema a seguir, que visa à compreensão da matéria:



5.4 EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

Como exposto, a união estável, como entidade familiar, traz efeitos pessoais e patrimoniais para os companheiros, previstos no Código Civil, principalmente. Tais efeitos jurídicos serão comentados a partir deste momento, tendo grande relevância para a prática familiarista.

O primeiro desses comandos legais é o art. 1.724 do CC, antes referenciado, que consagra os deveres decorrentes da união estável impostos aos companheiros ou conviventes:

- a) Dever de lealdade, que guarda relação com o dever de fidelidade, mas que com ele não se confunde. Isso porque a fidelidade é decorrência do casamento exclusivamente. Já a lealdade é gênero do qual fidelidade é espécie. Assim, pelo senso comum, a lealdade inclui a fidelidade, mas não necessariamente, o que depende de uma opção dos companheiros.
- b) Dever de respeito ao outro companheiro, em sentido genérico.
- c) Dever de mútua assistência, moral, afetiva, patrimonial e espiritual.
- d) Dever de guarda, sustento e educação dos filhos.

Observa-se que a lei civil estabelece quase que os mesmos deveres que aqueles previstos para o casamento (art. 1.566 do CC). Entretanto, não faz referência ao dever de convivência sob o mesmo teto, que é dispensável. Justamente por isso é que continua tendo aplicação prática a Súmula 382 do STF, amplamente aplicada pela jurisprudência.

Outra diferença diz respeito à menção à lealdade e não à fidelidade, o que merece maiores aprofundamentos. Ora, é possível que alguém seja leal sem ser fiel. Imagine-se, nesse contexto, um relacionamento de maior liberdade entre os companheiros, em que ambos informam previamente que há a possibilidade de traição. Assim, abre-se a possibilidade, como ocorre em alguns países nórdicos, de uma *cláusula de férias do relacionamento*. Essa cláusula pode ser invocada, por exemplo, nos casos de crises entre os companheiros, gerando um distanciamento físico e afetivo de ambos no período invocado.

Na hipótese de uma união estável, a este autor parece que tal questão até pode ser regulamentada pelos conviventes, por meio do contrato firmado entre as partes. No casamento, não há essa possibilidade, uma vez que a fidelidade é, expressamente, um dever imposto aos cônjuges. Essa maior abertura na união estável serve para diferenciar substancialmente as duas entidades familiares, o que é salutar em um sistema que valoriza a pluralidade das famílias.

No que concerne aos direitos patrimoniais decorrentes da união estável, o art. 1.725 do Código Civil enuncia que, salvo *contrato escrito entre os companheiros*, aplica-se à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. O

contrato mencionado nesse artigo é o *contrato de convivência*, conforme conceito muito bem exposto por Francisco José Cahali em sua tese de doutorado (*Contrato...*, 2003).

Esse contrato serve para determinar qual será o regime da união estável, afastando a “comunhão parcial de bens. Assim, podem as partes eleger o regime da separação de bens ou da comunhão universal. A respeito da escolha pelo último regime, reconheceu recente aresto do Superior Tribunal Justiça que “o pacto de convivência formulado em particular, pelo casal, na qual se opta pela adoção da regulação patrimonial da futura relação como símil ao regime de comunhão universal, é válido, desde que escrito” (STJ, REsp 1.459.597/SC, 3.^a Turma, Rel. Min. Nanc Andrichi, j. 01.12.2016, *DJe* 15.12.2016). Podem os conviventes, ainda, escolher um *regime misto*, conforme antes aqui desenvolvido, quando do Capítulo 3 desta obra.

Ademais, o negócio celebrado não tendo o condão de interferir nas normas de cunho pessoal ou de ordem pública, como é o caso da própria caracterização da união estável. Justamente por isso é que é nulo eventual *contrato de namoro* que pretenda afastar os efeitos de uma união estável. Repise-se que, em decisão da 7.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do ano de 2004, em que foi relator o Des Luiz Felipe Brasil Santos (Proc. 70006235287), foi pronunciado o seguinte sobre o último contrato em comento: “Esses *abortos jurídicos* que andam surgindo por aí, que são nada mais que o receio de que um namoro espontâneo, simples e singelo, resultante de um afeto puro, acabe se transformando em uma união com todos os efeitos patrimoniais indesejados ao início”. Resumindo, o contrato de namoro é nulo, pois é flagrante o intuito de fraude à lei imperativa que estabelece os requisitos da união estável (art. 166, inc. VI, do CC).

Reafirme-se, também, que mais recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo julgou extinta uma ação de dissolução de contrato de namoro, por impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse processual, pois a figura do contrato de namoro não é admitida por nosso Direito (TJSP, Apelação 1025481-13.2015.8.26.0554, Acórdão 9559002, Santo André, 3.^a Câmara de Direito Privado Rel. Des. Beretta da Silveira, j. 28.06.2016, *DJESP* 11.07.2016).

De toda sorte, o contrato em questão pode reconhecer a existência, a validade e

a eficácia de uma união estável a partir de determinado momento. Tal reconhecimento não afasta a possibilidade de se provar que a união estável já existia antes do período mencionado. Por isso, Rolf Madaleno discorre sobre *a retroatividade restritiva do contrato de convivência*, o que para ele somente seria possível para beneficiar os companheiros, nunca para prejudicá-los (*Curso...*, 4. ed., 2011, p. 697-700). Ilustrando, os companheiros celebram um contrato de convivência, em 2012, apontando que a união estável já existia desde 2008. Isso não obsta a possibilidade de qualquer uma das partes provar que a convivência é de período anterior.

A propósito, em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que “no curso do período de convivência, não é lícito aos conviventes atribuírem por contrato efeitos retroativos à união estável elegendo o regime de bens para a sociedade de fato, pois, assim, se estar-se-ia conferindo mais benefícios à união estável que ao casamento” (STJ, REsp 1.383.624/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Mour Ribeiro, j. 02.06.2015, *DJe* 12.06.2015). Com o devido respeito, este autor não se filia ao acórdão. Pensamos ser possível sim dar um caráter retroativo ao contrato de convivência, tendo ele uma *eficácia restritiva*, na linha do defendido por Rolf Madaleno.

Para ter validade e eficácia perante as partes, basta que o contrato de convivência tenha sido feito por instrumento particular. Aliás, a forma do ato é livre, nos termos do princípio da liberdade das formas, estabelecido pelo art. 107 do Código Civil de 2002.

Para ter eficácia perante terceiros (*erga omnes*), poderá ser elaborado por escritura pública ou registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Por questão de certeza e segurança, recomenda-se a elaboração de uma escritura, em Tabelionato de Notas, dotada de fé pública, para que não parem dúvidas sobre a existência da união. Aliás, quando as partes procuram regulamentar a sua convivência, a união estável deixa de ser uma mera situação de fato, passando a constituir verdadeiro negócio jurídico, ato de vontade lícito em que há uma composição de interesses com finalidade específica.

Em casos tais, percebe-se verdadeira evolução do instituto, que passa a ser constituído *por clara opção* e não por *falta de opção*. Diante dessa constatação, não

se pode mais afirmar que a união estável será sempre uma *situação de fato*, ou um ato-fato jurídico, sendo possível que as partes regulamentem parte de suas pretensões por meio do exercício da autonomia privada. Afasta-se, em suma, a ideia de uma mera família de fato, sustentada, por exemplo, por Álvaro Villaça Azevedo.

Ainda sobre o regime de bens da união estável, conforme Enunciado n. 115 do CJF/STJ, aprovado na *Jornada de Direito Civil*, há presunção de comunhão de aquestos na constância da união mantida entre os companheiros, sendo desnecessária a prova do esforço comum para se comunicarem os bens adquiridos a título oneroso durante esse período. Nota-se que esse efeito é decorrente do próprio regime da comunhão parcial, em que, como demonstrado, a prova do esforço comum é desnecessária. Desse modo, está superada a antiga ideia de prova de esforço comum para a comunicação de bens na união estável, o que remonta à antiga aplicação da Súmula 380 do STF à união estável, antes da Constituição Federal de 1988.

O enunciado doutrinário é justificável, pois pode surgir dúvida quanto à aplicação plena das regras da comunhão parcial à união estável diante da expressão “no que couber”, constante do art. 1.725 do CC/2002. Entende-se, preliminarmente e como parte da doutrina, que o dispositivo em questão apenas veda a aplicação de normas incompatíveis da comunhão parcial que incidem para o casamento (OLIVEIRA, Euclides; HIRONAKA, Giselda M. F. N. *Distinção...*, 2004, p. 247).

Todavia, a questão é muito polêmica e há diversas interpretações doutrinárias da locução “no que couber” prevista do art. 1.725 do CC.

Álvaro Villaça Azevedo afirma que a expressão significa a exata reprodução dos termos da Lei 9.278/1996, ou seja, que a união estável apenas cria verdadeiro condomínio entre os companheiros (*Estatuto...*, 2005, p. 447). A última norma ainda será comentada.

Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado entendem que apenas se aplica à união estável a comunhão dos bens contidos no art. 1.660, incs. I e IV, ou seja, os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges e aqueles adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges (*Código Civil anotado...*, 2005, p. 886).

Rodrigo da Cunha Pereira opina que há diferença entre o atual art. 1.725 do CC

e o antigo art. 5.º da Lei 9.278/1996, eis que, atualmente, há uma presunção absoluta de comunicação de todos os bens havidos durante a união, salvo pacto prevendo o contrário (*Concubinato...*, 2004, p. 117). Essa também é a lição de Paulo Lôbo, para quem seriam aplicadas todas as regras do regime da comunhão parcial, sem exceção (*Famílias...*, 2008, p. 159-160). Em suma, para esses doutrinadores, não haveria sentido na expressão “em ambos os casos”, constante da atual codificação.

Igualmente suscitando uma equiparação entre o casamento e a união estável quanto ao regime de bens, alude Rolf Madaleno que:

“Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, no regime legal de bens do artigo 1.725 do Código Civil, quando manda aplicar à união estável, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, exclui do companheirismo os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa, na constância do relacionamento estável, só existindo presunção absoluta de comunhão quando houver o esforço comum, mesmo quando este esforço decorre de atividade doméstica, não remunerada, pois ela é considerada relevante e equiparada ao trabalho e à atividade profissional, mas deve conter este cunho econômico que não existe em bem amealhado a título gratuito ou por fato eventual. Não vislumbro essa diferenciação entre o casamento e a união estável, quando ambas as entidades familiares merecem a integral proteção estatal e não existem dois regimes diversos de comunhão parcial, tanto que o artigo 1.725 do Código Civil alude justamente ao regime limitado codificado e não permite inferir de sua redação qualquer razão plausível para a exclusão da comunhão dos bens adquiridos por fato eventual na união estável” (MADALENO, Rolf. *Curso...*, 2011, p. 738-739).

Por fim, Regina Beatriz Tavares da Silva afirma que “devem ser consideradas as regras constituídas por disposições especiais (arts. 1.658 a 1.666) e as disposições gerais (arts. 1.639 a 1.657), em que se destaca a proibição de alienação de bem imóvel sem o consentimento do consorte, a não ser que seja escolhido o regime da separação absoluta (art. 1.647), sob pena de anulação do ato” (SILVA, Beatriz

Tavares da. *Novo Código Civil...*, 2004, p. 1.427).

Apesar de todas essas posições, o presente autor reafirma sua adesão à corrente encabeçada por Giselda Hironaka e Euclides de Oliveira, no sentido de que a expressão “no que couber” apenas tem o fito de vedar a aplicação à união estável de normas incompatíveis da comunhão parcial, que incidem para o casamento.

Também no que diz respeito ao conteúdo do art. 1.725 do Código Civil, é pertinente trazer para exposição duas importantes premissas publicadas na nova ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ, sendo a sua Edição n. 50 dedicada à união estável (2016).

Conforme a tese n. 11, “a valorização patrimonial dos imóveis ou das cotas sociais de sociedade limitada, adquiridos antes do início do período de convivência, não se comunica, pois não decorre do esforço comum dos companheiros, mas de mero fator econômico”. No mesmo sentido, aliás, a tese n. 5 constante da Edição n. 113 da mesma *Ferramenta*, que trata da dissolução do casamento e da união estável. O presente autor está filiado à afirmação, pois a quota é originária de fato gerador anterior à união estável.

Nos termos da premissa 12 da Edição n. 50 da *Jurisprudência em Teses*, “a incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união estável não afeta a comunicabilidade dos frutos, conforme previsão do art. 1.660, inciso V, do Código Civil de 2002”. Nos termos do precedente que a gerou: “a valorização dos imóveis de propriedade da recorrente trata-se de um fenômeno meramente econômico, não podendo ser identificada como fruto, produto do bem, ou mesmo como um acréscimo patrimonial decorrente do esforço comum dos companheiros. Ela decorre da própria existência do imóvel no decorrer do tempo, conjugada a outros fatores, como sua localização, estado de conservação etc. Se os imóveis da recorrida não se comunicam porque foram adquiridos antes da união estável, ou na constância desta, mas a título de herança, ainda que tenham se valorizado ao longo do tempo, continuarão incomunicáveis” (STJ, REsp 1.349.788. RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2014, *DJe* 29.08.2014). Como se nota, a dedução segue a interpretação no sentido de que apenas não se aplicam à união estável as regras incompatíveis da comunhão parcial, o que não é o caso do último

dispositivo citado. Sendo assim, trata-se de outra tese que tem o nosso apoio.

Feitas tais pontuações jurisprudenciais e doutrinárias sobre a comunicação de bens na união estável, outro debate importante é saber se há ou não a exigência de outorga dos companheiros no caso de alienação de bem imóvel, ou, ainda para se prestar fiança ou aval, nos moldes do que exige, para o casamento, o art. 1.647 do CC/2002, sob pena de anulabilidade do ato correspondente (art. 1.649 do CC/2002).

Dessa forma, para uma *primeira corrente*, a outorga só pode ser exigida dos cônjuges e não dos companheiros por se tratar de norma restritiva de direitos que não comporta interpretação extensiva ou analogia. Por essa linha, a outorga só pode ser exigida por expressa previsão legal, o que não se verifica no tocante à união estável. Esse continua sendo o entendimento do presente autor, mesmo existindo contrato de convivência entre as partes, inclusive celebrado por escritura pública. Concluindo desse modo, da jurisprudência:

“Apelação cível. Ação declaratória de nulidade de ato jurídico. União estável não declarada. Venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé. Inexistência de hipóteses de invalidade do negócio jurídico. Inexistência de nulidade. 1 – Ainda que seja possível vislumbrar pelas provas carreadas a existência de união estável entre apelante e primeiro apelado, a venda de bem imóvel a terceiro de boa-fé não é nula, tendo em vista que a Lei não exige a outorga uxória da companheira. 2 – Não provadas nenhuma das hipóteses de invalidade do negócio jurídico, previstas nos arts. 166 e ss., do CC 2002, não há nulidades a serem declaradas” (TJMG, Apelação Cível 1.0284.07.006501-6/0011, Guarani, 9.^a Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Bernardes, j. 17.02.2009 DJEMG 16.03.2009).

“Ação declaratória de nulidade. Escritura pública de compra e venda. Imóvel. Sentença de improcedência. Negócio jurídico celebrado pelo companheiro sem a anuência da companheira. Possibilidade. Outorga uxória. Desnecessidade. Exigência legal que não se aplica à hipótese de união estável. (...)” (TJSP, Apelação com Revisão 396.100.4/6, Acórdão 2567068,

Itararé, 2.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ariovaldo Santini Teodoro j. 15.04.2008, *DJESP* 16.05.2008).

Esse posicionamento segue a linha de diferenciação da união estável em relação ao casamento, conforme aqui constantemente defendido. Repise-se que a premissa de diferença entre as entidades familiares foi adotada em recente julgamento do STJ, exposto no Capítulo 3, que afastou a necessidade de outorga convivencial para a fiança (STJ, REsp 1.299.866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.02.2014 publicado no seu *Informativo* n. 535). Além disso, dá maior liberdade à convivência, conforme este autor também tem sustentado nesta obra. Por fim, é dado um sentido ao termo “no que couber”, constante do art. 1.725 do CC/2002.

Para uma *segunda corrente*, a expressão “no que couber” inclui a exigência de outorga entre as regras do casamento aplicáveis à união estável. A questão é tormentosa e o Superior Tribunal de Justiça também assim já decidiu anteriormente, conforme se depreende da seguinte ementa:

“Processo civil. Execução fiscal. Penhora de bem imóvel em condomínio. Exigência de consentimento dos demais. 1. A lei civil exige, para alienação ou constituição de gravame de direito real sobre bem comum, o consentimento dos demais condôminos. 2. A necessidade é de tal modo imperiosa, que tal consentimento é, hoje, exigido da companheira ou convivente de união estável (art. 226, § 3.º, da CF), nos termos da Lei 9.278/1996. 3. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 755.830/ SP, 2.^a Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 07.11.2006, *DJ* 1.º.12.2006, p. 291).

Acrescente-se que, ao final de 2014, surgiu outra forma de julgar na Superior Instância, que parece indicar uma *terceira via*, respondendo “depende” para a necessidade da *outorga convivencial* nos casos descritos no art. 1.647 do Código Civil. Conforme acórdão publicado no *Informativo* n. 554 do Tribunal de Cidadania, de fevereiro de 2015, a invalidade da venda de imóvel comum, fundada na ausência de outorga do companheiro, depende da publicidade conferida à união estável. E essa

publicidade se dá mediante averbação de contrato de convivência ou decisão declaratória da existência de união estável no Cartório de Registro de Imóveis em que cadastrados os bens comuns, ou demonstração de má-fé do adquirente (STJ, REsp 1.424.275/MT, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 04.12.2014, DJe 16.12.2014).

Pois bem, como aqui já se alertava, o debate a respeito da *outorga convivencial* tende a se aprofundar na vigência do Novo Código de Processo Civil. C comando que gerará grandes repercussões é o seu art. 73 do CPC/2015, a seguir confrontado com o art. 10 do Código de Processo anterior, para os devidos aprofundamentos:

Código de Processo Civil de 2015	Código de Processo Civil de 1973
Art. 73. O cônjuge necessitará do consentimento do outro para propor ação que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens. § 1.º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação: AI – que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens; AII – resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles; AIII – fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família; AIV – que tenha por objeto o reconhecimento, constituição ou extinção de ônus sobre imóvel de um ou de	Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre direitos reais imobiliários (redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.1994). § 1.º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para as ações (parágrafo único renumerado pela Lei 8.952, de 13.12.1994): AI – que versem sobre direitos reais imobiliários (redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.1994); AII – resultantes de fatos que digam respeito a ambos os cônjuges ou de atos praticados por eles (redação dada pela Lei 5.925, de 1.º.10.1973); AIII – fundadas em dívidas contraídas pelo marido a bem da família, mas cuja execução tenha de recair sobre o produto do trabalho da mulher ou os seus bens reservados (redação dada pela Lei 5.925,

ambos os cônjuges. A§ 2.º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nas hipóteses de composses ou de ato por ambos praticado. A§ 3.º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos.	de 1.º.10.1973) AIV – que tenham por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóveis de um ou de ambos os cônjuges (redação dada pela Lei 5.925, de 1.º.10.1973). A§ 2.º Nas ações possessórias, a participação do cônjuge do autor ou do réu somente é indispensável nos casos de composses ou de ato por ambos praticados (incluído pela Lei 8.952, de 13.12.1994).

Destaque-se que foi mantida a regra antecedente, agora no art. 74 do CPC/2015, no sentido de que tal consentimento para as ações reais sobre imóveis possa ser suprido judicialmente quando for negado por um dos cônjuges sem justo motivo, ou quando lhe seja impossível concedê-lo. Em complemento, a falta de consentimento invalida o processo quando necessário e não suprido pelo juiz. Essas eram as premissas expostas no art. 11 do CPC/1973, sem qualquer mudança mais substancial.

O novo dispositivo processual da tabela deve ser confrontado com o antes exposto art. 1.647, II, do Código Civil, que faz a mesma exigência, de outorga conjugal, para as ações que dizem respeito a direitos reais imobiliários. E, diante da previsão do § 3.º do art. 73 do Novo CPC, essa exigência passa a ser presente nos casos de união estável comprovada nos autos (*outorga convivencial*). A dúvida diz respeito à extensão dessa exigência para todos os incisos do art. 1.647 do Código Civil, diante da nova regra processual.

O presente autor continua a seguir a corrente pela resposta negativa, sendo essa claramente a tendência superior do STJ, ou seja, é correto afirmar que o art. 1.647 do Código Civil, em regra, não tem incidência para a união estável. Contudo, não se negue que o Novo Código de Processo Civil tende a aprofundar o debate a respeito dessa problemática, por mencionar a necessidade da outorga conjugal para a hipótese

que está prevista no inciso II do art. 1.647 do Código Civil. Ademais, pensamos que a decisão do STF, que em maio de 2017 equiparou a união estável ao casamento para os fins sucessórios, e com repercussão geral, também tende a fortalecer a afirmação de incidência do art. 1.647 para os companheiros (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, publicado no seu *Informativo* n. 864). Isso porque o último julgado está fundado na equalização das duas entidades familiares, o que, para alguns, atingiria as regras de Direito de Família.

No final de 2017, surgiu novo julgado do STJ nessa linha de exigência da outorga do companheiro, concluindo que “revela-se indispensável a autorização de ambos os conviventes para alienação de bens imóveis adquiridos durante a constância da união estável, considerando o que preceitua o art. 5.º da Lei n. 9.278/1996, que estabelece que os referidos bens pertencem a ambos, em condomínio e em partes iguais, bem como em razão da aplicação das regras do regime de comunhão parcial de bens, dentre as quais se insere a da outorga conjugal, a teor do que dispõem os arts. 1.647, I, e 1.725, ambos do Código Civil, garantindo-se, assim, a proteção do patrimônio da respectiva entidade familiar”. Porém, conforme o mesmo aresto, “não obstante a necessidade de outorga convivencial, diante das peculiaridades próprias do instituto da união estável, deve-se observar a necessidade de proteção do terceiro de boa-fé, porquanto, ao contrário do que ocorre no regime jurídico do casamento, em que se tem um ato formal (cartorário) e solene, o qual confere ampla publicidade acerca do estado civil dos contratantes, na união estável há preponderantemente uma informalidade no vínculo entre os conviventes, que não exige qualquer documento, caracterizando-se apenas pela convivência pública, contínua e duradoura”. Ao final, como não havia registro imobiliário quanto à existência da união estável ou qualquer prova de má-fé dos adquirentes dos bens, a venda foi reconhecida como válida e eficaz em relação aos terceiros (STJ, REsp 1.592.072/ PR, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.11.2017, *DJe* 18.12.2017).

Sem dúvidas, esse acórdão traz um novo tratamento sobre o tema, afirmando a necessidade da outorga convivencial como regra, já sob a ótica do art. 73 do CPC/2015 e citando o seu teor. Será necessário, portanto, aguardar eventual pacificação sobre o tema na Segunda Seção do Tribunal, pois o Tribunal começa a

dar sinais de um novo rumo. Da minha parte, continuo a entender que o art. 1.647 do Código Civil é norma restritiva prevista para o casamento e, como tal, não pode ser aplicada por analogia à união estável. Aguardemos outras posições da Corte Superior.

Exposta essa problemática, esclareça-se, para findar o estudo da *outorga convivencial*, que a questão da outorga não se confunde com o problema de eventual meação. Isso porque se exige a outorga quando o cônjuge pretende dar em garantia (hipoteca) ou alienar (venda) bem particular que não pertence ao outro cônjuge (art. 1.647 do CC). No que concerne a bem comum, não há que se falar em outorga, pois ambos os cônjuges devem hipotecar ou alienar o bem conjuntamente, eis que ambos são proprietários do bem.

Mas surge outra dúvida, agora atroz, o que justifica a existência do Enunciado n. 115 do Conselho da Justiça Federal: o regime da comunhão parcial já se aplicava à união estável antes do Código Civil de 2002? A questão não é pacífica no próprio Superior Tribunal de Justiça. Vale transcrever as normas anteriores que tratavam do assunto a fim de esclarecer a intrincada problemática.

De acordo com o art. 3.º da Lei 8.971/1994, “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro, terá o sobrevivente direito à metade dos bens”. Como a norma mencionava a colaboração do companheiro, seguia parcialmente o sentido da Súmula 380 do STF, não consagrando a comunhão parcial de bens. Em reforço, como bem pontua Euclides de Oliveira, a lei foi tímida, uma vez que estabelecia a meação dos bens havidos pelo esforço comum somente em caso de falecimento do companheiro (*União...*, 2003, p. 91-92).

Ato contínuo, preceituava o art. 5.º da Lei 8.278/1996: “Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito. § 1.º Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. § 2.º A administração do patrimônio comum dos

conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

Essa norma é que suscita maiores dúvidas a respeito de incidir ou não a comunhão parcial. Para Rodrigo da Cunha Pereira, a resposta seria negativa, pois o comando em análise exigiria a prova do esforço comum para a comunicação dos bens, na linha da citada súmula e da norma anterior (*Concubinato...*, 2004, p. 114).

Pelo mesmo caminho, Álvaro Villaça Azevedo opina que se consagra uma presunção relativa ou *iuris tantum*, “pois admite prova em contrário. Realmente, a união pode ser conturbada, de tal sorte, por um dos concubinos, que reste comprovada a completa ausência de colaboração, como, por exemplo, a vida irresponsável, de má conduta ou de prodigalidade; a de mero companheirismo, na relação aberta; a pautada por vícios de embriaguez, de jogo etc. Assim, o legislador presume a situação de condomínio natural nessa aquisição de bens, como regra; todavia, para que ocorram as referidas exceções, deverão ser elas provadas, judicialmente” (*Estatuto...*, 2. ed., 2002, p. 355).

No plano da jurisprudência, primeiramente, há acórdãos apontando a desnecessidade de prova do esforço comum para os casos de união estável constituída na vigência das leis anteriores, o que nos conduz à conclusão de que o regime seria o da comunhão parcial antes do Código Civil em vigor:

“Concubinato. União estável. Caracterização. Aquisição de bens. Art. 5.º da Lei 9.278/1996. Esforço comum. Presunção legal. Desnecessidade de comprovação. Preservação da meação da concubina. Possibilidade. Recurso conhecido e provido. 1. No regime de concubinato instituído pelo art. 5.º da Lei 9.278/1996, reconhecida a união estável, os bens havidos na constância dessa convivência devem ser tidos como decorrentes do esforço comum da família, descabendo, na espécie, a exigência de comprovação de tal condição pela mulher. 2. Na hipótese, apesar de o acórdão hostilizado haver reconhecido a união estável e a sociedade de fato do casal, entendeu que a recorrente não possuía direito à meação do imóvel constrito, uma vez que fora adquirido em período que se teve como início da união estável, ocorrida acerca de 14 anos. 3. Óbice não excetuado pelo art. 5.º da Lei 9.278/1996. 4.

Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 230.991/SP, 5.^a Turma Rel. Min. Gilson Dipp, j. 03.02.2000, *DJ* 28.02.2000, p. 116).

“Direito civil. Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Valores sacados do FGTS. A presunção de condomínio sobre o patrimônio adquirido por um ou por ambos os companheiros a título oneroso durante a união estável, disposta no art. 5.º da Lei 9.278/1996 cessa em duas hipóteses: (i) se houver estipulação contrária em contrato escrito (*caput*, parte final); (ii) se a aquisição ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união estável (§ 1.º). A conta vinculada mantida para depósitos mensais do FGTS pelo empregador, constitui um crédito de evolução contínua, que se prolonga no tempo, isto é, ao longo da vida laboral do empregado o fato gerador da referida verba se protraí, não se evidenciando a sua disponibilidade a qualquer momento, mas tão-somente nas hipóteses em que a lei permitir. As verbas de natureza trabalhista nascidas e pleiteadas na constância da união estável comunicam-se entre os companheiros. Considerando-se que o direito ao depósito mensal do FGTS, na hipótese sob julgamento, teve seu nascedouro em momento anterior à constância da união estável, e que foi sacado durante a convivência por decorrência legal (aposentadoria) e não por mero pleito do recorrido, é de se concluir que apenas o período compreendido entre os anos de 1993 a 1996 é que deve ser contado para fins de partilha. Recurso especial conhecido e provido em parte” (STJ, REsp 758.548/ MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nanc Andrichi, j. 03.10.2006, *DJ* 13.11.2006, p. 257).

Porém, há ementas superiores apontando justamente o contrário, ou seja, a necessidade da prova do esforço comum, o que traz a dedução de que o regime da união estável não era o da comunhão parcial de bens antes da atual codificação, na linha da doutrina transcrita:

“União estável. Partilha dos bens adquiridos no período de convivência.

Prova de que tenham sido adquiridos como fruto do trabalho ou da colaboração comum. Pretensão indeferida. Não evidenciado que os bens tenham sido adquiridos mediante o esforço comum, não se determina a partilha dos bens, mesmo porque não se sabe que bens sejam esses. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 550.280/ RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Barro Monteiro, j. 01.09.2005, DJ 10.10.2005, p. 372).

A questão é demais controvertida, envolvendo regras de direito intertemporal. Nesse *fogo cruzado*, este autor deduz que, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, o regime de bens da união estável *não era* o da comunhão parcial. O principal argumento para tal conclusão é que haveria antes a necessidade de prova do esforço comum para o direito à participação ou meação. Essa conclusão se dá pela interpretação do art. 5.º da Lei 9.278/1996 e da Súmula 380 do STF que exigiriam a prova desse esforço para as uniões anteriores. Assim, o regime da união estável, antes, seria algo próximo da atual participação final nos aquestos.

O debate é relevante, pois, segundo o Enunciado n. 346 do CJP/STJ, da *Jornada de Direito Civil*, “na união estável o regime patrimonial obedecerá à norma vigente no momento da aquisição de cada bem, salvo contrato escrito”. Pelo teor do enunciado doutrinário, a verificação da titularidade dos bens dos companheiros dependerá da lei vigente quando de sua aquisição, variando de acordo com o tempo, conforme outrora decidiu o Superior Tribunal de Justiça, no seguinte aresto:

“Direito civil e processual civil. União estável. Patrimônio em nome do companheiro. Prova do esforço comum. Lei 9.278/1996. União dissolvida antes de sua vigência. Inaplicabilidade. Partilha proporcional à contribuição individual. Modificação do percentual estabelecido. Óbice da Súmula 7/STJ. I – A jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção desta Corte é firme no sentido de que, existente a prova do esforço comum na aquisição ou incremento do patrimônio de qualquer dos companheiros, ainda que indireta a contribuição, abre-se ensejo à partilha dos bens (Súmula 380/STF). II – Não se aplicam às uniões livres dissolvidas antes de

13.05.1996 (data da publicação) as disposições contidas na Lei 9.278/1996, principalmente no concernente à presunção de se formar o patrimônio com o esforço comum igualitário, pois aquelas situações jurídicas já se achavam consolidadas antes da vigência do diploma normativo. A partilha do patrimônio deve, pois, observar a contribuição de cada um dos concubinos para a aquisição dos bens, não significando, necessariamente, *meação*” (STJ, REsp 174.051/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Castro Filho, j. 30.04.2002, DJ 01.07.2002, p. 335).

Mais atual, do mesmo Tribunal da Cidadania, enfrentando por igual o problema de direito intertemporal e na mesma linha, cabe destacar:

“A presunção legal de esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior à sua vigência, portanto, ser divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (Súmula 380/ STF). Os bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96 têm a propriedade – e, conseqüentemente, a partilha ao cabo da união – disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5.º, XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6.º). Os princípios legais que regem a sucessão e a partilha de bens não se confundem: a sucessão é disciplinada pela lei em vigor na data do óbito; a partilha de bens, ao contrário, seja em razão do término, em vida, do relacionamento, seja em decorrência do óbito do companheiro ou cônjuge, deve observar o regime de bens e o ordenamento jurídico vigente ao tempo da aquisição de cada bem a partilhar. A aplicação da lei vigente ao término do relacionamento a todo o período de união implicaria expropriação do patrimônio adquirido segundo a

disciplina da lei anterior, em manifesta ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito” (STJ, REsp 1.124.859/MG, 2.^a Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 26.11.2014, *DJe* 27.02.2015).

Como se pode verificar, o julgado – na esteira do antecedente –, diz respeito à aquisição de bens efetuada antes da Lei 9.278/1996, concluindo pela necessidade de prova de esforço comum para a comunicação de bens havidos em período anterior da sua entrada em vigor. No entanto, para o mesmo aresto, a comunhão parcial passou a ser o regime de bens a partir da entrada em vigor da norma de 1996.

O último acórdão é um dos precedentes que fez com que o Tribunal da Cidadania publicasse a premissa número 16 na Edição n. 50 da nova ferramenta *Jurisprudência em Teses*, a saber: “a presunção legal de esforço comum quanto aos bens adquiridos onerosamente prevista no art. 5.º da Lei 9.278/1996 não se aplica à partilha do patrimônio formado pelos conviventes antes da vigência da referida legislação”. Essa posição é a que deve ser considerada majoritária para os devidos fins práticos.

Ainda no tocante ao regime de bens, questão polêmica existe quanto àqueles que não teriam a liberdade de escolher o regime de bens se fossem se casar. Isso porque, nos termos do art. 1.641 do CC, é obrigatório o regime da separação de bens no casamento: “I – das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II – da pessoa maior de setenta anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”. Repise-se, a respeito do inciso II do comando, que a idade foi aumentada de sessenta para setenta anos pela Lei 12.344/2010.

Como exposto no início do capítulo, as causas suspensivas não impedem a caracterização da união estável. Sendo assim, entende este autor que também não impõem o regime da separação obrigatória de bens. Não há imposição da separação obrigatória à união estável em nenhum dos casos previstos no art. 1.641 do mesmo Código Civil. Isso porque o art. 1.641 do CC é norma restritiva da autonomia privada, que não admite interpretação extensiva ou por analogia. Ainda, se a regra

gera restrição para o casamento, não existindo hierarquia entre as categorias familiares, não há razão para sua aplicação à união estável, pois são institutos diferentes tratados de maneiras distintas quanto aos direitos e deveres. Concluindo desse modo, com total razão: VELOSO, Zeno. *Direito hereditário...*, 2010, p. 171; LÔBO, Paulo. *Famílias...*, 2008, p. 161; SIMÃO, José Fernando. *Efeitos...*, 2010, p. 360; DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 5. ed., 2009, p. 170.

Nesse sentido, concluiu o Tribunal do Rio Grande do Sul que “como a Lei estabelece regra específica para as relações econômicas entre os conviventes na união estável, e não contemplou a previsão do regime de separação obrigatória, não se pode interpretar ampliativamente a exceção prevista para a relação patrimonial própria do casamento” (TJRS, Apelação Cível 70027870567, Porto Alegre, 7. Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando Silva de Vasconcellos Chaves, j 08.07.2009, *DOERS* 16.07.2009, p. 35).

Seguindo essa corrente, a título de exemplo, se uma pessoa que tem idade superior a 70 anos mantém união estável com outra, o regime desta será o da comunhão parcial, não havendo acordo entre as partes (art. 1.725 do CC). O contrato estabelecendo regime diverso será plenamente válido a par dessa forma de pensar juridicamente.

Em sentido contrário, vale aqui citar a posição de Regina Beatriz Tavares da Silva, para quem o art. 1.641 alcança não só o casamento como também a união estável (*Novo Código...*, 2004, p. 1.587). Seguindo a doutrinadora, o PL 699/2011, antigo 6.960/2002, pretende resolver a questão criando um § 2.º para o art. 1.725, nos seguintes termos: “§ 2.º Aplica-se à união estável o regime da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, incisos I e II”.

Filiando-se também a esse último entendimento, comenta a promotora de justiça do Estado do Rio Grande do Norte Érica Verícia de Oliveira Canuto que:

“É de todo inaceitável que exista a sanção de obrigatoriedade do regime de separação de bens em certas situações para o casamento e não tenha a mesma correspondência à união estável. As duas situações (casamento e união estável) devem ser interpretadas de maneira igualitária. Ou se impõe também

o regime da separação obrigatória de bens para a união estável nas mesmas situações previstas para o casamento (art. 1.641, CC/2002), ou não se aplica para o casamento a restrição ao direito de livre estipulação do regime patrimonial de bem, como se dá na união estável” (CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. *A mutabilidade...*, 2005, p. 175).

O Superior Tribunal de Justiça tem seguido essa segunda corrente e aplicado o art. 1.641 do CC/2002 à união estável diante da suposta equiparação da categoria familiar ao casamento (STJ, REsp 646.259/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 22.06.2010). O entendimento foi repetido em outro julgamento superior. Todavia, ao final, o acórdão traz a ressalva segundo a qual a norma traz atentado à dignidade do idoso, em clara contradição que parece indicar outro caminho no futuro. Vejamos a publicação, constante do *Informativo* n. 459 do STJ, de dezembro de 2010:

“União estável. Sexagenários. Regime. Bens. Trata o caso de definir se há necessidade da comprovação do esforço comum para a aquisição do patrimônio a ser partilhado, com a peculiaridade de que, no início da união estável reconhecida pelo tribunal *a quo* pelo período de 12 anos, um dos companheiros era sexagenário. A Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, entendeu, entre outras questões, que, embora prevalecendo o entendimento do STJ de que o regime aplicável na união estável entre sexagenários é o da separação obrigatória de bens, segue esse regime temperado pela Súm. n. 377-STF, com a comunicação dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, sendo presumido o esforço comum, o que equivale à aplicação do regime da comunhão parcial. Assim, consignou-se que, na hipótese, se o acórdão recorrido classificou como frutos dos bens particulares do ex-companheiro aqueles adquiridos ao longo da união estável, e não como produto de bens eventualmente adquiridos antes do início da união, opera-se a comunicação desses frutos para fins de partilha. Observou-se que, nos dias de hoje, a restrição aos atos praticados por pessoas com

idade igual ou superior a 60 anos representa ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Precedentes citados: REsp 915.297/MG, *DJe* 03.03.2009; EREsp 736.627/PR, *DJe* 1.º.07.2008; REsp 471.958/RS, *DJe* 18.02.2009, e REsp 1.090.722/SP, *DJe* 30.08.2010” (STJ, REsp 1.171.820/PR, Rel. originário Min. Sidnei Beneti, Rel. para o acórdão, Min. Nancy Andrighi, j. 07.12.2010).

A propósito, em setembro de 2015, a questão sobre a prova do esforço comum para a incidência da Súmula 377 do STF à união estável foi consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento da sua Segunda Seção, em sede de recursos repetitivos (EResp 1.171.820/PR, 2.ª Seção, Rel. Min. Raul Araújo, j. 26.08.2015, *DJe* 21.09.2015).

Conforme o relator da decisão, Ministro Raul Araújo, a ideia de que o esforço comum deva ser sempre presumido conduziria à ineficácia total do regime da separação obrigatória de bens, uma vez que, para afastar tal presunção, o interessado necessitaria fazer uma prova negativa, comprovando que o ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, embora ele tenha sido adquirido na constância da união. Isso tornaria a separação de bens praticamente impossível. Em resumo, concluiu o Ministro Relator que “sob o regime do Código Civil de 1916, na união estável de pessoas com mais de 50 anos (se mulher) ou 60 anos (se homem), à semelhança do que ocorre com o casamento, também é obrigatória a adoção do regime de separação de bens”. Citou o magistrado precedente da Quarta Turma, segundo o qual não seria razoável que, a pretexto de regular a união de pessoas não casadas, o ordenamento jurídico estabelecesse mais direitos aos conviventes em união estável do que aos cônjuges. Acompanharam o relator os ministros Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro. Votou de forma divergente o ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Em 2016, tal forma de pensar o Direito de Família passou a compor a premissa número 6 da Edição n. 50 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ: “na união estável de pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do CC/02), impõe-se o regime

da separação obrigatória, sendo possível a partilha de bens adquiridos na constância da relação, desde que comprovado o esforço comum”. Assim, ao contrário do que ocorria antes no casamento – e exposto no Capítulo 3 desta obra –, em casos de aplicação da Súmula 377 do STF à união estável, é necessária a prova do esforço comum para a comunicação dos bens em favor dos companheiros.

Como ali foi desenvolvido, e deve ser aqui repetido, no ano de 2018 a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acabou por pacificar que, também no casamento, a aplicação da Súmula n. 377 do STF demanda a prova do esforço comum para que haja a comunicação de bens. Nos termos desse importante aresto, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. Releitura da antiga Súmula 377/STF (No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento), editada com o intuito de interpretar o art. 259 do CC/1916, ainda na época em que cabia à Suprema Corte decidir em última instância acerca da interpretação da legislação federal, mister que hoje cabe ao Superior Tribunal de Justiça” (STJ, EREsp1.623.858/MG, 2.^a Seção, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5.^a Região), j. 23.05.2018, *DJe* 30.05.2018). Assim, caminhou-se da *solução da união estável para o casamento*, e não ao contrário, como até se esperava.

Apesar dos argumentos bem expostos nos julgados, com eles não se concorda, pois reafirma-se que as normas restritivas da autonomia privada não admitem aplicação por analogia. A liberdade da pessoa humana, como valor constitucional, deve ser preservada, prevalecendo sobre a proteção patrimonial, presente na discussão exposta. De toda sorte, a posição constante dos últimos arestos e da tese afirmada pelo Superior Tribunal de Justiça deve ser considerada majoritária para os devidos fins práticos.

No que concerne à conversão da união estável em casamento, conforme ordena o Texto Maior (art. 226, § 3.^o), está prevista no art. 1.726 do CC/2002, pelo qual: “A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil”. O dispositivo apresenta alguns inconvenientes e merece também comentários complementares.

De início, a lei não possibilita expressamente a conversão administrativa, pois há necessidade de autorização judicial, o que torna dificultosa a mesma, contrariando a ordem da Constituição Federal, que, como visto, fala em *facilitação* para a referida conversão. Justamente por isso, o PL 699/2011 pretende alterar o dispositivo, no sentido de prever que a conversão deverá ocorrer “perante o oficial do Registro Civil do domicílio dos cônjuges, mediante processo de habilitação com manifestação favorável do Ministério Público e respectivo assento”. No mesmo sentido, o projeto de *Estatuto das Famílias* do IBDFAM, pela previsão do art. 65. Como o intuito é facilitar, filia-se totalmente aos projetos de lei.

Os Estados da Federação regulamentaram essa conversão mediante provimentos das corregedorias dos Tribunais de Justiça. É o caso do Rio Grande do Sul, pelo Provimento 027/2003; do Mato Grosso do Sul, via Provimento 07/2003; e de São Paulo, por meio do Provimento 25/2005. Quanto ao último, é a sua redação constante das Normas de Serviço da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, atualizada conforme o Provimento 41/2012:

“Da Conversão da União Estável em Casamento

87. A conversão da união estável em casamento deverá ser requerida pelos companheiros perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de seu domicílio.

87.1. Recebido o requerimento, será iniciado o processo de habilitação sob o mesmo rito previsto para o casamento, devendo constar dos editais que se trata de conversão de união estável em casamento.

87.2. Estando em termos o pedido, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de autorização do Juiz Corregedor Permanente, prescindindo o ato da celebração do matrimônio.

87.3. O assento da conversão da união estável em casamento será lavrado no Livro ‘B’, exarando-se o determinado no item 80 deste Capítulo, sem a indicação da data da celebração, do nome do presidente do ato e das assinaturas dos companheiros e das testemunhas, cujos espaços próprios deverão ser inutilizados, anotando-se no respectivo termo que se trata de

conversão de união estável em casamento.

87.4. A conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil.

87.5. Não constará do assento de casamento convertido a partir da união estável, em nenhuma hipótese, a data do início, período ou duração desta”.

Observe-se, a regulamentação da conversão no Estado de São Paulo é cheia de detalhes. Justamente por isso os companheiros podem até fazer a opção de se casarem, para afastar essas dificuldades práticas.

De qualquer modo, nota-se que o provimento paulista dispensa a ação judicial, *desobedecendo* ao que consta do Código Civil de 2002. Porém, o citado provimento está de acordo com o Texto Maior, pois facilita a conversão ao mencionar a via administrativa. Em suma, o provimento é ilegal em relação ao Código privado, mas legal e constitucional se for levada em conta a Norma Superior. Essas conclusões revelam o certo *caos legislativo* que vivemos em nosso país.

Para sanar esse problema, o *Projeto de Lei de Desburocratização*, seguindo minha sugestão, pretende afastar a necessidade de ação judicial para que essa conversão da união estável em casamento ocorra. Nos termos do novo art. 1.726 do CC/2002, “a união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao Registro Civil, submissão ao procedimento de habilitação de casamento e assento no Registro Civil” A norma também passaria a estabelecer que “é facultado aos companheiros requerer a inserção da data de início da união estável, desde que apresente declaração, com firma reconhecida, de todos os seus descendentes, unilaterais ou comuns, consentindo com a data informada ou, se for o caso, declaração de inexistência de descendentes”. Por fim, propõe-se que “a data de início da união estável poderá ser impugnada por terceiros interessados a qualquer tempo, ainda que de forma incidente em processos judiciais”. Espera-se que a projeção seja aprovada, reduzindo-se as formalidades e sanando-se o conflito com o Texto Maior.

Voltando-se ao texto em vigor, em julgado de 2017, entendeu o Superior

Tribunal de Justiça que “os arts. 1.726 do CC e 8.º da Lei 9278/96 não impõem a obrigatoriedade de que se formule pedido de conversão de união estável em casamento exclusivamente pela via administrativa. A interpretação sistemática dos dispositivos à luz do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal confere a possibilidade de que as partes elejam a via mais conveniente para o pedido de conversão de união estável em casamento” (STJ, REsp 1.685.937/RJ, 3.ª Turma, Rel.Min. Nancy Andrighi, j. 17.08.2017, *DJe* 22.08.2017). Como se nota, o acórdão superior reconhece a possibilidade da via administrativa para a conversão da união estável em casamento, mas conclui não ser ela exclusiva.

Pode surgir uma dúvida quanto a essa conversão, que foi tratada em questão de concurso público para cartórios no Estado de São Paulo. Como fica a conversão se um dos companheiros falecer no curso do processo de conversão? Respondendo à questão, assim decidiu a Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo:

“Registro Civil de Pessoas Naturais. Conversão de união estável em casamento. Requerimento conjunto dos conviventes. Falecimento do varão no curso do processo de habilitação que, apesar disso, foi concluído. Inexistência de impedimento para o casamento. Desnecessidade de celebração e de assinatura dos cônjuges no assento. Possibilidade de sua lavratura. Ato do Oficial. Necessidade, apenas, de ser o requerimento submetido ao Juiz Corregedor Permanente. Antecedente desta E. Corregedoria-Geral da Justiça. Recurso provido para permitir a conversão pretendida” (Portaria de Decisão da Corregedoria-Geral da Justiça – Atos do Registro Civil – Conversão de união estável em casamento – Falecimento no curso de processo de habilitação, Proc. 834/2004, (328/2004-E), Recurso Administrativo, recorrente: Excelentíssimo Senhor Corregedor-Geral da Justiça: São Paulo 30 de dezembro de 2004, José Marcelo Tossi Silva – Juiz Auxiliar da Corregedoria. Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, dou provimento ao recurso interposto. Publique-se. São Paulo, 04.01.2005. José Mário Antonio Cardinale – Corregedor-Geral da Justiça).

Superada a análise dos dispositivos que estão elencados no título que trata da união estável, outras normas devem ser estudadas, relacionadas com o uso do nome, com os alimentos e com o direito sucessório dos companheiros. Também é preciso comentar sobre a inexistência de um estado civil próprio do companheiro ou convivente.

Relativamente ao uso do nome do companheiro, a questão está regulamentada pelo art. 57 da Lei de Registros Públicos, cuja redação é a seguinte:

“Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

(...)

§ 2.º A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas.

§ 3.º O juiz competente somente processará o pedido, se tiver expressa concordância do companheiro, e se da vida em comum houverem decorrido, no mínimo, 5 (cinco) anos ou existirem filhos da união.

§ 4.º O pedido de averbação só terá curso, quando desquitado o companheiro, se a ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido, ainda que dele receba pensão alimentícia.

§ 5.º O aditamento regulado nesta Lei será cancelado a requerimento de uma das partes, ouvida a outra.

§ 6.º Tanto o aditamento quanto o cancelamento da averbação previstos neste artigo serão processados em segredo de justiça”.

A grande dúvida quanto a esse comando legal é se o mesmo continua ou não em vigor. Na doutrina, existem os dois posicionamentos. Entendendo pela permanência da norma, Flávio Augusto Monteiro de Barros sustenta que a matéria é de registro público vigorando como norma especial (*Manual...*, 2005, p. 100). Em suma, adota-se o critério da especialidade, para fundamentar a sua permanência.

Por outra via, Francisco José Cahali, em atualização da obra de Silvio Rodrigues, conclui que a norma não mais se aplica, pois “a utilização do nome representa, em um primeiro momento, o direito de um em face do outro na relação conjugal decorrente da união estável, reclamando, assim, previsão legislativa. A Constituição Federal, elevando a união estável à categoria de entidade familiar, igualmente lhe outorgou a proteção do Estado, como se casados fossem os seus partícipes”. E conclui: “Em como tal, efeito exterior da relação, observada a união estável perante o Estado e a sociedade, na amplitude desejada da norma constitucional, não se poderá negar o pedido de utilização do sobrenome do parceiro, formulado em conjunto pelos companheiros. E nessa linha, não mais se exigem os requisitos da Lei 6.015/1973, nem tampouco se aplicam as restrições nela previstas” (RODRIGUES, Silvio *Direito...*, 2002, p. 299, atualizada por Francisco José Cahali). Alinha-se a esse último entendimento, sem dúvidas.

Isso porque os requisitos apontados pela Lei de Registros Públicos não foram recepcionados pela CF/1988 ou mesmo pelo Código Civil de 2002. Como se sabe, a Norma Superior comparou homens e mulheres (art. 5.º, I, da CF/1988), razão pela qual a necessidade de autorização e concordância do companheiro é flagrantemente inconstitucional. Além disso, o dispositivo menciona apenas a *companheira*, não o *companheiro*, violando a isonomia. O mesmo deve ser dito quanto aos *motivos* para a utilização do nome.

Em relação à exigência de prazo de união estável para a utilização do nome ou existência de prole comum, a norma é distante do atual Código Civil, que não apresenta tais requisitos para a caracterização da união estável. Por fim, a Lei de Registros Públicos ignora que o nome é um direito da personalidade (arts. 16 a 19 do CC/2002), inerente à própria dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988). Em suma, a norma é totalmente desatualizada e não pode ser considerada mais em vigor.

Concluindo, entendemos, devem ser aplicadas à união estável as mesmas regras previstas para a utilização e supressão do nome no casamento (arts. 1.565, § 1.º, e 1.578 do CC, outrora estudados). Aplicando tais premissas, julgado publicado no *Informativo* n. 506 do Superior Tribunal de Justiça:

“É possível a alteração de assento registral de nascimento para a inclusão do patronímico do companheiro na constância de uma união estável, em aplicação analógica do art. 1.565, § 1.º, do CC, desde que seja feita prova documental da relação por instrumento público e nela haja anuência do companheiro cujo nome será adotado. O art. 57, § 2.º, da Lei 6.015/1973 outorgava, nas situações de concubinato, tão somente à mulher a possibilidade de averbação do patronímico do companheiro sem prejuízo dos apelidos próprios – entenda-se, sem a supressão de seu próprio sobrenome –, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, não havendo específica regulação quanto à adoção de sobrenome pelo companheiro (união estável). A imprestabilidade desse dispositivo legal para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para a qual foi destinada a referida norma, reclama a aplicação analógica das disposições específicas do Código Civil relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos e a parelha *ratio legis* relativa à união estável com aquela que orientou o legislador na fixação dentro do casamento da possibilidade de acréscimo do sobrenome de um dos cônjuges ao do outro” (STJ, REsp 1.206.656/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.10.2012).

Relativamente aos alimentos, o art. 1.694 do CC/2002 consagra a possibilidade de um dos companheiros pleiteá-los do outro, como já previam as leis anteriores que tratavam da união estável. Na essência, conforme será estudado em capítulo próprio, serão aplicadas à união estável as mesmas regras previstas para os alimentos (arts. 1.694 a 1.710 do CC).

Expostos tais efeitos, é interessante voltar ao debate de tema tratado no Volume

1 desta série bibliográfica, qual seja, a falta de um estado civil próprio do companheiro. Tal realidade, na opinião deste autor, representa uma verdadeira aberração jurídica, o que faz que a união estável seja tratada como uma *família de segunda classe* no meio social. Cite-se que alguns juristas, do mesmo modo, sustentam que a situação de companheiro deve ser reconhecida como verdadeiro estado civil, caso de Álvaro Villaça Azevedo (*Teoria geral...*, 2012, p. 13). Assim, urge a aprovação de um dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional com essa finalidade, para que a discriminação seja afastada.

No Estado de São Paulo, pontue-se a feliz tentativa de se criar um estado civil decorrente da união estável por força de alterações realizadas no Provimento 14 da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de São Paulo, em dezembro de 2012. Com as modificações, passam a ser registradas no Cartório de Registro das Pessoas Naturais as escrituras públicas e as sentenças de reconhecimento de união estável.

Em complemento, o item 113, Capítulo XVII, do Provimento estabelece agora que “os registros das sentenças declaratórias de reconhecimento, dissolução e extinção, bem como das escrituras públicas de contrato e distrato envolvendo união estável, serão feitos no Livro ‘E’, pelo Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais da Sede, ou onde houver, no 1.º Subdistrito da Comarca em que os companheiros têm ou tiveram seu último domicílio, devendo constar: *a)* a data do registro; *b)* o prenome e o sobrenome, datas de nascimento, profissão, indicação da numeração das Cédulas de Identidade, domicílio e residência dos companheiros; *c)* prenomes e sobrenomes dos pais; *d)* data e Registro Civil das Pessoas Naturais em que foram registrados os nascimentos das partes, seus casamentos e/ou uniões estáveis anteriores, assim como os óbitos de seus outros cônjuges ou companheiros, quando houver; *e)* data da sentença, Vara e nome do Juiz que a proferiu, quando o caso; *f)* data da escritura pública, mencionando-se, no último caso, o livro, a página e o Tabelionato onde foi lavrado o ato; *g)* regime de bens dos companheiros”.

Fez o mesmo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em âmbito nacional, por meio do seu Provimento n.º 37, que também possibilita o registro das escrituras públicas de união estável, heteroafetiva ou homoafetiva, no Livro “E” dos Cartórios de Registros das Pessoas Naturais. Quanto ao estado civil de companheiro, estabelece

o seu art. 4.º que, “quando o estado civil dos companheiros não constar da escritura pública, deverão ser exigidas e arquivadas as respectivas certidões de nascimento, ou de casamento com averbação do divórcio ou da separação judicial ou extrajudicial, ou de óbito do cônjuge se o companheiro for viúvo, exceto se mantidos esses assentos no Registro Civil das Pessoas Naturais em que registrada a união estável, hipótese em que bastará sua consulta direta pelo Oficial de Registro”.

Em 2017, surgiu precedente sobre o tema no Superior Tribunal de Justiça que, apesar de não reconhecer diretamente o estado civil de companheiro, o fez indiretamente. Trata-se de decisão que determinou a averbação, na certidão de óbito da falecida, da existência de união estável em vida. Vejamos trecho da ementa do emblemático acórdão:

“Se na esfera administrativa o Poder Judiciário impõe aos serviços notariais e de registro a observância ao Provimento n.º 37 da Corregedoria Nacional de Justiça, não pode esse mesmo Poder Judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, negar-lhe a validade, considerando juridicamente impossível o pedido daquele que pretende o registro, averbação ou anotação da união estável. A união estável, assim como o casamento, produz efeitos jurídicos típicos de uma entidade familiar: efeitos pessoais entre os companheiros, dentre os quais se inclui o estabelecimento de vínculo de parentesco por afinidade, e efeitos patrimoniais que interessam não só aos conviventes, mas aos seus herdeiros e a terceiros com os quais mantenham relação jurídica. A pretensão deduzida na ação de retificação de registro mostra-se necessária, porque a ausência de expresse amparo na lei representa um entrave à satisfação voluntária da obrigação de fazer. Igualmente, o provimento jurisdicional revela-se útil, porque apto a propiciar o resultado favorável pretendido, qual seja, adequar o documento (certidão de óbito) à situação de fato reconhecida judicialmente (união estável), a fim de que surta os efeitos pessoais e patrimoniais dela decorrentes. Afora o debate sobre a caracterização de um novo estado civil pela união estável, a interpretação das normas que tratam da questão aqui debatida – em especial a Lei de Registros

Públicos – deve caminhar para o incentivo à formalidade, pois o ideal é que à verdade dos fatos corresponda, sempre, a informação dos documentos, especialmente no que tange ao estado da pessoa natural. Sob esse aspecto, uma vez declarada a união estável, por meio de sentença judicial transitada em julgado, como na hipótese, há de ser acolhida a pretensão de inscrição deste fato jurídico no Registro Civil de Pessoas Naturais, com as devidas remissões recíprocas aos atos notariais anteriores relacionados aos companheiros” (STJ, REsp 1.516.599/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 21.09.2017, *DJe* 02.10.2017).

Apesar desses importantes passos, reafirme-se que o interessante seria a alteração substancial da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), com o mesmo conteúdo, para que o estado civil de companheiro seja reconhecido de forma definitiva, em âmbito nacional e por legislação expressa. Desse modo, não existiria qualquer dúvida legal quanto ao seu reconhecimento, sendo a distorção do sistema definitivamente corrigida.

Para encerrar o tópico, é interessante aqui trazer algumas palavras de complemento sobre a *ação de reconhecimento e dissolução da união estável*, que corre perante a Vara da Família, como visto. De forma alguma a ação pode ser denominada *ação de reconhecimento de sociedade de fato*, pois o conceito de união estável é diverso do conceito de sociedade de fato. A última expressão, como se sabe, é utilizada nos casos envolvendo o concubinato impuro e a união de pessoas do mesmo sexo, situações em que a ação correspondente corre perante a Vara Cível.

Além disso, é notório que, em regra, não há necessidade de ação judicial para a prova da existência da união estável, ou mesmo para que seja pactuada a sua dissolução. Aliás, é possível que os companheiros pactuem, por força de contrato, essa dissolução, que será válida desde que não entre em conflito com normas de ordem pública.

Entretanto, em algumas situações práticas, pode ser necessária uma ação específica para se pleitear efeitos, pessoais ou patrimoniais, decorrentes dessa união.

Já se entendia que a *ação de reconhecimento e dissolução da união estável*

poderia ser *consensual*. Em casos tais, como Euclides de Oliveira, concluía-se pela aplicação das regras previstas para a ação de separação consensual do casamento, previstas nos arts. 1.120 a 1.124 do CPC/1973. Lembra o doutrinador, aliás, que assim julgou o Tribunal de Justiça de São Paulo (*União...*, 2003, p. 244).

Ademais, a *ação de reconhecimento e dissolução da união estável* poderia ser *litigiosa*. Esse era o entendimento de Euclides de Oliveira, para quem:

“Interesse haverá no pedido de dissolução judicial quando verificado o descumprimento de deveres por parte de um dos companheiros, tais os casos de deslealdade (infidelidade, união paralela etc.), falta de respeito e consideração, desassistência material e moral, descuido na guarda, sustento e educação dos filhos (art. 2.º da Lei 9.278/1996; art. 1.724 do NCC), e semelhança das causas da ruptura da vida conjugal, por culpa grave ou conduta desonrosa que tornem impossível a manutenção da união. E a separação de corpos será viável em tais situações, assim como o arrolamento de bens, em cautela aos interesses do companheiro ofendido, para que se preservem os direitos postulados na ação principal” (OLIVEIRA, Euclides de *União...*, 2003, p. 244).

Todavia, com a Emenda Constitucional 66/2010 o panorama mudou. Isso porque, segundo a doutrina majoritária, não será mais possível discutir a culpa para dissolver o casamento, premissa que igualmente passa a valer para a dissolução da união estável. Nesse sentido, aliás, vinha se posicionando parte da jurisprudência:

“Reconhecimento e dissolução da união estável. Sentença que julgou improcedente o pedido, sob pretensa inconstitucionalidade das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Afastamento de tal consideração, por cuidar-se o art. 226, § 3.º, da CF de norma com efeitos contidos, passível de imediata aplicação, mas suscetível de regulamentação. Possibilidade de reconhecimento sobre a existência da união estável e consequente dissolução, no caso concreto, por não conveniente a manutenção dessa condição.

Descabimento de debate sobre quem seja o responsável pelo fim do companheirismo, sem ensejo a que se apliquem normas pertinentes à separação judicial, por sua natureza restritiva e não equivalência entre o casamento e a união de fato. Inexistência de bens a serem partilhados, já que o único bem imóvel das partes foi doado à apelante, pelo recorrido, em data anterior à dissolução da sociedade de fato. Impossibilidade de partilha. Recurso provido” (TJSP, 5.^a Câmara, Seção de Direito Privado, Apelação 261.520-4/2-00, Rel. Des. Mathias Coltro, voto 10.826).

“Atribuição de culpa pela dissolução da união estável. Descabida a atribuição de culpa a um dos companheiros pela dissolução da união estável, uma vez que, via de regra, há concorrência de ambos para o falecimento do relacionamento. Recurso desprovido” (TJRS, Processo 70011839495 04.08.2005, 8.^a Câmara Cível, Rel. Juíza Catarina Rita Krieger Martins origem Comarca de Bagé).

De qualquer modo, na linha do proposto por este autor, acredita-se que a culpa possa ser debatida em sede de dissolução da união estável, pelo menos para atribuição do valor dos alimentos e para os devidos fins de responsabilidade civil. Ora, como visto, a lealdade – que, em regra, engloba a fidelidade – é um dos deveres da união estável (art. 1.724 do CC). A quebra desse dever caracteriza a culpa, que gera consequências jurídicas, conforme exposto no capítulo anterior desta obra.

Feitas tais considerações, é importante trazer alguns complementos processuais, diante de regras que foram incluídas pelo Novo Código de Processo Civil. Como visto, essa lei buscou equipar, para todos os fins processuais, a união estável ao casamento.

Ademais, conforme antes exposto, são aplicáveis as regras especiais para as ações de Direito de Família, previstas entre os arts. 693 a 699 do CPC/2015, para a *ação de reconhecimento e dissolução da união estável*. Pontue-se que o Estatuto Processual emergente utiliza o termo *ação de dissolução de união estável*. Para o presente autor, a expressão destacada pode ser perfeitamente utilizada, sendo até mais

técnica do que a última.

No que concerne ao foro competente para apreciar essa ação, ficava em dúvida a aplicação do art. 100, inc. I, do CPC/1973, que consagrava o foro privilegiado a favor da esposa. No Superior Tribunal de Justiça vinha prevalecendo o entendimento de que o foro competente seria o do domicílio do réu, aplicando-se o art. 94 do CPC/1973, pois não mereceria aplicação analógica o art. 100, I, do mesmo Estatuto Processual revogado:

“Ação de dissolução de sociedade de fato. União estável. Foro competente. Domicílio do réu. Art. 94 CPC. Incidência. A ação de dissolução de união estável, ainda que apresente consequências relativas a bens imóveis, possui cunho eminentemente de direito pessoal, devendo o foro competente ser fixado de acordo com o domicílio do réu, consoante a regra insculpida no art. 94 do CPC. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão provido” (STJ, REsp 453.825/ MT, 4.^a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves j. 1.^o.03.2005, *DJ* 21.03.2005, p. 383, *RDDP* vol. 26, p. 192; Veja: Sociedade de fato – Dissolução – Foro competente – STJ, REsp 327.086/PR, *RDDP* 6/104).

Por outra via, existiam julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo entendendo pela aplicação da referida norma processual para a união estável:

“Agravo de instrumento. Declaratória de reconhecimento de dissolução de união estável. Competência do foro do domicílio da mulher – Inteligência do art. 100, I do CPC. Recurso provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 353.676 4/9/SP, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Arthur Del Guércio, 15.09.2004 v.u.).

Como se nota, o primeiro passo já havia sido dado pela não aplicação do art. 100, I, do CPC/1973, diante da igualdade entre homem e mulher. O Novo CPC não retirou do sistema o foro privilegiado da esposa para as ações fundadas no casamento, como trouxe as mesmas regras para os casos de extinção da união estável.

Nos termos do art. 53, inciso I, do Novo CPC, o foro competente para apreciar a ação de reconhecimento e dissolução da união estável é o de domicílio do guardião do incapaz. Caso não haja filho incapaz, será competente o foro do último domicílio do casal. Por fim, se nenhuma das partes residir no domicílio do casal, será competente o domicílio do réu. O presente autor já demonstrou, no Capítulo 1 desta obra, a sua filiação a essa mudança processual.

Em complemento, além das regras específicas das ações de Direito de Família, o Código de Processo Civil traz regras a respeito da *extinção consensual da união estável*, mais uma vez equiparada ao casamento para os cabíveis fins instrumentais.

Nos termos do art. 731 do CPC/2015, a homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão: *a)* as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns; *b)* as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; *c)* o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e *d)* o valor da contribuição para criar e educar os filhos. Eventualmente, se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, far-se-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658 do mesmo *Codex*.

O art. 732 do CPC/2015 não deixa dúvidas a respeito da incidência dessas regras para a ação fundada em união estável, enunciando que “As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensuais aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável”.

Ademais, está previsto no Novo CPC que o divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731 da mesma lei.

Essa última é a regra do art. 733 do CPC/2015, que estabelece, ainda, que a escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras (§ 1.º). Ademais, está previsto que o Tabelião somente lavrará

a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (§ 2.º).

A menção à extinção da união estável por escritura pública é inovação no sistema processual emergente. Assim, havendo filhos incapazes ou nascituro, por expressa previsão legal, não é mais possível o uso da via judicial. Essa imposição não existia na lei anterior, apesar de algumas normas de corregedorias dos Tribunais estenderem a mesma regra prevista no antigo art. 1.124-A do CPC/1973 para a união estável.

Agora não restam dúvidas, eis que, se o casal tiver filhos incapazes, ou se a companheira estiver grávida, a extinção somente é possível pela via judicial. Quanto à gravidez da mulher, cabe lembrar que a Resolução 35 do CNJ foi alterada em abril de 2016, no sentido de afastar a via extrajudicial em casos tais. Aqui parece que a tão citada equiparação da união estável ao casamento acabou por *judicializar* a dissolução da união estável, na contramão da própria tendência do Novo CPC.

Com a análise dessas regras processuais, encerra-se o estudo dos efeitos decorrentes da união estável. Parte-se, a partir de agora, ao estudo de um tema ainda mais controvertido, qual seja a união homoafetiva, abordada brevemente em outros trechos da presente obra.

5.5 UNIÃO DE PESSOAS DO MESMO SEXO OU UNIÃO HOMOAFETIVA

Encerrando o capítulo, é imprescindível comentar sobre a união de pessoas do mesmo sexo, denominada pela Professora Maria Berenice Dias como *união homoafetiva*. O tema é atual e explosivo, razão pela qual vem sendo solicitado em provas de graduação e nos concursos públicos, além de interessar à prática da advocacia familiarista.

Muito bem, em relação à união de pessoas do mesmo sexo, sempre existiram *dois posicionamentos* bem delineados na doutrina e na jurisprudência e todos tomam por base a interpretação do art. 226, § 3.º, da CF/1998, que assim dispõe: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher

como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”.

O *primeiro posicionamento* é de que a união de pessoas do mesmo sexo não constitui uma entidade familiar. Isso porque não há casamento, não há família monoparental ou mesmo união estável. Essa corrente parte de uma interpretação literal, tanto da Constituição Federal (art. 226, § 3.º, que fala em “homem e a mulher”), quanto do Código Civil (art. 1.723, que fala em “homem e a mulher”). Segundo a literalidade das normas em questão, exige-se que a união seja constituída por pessoas de sexos distintos. Por esse caminho, há na união homoafetiva uma sociedade de fato, com aplicação da Súmula 380 do STF, ou seja, o parceiro é um sócio, tendo direito a parte dos bens adquiridos na constância dessa sociedade, pelo esforço comum.

Essa ação de reconhecimento, para tal corrente, tem curso na Vara Cível, por envolver direito das obrigações, conforme vinha entendendo o Superior Tribunal de Justiça, seguindo essa primeira corrente em passado não tão remoto:

“Direito civil e processual civil. Dissolução de sociedade de fato. Homossexuais. Homologação de acordo. Competência. Vara cível. Existência de filho de uma das partes. Guarda e responsabilidade. Irrelevância. 1. A primeira condição que se impõe à existência da união estável é a dualidade de sexos. A união entre homossexuais juridicamente não existe nem pelo casamento, nem pela união estável, mas pode configurar sociedade de fato, cuja dissolução assume contornos econômicos, resultantes da divisão do patrimônio comum, com incidência do Direito das Obrigações. 2. A existência de filho de uma das integrantes da sociedade amigavelmente dissolvida, não desloca o eixo do problema para o âmbito do Direito de Família, uma vez que a guarda e responsabilidade pelo menor permanece com a mãe, constante do registro, anotando o termo de acordo apenas que, na sua falta, à outra caberá aquele *munus*, sem questionamento por parte dos familiares. 3. Neste caso, porque não violados os dispositivos invocados – arts. 1.º e 9.º da Lei 9.278 de 1996, a homologação está afeta à vara cível e não à vara de família. 4. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 502.995/RN, j. 26.04.2005, 4.

Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* 16.05.2005, p. 353, *REVJUR* vol. 332, p. 113; Veja: Sociedade de fato – Patrimônio comum – STJ – REsp 148.897/ MG, *RSTJ* 110/313, *RT* 756/117, *LEXSTJ* vol. 00108, agosto 1998/235, *RJTAMG*).

“Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no art. 1.º da Lei 9.278/1996. A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 773.136/RJ, 3.ª Turma, Rel Min. Nancy Andrighi, j. 10.10.2006, *DJ* 13.11.2006, p. 259).

Desse raciocínio decorre que a ação proposta visando ao reconhecimento da união estável, nessa visão, deveria ser extinta sem o julgamento do mérito, como entendia o Tribunal Mineiro:

“Apelação cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no art. 226, § 3.º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher. Revela-se manifestamente

impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo” (TJMG, Processo 1.0024.04.537121-8/002(1), 12.ª Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 24.05.2006).

Em reforço, seguindo essa corrente, havendo conflito de competência negativo entre a Vara Cível e a Vara de Família, é da primeira a competência para julgar a matéria:

“Conflito negativo de competência. Ação de reconhecimento de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. 1 – É essencial a diversidade de sexos para viabilizar o casamento e a união estável, de modo que as relações homossexuais escapam ao direito de família, mas não ao direito obrigacional. 2 – Cabe ao juízo cível processar e julgar a ação de reconhecimento de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Competência do juiz da vara cível declarada (suscitado)” (TJGO, CNC 994-3/194 (200701327426), da Goiânia, 2.ª Seção Cível, Rel. Des. Carlos Escher, *DJE* 29.10.2007).

Na doutrina, são partidários desse entendimento Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa e Inácio de Carvalho Neto, todos nas obras aqui referenciadas. Cumpre destacar que o Professor Álvaro Villaça Azevedo era filiado ao presente entendimento. Todavia, conforme apontado em suas palestras e exposições, o *Mestre das Arcadas* mudou de posição, filiando-se agora à segunda corrente.

Anote-se que essa *primeira corrente* resolve a questão da união de pessoas do mesmo sexo pelo viés patrimonial e sempre de acordo com o direito das obrigações. Sendo assim, pode o casal homoafetivo elaborar um contrato de parceria civil para disciplinar a aquisição de patrimônio e suas regras, bem como, para efeitos sucessórios, pode-se elaborar o testamento, dando destino ao patrimônio do disponente.

Seguindo-se essa linha de pensamento, o casal homoafetivo não pode adotar como casal, mas apenas individualmente, pois, não constituindo família, mas mera sociedade de fato, não há permissão no Estatuto da Criança e do Adolescente nem no

Código Civil para a adoção conjunta.

Ademais, seguindo esse entendimento, o parceiro homoafetivo não poderia figurar como dependente no seguro saúde, pois não haveria relação familiar entre eles. Nesse sentido decidia o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cabendo colacionar:

“Apelação. Relação homossexual. Empregado que pretende que o companheiro seja aceito como seu dependente em plano de saúde empresarial, ao fundamento de que vivem em união estável. Recusa da seguradora que se justifica com base no contrato. Cláusulas limitativas são conformes à natureza dos contratos vinculados a cálculo atuarial, posto que a solvabilidade do fundo que cobre as indenizações depende de probabilidades previamente estimadas. Se a Constituição da República apenas reconhece ‘união estável entre o homem e a mulher’ (art. 226, par. 3.), não é possível estender o conceito às relações homoafetivas para o fim de obrigar planos de saúde a incluírem-nas na cobertura securitária sem previsão contratual. As seguradoras podem admiti-las como fato gerador de cobertura securitária em planos de saúde, mas não podem ser a tanto obrigadas sem expressa previsão contratual. Interpretação conforme à Constituição, sem eiva de preconceito ou discriminação. Recurso a que se dá provimento” (TJRJ, Apelação Cível 2005.001.44730, 2.^a Câmara Cível, Rel. Des. Jessé Torres, j. 23.11.2005).

Ressaltando, ainda para essa *primeira corrente*, tratando-se de sociedade de fato, não haveria a possibilidade de se pleitear alimentos ao fim do relacionamento:

“Relação homoafetiva. Ação de alimentos. Competência. Vara de família. Analogia com a união estável. Impossibilidade. 1. As ações de alimentos cuja causa de pedir seja a relação homoafetiva, pretendendo equiparação por analogia com a união estável entre um homem e uma mulher, devem ser analisadas pelo juízo de família, considerando que não se está discutindo sociedade de fato. 2. No mérito, a equiparação da relação homoafetiva com a

instituição da família não se mostra admissível enquanto o texto constitucional, bem como o direito infraconstitucional (art. 1.723 do Código Civil), referirem expressamente que a entidade familiar é formada por um homem e uma mulher. 3. A única semelhança que de princípio se pode apontar da relação homossexual com a família nascida do relacionamento entre pessoas de sexos diferentes, é o afeto. Mas o afeto, ainda que seja reconhecido pela doutrina moderna do direito de família como o elemento mais importante da relação familiar, ainda não é fonte por si só de obrigações. 4. Ainda assim, se a relação chegou ao fim, e portanto não há mais afeto, é impossível julgar a ação reconhecendo obrigação alimentar cuja fonte seria exatamente o afeto, inexistente a esta altura. Quando se desfaz um vínculo afetivo que resultou em família reconhecida pela ordem jurídica, como a decorrente do casamento ou da união estável, o que gera a continuidade do devedor de solidariedade é o vínculo jurídico, inexistente na relação homoafetiva. 5. Portanto, ainda que a relação entre as partes tenha se formado com base na liberdade e no afeto, hoje estão elas desavindas, sendo certo que não pode existir vínculo obrigacional sem fonte, que se resumem, na lição de Caio Mário, a duas: a vontade e a lei” (TJRJ, Apelação Cível 2007.001.04634, 16.^a Câmara Cível, Des. Marcos Alcino A. Torres, j. 24.04.2007).

Por fim, para essa primeira corrente é impossível que, em caso de falecimento, o parceiro receba pensão por morte dos órgãos públicos (INSS, por exemplo), pois na qualidade de sócios de fato não constituem um núcleo familiar.

Contudo, há uma *segunda corrente*, que se consolidou como majoritária na doutrina e na jurisprudência nacionais, segundo a qual a união de pessoas do mesmo sexo constitui uma entidade familiar. A corrente é encabeçada pela Desembargadora aposentada do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, advogada e Vice-presidente do IBDFAM Maria Berenice Dias, que defende a aplicação, por analogia, das mesmas regras previstas para a união estável. São suas as palavras:

“A regra maior da Constituição, que serve de norte ao sistema jurídico, é o respeito à dignidade humana. O compromisso do Estado para com o cidadão se sustenta no primado da igualdade e da liberdade, consagrados já no seu preâmbulo (...). A Constituição, ao elencar os direitos e garantias fundamentais, proclama (art. 5.º): todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esses valores implicam dotar os princípios da igualdade e da isonomia de potencialidade transformadora na configuração de todas as relações jurídicas. Fundamento de igualdade jurídica deixa-se fixar, sem dificuldades, como postulado fundamental do estado de direito. Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a um ser humano, em função de sua orientação sexual, significa dispensar tratamento indigno a um ser humano. Não se pode, simplesmente, ignorar a condição pessoal do indivíduo (na qual, sem sombra de dúvida, inclui-se a orientação sexual), como se tal aspecto não tivesse relação com a dignidade humana” (*Manual...*, 2005, p. 193).

Por essa segunda corrente ocorre não uma interpretação literal dos textos legais no tocante à expressão “homem e a mulher”, mas sim uma interpretação sistemática em que o rol das entidades familiares previsto no Texto Maior é considerado meramente exemplificativo ou descritivo e não taxativo, admitindo-se, como união estável, a união entre o homem e o homem, e a mulher e a mulher.

Várias são as decisões anteriores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul reconhecendo direitos familiares nas uniões de pessoas do mesmo sexo. Para ilustrar, são transcritos três julgados:

“União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas

a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo” (TJRS, Apelação Cível 70012836755, 7.^a Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

“União estável. Partilha de bens. Inquestionada a existência do vínculo afetivo por cerca de 10 anos, atendendo a todas as características de uma união estável, imperativo que se reconheça sua existência, independente de os parceiros serem pessoas do mesmo sexo. Precedentes jurisprudenciais. Por maioria, desacolheram os embargos da sucessão e acolheram os embargos de TMS” (TJRS, Embargos Infringentes 70006984348, 4.^o Grupo de Câmara Cíveis, Rel. Maria Berenice Dias, j. 14.11.2003).

“União estável. Relação homoerótica. Pressupostos. Prova. Indícios insuficientes. A união estável, para integrar-se, deve abrigar um núcleo de requisitos que façam admitir a intenção de constituir família, numa comunhão de vida e interesses. A vida em comum, durante anos, entre um deficiente visual e um jovem que o acompanhava e dirigia seu carro, não é suficiente para caracterizar uma união homoerótica passível de ser aceita como entidade familiar constitucionalizada, principalmente quando o primeiro primava pela filantropia, auxílio aos necessitados e atenção para os cegos e hipossuficientes. Apelação provida, por maioria” (TJRS, Apelação Cível 70005345418, 7.^a Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 17.12.2003).

Mas não é só o Tribunal do Rio Grande do Sul que antes admitia a união estável homoafetiva, havendo decisões dos Tribunais de Minas Gerais e do Rio de Janeiro, no mesmo sentido:

“União homoafetiva. Reconhecimento. Ação ordinária. União homoafetiva. Analogia com a união estável protegida pela Constituição Federal. Princípios da Igualdade (não discriminação) e da Dignidade da Pessoa Humana Reconhecimento da relação de dependência de um parceiro em relação ao outro, para todos os fins de direito. Requisitos preenchidos. Pedido procedente. À união homoafetiva, que preenche os requisitos da união estável entre casais heterossexuais, deve ser conferido o caráter de entidade familiar, impondo-se reconhecer os direitos decorrentes desse vínculo, sob pena de ofensa aos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. O art 226 da Constituição Federal não pode ser analisado isoladamente, reestrutivamente, devendo observar-se os Princípios Constitucionais da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana. Referido dispositivo, ao declarar a proteção do Estado à união estável entre o homem e a mulher, não pretendeu excluir dessa proteção a união homoafetiva, até porque, à época em que entrou em vigor a atual Carta Política, há quase 20 anos, não teve o legislador essa preocupação, o que cede espaço para a aplicação analógica da norma a situações atuais, antes não pensadas. A lacuna existente na legislação não pode servir como obstáculo para o reconhecimento de um direito” (TJMG, 7.^a Câmara Cível; ACi com ReeNec 1.0024.06.930324-6/001-Bel Horizonte-MG, Rel. Des. Heloísa Combat, j. 22.05.2007, v.u.).

“União homoafetiva. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato. Legitimidade passiva *ad causam*. Interesse de agir. 1. Dado o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da expressa proscrição de qualquer forma de discriminação sexual, não há impedimento jurídico ao reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos patrimoniais aludidos pelas Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. 2. Interpretação sistemática do disposto no § 3.º do art. 226 da Constituição Federal revela que a expressão homem e mulher referida na dita norma está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, nada tendo a ver com o receito de convivência que, de resto, é fato social aceito e

reconhecido, até mesmo fins previdenciários. 3. Precedentes. Ap. cível 2004.001.30635, 14.^a Câmara Cível, Rel. desembargador Marco Antonio Ibrahim. 4. Provimento do recurso” (TJRJ, Apelação Cível 2005.001.34933 8.^a Câmara Cível, Des. Leticia Sardas, j. 21.03.2006).

Mais recentemente, começaram a surgir decisões no Tribunal Paulista, caso da seguinte:

“Conflito negativo. Cível e família. União homoafetiva. Pedido declaratório. Pretensão voltada ao mero reconhecimento da união, para fins previdenciários. Ausência de discussão patrimonial. Omissão legal a ser suprida pela analogia e pelos princípios gerais de direito. Aplicação do art. 4.^o da Lei de Introdução ao Código Civil. Situação equiparável à união estável, por aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade da pessoa humana. Art. 227, § 3.^o, da Constituição Federal de que não tem interpretação restritiva. Proteção à família, em suas diversas formas de constituição. Matéria afeta ao Juízo da Família. Conflito procedente em que se reconhece a competência do Juízo suscitado” (TJSP, CC 170.046.0/6, Ac 3571525, São Paulo, Câmara Especial, Rel. Des. Maria Olívia Alves, j. 16.03.2009, *DJESP* 30.06.2009).

No entanto, a decisão que iniciou a concretização dos *direitos homoafetivos* foi pronunciada pelo Superior Tribunal de Justiça que, pela primeira vez, no ano de 2008, declarou que a união homoafetiva deve ser reconhecida como entidade familiar. A questão se referia a um pedido de permanência de um estrangeiro no Brasil baseado na existência da união familiar. O pedido foi julgado impossível em primeira e segunda instâncias pelo Tribunal Fluminense, pois proposto em Vara da Família, o que mereceu reforma pelo Tribunal Superior:

“Processo civil. Ação declaratória de união homoafetiva. Princípio da identidade física do juiz. Ofensa não caracterizada ao artigo 132, do CPC Possibilidade jurídica do pedido. Artigos 1.^o da Lei 9.278/96 e 1.723 e 1.724

do Código Civil. Alegação de lacuna legislativa. Possibilidade de emprego da analogia como método integrativo. 1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar. 2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta. 3. Apesar da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito. 4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, desde que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. 5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada. 6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admite-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador. 7. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 820475/RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rep/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.09.2008, DJe 06.10.2008).

Ainda no que tange àquele Tribunal Superior, em decisão inédita publicada no seu *Informativo* n. 432, o STJ admitiu a possibilidade da *adoção homoafetiva*, por casal de pessoas do mesmo sexo, com base no princípio do melhor interesse da criança. O julgado destaca que estudos científicos comprovam que não há prejuízos

sociopsíquicos à criança em hipóteses tais. Ademais, entendeu-se que o que deve prevalecer na análise da adoção é o vínculo de afeto que une os adotantes ao adotado e não o vínculo entre os primeiros isoladamente (STJ, REsp 889.852/ RS, 4.^a Turma Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.04.2010). O acórdão representa notável avanço inclusive de tutela efetiva da cidadania dos homossexuais.

As últimas decisões deste livro demonstravam que o reconhecimento da união homoafetiva como família era uma tendência crescente na realidade jurídica brasileira, representando um caminho inafastável. Diante do que consta dos julgados em questão, percebe-se que para essa corrente devem estar presentes os mesmos requisitos da união estável. Vale dizer que outras denominações também são utilizadas para tais uniões, como *união homoerótica*, *união homoamorosa*, *família isossexual*, ou mesmo *união homossexual*.

Essa segunda visão ainda foi substancialmente fortalecida, de forma sucessiva, uma vez que o então Governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral Filho em fevereiro de 2008, propôs perante o Supremo Tribunal Federal uma Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pleiteando que o regime das uniões estáveis também seja aplicado às uniões homoafetivas (ADPF 132/RJ).

Na inicial, alegava-se que a violação dos seguintes preceitos fundamentais constitucionais: o direito à igualdade (art. 5.^o, *caput*); o direito à liberdade, do qual decorre a autonomia da vontade (art. 5.^o, inc. II); o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.^o, inc. III); e o princípio da segurança jurídica (art. 5.^o, *caput*). Tudo isso em razão da interpretação discriminatória que o Tribunal do Rio de Janeiro vinha dando ao Decreto-lei 220, de 1975 (Estatuto dos Servidores Cíveis), no tocante aos homossexuais.

Na petição inicial, eram elencadas as dificuldades do Estado em conceder administrativamente aos homossexuais licenças por motivo de doença de pessoa da família ou para acompanhar o cônjuge, se eleito, para exercer o mandato (art. 19 do Decreto-lei 220, de 1975), bem como para conceder auxílio doença e assistência médico-hospitalar (art. 33 do Decreto-lei 220, de 1975). A advocacia geral da União proferiu parecer no processo em questão para que fosse julgada procedente a arguição, contemplando-se, no conceito de família, as uniões homoafetivas e

anulando-se as decisões do Tribunal Fluminense em sentido contrário, por flagrante violação a preceitos fundamentais. O parecer, à época, foi proferido por José Antonio Dias Tofolli, então Advogado-Geral da União, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Em reforço, em 2009, a Procuradoria Geral da República ingressou com outra ADPF, com o mesmo objetivo (ADPF 178/DF). A ação, por questões processuais, foi convertida em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADIN 4.277/DF) e apensada à ação anterior.

Como era previsto em edições anteriores desta obra, as duas ações foram julgadas procedentes pelo Supremo Tribunal Federal que, em decisão histórica, concluiu que todas as regras relativas à união estável aplicam-se por analogia e sem exceção à união homoafetiva. Vejamos os principais trechos da esclarecedora publicação no *Informativo* n. 625 daquele Tribunal Superior, cuja leitura é fundamental para a compreensão da matéria:

“Relação homoafetiva e entidade familiar. (...). No mérito, prevaleceu o voto proferido pelo Min. Ayres Britto, relator, que dava interpretação conforme a Constituição ao art. 1.723 do CC para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Asseverou que esse reconhecimento deveria ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva. De início, enfatizou que a Constituição proibiria, de modo expresse, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. Além disso, apontou que fatores acidentais ou fortuitos, a exemplo da origem social, idade, cor da pele e outros, não se caracterizariam como causas de merecimento ou de desmerecimento intrínseco de quem quer que fosse. Assim, observou que isso também ocorreria quanto à possibilidade da concreta utilização da sexualidade. Afirmou, nessa perspectiva, haver um direito constitucional líquido e certo à isonomia entre homem e mulher: a) de não sofrer discriminação pelo fato em si da

contraposta conformação anátomo-fisiológica; b) de fazer ou deixar de fazer uso da respectiva sexualidade; e c) de, nas situações de uso emparelhado da sexualidade, fazê-lo com pessoas adultas do mesmo sexo, ou não. (...). Em passo seguinte, assinalou que, no tocante ao tema do emprego da sexualidade humana, haveria liberdade do mais largo espectro ante silêncio intencional da Constituição. Apontou que essa total ausência de previsão normativo-constitucional referente à fruição da preferência sexual, em primeiro lugar, possibilitaria a incidência da regra de que ‘tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Em segundo lugar, o emprego da sexualidade humana diria respeito à intimidade e à vida privada, as quais seriam direito da personalidade e, por último, dever-se-ia considerar a âncora normativa do § 1.º do art. 5.º da CF. Destacou, outrossim, que essa liberdade para dispor da própria sexualidade inserir-se-ia no rol dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana e até mesmo cláusula pétrea. Frisou que esse direito de exploração dos potenciais da própria sexualidade seria exercitável tanto no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual). Asseverou, de outro lado, que o século XXI já se marcaria pela preponderância da afetividade sobre a biologicidade. Ao levar em conta todos esses aspectos, indagou se a Constituição sonharia aos parceiros homoafetivos, em estado de prolongada ou estabilizada união – realidade há muito constatada empiricamente no plano dos fatos –, o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heteroafetivos em idêntica situação (...). Após mencionar que a família deveria servir de norte interpretativo para as figuras jurídicas do casamento civil, da união estável, do planejamento familiar e da adoção, o relator registrou que a diretriz da formação dessa instituição seria o não atrelamento a casais heteroafetivos ou a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Realçou que família seria, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas,

solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (CF, art. 226, *caput*). Desse modo, anotou que se deveria extrair do sistema a proposição de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganharia plenitude de sentido se desembocasse no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família, constituída, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade (CF, art. 226, § 3.º: ‘Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’). Mencionou, ainda, as espécies de família constitucionalmente previstas (art. 226, §§ 1.º a 4.º), a saber, a constituída pelo casamento e pela união estável, bem como a monoparental. Arrematou que a solução apresentada daria concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da proteção das minorias, da não discriminação e outros” (...) (STF, ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, 04 e 05.05.2011).

Como a decisão tem efeito vinculante e *erga omnes*, não se pode admitir outra forma de interpretação que não seja o enquadramento da união homoafetiva como família. Nesse contexto, podem ser destacadas as seguintes aplicações legais para a união homoafetiva, sem qualquer ressalva:

- Art. 1.723 do CC: A união homoafetiva deverá ser reconhecida quando se tratar de uma união pública, contínua e duradoura, estabelecida com objetivo de constituição de família. A menção à distinção de sexos do comando deve ser afastada, como consta da decisão do Supremo Tribunal Federal. Valem os mesmos parâmetros e exemplos apontados na presente obra, quando do estudo da união estável heterossexual.
- Art. 1.724 do CC: Os deveres da união estável entre pessoas de sexos distintos servem para a união homoafetiva: lealdade, respeito, assistência, guarda, sustento e educação dos filhos. Como há deveres em relação aos filhos, não há qualquer vedação para a adoção homoafetiva.

- Art. 1.725 do CC: A união homoafetiva, em regra, está submetida ao regime da comunhão parcial de bens, não havendo necessidade de prova do esforço comum para a aquisição dos bens havidos durante a união. Nos termos da premissa número 13 da Edição n. 50 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ, “comprovada a existência de união homoafetiva, é de se reconhecer o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento”. Os companheiros homoafetivos podem estabelecer, por força de contrato de convivência, outro regime para a comunicação dos bens. É plenamente viável juridicamente que os companheiros homoafetivos reconheçam a união por meio de uma escritura pública de união estável.
- Art. 1.726 do CC: É possível converter em casamento uma união homoafetiva nos mesmos moldes da união estável entre pessoas de sexos distintos. Nesse sentido, vejamos o enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*: “É possível a conversão de união estável entre pessoas do mesmo sexo em casamento, observados os requisitos exigidos para a respectiva habilitação” (Enunciado n. 526 do CJF/STJ). Se isso é possível, frise-se que não há qualquer vedação para que o casamento homoafetivo seja celebrado diretamente, como já concluiu o Superior Tribunal de Justiça em julgado aqui destacado (STJ, REsp 1.183.378/RS, publicado no *seu Informativo* n. 486, de outubro de 2011).
- Art. 1.727 do CC: Aplicam-se os mesmos parâmetros para a diferenciação entre união estável e do concubinato, com a ressalva do § 1.º do art. 1.723, antes estudado.
- Arts. 1.694 a 1.710 do CC: Os companheiros homoafetivos podem pleitear alimentos uns dos outros, incidindo os mesmos preceitos previstos para a união estável heterossexual.
- Todas as menções à união estável e ao companheiro constantes do Novo Código de Processo Civil têm incidência para a união homoafetiva, sem qualquer restrição.

Além dos preceitos destacados acima, todas as menções doutrinárias feitas em relação a companheiros ou conviventes devem incluir, sem qualquer ressalva, os conviventes homoafetivos. Consigne-se a competência da Vara da Família para apreciar as questões pessoais e patrimoniais relativas à união homoafetiva, na esteira de enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011: “as demandas envolvendo união estável entre pessoas do mesmo sexo constituem matéria de Direito de Família” (Enunciado n. 524 do CJP).

Mais recentemente, julgou o Superior Tribunal de Justiça, em *decisum* publicado no seu *Informativo* n. 519, “a competência para processar e julgar ação destinada ao reconhecimento de união estável homoafetiva é da vara de família. A legislação atinente às relações estáveis heteroafetivas deve ser aplicada, por analogia, às relações estáveis homoafetivas, porquanto o STF, no julgamento da ADI 4.277-DF (*DJe* 5/5/2011), promoveu a plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, sobretudo no que se refere à caracterização da relação estável homoafetiva como legítimo modelo de entidade familiar. Nesse contexto, o STJ concluiu pela aplicação imediata do arcabouço normativo imposto às uniões heteroafetivas (portanto dos respectivos direitos conferidos a elas) às uniões entre pessoas do mesmo sexo, razão pela qual a competência para a demanda deve ser da vara de família e não da vara cível. Precedente citado: REsp 827.962/RS, Quarta Turma, *DJe* 08.08.2011” (STJ, REsp 964.489/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12.03.2013). No mesmo sentido pontue-se a premissa número 3 publicada na Edição n. 50 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ: “A Vara de Família é a competente para apreciar e julgar pedido de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva”.

Outros efeitos de natureza civil podem ser destacados, como os relativos a contratos, empresas e outras pessoas jurídicas. Nessa linha, cite-se a sentença proferida pelo Juiz de Direito Mitrios Zarvos Varellis, da 11.^a Vara Cível do Forc Central da Comarca de São Paulo, determinando a inclusão de companheiro homoafetivo e de sua filha como dependentes de associado do secular Club Athletico Paulistano (decisão de 15 de fevereiro de 2012, Processo 583.00.2011.132644-6). Na ocasião, afastou-se decisão administrativa do clube, baseada em interpretação

literal de seu estatuto, que mencionava apenas a união estável entre pessoas de sexos distintos como fundamento para a inclusão de dependentes.

Cumprе destacar que o jurista Euclides de Oliveira já havia dado parecer pela inclusão, prescrevendo que: “Os pontos distintivos das uniões de cunho afetivo-familiar, em especial a união estável, conquanto não haja previsão legal específica ou estatutária de determinada instituição particular, abona a tutela jurídica ao ente familiar no seu mais alargado conceito, de modo a atender com efetividade aos anseios de garantia do bem-estar da comunidade social que se instale a partir do relacionamento humano”. A citada decisão foi confirmada pelo TJSP, em dezembro de 2012.

Ato contínuo de estudo, repise-se que outra questão que se resolve definitivamente é que o casal homoafetivo poderá adotar em conjunto, como vem admitindo a jurisprudência (cite-se, sem prejuízo da decisão do STJ outrora transcrita: TJRS, Apelação Cível 70013801592, 7.^a Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006).

Por fim, terão os companheiros direito à pensão previdenciária na hipótese de morte. Quanto ao Supremo Tribunal Federal, o Excelso Pretório já deferia direitos previdenciários ao parceiro homoafetivo. Consta da decisão:

“Ação civil pública. Tutela imediata. INSS. Condição de dependente Companheiro ou companheira homossexual. Eficácia *erga omnes*. Excepcionalidade não verificada. Suspensão indeferida. 1. O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, na peça de folha 2 a 14, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0, ajuizada pelo Ministério Público Federal. O requerente alega que, por meio do ato judicial, a que se atribuiu efeito nacional, restou-lhe imposto o reconhecimento, para fins previdenciários, de pessoas do mesmo sexo como companheiros preferenciais. Eis a parte conclusiva do ato (folhas 33 e 34): Com as considerações supra, defiro medida liminar, de abrangência nacional, para o fim de determinar ao Instituto Nacional do Seguro Social que: a) passe a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente

preferencial (art. 16, I, da Lei 8.213/1991); b) possibilite que a inscrição de companheiro ou companheira homossexual, como dependente, seja feita diretamente nas dependências da Autarquia, inclusive nos casos de segurado empregado ou trabalhador avulso; c) passe a processar e a deferir os pedidos de pensão por morte e auxílio-reclusão realizados por companheiros do mesmo sexo, desde que cumpridos pelos requerentes, no que couber, os requisitos exigidos dos companheiros heterossexuais (arts. 74 a 80 da Lei 8.213/1991 e art. 22 do Decreto 3.048/1999). Fixo o prazo de 10 dias para implementação das medidas necessárias ao integral cumprimento desta decisão, sob pena de multa diária de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com fundamento no art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil” (STF, Origem Pe 1.984/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* 20.02.2003, p. 24, j. 10.02.2003).

Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestava sobre a questão previdenciária, merecendo destaque o seguinte acórdão:

“Recurso especial. Direito previdenciário. Pensão por morte. Relacionamento homoafetivo. Possibilidade de concessão do benefício. Ministério Público. Parte legítima. 3. A pensão por morte é: ‘o benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado falecido – a chamada família previdenciária – no exercício de sua atividade ou não (neste caso, desde que mantida a qualidade de segurado), ou, ainda, quando ele já se encontrava em percepção de aposentadoria. O benefício é uma prestação previdenciária continuada, de caráter substitutivo, destinado a suprir, ou pelo menos, a minimizar a falta daqueles que proviam as necessidades econômicas dos dependentes’ (ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*/Daniel Machado da Rocha, José Paulo Baltazar Júnior. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, Esmafe 2004. p. 251). 4. Em que pesem as alegações do recorrente quanto à violação do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, convém mencionar que a ofensa a artigo da Constituição Federal não pode ser analisada por este Sodalício, na

medida em que tal mister é atribuição exclusiva do Pretório Excelso. Somente por amor ao debate, porém, de tal preceito não depende, obrigatoriamente, o desate da lide, eis que não diz respeito ao âmbito previdenciário, inserindo-se no capítulo ‘Da Família’. Face a essa visualização, a aplicação do direito à espécie se fará à luz de diversos preceitos constitucionais, não apenas do art. 226, § 3.º, da Constituição Federal, levando a que, em seguida, se possa aplicar o direito ao caso em análise. 5. Diante do § 3.º do art. 16 da Lei 8.213/1991, verifica-se que o que o legislador pretendeu foi, em verdade, aligizar o conceito de entidade familiar, a partir do modelo da união estável, com vista ao direito previdenciário, sem exclusão, porém, da relação homoafetiva. 6. Por ser a pensão por morte um benefício previdenciário, que visa suprir as necessidades básicas dos dependentes do segurado, no sentido de lhes assegurar a subsistência, há que interpretar os respectivos preceitos partindo da própria Carta Política de 1988 que, assim estabeleceu, em comando específico: ‘Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: [...] V – pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 2.º’. 7. Não houve, pois, de parte do constituinte, exclusão dos relacionamentos homoafetivos, com vista à produção de efeitos no campo do direito previdenciário, configurando-se mera lacuna, que deverá ser preenchida a partir de outras fontes do direito. 8. Outrossim, o próprio INSS tratando da matéria, regulou, através da Instrução Normativa 25, de 07.06.2000, os procedimentos com vista à concessão de benefício ao companheiro ou companheira homossexual, para atender a determinação judicial expedida pela juíza Simone Barbasin Fortes, da Terceira Vara Previdenciária de Porto Alegre, ao deferir medida liminar na Ação Civil Pública 2000.71.00.009347-0, com eficácia *erga omnes*. Mais do que razoável, pois, estender-se tal orientação, para alcançar situações idênticas, merecedoras do mesmo tratamento. 9. Recurso especial não provido” (STJ REsp 395.904/RS, 6.ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 13.12.2005, DJ 06.02.2006, p. 365).

Em aresto mais atual, o Superior Tribunal de Justiça ampliou os direitos previdenciários decorrentes da união homoafetiva para a previdência privada, conforme decisão inédita publicada no seu *Informativo* n. 421, de fevereiro de 2010 (REsp 1.026.981/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010).

Como se constata, o debate a respeito do tema parece ter sido encerrado no Brasil com o julgamento do STF, concretizando-se a proteção familiar da união homoafetiva. Por bem, adotou-se a premissa da inclusão, como *manda* o Texto Maior, afastando-se preconceitos e discriminações. A tutela da dignidade humana e o bom senso venceram. A este autor não parece que o Supremo Tribunal Federal tenha rompido suas esferas de atuação. Muito ao contrário, fez o Tribunal Constitucional o seu papel democrático, servindo, mais uma vez, como um contrapeso à *inércia conservadora* do Congresso Nacional Brasileiro.

Por fim, cumpre destacar que ainda há projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional com o fim de regulamentar as uniões de pessoas do mesmo sexo, caso do projeto de lei de autoria da ex-deputada Marta Suplicy (PL 1.151/1995). Frise-se que essa proposição apenas reconhece uma sociedade de fato entre os parceiros, estando em muito superada pelo atual estágio da jurisprudência nacional. Em verdade, a lei projetada segue a outrora corrente majoritária, de reconhecimento da união como sociedade de fato.

Realmente, o projeto de lei que mais se coadunava com a segunda corrente aqui apontada e concretizada era o de autoria do Deputado Sérgio Barradas Carneiro conforme pareceres elaborados pela diretoria nacional do IBDFAM, chamado de *Estatuto das Famílias*. Por essa proposta, a união homoafetiva passaria a ser disciplinada como união estável nos seguintes termos:

“Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura com o objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes á união estável.

Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados incluem-se:

I – guarda e convivência com os filhos;

- II – a adoção de filhos;
- III – direito previdenciário;
- IV – direito à herança”.

Constata-se que a proposta legislativa reconhecia expressamente a união homoafetiva como entidade familiar. A expressão “no que couber” abria a possibilidade de o aplicador do direito, de eventual juiz da causa, estabelecer as diferenças entre a união estável de pessoas de sexo diverso e de pessoas do mesmo sexo. Cabe consignar, contudo, que no seu trâmite legislativo foram vetadas no projeto todas as menções relativas aos direitos homoafetivos, sendo aprovado o projeto de lei na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados sem o seu art. 68, no final de 2010. Por esse e outros motivos, o citado Estatuto das Famílias, no plural, foi reapresentado no Senado Federal, em novembro de 2013, seguindo um novo trâmite legislativo.

Como se nota, há forte resistência no Congresso Nacional para a elaboração de uma lei que reconheça expressamente que a união homoafetiva constitui uma entidade familiar. Assim sendo, a questão continuará a ser solucionada no âmbito do Poder Judiciário, no nosso sentir. Com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal, espera-se uma mudança de perspectiva a respeito da matéria no Congresso Nacional, disciplinando-se a situação dos casais homoafetivos por força de lei, para que não paire qualquer dúvida a respeito do reconhecimento jurídico de tais uniões.

5.6 RESUMO ESQUEMÁTICO

– *Conceito de união estável*: união entre um homem e uma mulher caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura, constituída com o objetivo de constituição de família (art. 1.723, *caput*, do CC). Segundo o Texto Maior, a lei deve facilitar a sua conversão em casamento (art. 226, § 3.º, da CF/1988). Como novidade, o Código Civil de 2002 reconheceu a possibilidade de uma pessoa separada de fato ou judicialmente constituir união estável com terceiro (art. 1.723, § 1.º, do CC). Com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010

conhecida como *Emenda do Divórcio*, que retirou do sistema a separação jurídica ou de direito, a norma somente tem relevância pela menção ao separado de fato.

– *Diferenças entre união estável e concubinato:*

União estável (art. 1.723 do CC)	Concubinato (art. 1.727 do CC)
– Constitui entidade familiar. Há direito a alimentos, direito a meação, direitos sucessórios, entre outros. – Pessoas solteiras, viúvas, divorciadas, separadas de fato e separadas extrajudicial ou judicialmente antes da Emenda do Divórcio. Não pode existir impedimento matrimonial. – Cabe eventual ação de reconhecimento e dissolução da união estável. O Novo CPC trata dessa ação no seu art. 732, prevendo que as disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável. Para essa demanda também devem ser observadas as regras especiais relativas às ações de Direito de Família, consagradas pelos arts. 693 a 699 do próprio CPC/2015. – Competência da Vara da Família.	– Não constitui entidade familiar, mas mera sociedade de fato (Súmula 380 do STF). – Pessoas casadas não separadas ou havendo impedimento matrimonial decorrente de parentesco ou crime. – Cabe eventual ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato. – Competência da Vara Cível.

– *Direitos decorrentes da união estável:*

- a) Direitos e deveres similares ao casamento – art. 1.724 do CC.
- b) Direito à meação, aplicando-se, no que couber, as regras do regime da comunhão parcial de bens – art. 1.725 do CC.
- c) Conversão da união estável em casamento – art. 1.726 do CC.

- d) Alimentos – art. 1.694 do CC.
- e) Direitos sucessórios – o STF reconheceu, em 2017 e por maioria de votos, inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC (STF, Recurso Extraordinário 878.694/MG, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, *Informativo* n. 864). Com isso, o companheiro deve ser visto ao lado do cônjuge na ordem sucessória do art. 1.829 do Código Civil. O tema está tratado no próximo volume desta coleção.
- f) Aplicação das mesmas regras processuais previstas para o casamento – No Código de Processo Civil, em vários artigos.

– *União de pessoas do mesmo sexo ou união homoafetiva*. Sempre existiram duas correntes a respeito da questão:

- 1.^a Corrente – Não constitui entidade familiar, mas mera sociedade de fato.
- 2.^a Corrente – Constitui entidade familiar, aplicando-se por analogia, as mesmas regras da união estável.

Em maio de 2011, o STF julgou a questão, concluindo pela aplicação, por analogia, das mesmas regras da união estável para a união homoafetiva (ver *Informativo* n. 625 do STF). Assim, a segunda corrente consolidou-se no Direito de Família Brasileiro, notadamente pela eficácia *erga omnes* da decisão superior. Aguarda-se a aprovação de preceitos legais disciplinando a união homoafetiva de forma definitiva, o que não obsta o seu reconhecimento pleno.

5.7 QUESTÕES CORRELATAS

01. (MP/MG XLVI) Assinale a alternativa INCORRETA.

- (A) O pacto antenupcial, feito, obrigatoriamente, por escritura pública, sob pena de nulidade, é um negócio jurídico condicional, podendo adotar-se nele regime de bens diverso do legal.
- (B) O reconhecimento do filho, embora irrevogável, não implica em proibição de questionamentos em torno da filiação, arguidas em juízo.
- (C) As despesas com educação, enxoval, casamento e defesa em processo-crime não são

colacionáveis pelo herdeiro necessário.

- (D) Na sucessão entre os colaterais os filhos de irmãos recebem por direito de representação, direito esse que não beneficia os netos do irmão pré-morto.
- (E) A união estável, entidade familiar prevista na Carta Magna, poderá converter-se em casamento, mediante averbação de pacto antenupcial no Registro Civil.

02. (OAB 2011.2 – FGV) Em relação à união estável, assinale a alternativa correta.

- (A) Para que fique caracterizada a união estável, é necessário, entre outros requisitos, tempo de convivência mínima de cinco anos, desde que durante esse período a convivência tenha sido pública e duradoura.
- (B) Quem estiver separado apenas de fato não pode constituir união estável, sendo necessária, antes, a dissolução do anterior vínculo conjugal; nesse caso, haverá simples concubinato.
- (C) Não há presunção legal de paternidade no caso de filho nascido na constância da união estável.
- (D) O contrato de união estável é solene, rigorosamente formal e sempre público.

03. (DPE/AM – FCC/2013) A união estável

- (A) equipara-se, para todos os fins, ao casamento civil, inclusive no que toca à prova.
- (B) pode ser constituída entre pessoas casadas, desde que separadas judicialmente ou de fato.
- (C) demanda diversidade de gêneros, de acordo com recente entendimento do Supremo Tribunal Federal.
- (D) será regida, em seus aspectos patrimoniais, pelo regime da separação obrigatória, salvo disposição contrária em contrato firmado pelos companheiros.
- (E) se dissolvida, não autoriza os companheiros a pedirem alimentos.

04. (Delegado de Polícia/RJ – FUNCAB – 2013) De acordo com o Código Civil, na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime:

- (A) da participação final nos aquestos.
- (B) da comunhão universal.
- (C) da comunhão parcial de bens.
- (D) da separação de bens.
- (E) dotal.

05. (Analista Judiciário/DPE/DF – FGV/2014) Fernanda e Ricardo mantêm uma relação de namoro. Ricardo reside com seus pais e Fernanda mora com sua avó. Acontece que após seis anos de relacionamento, Fernanda engravidou, ficando confirmada a paternidade de Ricardo, mas os dois continuaram com suas residências originais, mantendo o relacionamento nos moldes anteriores à gravidez. É correto afirmar que:

- (A) em momento algum se configurou uma união estável.
- (B) após cinco anos de relacionamento, já havia uma união estável na forma da lei.
- (C) havia uma união estável desde o início do relacionamento, independentemente do tempo em que o casal esteve junto.
- (D) a união estável se configurou a partir do nascimento da criança.
- (E) a união estável se configurou a partir do momento em que Fernanda ficou grávida.

06. (Defensor Público/DPE/GO – CS/UFG/2014) A respeito do casamento e da união estável e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro e a recente jurisprudência dos tribunais superiores pátrios,

- (A) o Código Civil de 2002 veda expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, permitindo, entretanto, e de acordo com a letra da lei, a união estável homoafetiva.
- (B) o Conselho Nacional de Justiça, por meio de resolução, veda às autoridades competentes a recusa de habilitação, de celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.
- (C) o casamento é civil e gratuita sua celebração, sendo isento de selos emolumentos e custas de habilitação, o registro e a primeira certidão às pessoas pobres, independentemente de declaração.
- (D) o casamento nuncupativo poderá ser celebrado na presença de três testemunhas livres de parentesco em linha reta, ou na colateral, até o segundo grau com os nubentes.
- (E) o casamento celebrado no Brasil prova-se exclusivamente pela certidão do registro civil de pessoas naturais.

07. (TJDFT – CESPE – Juiz de Direito Substituto – 2015) De acordo com a jurisprudência do STJ, assinale a opção correta no que concerne ao instituto da união estável.

- (A) Diante da inaplicabilidade de analogia com a legislação referente às relações estáveis heteroafetivas, é vedado o reconhecimento *post mortem* de união homoafetiva.
- (B) Apesar de não estar previsto no Código Civil, o companheiro supérstite tem o direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde o casal residia.
- (C) É permitida a alienação de bem imóvel adquirido na constância de união estável independentemente da autorização de um dos companheiros.
- (D) Em uma eventual ação de alimentos que seja posterior à dissolução de união estável homoafetiva, é juridicamente impossível o pedido de alimentos formulado pelo ex-companheiro.
- (E) Caso um senhor, convivente em união estável, preste fiança sem a outorga uxória de sua companheira, tal fiança será nula.

08. (TJSC – FCC – Juiz de Direito Substituto – 2015) Joaquim, viúvo, é pai de José, que se casou com Amélia. José e Amélia divorciaram-se. Três meses após esse divórcio, Joaquim e Amélia compareceram a um Cartório de Notas, solicitando ao Tabelião que lavrasse uma escritura

pública de união estável, escolhendo o regime da comunhão universal de bens. O Tabelião recusou-se a lavrar a escritura, por reputar inválido o ato. Arecusa

- (A) justifica-se, mas poderá ser estabelecida a união estável entre os pretendentes depois de transcorridos trezentos (300) dias do divórcio de Amélia e desde que os bens deixados pelo cônjuge de Joaquim tenham sido inventariados e partilhados.
- (B) não se justifica, porque não há qualquer impedimento entre os pretendentes à união estável.
- (C) justifica-se, porque Joaquim e Amélia não podem estabelecer união estável.
- (D) só se justifica no tocante à escolha do regime de bens, porque seria obrigatório o regime da separação de bens.
- (E) só se justifica no tocante à escolha do regime de bens, porque o único admissível é o da comunhão parcial de bens na união estável.

09. (TJDFT – CESPE – Juiz de Direito Substituto – 2014) A respeito dos institutos da alienação parental e união estável, assinale a opção correta.

- (A) Por ausência de previsão legal acerca da união homoafetiva, o TJDFT decidiu que a união de pessoas do mesmo sexo deve ser reconhecida como sociedade de fato.
- (B) A jurisprudência do STJ firmou entendimento de que o casamento válido não impede o reconhecimento da união estável, desde que se comprove a separação de fato ou judicial.
- (C) O STJ consolidou entendimento de que, por ausência de previsão legal, não se poderá aplicar à união estável o regime obrigatório de separação de bens para as hipóteses em que, no início do relacionamento, os conviventes já contem com mais de sessenta anos de idade.
- (D) A lei enumera de forma exaustiva os atos que configuram alienação parental.
- (E) A consequência automática do reconhecimento, pelo julgador, da alienação parental é a alteração da guarda da criança ou adolescente, para fins de preservação da integridade psicológica destes.

10. (TJSP – VUNESP – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimto – 2016) reconhecimento da união estável como entidade familiar, configurada na convivência pública, contínua e duradoura,

- (A) pressupõe a inexistência de impedimentos para o casamento e a separação de fato, se a pessoa for casada, não bastando que a união seja constituída com o objetivo de constituição de família.
- (B) pressupõe tão somente que a união seja constituída com o objetivo de constituição de família, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
- (C) independe do estado civil e da situação de fato de seus membros.
- (D) pressupõe a inexistência de impedimentos e de causas suspensivas do casamento, não bastando que a união seja constituída com o objetivo de constituição de família.

11. (Prefeitura de São Luiz – MA – FCC – Procurador do Município – 2016) Paulo e Ana moram juntos há 10 anos, em convivência estável e como se fossem casados. Ademais, Paulo é

separado de fato de Camila, tendo nascido desta união Mauro. Paulo e Ana, durante a profícua união, de comum adquiriram um apartamento no valor de R\$ 500.000,00, uma moto no valor de R\$ 100.000,00. Destaque-se que ambos contribuíram financeiramente para a aquisição dos bens, unidos seus esforços e patrimônio para tanto, todavia decidiram romper o convívio afetivo por incompatibilidades. Em relação à situação fática exposta, é correto afirmar:

- (A) Paulo e Ana viveram em união estável, aplicando-se às relações patrimoniais, em regra, o regime de comunhão parcial de bens, devendo isso ser levado em conta para o rompimento e a partilha dos bens.
- (B) Percebendo que Paulo era separado de fato de Camila, a relação desenvolvida com Ana realmente se dava como concubinato e não, de outro lado, como união estável.
- (C) Na união estável, aplica-se, às relações patrimoniais, sempre o regime da comunhão parcial de bens.
- (D) Ressalvando-se contrato escrito entre os companheiros, na união estável, aplica-se às relações patrimoniais, o regime da separação de bens.
- (E) Já que Paulo era separado de fato de Camila, não se impediria a existência de união estável com Ana, todavia, os bens não serão divididos entre ambos porque na dissolução de união estável não cabe partilha de bens.

12. (DPE-MT – UFMT – Defensor Público – 2016) Quanto à união estável, marque V para as afirmativas verdadeiras e F para as falsas.

- () O Código Civil de 2002 não revogou as disposições constantes da Lei n.º 9.278/1996, subsistindo a norma que confere o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente diante da omissão do Código Civil em disciplinar tal matéria em relação aos conviventes em união estável, consoante o princípio da especialidade.
- () Na união estável de pessoa maior de setenta anos (art. 1.641, II, do CC/2002), impõe-se o regime da separação obrigatória, sendo vedada a partilha de bens adquiridos na constância da relação, mesmo que comprovado o esforço comum.
- () A incomunicabilidade do produto dos bens adquiridos anteriormente ao início da união estável (art. 1.565, § 1.º, da Lei n.º 9.278/1996) se estende aos seus frutos, conforme previsão do art. 1.660, V, do Código Civil de 2002.
- () São incomunicáveis os bens particulares adquiridos anteriormente à união estável ou ao casamento sob o regime de comunhão parcial, ainda que a transcrição no registro imobiliário ocorra na constância da relação.
- () A companheira ou o companheiro não participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, se concorrer com filhos comuns.

Assinale a sequência correta.

- (A) V, V, V, V, F
- (B) F, F, F, V, V
- (C) V, F, F, V, F

(D) V, F, F, F, V

(E) F, F, V, F, F

13. (MPE-RR – CESPE – Promotor de Justiça Substituto – 2017) Tendo em vista que o surgimento de novos tipos de estruturas familiares demanda do direito civil uma revisão constante do conceito de família, julgue os itens a seguir.

I – A guarda compartilhada implica igualdade de tempo de convívio da criança com cada um de seus genitores, a fim de evitar ofensa ao princípio da igualdade.

II – O direito de obter, judicialmente, a fixação de pensão alimentícia não prescreve; no entanto, há prazo prescricional para a execução de valores inadimplidos correspondentes ao pagamento da pensão.

III – O reconhecimento de união estável homoafetiva acarreta aos seus partícipes os mesmos direitos garantidos aos componentes de união estável heterossexual.

IV – Os avós detêm o direito de pleitear a regulamentação de visita aos netos, a qual poderá ser viabilizada desde que observados os interesses da criança ou do adolescente.

Assinale a opção correta.

(A) Apenas os itens I e II estão certos.

(B) Apenas os itens I, III e IV estão certos.

(C) Apenas os itens II, III e IV estão certos.

(D) Todos os itens estão certos.

14. (TJRJ – CETRO – Titular de Serviços de Notas e de Registros – 2017) Sobre temas relacionados à união estável, ao matrimônio e aos reflexos patrimoniais decorrentes, assinale a alternativa correta.

I – A jurisprudência dos tribunais superiores reconhece a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, independentemente da existência de prova da separação de fato.

II – O namoro qualificado havido antes da celebração do matrimônio se confunde com o instituto da união estável com a mera coabitabilidade, não havendo a necessidade de o relacionamento projetar para o futuro o propósito de constituir uma entidade familiar, no entender do STJ.

III – As verbas percebidas por um dos cônjuges na constância do matrimônio, sob o regime de comunhão parcial, transmutam-se em bem comum, mesmo que não tenham sido utilizadas na aquisição de qualquer bem móvel ou imóvel.

IV – É válida a cláusula que atribui eficácia retroativa ao regime de bens pactuado em escritura pública de reconhecimento de união estável quando de seu rompimento.

É correto o que se afirma em:

(A) I e II, apenas.

(B) III e IV, apenas.

(C) III, apenas.

(D) IV, apenas.

(E) II e III, apenas.

- 15. (TJPR – CESPE – Juiz Substituto – 2017) Silas e Laura conviveram em regime de união estável a partir de 2005, sem contrato escrito, e tiveram dois filhos, Artur e Bruno. Laura faleceu, e, até então, existia um único bem adquirido durante a convivência dela com Silas. Após o falecimento de Laura, Silas, em 2012, à época com sessenta anos de idade, casou-se com Beatriz, sob o regime da separação de bens. Dessa união não advieram filhos. Transcorridos alguns anos, Silas faleceu e deixou o mesmo bem para inventariança. Então, Artur e Bruno ingressaram em juízo para serem imitados na posse.**

Considerando essa situação hipotética à luz do Código Civil, assinale a opção correta.

- (A) Era obrigatória, para a celebração do casamento entre Silas e Beatriz, a adoção do regime de separação de bens.
- (B) Aplica-se às relações patrimoniais entre Silas e Laura o regime da comunhão parcial de bens.
- (C) Na sucessão de Laura, Silas tem direito a metade da herança, respeitada sua meação.
- (D) Beatriz não terá assegurado seu direito real de habitação em decorrência do regime de bens do casal.

- 16. (TJ-SP – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimto – VUNESP – 2018) propósito da conversão da união estável em casamento, assinale a alternativa correta.**

- (A) A união estável poderá converter-se em casamento mediante pedido dos companheiros ao Juiz Corregedor Permanente, independentemente de prévia habilitação para o casamento.
- (B) Não se admite, para fins de registro, a conversão de união estável em casamento de pessoas do mesmo sexo.
- (C) O processo de habilitação se desenvolve sob o mesmo rito previsto para o casamento, devendo constar dos editais que se trata de conversão, seguindo-se a lavratura do respectivo assento independentemente de autorização do Juiz Corregedor Permanente, prescindindo o registro da celebração do matrimônio.
- (D) O assento de conversão da união estável em casamento será lavrado imediatamente após a celebração do matrimônio, com expressa indicação da data do início de seu estabelecimento.

- 17. (PC-MG – Delegado de Polícia Substituto – FUMARC – 2018) Considere as seguintes afirmativas a respeito do direito de família:**

- I. A diversidade de sexos entre os companheiros não é requisito essencial para a configuração da união estável.
- II. A pessoa casada, mas separada de fato, pode constituir união estável.
- III. De acordo com jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, na união estável, na ausência de contrato de convivência, a partilha de bens exige prova do esforço comum.
- IV. A pessoa divorciada, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha de bens do casal, não pode constituir união estável.

Estão CORRETAS apenas as afirmativas:

- (A) I e II.
- (B) I, II e III.
- (C) I, II e IV.
- (D) II e IV.

18. (DPE-PE – Defensor Público – CESPE – 2018) De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do STJ acerca da união estável e casamento, assinale a opção correta.

- (A) É possível o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, sendo vedado o casamento civil.
- (B) A união estável homoafetiva é vedada no ordenamento jurídico brasileiro: união estável consiste de uma relação entre homem e mulher, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família.
- (C) Como não se trata de entidade familiar, a relação entre pessoas do mesmo sexo é uma sociedade de fato, inclusive com competência da vara cível, e não da de família, para eventual ajuizamento de ação.
- (D) A união entre duas pessoas do mesmo sexo é reconhecida como entidade familiar, com convivência pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituição de família, e é de competência da vara de família o ajuizamento de eventual ação a respeito.
- (E) Diferentemente do instituto do casamento, a companheira ou o companheiro, na vigência da união estável, participará da sucessão do outro apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente.

GABARITO

01 – E	02 – C	03 – B
04 – C	05 – A	06 – B
07 – B	08 – C	09 – B
10 – A	11 – A	12 – C
13 – C	14 – C	15 – B
16 – C	17 – A	18 – D



DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO. DISPOSIÇÕES GERAIS, FILIAÇÃO, RECONHECIMENTO DE FILHOS, ADOÇÃO E PODER FAMILIAR

Sumário: 6.1 Disposições gerais quanto ao parentesco – 6.2 Filiação. Regras gerais. As antigas presunções de paternidade e as questões de biodireito. O criticável art. 1.601 do Código Civil e a parentalidade socioafetiva. Aprofundamentos quanto à posse de estado de filhos. A multiparentalidade como realidade jurídica da filiação. Primeiros impactos da decisão do STF, prolatada em repercussão geral (STF, RE 898.060/SC, julgada em 21.09.2016) – 6.3 Reconhecimento de filhos 6.3.1 Introdução; 6.3.2 Reconhecimento voluntário; 6.3.3 Reconhecimento judicial 6.3.4 Questões controvertidas quanto à ação investigatória de paternidade – 6.4 Adoção – 6.5 Poder familiar – 6.6 Resumo esquemático – 6.7 Adendo especial 6.7.1 Art. 1.601 – 6.8 Questões correlatas – Gabarito.

6.1 DISPOSIÇÕES GERAIS QUANTO AO PARENTESCO

O direito parental ou relações de parentesco traz como conteúdo as relações jurídicas estabelecidas entre pessoas que mantêm entre si um vínculo familiar, sobretudo de afetividade. Segundo Rubens Limongi França, parentesco vem de “parente”, do latim *parens-tis*, particípio passado do verbo *pario-ere*, que significa

parir, dar à luz, gerar. Define o jurista que o parentesco “é o liame que vincula as pessoas oriundas de uma ascendência comum (parentesco consanguíneo), ou jungidas quer pela transmissão do pátrio poder (parentesco civil) quer pelos efeitos do matrimônio (parentesco afim) (LIMONGI FRANÇA, Rubens *Instituições...*, 1999, p. 291). O conceito é clássico, devendo a expressão pátrio poder ser substituída por poder familiar.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz, igualmente em uma visão clássica conceitua o parentesco como: “O vínculo existente não só entre pessoas que descendem umas das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge ou companheiro e os parentes do outro e entre adotante e o adotado” (DINIZ Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 1.295).

Em sentido amplo, a matéria engloba, no atual Código Civil, disposições gerais (arts. 1.591 a 1.595), regras quanto à filiação (arts. 1.596 a 1.606), preceitos sobre o reconhecimento de filhos (arts. 1.607 a 1.617), normas referentes à adoção (arts. 1.618 a 1.629) e comandos relacionados ao poder familiar (arts. 1.630 a 1.638).

De início, do conceito de Rubens Limongi França e Maria Helena Diniz poder ser apontadas três formas ou modalidades de parentesco, levando-se em conta a sua origem:

- a) *Parentesco consanguíneo ou natural* – aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou *de sangue*, ou seja, que descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta. O termo *natural* é criticado por alguns, pois traria a ideia de que as outras modalidades de parentesco seriam *artificiais*.
- b) *Parentesco por afinidade* – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Lembre-se que marido e mulher e companheiros não são parentes entre si, havendo vínculo de outra natureza, decorrente da conjugalidade ou convivência. A grande inovação do Código Civil de 2002 é reconhecer o parentesco de afinidade decorrente da união estável (art. 1.595 do CC). O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do

cônjuge ou companheiro (art. 1.595, § 1.º). Na linha reta, até o infinito, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. Por isso, repise-se, é que se afirma que *sogra é para a vida inteira*.

- c) *Parentesco civil* – aquele decorrente de outra origem, que não seja a consanguinidade ou a afinidade, conforme estabelece o art. 1.593 do CC.

Tradicionalmente, no que tange ao parentesco civil, este sempre foi relacionado com a adoção, que ainda será estudada. Entretanto, diante dos progressos científicos e da valorização dos vínculos afetivos de cunho social, devem ser reconhecidas outras formas de parentesco civil: aquela decorrente de técnicas de reprodução assistida (inseminação artificial heteróloga – com material genético de terceiro) e a parentalidade socioafetiva (Enunciados n. 103 e 256 do CJP/ STJ, da *Jornadas de Direito Civil*).

A valorização da parentalidade socioafetiva foi confirmada na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em outubro de 2006, com a aprovação do Enunciado n. 339 do CJP/STJ, prevendo que “A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho”. O mesmo ocorreu na *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, com o seguinte enunciado, de autoria de Heloísa Helena Barboza, professora Titular da UERJ: “o reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude de socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai(s) e filho(s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais” (Enunciado n. 519 do CJP/STJ). Quanto ao projeto que visava ao Estatuto das Famílias, o seu art. 9.º pretende incluir expressamente na ordem legal brasileira a previsão pela qual o parentesco resulta da consanguinidade, da socioafetividade ou da afinidade.

Com grande impacto para o reconhecimento de que a parentalidade socioafetiva é forma de parentesco civil, cite-se, mais uma vez, a decisão do Supremo Tribunal Federal do ano de 2016, em que se analisou repercussão geral sobre o tema. Conforme a tese firmada, “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem

biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário 898.060/SC com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840).

Além de reconhecer a possibilidade de vínculos múltiplos parentais, uma das grandes contribuições do aresto foi consolidar a posição de que a socioafetividade é forma de parentesco civil, em posição igualitária diante do parentesco consanguíneo. Nesse sentido, destaque-se o seguinte trecho do voto do Ministro Relator: “a compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais; (ii) pela descendência biológica; ou (iii) pela afetividade. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental, em favor daquele que utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*)”.

Sem prejuízo do que foi estudado no Capítulo 1 da presente obra, voltaremos a comentar, de forma ainda mais aprofundada, tais formas de parentesco, no presente capítulo.

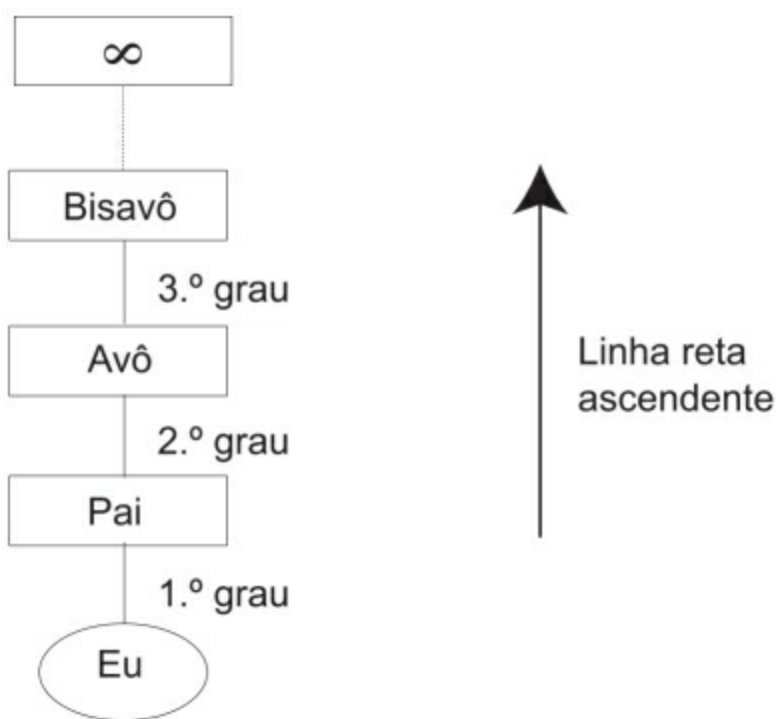
Aqui, o momento é de lembrar como se contam os graus de parentesco consanguíneo e por afinidade. Começaremos pelo parentesco consanguíneo.

Enuncia o art. 1.591 do atual Código Civil que são parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. O parentesco na linha reta é contado de forma muito simples: à medida que se sobe (linha reta ascendente) ou se desce (linha reta descendente) a *escada parental*, tem-se um grau de parentesco. Nesse sentido, é clara a primeira parte do art. 1.594 do CC/2002, no sentido de que: “Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelc

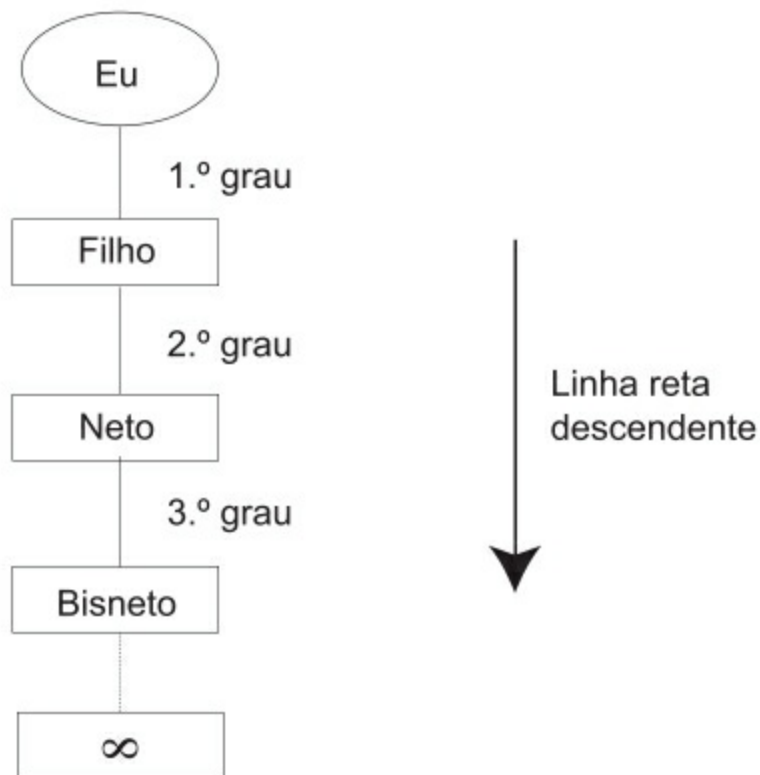
número de gerações”.

Para facilitar a compreensão do tema, é interessante sempre levar em conta você mesmo (o “eu” dos esquemas abaixo, termo utilizado para facilitar a compreensão da matéria, com fins didáticos).

Assim, o grau de parentesco entre *eu* e meu pai é de primeiro grau na linha reta ascendente. O parentesco entre *eu* e meu avô é de segundo grau na linha reta ascendente. O parentesco entre *eu* e meu bisavô é de terceiro grau na linha reta ascendente, e assim de forma sucessiva. Esquemmatizando:



Por outra via, o parentesco entre *eu* e meu filho é de primeiro grau na linha reta descendente. O parentesco entre *eu* e meu neto é de segundo grau na linha reta descendente; entre *eu* e meu bisneto o parentesco é de terceiro grau na linha reta descendente, e assim sucessivamente. Vejamos:



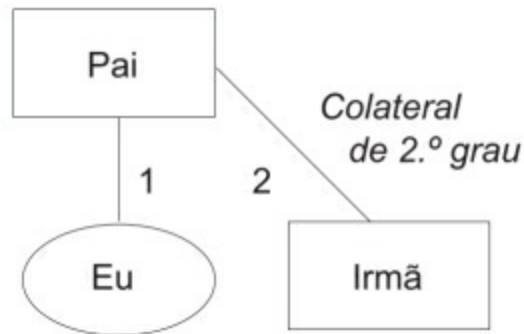
Muito simples, portanto. Simples demais é a contagem de graus de parentesco, seja na linha reta ascendente ou na descendente.

As maiores dificuldades encontradas pelos estudiosos do Direito de Família se referem à contagem de grau de parentesco colateral ou transversal, que merecerá maior detalhamento. Enuncia o art. 1.592 do CC/2002 que “são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra”. A grande inovação desse dispositivo está na redução do limite do parentesco colateral, que, pela codificação anterior, era de sexto grau (art. 331 do CC/1916). Agora, como se nota, o limite é o quarto grau, o que está de acordo com a busca da facilitação do Direito Privado (*princípio da operabilidade*). Todavia, aqui pode ser feita a crítica de que o atual Código Civil restringiu as relações familiares, quando a tendência é justamente a oposta.

Completando a nova regra, a segunda parte do art. 1.594 do CC preconiza que se conta, na linha colateral, o número de graus também de acordo com o número de gerações, subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. Assim, a premissa fundamental é a seguinte: deve-se subir

ao máximo, até o parente comum, para depois descer e encontrar o parente procurado.

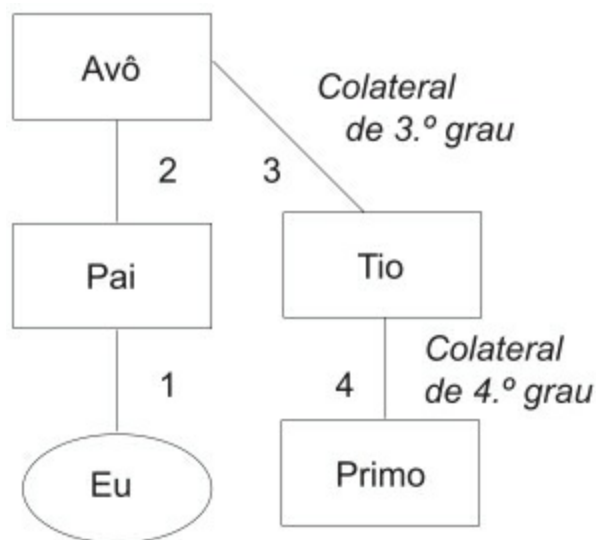
Primeiramente, ilustrando, qual é o grau de parentesco entre *mim* e minha irmã? Deve-se subir um grau até o pai (ancestral comum), para depois descer até a irmã. A conclusão é que o parentesco é colateral em segundo grau:



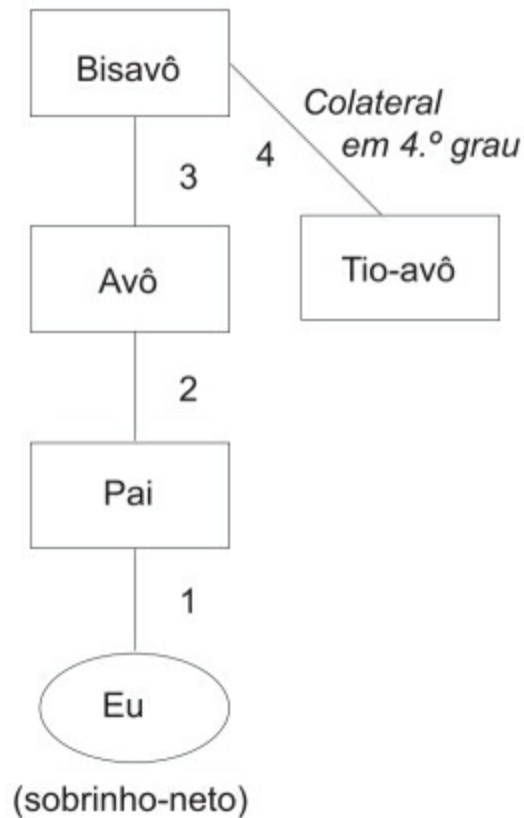
O mínimo parentesco colateral existente é de segundo grau, justamente diante da regra de subir ao máximo, até o tronco comum, para depois descer. *Não há, portanto, parentesco colateral de primeiro grau.*

Quanto aos irmãos, vale ainda dizer que estes podem ser classificados em *bilaterais* ou *germanos* (mesmo pai e mesma mãe) e *unilaterais* (mesmo pai ou mesma mãe). Os irmãos unilaterais podem ser *uterinos* (mesma mãe e pais diferentes) ou *consanguíneos* (mesmo pai e mães diferentes).

Em outro caso típico, qual é o grau de parentesco entre *mim* e meu tio? Ora, devem-se subir dois graus até o avô, que é o ancestral comum. A atenção aqui deve ser redobrada, pois o erro mais comum, aqui, é subir até o pai, o que não está correto. Repita-se: deve-se subir até o avô, que é o tronco comum, para depois descer ao tio. Portanto, o parentesco é colateral de terceiro grau. Ato contínuo, percebe-se que o grau de parentesco entre primos (*eu* e o filho do meu tio) é de quarto grau, o máximo previsto em lei. Essas duas relações de parentesco constam do esquema a seguir:



Por fim, o que desperta algumas dúvidas no meio jurídico, surge a questão: qual o grau de parentesco entre sobrinho-neto e tio-avô? No caso em questão, o ponto-chave está em escolher um *papel* ou *personagem* entre os dois. Escolheremos ser o sobrinho-neto, o que torna a análise mais fácil. A pergunta então é: qual o grau de parentesco entre *mim* e o meu tio-avô (irmão do meu avô). Deve-se subir o máximo, até o bisavô (terceiro grau), para então descer até o tio-avô. A resposta é que o parentesco é colateral de quarto grau, mais uma vez o máximo previsto em lei. Vejamos:



Superadas essas regras básicas, é fundamental ressaltar que o parentesco natural colateral ainda pode ser assim classificado, o que remonta à doutrina clássica do Direito Civil:

- a) *Parentesco colateral igual* – situação em que a distância que separa os parentes do tronco comum é a mesma quanto ao número de gerações. É o que ocorre no parentesco entre irmãos, pois se sobe uma geração e desce-se também uma geração (*parentesco colateral de segundo grau igual*). Ocorre o mesmo no parentesco entre primos, pois se sobem duas gerações e descem-se duas gerações (*parentesco colateral de quarto grau igual*).
- b) *Parentesco colateral desigual* – hipótese em que a distância que separa os parentes do tronco comum não é a mesma. Em outras palavras, a medida de subida de gerações não é igual à medida da descida. É o que acontece no parentesco entre tio e sobrinho (*parentesco colateral de terceiro grau desigual*: “subi dois e descí um”) e sobrinho-neto e tio-avô (*parentesco*

de quarto grau desigual: “subi três e desci um”).

O parentesco natural pode ainda ser *duplicado*. A título de exemplo, ilustre-se com a situação em que dois irmãos se casam com duas irmãs. Nessa situação, os filhos que nascerem dos dois casais serão parentes colaterais em linha duplicada.

Sem prejuízo de todos os esquemas demonstrados, será exposta, ao final do capítulo, uma tabela englobando todas as hipóteses de parentesco consanguíneo.

Superada a análise do parentesco consanguíneo, vejamos a contagem de graus no parentesco por afinidade, aquele existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro, conforme aqui comentado.

Para cima, haverá parentesco por afinidade na linha reta ascendente em relação à sogra, à mãe da sogra, à avó da sogra e assim sucessivamente até o infinito. O mesmo deve ser dito em relação ao sogro, ao pai do sogro, ao avô do sogro, e assim de forma sucessiva.

Para baixo, haverá parentesco por afinidade na linha reta descendente em relação ao enteado, ao filho do enteado, ao neto do enteado etc. Aqui estão presentes os impedimentos matrimoniais como visto, eis que não se extingue o vínculo, mesmo que com a dissolução da sociedade conjugal ou da união estável. Vejamos o esquema a seguir:



No que concerne ao parentesco por afinidade colateral, aquele existente entre cunhados (irmã ou irmão do cônjuge ou companheiro), não há qualquer impedimento matrimonial. Por isso, cunhados podem casar livremente.

O mesmo deve ser dito em relação aos enteados entre si. Esclarecendo, imagine-se que um homem, que tem um filho de um relacionamento anterior, casa-se com uma mulher que tem uma filha, igualmente de outra relação. Esses filhos podem casar, não havendo impedimento decorrente da lei, sendo ambos afins colaterais. De toda sorte, com a constante valorização da parentalidade socioafetiva, fica em xeque tal possibilidade de casamento, sob os enfoques moral e ético. Vale o contra-argumento segundo o qual os impedimentos matrimoniais, obrigatoriamente, devem

decorrer da norma jurídica. Eis uma situação concreta que deve ser debatida mais profundamente nos próximos anos, em especial diante da decisão do STF que reconheceu, de forma consolidada, ser o vínculo socioafetivo formador de parentesco civil (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, com repercussão geral, publicado no seu *Informativo* n. 840).

Superadas as regras gerais sobre o parentesco, passa-se ao estudo da filiação.

6.2 FILIAÇÃO. REGRAS GERAIS. AS ANTIGAS PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE E AS QUESTÕES DE BIODIREITO CRITICÁVEL ART. 1.601 DO CÓDIGO CIVIL E PARENTALIDADE SOCIOAFETIVO APROFUNDAMENTOS QUANTO À POSSE DE ESTAI DE FILHOS. A MULTIPARENTALIDADE COM REALIDADE JURÍDICA DA FILIAÇÃO. PRIMEIR IMPACTOS DA DECISÃO DO STF, PROLATADA E REPERCUSSÃO GERAL (STF, RE 898.060/SC, JULGAI EM 21.09.2016)

A filiação pode ser conceituada como a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. Em suma, trata-se da relação jurídica existente entre os pais e os filhos. O dispositivo inaugural quanto ao tema, o art. 1.596 do CC/2002, foi exaustivamente analisado no Capítulo 1 desta obra, consagrando o *princípio da igualdade entre filhos* e repetindo o que constava no art. 227, § 6.º, da CF.

O art. 1.597 da atual codificação civil é o dispositivo que traz as presunções de paternidade, merecendo redação destacada para um estudo aprofundado:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

O dispositivo está amparado na velha máxima latina *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*, que pode ser resumida da seguinte forma: *a maternidade é sempre certeza, a paternidade é presunção que decorre da situação de casados*. É fundamental ressaltar que essa máxima perdeu relevância prática. Ora, a maternidade nem sempre é certa, pois pode ocorrer a troca ou a subtração de recém-nascidos em maternidades, a motivar eventual ação de investigação da maternidade. O problema tem sido debatido pela jurisprudência nacional, em particular no que concerne à eventual indenização por danos morais em face do hospital-maternidade:

“Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Troca de bebês na maternidade. Entidade hospitalar que tem o dever de zelar pela correta identificação dos recém-nascidos. Negligência verificada. Responsabilidade da ré caracterizada. Dano moral configurado. Verba arbitrada que, contudo, revela-se excessiva. Redução determinada. Distribuição dos ônus da sucumbência mantida. Incidência da Súmula n.º 326 do STJ. Recurso provido em parte” (TJSP, Apelação 9217539-61.2008.8.26.0000, Acórdão 6484645, Urupês, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Elliot Akel, j. 05.02.2013 DJESP 27.02.2013).

“Processual civil. Ação para reparação de danos morais por ato ilícito. Criança trocada na maternidade e que se constatou haver falecido, quando da troca promovida em sede judicial. Ao invés do filho querido, uma certidão de

óbito. ‘*Damnum in re ipsa*’. Valor indenizatório que, ao lado do aspecto reparatório, deve atender aos aspectos pedagógicos da condenação, sem, contudo, colocar em risco a saúde financeira da instituição. Parcial provimento ao primeiro e improvimento ao segundo recurso. I – Indiscutível a culpa de estabelecimento hospitalar que em maternidade troca os bebês nascidos, cabendo-lhe responder pelo ato negligente de seus prepostos; II – Ainda que a morte do bebê não decorra de ato do nosocômio, a troca ocorrida retirou dos verdadeiros pais a oportunidade de conviver nas poucas horas de vida, com o filho querido. Afagar-lhe, beijar-lhe a face gélida e lhe dar um sepulcro como eles, verdadeiros pais, gostariam de dar. Não que aqueles que o detinham tivessem agido culposamente e não lhe tenha dado sepulcro digno; III – A ‘via crucis’ experimentada pelos autores, principalmente a mãe se submetendo à humilhação de exames de DNA em face da dúvida da paternidade, culminou com o triste desenlace: Quando da troca entregaram um filho e receberam no lugar de seu filho uma certidão de óbito; IV – ‘*Damnun in re ipsa*’, cujo valor indenizatório, sem se afastar dos aspectos da reparação, deve atender aos princípios pedagógicos da condenação, a tentativa de, através de condenações significativas, se evitarem novos sofrimentos para aquelas mães que trazem ao mundo filhos queridos. Contudo, esse valor não pode traduzir risco à sobrevivência da instituição; V – Parcial provimento ao primeiro e improvimento ao segundo recurso. Precedentes citados: STF, RE AGR 327143/PE, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25/06/2002. STJ, REs 355392/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26/03/2002” (TJRJ, Acórdã 2007.001.28856, Paraíba do Sul, Rel. Des. Ademir Paulo Pimentel, j 22.08.2007, *DORJ* 27.03.2008, p. 308).

Relativamente à presunção de paternidade, esta cedeu espaço à busca da *verdade biológica*, por meio da realização do exame de DNA. É cediço que, em nosso país, principalmente nas décadas de 1980 e 1990, houve uma busca desenfreada por tal verdade, o que foi possível graças à evolução científica. Sobre essa evolução e alteração de prioridade, comenta Zeno Veloso que:

“Toda a cultura, a construção doutrinária, a jurisprudência, enfim, toda a concepção sobre a prova nas ações de filiação, que tinha por base a circunstância de que a paternidade era um mistério impenetrável, sendo impossível obter-se a prova direta da mesma, passou, recentemente, por radical transformação, e um entendimento de séculos teve de ser inteiramente revisto. Como o progresso científico e a invenção do teste DNA (ácido desoxirribonucleico), a paternidade pode ser determinada como absoluta certeza” (VELOSO, Zeno. *Direito...*, 1997, p. 108).

Apesar da sua perda de relevância prática, os incisos do comando legal transcrito são aplicáveis a situações específicas, principalmente em casos envolvendo o casamento. Vejamos o seu estudo, pontualmente.

O inciso I enuncia que se presume a paternidade dos filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal. A presunção leva em conta o início do casamento, havendo uma presunção relativa (*iuris tantum*), que admite prova em contrário, via exame de DNA.

Outra presunção relativa de paternidade consta do inciso II do art. 1.597, quanto aos filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento. A menção à separação judicial deve ser tida como não escrita, diante da Emenda Constitucional 66/2010, que retirou do sistema a sua possibilidade. Mais do que isso, como não há mais prazo mínimo para se divorciar, nos termos do atual art. 226, § 6.º, da Constituição Federal, pode-se substituir o termo *separação judicial* por *divórcio* na sua correta interpretação.

Cumprе anotar que julgado do Superior Tribunal de Justiça concluiu que a presunção em questão tem incidência à união estável, desde que seja possível comprovar o seu término. O *decisum* foi assim publicado no *Informativo* n. 508 daquela Corte Superior:

“Direito civil. União estável. Presunção de concepção de filhos. A presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art.

1.597, II, do CC se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3.º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável. Precedentes citados do STF: ADPF 132/RJ, *DJe* 14.10.2011; do STJ: REsp 1.263.015/RN, *DJe* 26.06.2012, e REsp 646.259/RS, *DJe* 24.08.2010” (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.11.2012).

A conclusão deve ser a mesma quanto ao inciso I do art. 1.597 do CC/2002. Eventualmente, o início da união estável pode ser provado por escritura pública, outro documento celebrado entre as partes ou por prova testemunhal. Em casos de dúvidas, o exame de DNA tem o condão de afastar a dúvida existente na situação fática.

Em complemento ao inciso II do art. 1.597, a confusa redação do art. 1.598 dispõe que, salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523 (dez meses depois da dissolução da conjugalidade anterior), a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, duas regras são aplicadas:

- Haverá presunção de que o filho é do primeiro marido, se nascer dentro dos trezentos dias a contar do falecimento deste primeiro marido.
- Haverá presunção de que o filho é do segundo marido se o nascimento ocorrer após esses trezentos dias da dissolução da primeira união e já decorrido o prazo de cento e oitenta dias do início do segundo casamento.

Pontue-se que, passados mais de dez anos da vigência do Código Civil de

2002, não se conhece qualquer julgado aplicando o seu confuso art. 1.598, dispositivo que tem pouca eficiência prática. Por lógico que essas confusas regras retiradas do art. 1.598 do CC trazem presunções relativas que admitem prova em contrário, via exame de DNA, por exemplo.

Justamente diante dessa possibilidade de prova em contrário, os dois primeiros incisos do art. 1.597 do CC/2002 têm pouca relevância prática na atualidade. Isso, em face do exame de DNA, que traz certeza quase absoluta quanto à paternidade. Ora, qual aplicador do Direito fará uso dessas presunções relativas quando se tem prova das mais efetivas nos casos em questão?

Diante também dessa realidade é que se tem afirmado que a presunção *pater is est* perdeu a força de outrora. Entre a adoção dessa presunção e a realização do exame, o juiz, com certeza, fará a opção pela segunda. Imagine-se um caso prático. Um ex-marido, na situação descrita no inc. II do art. 1.597, se nega a reconhecer um filho de sua ex-mulher. Como já foi dito, e isso é comum, em vez de aplicar a presunção legal, o juiz da ação investigatória determinará a realização do exame. Ocorrendo a negativa, aplica-se a presunção judicial da Súmula 301 do STJ e da Le 12.004/2009, presumindo-se relativamente à paternidade daquele que se nega a fazer o exame, o que acaba confirmando, por outra via, a presunção prevista do art. 1.597, inc. II, do mesmo CC/2002.

Além dessas antigas deduções, os demais incisos do art. 1.597 do CC tratam de presunções que decorrem de técnicas de reprodução assistida (R.A.). Interessante perceber que a norma civil brasileira não conceitua tais técnicas ou trata da filiação que delas se origina, estabelecendo apenas decorrências lógicas de sua utilização. A premissa adotada pelo Código Civil é que o vínculo de filiação se estabelece em relação àqueles que planejaram a técnica de reprodução assistida. Como bem pontua José de Oliveira Ascensão, “o Código Civil atual (de 2002) contém um preceito fundamental para esta matéria: o art. 1.597. Mas há que ter consciência que o objetivo deste não é qualificar diretamente a filiação, mas sim estabelecer a presunção de quais os filhos de mulher casada que se presumem concebidos na constância do casamento. Daí resultaria a presunção de provierem do casal. O preceito não dá pois diretamente o critério da filiação que se busca. Esse terá de ser procurado

relacionando muitos preceitos, só do conjunto deles podendo resultar a resposta quanto à determinação da filiação” (ASCENSÃO, José de Oliveira. Procriação.. *Direito...*, 2009, p. 351).

Continuando o estudo do art. 1.597, o seu inciso III determina que haverá presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo quando falecido o marido. A fecundação homóloga é aquela efetuada com o material genético dos próprios cônjuges.

O inciso IV também consagra a presunção de paternidade a respeito dos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de *embriões excedentários*, decorrentes também de concepção artificial homóloga. Esses embriões são aqueles decorrentes da manipulação genética, mas que não foram introduzidos no ventre materno, estando armazenados em entidades especializadas, em clínicas de reprodução assistida (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil...*, 2003, p. 51). A fecundação, em casos tais, ocorre *in vitro*, na proveta, por meio da técnica ZIFT, ou seja, a fecundação ocorre fora do corpo da mulher. Há ainda a técnica GIFT, que não é o caso, em que o gameta masculino é introduzido artificialmente no corpo da mulher, onde ocorre a fecundação (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil...*, 2005, p. 2).

Por fim, o inciso V traz a presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, ou seja, com material genético de terceiro, desde que haja prévia autorização do marido. A situação é do marido que autoriza a mulher a fazer uma inseminação artificial com material genético que não lhe pertence. Para que exista a presunção de paternidade, há a necessidade dessa prévia autorização, caso contrário, esta não existe.

Várias dúvidas práticas envolvendo a bioética e o biodireito surgem do art. 1.597 do CC, particularmente dos seus últimos três incisos. Não se pretende aqui esgotar esses temas, o que foge do objetivo desta obra de Direito Civil, mas apenas trazer as questões controvertidas mais discutidas, e que têm gerado amplos debates entre os profissionais do direito.

Anote-se que, quanto à reprodução assistida (R.A.), o Conselho Federal de Medicina editou, em 15 de dezembro de 2010, a Resolução 1.957/2010, em substituição à antiga Resolução 1.358/1992. A norma tratava de questões éticas

relativas ao tema, tendo grande aplicação prática, por orientar os atos que poderiam ou não ser praticados pelos médicos que atuam nessa área. Em 2013, essa resolução foi revogada pela Resolução 2.013/2013, do mesmo Conselho Federal de Medicina que procurou aperfeiçoar o tratamento da matéria. Novamente, em setembro de 2015, foi publicada a Resolução 2.121, revogando a anterior e trazendo novas regras sobre a temática. Por fim, com publicação em novembro de 2017, a Resolução 2.168/2017 revogou a norma antecedente, sendo esta a que está em vigor no presente momento.

Em março de 2016, a Corregedoria-Geral do Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 52, regulamentando a conduta dos Cartórios de Registro Civil no tocante à reprodução assistida. Em 14 de novembro de 2017 surgiu o Provimento 63, do mesmo CNJ, em substituição ao anterior, já sob influência da decisão do STF sobre a parentalidade socioafetiva (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016). Além de tratar da reprodução assistida, a última norma administrativa cuida também da parentalidade socioafetiva, de forma inédita.

Pois bem, são princípios gerais consagrados pela última Resolução do CFM (2.168/2017), destacando-se a alteração constante do seu item 3, a permitir a reprodução assistida para mulheres com idade superior a 50 anos, com maiores detalhes; e uma maior amplitude do seu item 4, a respeito do consentimento livre e esclarecido, na linha do que já estava disposto na Resolução 2.121/2015:

“1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.

3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente. § 1º A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos. § 2º As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após

esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente.

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.

6. É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

8. Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária”.

Aprofunde-se que a principal novidade da última resolução, de 2017, foi de ampliar a utilização da reprodução assistida, não estando ela limitada a pessoas que tenham dificuldade em terem filhos pela via natural. Assim, pode ela ser utilizada por opção do casal ou da pessoa. Isso pode ser percebido pela nova redação dada aos

itens 1 e 2 dos princípios gerais. A resolução anterior, de 2015, previa no seu primeiro item que “as técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação”, o que não é mais realidade ética.

Sobre o limite de 50 anos para as mulheres que se submetam à reprodução assistida, já existiam julgados que afastavam tal limite de idade para as mulheres, por ser atentatório aos seus direitos (decisão do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, no Agravo de Instrumento 0055717-41.2014.4.01.0000/MG, Rel. Des. Federal Maria do Carmo Cardoso, prolatada em dezembro de 2014). *Odecisum* estava fundamentado no Enunciado n. 41, aprovado na *I Jornada de Direito da Saúde* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), realizada em 15 de dezembro de 2014, segundo o qual, “o estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar”.

A propósito, a questão foi debatida por duas professoras no *Jornal do Advogado da OABSP*, de março de 2015 (ano XL, n. 403, p. 12-13). Para a Professora da PUCSP Carolina Magnani Hiromoto, a limitação constante da resolução não se justificaria, eis que: “conquanto, do ponto de vista material, a mulher a partir dos 50 anos passa a ter violado o seu direito inalienável de buscar a maternidade, na exata razão que o CFM, sem se atentar às características peculiares da condição de saúde de cada paciente, proíbe que seus fiscalizados médicos as tratem. Retira-lhes o direito a uma possibilidade de alcançar a maternidade; ou impõe-lhes a solução de procurar tratamentos clandestinos ou, ainda, de recorrer à Justiça para que o médico assistente não sofra eventualmente sanção disciplinar”.

Por outra via, a Professora USP Silmara Chinellato pontuou de forma contrária, pois “a realidade embasa a norma que não se pode desconhecer. As Ciências biológicas fornecem elementos de ponderação ao legislador, o que se vê, por exemplo, na fixação da idade para casamento, no Código Civil e para esterilização voluntária (25 anos), conforme o art. 10, I, da Lei 9.263/1996 que traz outras limitações. Ainda que a restrição de idade se baseie em normas éticas do CFM que, no futuro poderão tornar-se normas jurídicas, não afronta o direito ao planejamento

familiar. Antes, respeita e valoriza a pessoa humana, sua finitude e limites”. A questão, como se vê, sempre foi de grande polêmica, tendo sido resolvida, no âmbito ético-médico, pela Resolução 2121/2015 e confirmada pela atual Resolução 2.168/2017, com texto mais elucidativo.

Exposta essa controvérsia, que foi solucionada pelas duas últimas resoluções do CFM, e antes de analisar mais profundamente outras questões de bioética e de biodireito, devem ser comentados os enunciados doutrinários do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça (CJF/STJ), aprovados nas *Jornadas de Direito Civil* e relacionados com os dispositivos em comento. Esses enunciados doutrinários tentam solucionar parte dos inúmeros problemas surgidos desses novos incisos do art. 1.597 do CC/2002. Alguns desses enunciados doutrinários serão confrontados com as recentes resoluções do Conselho Federal de Medicina. Repise-se que tais propostas doutrinárias têm o importante papel didático e metodológico de reunir o pensamento majoritário da civilística nacional, eis que de tais eventos participam os principais expoentes do Direito Privado Brasileiro.

Inicialmente, determina o Enunciado n. 104, da *I Jornada de Direito Civil*, do ano de 2002, que, “no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento”. Desse modo, o que importa para a determinação da filiação é o ato de planejamento da técnica de reprodução assistida. Em outras palavras, o vínculo de parentesco, como regra, deve ser atribuído àqueles que tiveram a iniciativa de sua realização. Esse parece ter sido o espírito que guiou os Provimentos 52 e 63 do CNJ, estando o último em vigor, em substituição ao primeiro.

Ademais, no que tange ao inciso V do art. 1.597, a presunção pode ser absoluta ou relativa, o que depende da análise do caso concreto. De qualquer modo, outro enunciado, de número 258 e aprovado na *III Jornada*, do ano de 2004, considera a hipótese do inc. V como de presunção absoluta, em regra (“Não cabe a ação prevista

no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”).

Adota-se, mais uma vez, a premissa segundo a qual o vínculo de filiação é estabelecido quanto aos que planejam a reprodução assistida. Todavia, essa afirmação sobre o planejamento pode ser quebrada tendo em vista o julgamento do STF na repercussão geral sobre a parentalidade socioafetiva (STF, RE 898.060/ SC Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840). Como se sabe, a tese ali fixada foi a seguinte: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Assim, com essa posição abre-se a possibilidade jurídica para se buscar o vínculo genético também com o doador do material genético, e para todos os fins jurídicos, como os alimentares e sucessórios. Pensamos que essa posição coloca em risco a efetividade da reprodução heteróloga, não se podendo aplicar a tese daquele julgamento superior para essa técnica de R. A.

Pode parecer que os dois enunciados doutrinários ora expostos estão em conflito, mas, na verdade, deve-se analisar o caso concreto. Muitas vezes poderá ocorrer falsidade dessa autorização do marido, sendo mais seguro percorrer o caminho de que a presunção é relativa (*iuris tantum*). Mas, no caso em que não há dúvida quanto a essa autorização do marido para a inseminação heteróloga, a presunção deve ser visualizada como absoluta (*iure et de iure*), o que veda o comportamento contraditório do esposo, que, se arrependendo da autorização concedida, não quer registrar o filho nascido da reprodução assistida.

Estar-se-á diante de claro comportamento contraditório que atenta contra a boa-fé (*venire contra factum proprium non potest*). Na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em 2006, a comissão de direito das obrigações aprovou o Enunciado n. 362 do CJP/STJ prevendo que “a vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. Reafirma-se que essa vedação do comportamento contraditório não se aplica somente aos contratos, mas também ao Direito de Família,

representando importante incidência do princípio da boa-fé objetiva nesse âmbito privado.

Com tom didático, o Enunciado n. 105 do CJF/STJ, da *Jornada*, prescreve que “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’”. Desse modo, os termos legais devem ser considerados espécies do mesmo gênero terminológico, conforme, aliás, consta das recentes resoluções do Conselho Federal de Medicina sobre a matéria e do Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça. O enunciado doutrinário visa a esclarecer o texto legal, confuso pela diversidade utilizada nos seus incisos.

Complementando, o Enunciado n. 257, da *III Jornada de Direito Civil*, dispõe que: “As expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição”. O tema da *gestação de substituição* ainda será abordado no presente capítulo.

No que tange à inseminação homóloga (inc. III do art. 1.597), o Enunciado n. 106 do CJF/STJ preceitua que, para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que utilize seu material genético após sua morte. Caso contrário, não há que se falar em presunção da paternidade, não se aplicando a regra *pater is est*.

Do ponto de vista ético-médico, a Resolução 2.168/2017 do CFM estabelece mantendo a regra das anteriores Resoluções 2.121/2015 e 2.013/2013 do CFM, na que diz respeito à reprodução assistida *post mortem*, que: “é possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”. O Provimento 63 do CNJ, ora em vigor, preceitua o mesmo, conforme o seu art. 17, § 2.º, *in verbis*: “nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização

prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”. Houve uma redução de burocracias, pois o Provimento 52/2016 admitia apenas a escritura pública, lavrada em Tabelionato de Notas, para tais fins.

Também da *I Jornada de Direito Civil*, determina o Enunciado n. 107 que, “finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões”. Como visto, e vale repetir, no caso do marido que dá a autorização para a inseminação heteróloga e depois pretende revogá-la, deve ser aplicada a vedação do comportamento contraditório, a máxima *venire contra factum proprium non potest*, que é relacionada com a boa-fé objetiva. Para impossibilitar essa revogação, ainda podem ser invocados os princípios do maior interesse da criança (*best interest of the child*) e da proteção integral constante do ECA (Lei 8.069/1990), bem como a igualdade entre filhos, prevista na Constituição Federal (art. 227, § 6.º) e no próprio Código Civil (art. 1.596).

Partindo para a prática, em abril de 2017 surgiu sentença seguindo tais premissas, afastando a possibilidade de pai homoafetivo, que havia planejado e autorizado a técnica de reprodução assistida com seu companheiro, renunciar à paternidade. A decisão foi prolatada pelo juiz corregedor da 2.ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo, Marcelo Benacchio. Segundo ele, citando a doutrina de Rodrigo da Cunha Pereira, “a anuência do marido assume enorme relevância, funcionando como uma espécie de reconhecimento prévio de filho ou como uma adoção antenatal. (...) O vínculo paterno-filial se formou no instante em que se concedeu a aquiescência ao procedimento fertilizatório no cônjuge” (idem, fls. 266). Por fim, ressalta o autor: ‘naturalmente, entendemos possível a realização da fertilização heteróloga, também, entre pessoas que vivem em união estável ou em união homoafetiva, não se subsumindo ao casamento’ (idem, fls. 266). Portanto, incabível a renúncia à filiação com a qual o companheiro já havia concordado. O Sr. C. expressamente autorizou o procedimento (cf. contrato às fls. 11 a 15), bem como participou de todos os atos preparatórios gestacionais, conforme claramente se

verifica pelos documentos juntados às fls. 05 a 24. Bem assim, assiste razão ao Sr. Oficial ao levantar óbice ao registro tal qual pleiteado e pugnar por determinação desta Corregedoria Permanente. Nessa linha, por tudo o que consta dos autos, acolhendo a cota ministerial de fls. 47/49 em sua integralidade, determino a lavratura do assento de nascimento de J. A. de O., no qual deverá constar como pais os Srs. P. A. S. e C. A. C. B” (Processo n.º 1010250-76.2017.8.26.0100).

Destaque-se, contudo, que o art. 1.571 do CC deve ser lido, para os presentes fins, apenas com a menção ao divórcio, à morte, à nulidade e à anulação do casamento, uma vez que a EC 66/2010 banuiu do sistema a separação judicial, mesmo com o tratamento constante do Novo CPC.

Além desses enunciados, de cunho científico muito interessante, quando da *Jornada de Direito Civil* foram feitas algumas propostas de alteração do art. 1.597, que também representam a manifestação doutrinária.

De acordo com o Enunciado n. 127, há proposta de alterar o inciso III do art. 1.597 do Código Civil para constar “havidos por fecundação artificial homóloga”. Foram as justificativas da proposta de alteração legal: “para observar os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai”. Em suma, não se admitiria o nascimento da criança se falecido o marido. A proposta é polêmica, mas se encontra muito bem fundamentada em princípios que protegem a criança que nascerá. De forma indireta, há a tutela dos direitos do nascituro, o que confirma a *tese concepcionista*. Porém, há quem critique a proposta, por discriminar a mulher, supondo que ela não teria condições de criar o filho sozinha.

De fato, na doutrina há quem veja inconstitucionalidade na literalidade do art. 1.597, inc. III, diante da expressão “mesmo que falecido o marido”, admitindo a inseminação *post mortem*. De acordo com José de Oliveira Ascensão, “entra-se aqui numa zona perigosamente problemática. Está-se ‘produzindo’ conscientemente um novo ser que nunca terá a possibilidade de um ambiente bipartido, ficando assim de fora do que é normal na formação humana. Os interesses da mãe prevalecem assim sobre o interesse do ser que ela concebe” (ASCENSÃO, José de Oliveira Procriação..., *Direito...*, 2009, p. 355-356). Para Guilherme Calmon Nogueira da

Gama, “ao menos no estágio atual da matéria no Direito brasileiro, não há como se admitir o acesso da ex-esposa ou da ex-companheira, mesmo com vontade expressa deixada pelo falecido, às técnicas de reprodução assistida homólogas, diante do princípio da igualdade em direito entre os filhos” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito...*, 2008, p. 369-370).

Destaque-se que o Estatuto das Famílias, no plural, pretende alterar a mesma norma, passando a prever que se presumem filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor (art. 82). Em suma, a proposta segue a linha do Enunciado n. 127 do CJP/STJ.

De toda sorte, repise-se que a Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina não oferece óbice para que uma viúva faça uso da técnica de reprodução assistida, sendo fundamental, apenas, a autorização do falecido. O mesmo se dá com o Provimento 63 do CNJ, como visto anteriormente.

De acordo com o Enunciado n. 128 do CJP/STJ, deve-se revogar o inciso I do art. 1.597 do CC. As justificativas da proposta merecem destaque:

“O fim de uma sociedade conjugal, em especial quando ocorre pela anulação ou nulidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, é, em regra, processo de tal ordem traumático para os envolvidos que a autorização de utilização de embriões excedentários será fonte de desnecessários litígios. Além do mais, a questão necessita de análise sob o enfoque constitucional. Da forma posta e, não havendo qualquer dispositivo no novo Código Civil que autorize o reconhecimento da maternidade em tais casos, somente a mulher poderá se valer dos embriões excedentários, ferindo de morte o princípio da igualdade esculpido no *caput* e no inciso I do art. 5.º da Constituição da República. A título de exemplo, se a mulher ficar viúva, poderá, ‘a qualquer tempo’, gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade, com as consequências legais pertinentes; porém, o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com o seu material genético, e gestá-lo em útero sub-

rogado. Como o dispositivo é vago e diz respeito apenas ao estabelecimento da paternidade, sendo o novo Código Civil omissivo quanto à maternidade, poder-se-ia indagar: se esse embrião vier a germinar em um ser humano, após a morte da mãe, ele terá a paternidade estabelecida e não a maternidade? Caso se pretenda afirmar que a maternidade será estabelecida pelo nascimento, como ocorre atualmente, a mãe será aquela que dará à luz, porém, neste caso, tampouco a paternidade poderá ser estabelecida, uma vez que a reprodução não seria homóloga. Caso a justificativa para a manutenção do inciso seja evitar a destruição dos embriões crioconservados, destaca-se que legislação posterior poderá autorizar que venham a ser adotados por casais inférteis. Assim, prudente seria que o inciso em análise fosse suprimido. Porém, se a supressão não for possível, solução alternativa seria determinar que os embriões excedentários somente poderão ser utilizados se houver prévia autorização escrita de ambos os cônjuges, evitando-se com isso mais uma lide nas varas de família”.

Os fundamentos da proposta, mais uma vez, são bem plausíveis. Consigne-se, como *argumento de autoridade*, que da comissão de Direito de Família e das Sucessões da *I Jornada de Direito Civil* participaram juristas de renome, que chancelam as propostas, caso de expoentes da escola do Direito Civil Constitucional, como Ana Luiza Nevares, Anderson Schreiber, Bruno Lewicki, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Guilherme Couto de Castro, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Rosana Amaral Girardi Fachin, Rose Vencelau e Teresa Negreiros.

A proposta é louvável, mas ainda não está em vigor, sendo certo que o dispositivo deve ser considerado vigente. Anote-se que o Estatuto das Famílias do mesmo modo pretende suprimir a norma (art. 82). Concluindo, nota-se que o inc. IV do art. 1.597 do CC criou inúmeros problemas práticos que desafiam os aplicadores do Direito.

Há, também, pelo Enunciado n. 129 do CJP/STJ, proposição para inclusão de um dispositivo, nos seguintes termos: “Art. 1.597-A. A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único. Nos casos de utilização das técnicas de reprodução

assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”. De acordo com a justificativa da Comissão de Família e Sucessões da *I Jornada de Direito Civil*:

“No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de reprodução assistida para suplantar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de reprodução assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril e que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. Importante destacar que, em hipótese alguma, poderá ser permitido o fim lucrativo por parte da mãe sub-rogada”.

A proposta está atenta à igualdade entre homem e mulher, reconhecendo que a mãe, na *gestação de substituição*, será aquela que forneceu o material genético, em regra. Na verdade, seria interessante uma norma legal específica para regulamentar a questão, uma vez que a aplicação por analogia das mesmas regras de presunção de paternidade mostra-se inviável, na grande maioria das vezes.

Superada a análise dos enunciados doutrinários aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*, que já ajudam no esclarecimento do tema, na presente obra serão discutidas outras questões práticas, que foram retiradas da obra *O estado atual do biodireito*, de Maria Helena Diniz (*O estado...*, 2002).

Procuraremos responder a tais questões com opiniões próprias, amparadas na

melhor doutrina, na Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina e no Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça.

QUESTÃO 1: As presunções dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do atual CC devem ser aplicadas também nos casos de união estável? Quais os argumentos a favor e contrários a esse entendimento?

Como Maria Helena Diniz (*O estado...*, 2002, p. 479), Paulo Lôbo (*Direito Civil. Famílias...*, 2008, p. 202) e Rodrigo da Cunha Pereira (*Código Civil...*, 2004, p. 1.129), deve-se concluir que a norma não só *pode* como *deve* ser aplicada à união estável. Primeiro, porque não há vedação de aplicação da norma por analogia, pois não se trata de norma restritiva da autonomia privada ou norma de exceção. Além disso, vale lembrar que a união estável, assim como o casamento, é entidade familiar protegida no Texto Maior, o que deve abranger os filhos havidos dessa união. Nessa linha, o Estatuto das Famílias – pretende introduzir previsão expressa a respeito da presunção na relação convivencial (art. 82).

A Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina também consagra a possibilidade de companheiros fazerem uso de tais técnicas, pela menção a qualquer pessoa capaz no seu item II (“Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente”). Outros preceitos da norma ética fazem menções aos companheiros e à união estável.

Igualmente, cite-se o Provimento 63 do Conselho Nacional de Justiça, que faz menção à união estável, de forma equiparada ao casamento.

No mesmo caminho, doutrinariamente, o Enunciado n. 570, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*, *in verbis*: “O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga ‘a patre’ consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira”.

Em reforço a essa tese, dando-lhe especial fundamento, frise-se que o Superior Tribunal de Justiça julgou que o inc. II do art. 1.597 do CC incide à união estável (STJ, REsp 1.194.059/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.11.2012); conclusão que deve ser a mesma para os demais incisos. Do Tribunal de Santa Catarina, julgando dessa forma, e admitindo uma reprodução assistida *post mortem* em decorrência de união estável:

“Apelação cível. Reconhecimento de paternidade *post mortem*. Casal que vivia em união estável. Filho nascido 134 dias após o falecimento do companheiro. Presunção de filiação. Artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal. Entidade familiar. Aplicação do artigo 1.597 do Código Civil ao caso. Desnecessidade de ajuizamento de ação de investigação de paternidade. Recurso conhecido e improvido. Sob a ótica do artigo 226, § 3.º, da Constituição Federal, deve-se aplicar à união estável o disposto no artigo 1.597 do Código Civil. Assim, se o infante nasceu 134 dias após o rompimento da união, pela morte do companheiro, a paternidade deve ser presumida, e é dispensada a necessidade de propositura de ação para investigação de filiação” (TJSC, Apelação Cível 2007.011114-6, Lages, 2.ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, *DJSC* 19.08.2008, p. 89).

No entanto, um argumento em contrário pode ser levantado, uma vez que, pelo próprio art. 226, § 3.º, da CF/1988, a união estável não é igual ao casamento, pois institutos iguais não podem ser convertidos um no outro. Mesmo sendo plausível esse argumento, entende-se que aqui ele não pode ser utilizado, pois a norma do art. 1.597 do CC/2002 visa a proteger as entidades familiares, caso da união estável.

QUESTÃO 2: É possível a inseminação artificial heteróloga em caso de união homoafetiva? Fundamente.

Na doutrina jurídica, seguindo o entendimento segundo o qual a união homoafetiva não é entidade familiar, a resposta seria que não é possível a um casal homossexual fazer uso da inseminação heteróloga para ter filhos. Nesse sentido, opina

Maria Helena Diniz, que lembra o fato de que na Suécia isso é vedado, enquanto nos Estados Unidos tal prática é permitida: “No Brasil, o Projeto de Lei 90/1999 veda o direito à reprodução assistida a mulheres solteiras e a casais homossexuais” (*O estado...*, 2002, p. 482).

Porém, em sentido contrário, Maria Berenice Dias aponta que: “é cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de bancos de material reprodutivo, o que permite um do par ser o pai ou a mãe biológica, enquanto o outro fica excluído da relação de filiação. (...) Não há restrição alguma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir o uso de tais práticas” (*Manual...*, 2007, p. 335). Entende a última doutrinadora que em situações tais deve-se considerar que a criança tem dois pais ou duas mães, pois, caso contrário, haverá preconceito. Esse posicionamento segue a linha de pensamento de que a união homoafetiva constitui uma entidade familiar, o que vem sendo confirmado pelos Tribunais Superiores nacionais (ver *Informativo* n. 625 do STF sobre a união homoafetiva; e *Informativo* n. 486 do STJ sobre o casamento homoafetivo).

Em verdade, como visto em capítulos anteriores desta obra, sempre houve um embate doutrinário e jurisprudencial no Brasil a respeito do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Porém, se a tendência é o seu reconhecimento como família, esse deve ocorrer para todos os efeitos e todos os fins, inclusive para a filiação e o uso das técnicas de reprodução assistida. Nessa linha de pensamento, a anterior Resolução 1.957/2010 do CFM parecia autorizar o uso da técnica por casais homoafetivos, pois, sem qualquer restrição, mencionava apenas as pessoas capazes.

A nova Resolução 2.168/2017, em substituição às Resoluções 2.121/2015 e 2.013/2013, que já traziam tal possibilidade, é clara, afastando qualquer dúvida, ao expressar que “é permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência por parte do médico. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.” Pontua-se que a última frase, a respeito do casal homoafetivo feminino e a definição da gestação compartilhada, não

constava da anterior Resolução 2.121/2015, sendo uma das principais novidades da nova norma ético-médica, visando a explicar a ideia.

Concretizando essa tendência, destaque-se *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, do final do ano de 2012, julgando ser possível a adoção unilateral quando apenas uma das companheiras homoafetivas faz uso da técnica de reprodução assistida heteróloga. O acórdão foi assim publicado no *Informativo* n. 513 daquela Corte Superior:

“Direito civil. Adoção. Concessão de adoção unilateral de menor fruto de inseminação artificial heteróloga à companheira da mãe biológica da adotanda. A adoção unilateral prevista no art. 41, § 1.º, do ECA pode ser concedida à companheira da mãe biológica da adotanda, para que ambas as companheiras passem a ostentar a condição de mães, na hipótese em que a menor tenha sido fruto de inseminação artificial heteróloga, com doador desconhecido, previamente planejada pelo casal no âmbito de união estável homoafetiva, presente, ademais, a anuência da mãe biológica, desde que inexista prejuízo para a adotanda. O STF decidiu ser plena a equiparação das uniões estáveis homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, o que trouxe, como consequência, a extensão automática das prerrogativas já outorgadas aos companheiros da união estável tradicional àqueles que vivenciem uma união estável homoafetiva. Assim, se a adoção unilateral de menor é possível ao extrato heterossexual da população, também o é à fração homossexual da sociedade. Deve-se advertir, contudo, que o pedido de adoção se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual ‘a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando’. Nesse contexto, estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. Dessa forma, a referida adoção somente se mostra possível no caso de inexistir prejuízo para a adotanda. Além do mais, a possibilidade jurídica e a conveniência do

deferimento do pedido de adoção unilateral devem considerar a evidente necessidade de aumentar, e não de restringir, a base daqueles que desejem adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que, longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar” (STJ, REsp 1.281.093/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2012).

Merece destaque o trecho do acórdão que menciona a inexistência de prejuízo à criança no caso de ser ela criada por casais homossexuais, tema que será ainda abordado, quando do estudo da adoção.

Ainda a ilustrar, cite-se aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que admitiu o registro de criança havida por técnica de reprodução assistida heteróloga em nome de duas mulheres. O julgamento acabou por rever incorreta decisão de primeira instância, que determinou a quebra do sigilo do doador do material genético, para que o filho fosse registrado em seu nome. Consta da ementa que “quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício”.

Em complemento, concluem os magistrados, com precisão, que “o elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do *status* que já desfruta de

filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu” (TJRS Agravo de instrumento 70052132370/ RS, 8.^a Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasi Santos, j. 04.04.2013, *DJ* 09.04.2013). A ementa merece elogios, delineando o caminho jurídico a ser percorrido nos casos de efetivação de técnica de reprodução assistida por casais homoafetivos, realidade possível em nosso país.

No âmbito da doutrina, concluindo da mesma maneira, destaque-se enunciado aprovado na *VII Jornada de Direito Civil*, promovida em 2015, com a seguinte redação: “é possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório de Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local” (Enunciado n. 608). No mesmo sentido, e com tom até mais amplo, o Enunciado n. 12 do IBDFAM, aprovado no seu *X Congresso Brasileiro*, em outubro de 2015: “é possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil”. Como se nota, os enunciados possibilitam o registro dos filhos havidos de técnica de reprodução assistida engendrada por casais homoafetivos, sem ação judicial, o que é um passo decisivo para a saudável *desjudicialização* das contendas, um dos nortes principiológicos do Novo CPC.

No mesmo sentido, o Provimento 63/2017 do CNJ, ora em vigor, que igualmente trata e regulamenta o registro dos filhos havidos de técnica de reprodução assistida nas hipóteses de casais homoafetivos, o que já era admitido pelo Provimento 52/2016, do mesmo órgão. Nos termos do art. 16 da norma administrativa em vigor, “o assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida será inscrito no Livro A, independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos de documentação exigida por este provimento”. Também está previsto que, se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação exigida, comentada a seguir. No caso de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem referência à distinção quanto à ascendência paterna ou materna.

Quanto aos documentos exigidos para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento, o art. 17 do Provimento 63/2017 elenca os seguintes: *a)* declaração de nascido vivo (DNV); *b)* declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários; e *c)* certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

Veda-se taxativamente aos oficiais registradores a recusa ao registro de nascimento e à emissão da respectiva certidão de filhos havidos por técnica de reprodução assistida, o que inclui os casais hétero ou homoafetivos (art. 18 do Provimento 63 do CNJ). Tal recusa deverá ser comunicada ao juiz competente nos termos da legislação local, para as providências disciplinares cabíveis. Todos os documentos referidos na norma deverão permanecer arquivados no ofício em que foi lavrado o registro civil.

QUESTÃO 3: O que fazer com os embriões não utilizados no processo de fertilização *in vitro*? Podem ser destruídos ou utilizados para fins científicos? Fundamente.

A questão era controvertida antes da entrada em vigor da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005). Ficou mais ainda depois da emergência da nova norma, pelo que consta do art. 5.º da referida Lei. Por esse dispositivo, é permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

Essa utilização, entretanto, não é a regra, mas a exceção, desde que preenchidos os seguintes requisitos: 1.º) sejam os embriões inviáveis; ou 2.º) sejam os embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei de Biossegurança (24 de março de 2005) ou que já congelados na data da publicação da mesma, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento.

Em qualquer um desses casos, é necessário o consentimento dos genitores para essa utilização para fins de pesquisa ou terapia (art. 5.º, § 1.º). Quanto às instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas, estas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa (art. 5.º, § 2.º). Fica vedada qualquer forma de comercialização do material biológico aqui mencionado, implicando a sua prática em crime tipificado no art. 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997 (art. 5.º, § 3.º).

A entrada em vigor da Lei de Biossegurança confirma as palavras do saudoso Miguel Reale, no sentido de que os assuntos ali tratados não devem ser objeto da codificação geral privada, mas de leis específicas. Nesse sentido, o Enunciado n. 2 do CJP/STJ, da *Jornada de Direito Civil*: “Sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurados, o art. 2.º do Código Civil não é a sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio”. Essa conclusão serve para a regulamentação das técnicas de reprodução assistida, o que deve ocorrer por meio de legislação especial.

Em maio de 2008, o STF discutiu a constitucionalidade do dispositivo, em ação declaratória de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral da República (ADIn 3.510/DF). Seguindo a relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto por maioria de votos prevaleceu o entendimento de sua constitucionalidade, autorizando a pesquisa com células-tronco em nosso país.

No que toca à Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, a questão da criopreservação de gametas e embriões está assim tratada no seu item V:

“1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos. 2. O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados. 3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso

de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. 4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes. 5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados. Parágrafo único. Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica”.

Como primeira novidade de relevo, diante da anterior Resolução 2.121/2015, o prazo para descarte dos embriões foi reduzido de cinco para três anos. Ademais, a nova norma ética traz o conceito de embrião abandonado, que não constava da resolução anterior, com mesmo prazo de três anos para descarte.

Em suma, a questão do *destino* dos embriões ficou parcialmente sanada e estabilizada no País, inclusive pela regulamentação ética pelo Conselho Federal de Medicina, com aperfeiçoamentos realizados no final do ano de 2017.

QUESTÃO 4: Seria possível a criação de *cardápios de espermatozoides* em bancos de sêmen, em que o casal escolhe o material genético de acordo com as características gerais dos doadores? Nesse sentido, seria possível criar um *ser humano geneticamente superior*? Por quê?

A resposta é NÃO para ambas as indagações e de forma contundente. Não seria possível ou mesmo recomendável no campo ético-jurídico a criação de *cardápios de espermatozoides* em bancos de sêmen, na busca da criação de um *ser humano perfeito*. Vale ainda dizer que a clonagem ou reprodução equânime de seres humanos encontra-se vedada expressamente pelo art. 6.º, VI, da Lei de Biossegurança. Do ponto de vista ético, a Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, na linha das anteriores Resoluções 2.121/2015 e o 2.013/2013, é categórica: “As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente”.

Em relação à presente indagação, filia-se às ponderações feitas por Maria

Helena Diniz, que condena qualquer forma artificial de seleção, como se tornou prática nos Estados Unidos. São suas palavras:

“Esse fato revela a intenção de inseminar mulheres com caracteres proeminentes, supondo que se logrará o nascimento de crianças dotadas de capacidades físicas intelectuais superiores ao normal, indicando a volta das experiências eugênicas e racistas, com o escopo de ‘melhorar’ os padrões da espécie humana, apresentando-se, como diz Roberto Pereira Lira, como uma prática revivida do nacional-socialismo de Hitler, inspirado na teoria de Gobineau, propugnando a pureza da raça ariana” (DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, 2002, p. 499).

QUESTÃO 5: Na hipótese prevista no art. 1.597, inc. V, do CC (inseminação heteróloga), falecendo tanto o pai quanto a mãe que fizeram a inseminação, e estando desamparado o filho nascido pela fecundação heteróloga, este poderá pleitear alimentos do pai biológico, que forneceu o material genético? Cabe investigação de paternidade contra o doador do material? O filho terá direitos sucessórios em relação a esse pai biológico?

A questão é demais controvertida, talvez a mais polêmica entre as aqui expostas. O entendimento majoritário da doutrina é aquele consubstanciado no Enunciado n. 111 do CJF/STJ: “a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica concepitiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante”.

Pelo que consta do enunciado doutrinário, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, as respostas às indagações formuladas serão todas negativas: não haverá direito a alimentos em relação ao pai biológico; a ação investigatória será improcedente; não haverá direitos sucessórios. Vale ainda lembrar do direito à intimidade da pessoa que

forneceu o material genético ao banco de sêmen, protegido constitucionalmente como verdadeira cláusula pétrea – direito ao sigilo (art. 5.º, inc. X, da CF/1988).

A Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, na linha das normas éticas que a antecederam, também protege esse sigilo, nos seguintes termos: “será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a)”.

A título de exemplo, imagine-se a hipótese em que um homem fornece material a um banco de sêmen e o fato narrado ocorre por cinco vezes e de forma sucessiva. Esse homem, assim, terá cinco novos filhos? Pelo enunciado doutrinário do Conselho da Justiça Federal transcrito, a resposta é *não*, mais uma vez.

Tal solução, contudo, não é pacífica. Em sentido contrário, destaque-se trabalho da Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul Fernanda de Souza Moreira que, a partir do emprego da técnica de ponderação, conclui pela prevalência dos interesses dos filhos sobre o sigilo do doador do sêmen (MOREIRA, Fernanda d Souza. O direito..., *Revista Brasileira...*, 2010, p. 30-49).

A argumentação dessa corrente, tida como minoritária, é pela prevalência do direito do filho, diante dos princípios do melhor interesse da criança, da proteção integral, da igualdade entre filhos (art. 227, § 6.º, da CF) e da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inc. III, da CF). Por esse caminho, eventual ação investigatória seria procedente e o filho teria direitos sucessórios e alimentares em relação ao pai biológico.

Pois bem, fazendo a ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos (dignidade do pai biológico x dignidade do filho abandonado), ficamos com a *primeira dignidade*. Isso porque o segundo entendimento colocaria em total descrédito a teoria da paternidade socioafetiva, pois valoriza sobremaneira o vínculo biológico. Conclui-se que, se quebrado o sigilo quanto ao suposto pai, a ação de investigação de paternidade até pode ser julgada procedente, mas somente para declarar que o pai biológico o é. Porém, o vínculo anterior não é aniquilado, não havendo qualquer direito do filho em relação àquele que forneceu o seu material

genético.

Na verdade, o debate sobre a questão ficou mais intenso, por dois marcos importantes, surgidos no ano de 2016.

O primeiro deles foi o Provimento 52 do CNJ, de março de 2016, que acabou por quebrar o debatido sigilo, pois exigia a documentação relativa ao doador do material genético na reprodução assistida e também do seu cônjuge ou companheiro. Conforme o seu art. 2.º, § 1.º, nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deveriam ser também apresentados: *a)* termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se desse em nome de outrem; *b)* termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convivesse em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida; e *c)* termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

Como sustentávamos na edição 2017 deste livro, essas previsões, sem prejuízo de outras no mesmo sentido, deveriam ser revistas, pois a quebra do sigilo passou a ser a regra, o que representaria um risco à proteção da intimidade e à eficiência da própria reprodução assistida. A nossa preocupação era mantida, apesar de o art. 2.º, § 2.º, do dispositivo administrativo mencionar que, na hipótese de gestação por substituição, não constaria do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo; e do seu art. 2.º, § 4.º, enunciar que o conhecimento da ascendência biológica não importaria no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida. Em suma, afirmávamos que tais previsões do Provimento 52 do Conselho da Justiça Federal deveriam ser repensadas. O segundo marco que conduziria a uma mudança da posição anterior é a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da repercussão geral a respeito da parentalidade socioafetiva (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicad no seu *Informativo* n. 840). Como aqui já se destacou, a tese ali fixada foi a seguinte:

“a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Conjugando-se a tese com o teor parcial do anterior Provimento 52 do CNJ, os filhos havidos da técnica heteróloga poderiam buscar o seu vínculo genético em relação ao doador do material genético e para todos os fins, o que representava sérios riscos para a efetividade futura da reprodução assistida. Entretanto, na linha do que aqui defendíamos, o novo Provimento 63/2017 do CNJ retirou todas essas menções à quebra do sigilo, o que veio em boa hora, tendo sido a norma administrativa anterior revogada expressamente. Reiteramos que a tese do julgamento do STF não pode incidir para a reprodução assistida, sob pena de inviabilizá-la.

QUESTÃO 6: É possível *abarriga de aluguel*, particularmente com intuito oneroso? Em casos tais, havendo litígio, o vínculo de maternidade existirá em relação à mãe que forneceu o material biológico (*genetrix*) ou em relação à que forneceu o útero (*gestatrix*)? Fundamente.

Conforme ficou claro pela análise dos Enunciados aprovados nas *Jornadas de Direito Civil*, é admitida no Brasil a gestação de substituição, somente a título gratuito. O Provimento 63 do CNJ também admite a sua possibilidade.

Tal dedução igualmente decorre da Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual, “As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira”. Como visto, há possibilidade expressa, do uso da técnica em casais homoafetivos femininos, salvo a posição pessoal de não admissão pelo médico.

Parte considerável da doutrina tem entendido pela possibilidade de emprego da gestação de substituição *post mortem*, desde que haja prévia autorização da esposa e companheira, o que conta com o nosso apoio. Nesse sentido, o Enunciado n. 633, da *VIII Jornada de Direito Civil* (2018): “é possível ao viúvo ou ao companheiro

sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresse consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira”.

Ademais, enuncia-se, igualmente na Resolução 2.168/2017 e na linha das anteriores Resoluções 2.121/2015 e 2.013/2013, que “a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina”. Há novidade nas previsões expressas quanto à filha e à sobrinha que, na verdade, já eram abrangidas pela regra anterior, na opinião deste autor, pelo fato de serem parentes de primeiro e terceiro grau, respectivamente.

Pontue-se que a Resolução 2.168/2017 manteve a novidade a respeito do limite do parentesco, uma vez que as resoluções anteriores à de 2013 estabeleciam o limite de parentesco ao segundo grau, englobando apenas mães e filhas e irmãs. Em tal aspecto, a ampliação foi considerável, chegando até o parentesco de quarto grau, de qualquer um dos parceiros.

Todavia, não há mais menção expressa, nesse item, ao limite de 50 anos de idade para as mulheres que se submetem às técnicas de reprodução assistida, sendo essa uma das principais novidades da regulamentação ética desde 2015, conforme antes pontuado.

Ademais, a inclusão a respeito dos demais casos, além do parentesco, abre a possibilidade de gestação de substituição planejada por casais homoafetivos femininos, na linha de regra anterior aqui antes comentada, o que é plenamente possível, no âmbito ético-médico. No âmbito jurídico, a resposta também parece ser positiva, pois a tendência doutrinária e jurisprudencial continua sendo a de admitir a família homoafetiva para todos os fins civis, na linha da tão comentada decisão do Supremo Tribunal Federal, do ano de 2011.

Em complemento, está estabelecido na resolução do CFM que “A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial”. Como se nota, é vedado, no campo médico, qualquer tipo de pagamento, não havendo uma *barriga de aluguel* propriamente dita, ou seja, de forma onerosa. Melhor, então, falar em *barriga*

de comodato, pois o caso é de empréstimo ou doação temporária do útero.

No caso em questão, deve-se entender que a mãe será aquela que forneceu o material genético, devendo com ela ser considerada a relação de parentesco (Enunciado n. 129 do CJF/SJT). Tudo isso em uma análise preliminar, pois a questão levanta outras polêmicas (DINIZ, Maria Helena. *O estado...*, 2002, p. 508).

Cabe demonstrar que a Resolução 2.168/2017 confirma, com aperfeiçoamentos, alguns requisitos, sobretudo formais, para a gestação de substituição. Está previsto que nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- “– Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;
- Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;
- Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;
- Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de R/ de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;
- Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pai genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;
- Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável”.

Tal relação de documentos visa a dar maior certeza e segurança ao procedimento em questão, sendo elogiável, do ponto de vista jurídico. As

informações relativas aos riscos e às condições do contrato de gestação estão totalmente alinhadas à boa-fé que se espera dos negócios jurídicos contemporâneos.

Por fim, merece destaque o art. 17, § 1º, do Provimento 63 do CNJ, que afasta qualquer menção a respeito da mulher que gesta a criança, a *gestatrix*. Nos seus exatos termos, “na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação”.

Como restou claro, as seis questões formuladas trazem apenas alguns problemas em relação ao art. 1.597 do CC/2002, sendo certo que muitos outros poderão surgir. Analisadas tais polêmicas, parte-se à abordagem das regras fundamentais relativas à filiação.

Dispõe o art. 1.599 da codificação material vigente que a prova de impotência do marido *para gerar*, à época da concepção, ilide ou afasta a presunção de paternidade. De imediato, entendemos que a norma também se aplica ao companheiro.

O dispositivo traz exceção à presunção de paternidade (*pater is est*) e é apenas aplicado à impotência *generandi*, conforme expressamente previsto (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil...*, 2003, p. 66; ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil...*, 2005, p. 814). Todavia, há quem entenda que a regra também se aplica à impotência *coeundi* (ou instrumental), para o ato sexual em si (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 1.304). Filia-se à primeira corrente, sendo pertinente lembrar que, para a prova dessa impotência, há a necessidade de uma perícia médica, ônus que cabe a quem a alega (art. 373, inciso I, do CPC/2015 correspondente ao art. 333, inciso I, do CPC/1973). Ademais, pelos avanços médicos e terapêuticos, a impotência instrumental tem sido encarada como um mito na prática.

Norma antiquada quanto à terminologia adotada, determina o art. 1.600 do CC/2002 que: “não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade”. Seria melhor que o dispositivo estabelecesse que não basta a *infidelidade* da mulher ou da companheira, ainda que confessada, para afastar a presunção de paternidade em relação ao marido ou companheiro.

Complementando esse dispositivo, enuncia o art. 1.602 do CC que também não

basta a confissão materna para excluir a paternidade. Em síntese, não basta a declaração da mãe de que o seu marido não é o pai da criança, incidindo as presunções do art. 1.597 do CC.

De toda sorte, outras provas e outros fatos devem ser considerados no caso concreto, como, por exemplo, o sempre citado exame de DNA. Percebe-se aqui outro impacto gerado pelo exame de DNA, que traz certeza quase absoluta quanto à paternidade: em eventual ação investigatória ou negatória da paternidade a prova de infidelidade perde espaço para a prova biológica, muito mais eficaz do que aquilo que consta do dispositivo. Mesmo porque, se bastasse a declaração da mulher para se ilidir a paternidade, estariam seriamente comprometidos os interesses da criança. A criança até poderia ser *objeto de vingança* da mulher contra seu marido.

Ademais, os arts. 1.600 e 1.602 do CC/2002 devem ser abrandados em muitas situações fáticas. Imagine-se que uma mulher casada e separada de fato viva em união estável com outro homem, vindo a engravidar deste último. Quando do nascimento do filho, o companheiro declara ser o pai no Cartório de Registro Civil, pretendendo o registro do filho. Ora, se os dispositivos em comento forem levados à risca, o filho não será registrado em nome do convivente – verdadeiro pai biológico –, mas do marido, uma vez que o art. 1.597, I, do Código não menciona a separação de fato. Vigente a sociedade conjugal, a máxima *pater is est* imperaria, caminho que não deve ser seguido, eis que prevalece, naquele momento, a declaração do companheiro.

Valem as críticas feitas por Rolf Madaleno aos comandos em questão, normas que, para ele, trazem claras discriminações à mulher e aos filhos. Vejamos suas corretas palavras:

“O Direito deve se adequar à evolução social e acompanhar as reivindicações dos sujeitos e dos gêneros, nas suas novas modulações pessoais que vão surgindo com o passar do tempo e, embora essa evolução legal seja muita lenta, parece que a Carta Política de 1988 e na sua esteira, o Código Civil de 2002, não foram instrumentos suficientes para extirparem os profundos preconceitos culturais ainda presentes quanto aos direitos das mulheres, pois o princípio da isonomia segue sendo contrariado pelas leis

ordinárias no Brasil. E ao lado de afirmações legais de igualdade dos direitos nos textos constitucionais, existem leis como a dos artigos 1.600 e 1.602 do Código Civil que acolhem abertamente o preconceito de inferioridade. Embora a Carta Política de 1988 externe a existência de três modalidades distintas dentre as tantas outras famílias existentes, o Código Civil ainda as diferencia tomando como parâmetro o casamento e, embora a Constituição Federal exalte a igualdade dos direitos dos filhos (art. 227, § 6.º) e o mesmo discurso reste expresso no artigo 1.596 do Código Civil, os artigos 1.600, 1.601 e 1.602, contraditoriamente, mantêm aceso o repugnante desajuste ao princípio da igualdade e continuam a tratar dos interesses dos filhos a partir do prisma do matrimônio. Até poderiam ser toleradas as usuais e morosas barreiras sociais, culturais, políticas e econômicas, mas é inadmissível lidar com uma barreira jurídica construída pelos vigentes e destacados dispositivos legais, que condicionam a sexualidade da mulher casada, embora não condicionem a sexualidade do homem na mesma condição” (MADALENO Rolf. *Curso...*, 2011, p. 552).

O art. 1.601 do CC/2002 é um dos dispositivos mais criticados da legislação emergente. É a sua redação:

“Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação”.

Primeiramente, repise-se que o art. 173, §§ 3.º e 4.º, do CC/1916 previa um prazo decadencial de dois meses, ou três meses quando ausente o marido ou oculto o nascimento, para a propositura da ação negatória de paternidade. A legislação privada de 2002 consagra a imprescritibilidade da demanda, ou seja, sua não sujeição à prescrição ou à decadência.

De início, pontue-se que o dispositivo atual não se aplica aos casos de

inseminação artificial heteróloga autorizada pelo marido, até porque não há o vínculo biológico entre o pai que registrou e o filho. Repise-se que esse é o teor do Enunciado n. 258 do CJP/STJ, da *III Jornada de Direito Civil*: “Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inciso V, do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.

A crítica mais contundente é muito bem sintetizada pelo presidente do IBDFAM, Rodrigo da Cunha Pereira, no sentido de que o comando legal, ao prever : imprescritibilidade da ação negatória de paternidade, despreza a *paternidade socioafetiva*, privilegiando o vínculo biológico (*Código Civil...*, 2004, p. 1.132). Ora, como é cediço, além da *verdade registral* e da *verdade biológica*, também merece alento a *verdade socioafetiva*, nos casos contemporâneos envolvendo a filiação. Conforme apontado no primeiro capítulo deste livro, a tese da parentalidade socioafetiva remonta ao trabalho de João Baptista Villela, que trata da “desbiologização da paternidade”, tendo relação com a posse de estado de filhos.

Nesse contexto, para configuração dessa *posse de estado* são utilizados os clássicos critérios relativos à posse de estado de casados, conceito que constava do art. 203 do Código Civil de 1916 e que está no art. 1.545 do Código Civil de 2002. Da prova de estado de casados, igualmente decorre a posse de estado de filhos, não havendo qualquer documento que possa atestar o vínculo anterior. Os três critérios para tal configuração são bem delineados pela doutrina, tendo sido mencionados no emblemático julgamento do STF sobre a repercussão geral da parentalidade socioafetiva (Recurso Extraordinário 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016 publicado no seu *Informativo* n. 840).

O primeiro deles é o tratamento (*tractatus* ou *tractatio*), relativo ao fato de que, entre si e perante a sociedade, as partes se relacionam como se fossem unidas pelo vínculo de filiação, ou seja, como pais e filhos.

A fama ou *reputatio*, segundo elemento, representa uma repercussão desse tratamento, constituindo o reconhecimento geral da situação que se concretiza. A entidade familiar é analisada de acordo com o meio social, como projeção natural da expressão base da sociedade, conforme consta do art. 226, *caput*, da Constituição

Federal de 1988.

Como último elemento, com tom complementar e acessório, há o nome (*nomen* ou *nominatio*), presente quando a situação fática revela que o declarado filho utiliza o sobrenome do seu suposto pai. Alerta-se que é levado em conta não somente o nome registral civil, mas também o nome social, especialmente nos casos em que o filho é conhecido pelo nome do pai perante a comunidade onde vive, ou vice-versa. De toda sorte, deve-se atentar que esse último elemento não é primordial para que a posse de estado de filhos e a consequente parentalidade socioafetiva estejam reconhecidas.

Analisando um exemplo prático, se o marido, depois de quinze anos de convivência, descobre que o filho de sua mulher não é seu filho, diante de exame de DNA feito em laboratório extrajudicial, não poderá mais quebrar esse vínculo, pois a afetividade prevalece sobre o vínculo biológico. Nesse sentido, numerosas são as decisões dos Tribunais Estaduais. Do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pioneiro na análise do tema, cumpre transcrever:

“Apelação cível. Ação anulatória de registro civil. Conforme precedentes desta corte, o reconhecimento espontâneo no ato registral estabelece uma filiação socioafetiva, com os mesmos efeitos da adoção, e como tal irrevogável. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida. Recurso desprovido” (TJRS, Processo 70009804642, Comarca de Tupanciretã 17.02.2005, 8.^a Câmara Cível, Rel. Juiz Alfredo Guilherme Englert).

“Apelação cível. Ação de anulação de registros de nascimentos. Paternidade socioafetiva. Em prevalecendo a paternidade socioafetiva entre o falecido pai registral e os réus, perfeitamente delineada nos autos, além de incomprovado defeito nos atos registraes, mantém-se a improcedência da ação. Precedentes doutrinários e jurisprudenciais. Preliminar de nulidade da sentença rejeitada. Apelação desprovida” (TJRS, Processo 70010450336 Comarca de Porto Alegre, 8.^a Câmara Cível, Rel. Juiz José Ataídes Siqueira Trindade, 17.02.2005).

Ainda ilustrando, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a reabertura da fase probatória para se verificar a existência da paternidade socioafetiva:

“Apelação. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA. Alegação de erro. Paternidade socioafetiva. Havendo alegação de erro no registro de nascimento da ré, sem relato de ‘adoção à brasileira’, deve ser oportunizada a instrução do feito, até para que seja conferida, também, a comprovação da paternidade socioafetiva, embora o duplo exame de DNA que excluiu a paternidade biológica. Sentença desconstituída, para que seja reaberta a instrução e investigada a paternidade socioafetiva. Apelação provida, por maioria” (TJRS, Processo 70011086956, Comarca de São Leopoldo, 8. Câmara Cível, Rel. Juiz José Ataídes Siqueira Trindade, 05.05.2005).

A parentalidade socioafetiva do mesmo modo vem sendo reconhecida por decisões do Tribunal Paulista, merecendo destaque duas delas:

“Investigação de paternidade. Prova hematológica. Paternidade biológica reconhecida por exame de DNA. Criança, todavia, registrada anteriormente pelo companheiro de sua mãe. Paternidade socioafetiva ou adoção à brasileira configurada. Prevalhecimento desta última pois a filha está perfeitamente integrada na família formada pela genitora biológica e o pai socioafetivo. Inconveniência para a criança, em prol de que existem normas de proteção de seu desenvolvimento socioafetivo, de se alterar a situação já existente e consolidada. Restrição da sentença aos efeitos meramente declaratórios, sem alterar o registro de nascimento da filha, com a observância do procedimento determinado pelo art. 47, § 2.º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso provido em parte para esse fim” (TJSP, Apelação 369958-4/8-00, Novo Horizonte, 9.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Carlo Garcia, 31.01.2006, v.u., Voto 9.975).

“Registro civil. Assento de nascimento. Ação de nulidade cumulada com declaração de inexistência de parentesco e de invalidade de cláusula testamentária que atribuiu à ré bens do acervo do espólio. Alegação de inexistência de consanguinidade entre ‘pai’ e ‘filha’ voluntariamente reconhecida em ato notarial. Não reconhecimento. Ausência de prova taxativa da paternidade pela recusa da ré a submeter-se à perícia técnica pelo sistema de ‘DNA’. Ampla comprovação, porém, da relação de afeto e desvelos entre ‘pai’ e ‘filha’ suficientes para caracterizar a chamada paternidade socioafetiva. Evolução no Direito do conceito de paternidade, que em busca da formação de uma sociedade mais humana e solidária, erigiu à condição de pai, atribuindo-lhe direitos e obrigações, não só aquele que contribuiu geneticamente para o nascimento, mas também aquele que por seus atos revelem o desejo de sê-lo. Inequívoca intenção do falecido, ademais, de amparar financeiramente a recorrida após a sua morte. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido” (TJSP, Apelação Cível 370.957-4/6, Comarca de São Paulo, 10.^a Câmara de Direito Privado, Rel Galdino Toledo Júnior, j. 05.09.2006, v.u., Voto 1.352).

Entre os vários acórdãos do Tribunal de Minas Gerais, cumpre transcrever também duas ementas:

“Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA. Paternidade socioafetiva. Apesar do resultado negativo do exame de DNA, deve ser mantido o assento de paternidade no registro de nascimento, tendo em vista o caráter socioafetivo da relação que perdurou por aproximadamente vinte anos, como se pai e filha fossem” (TJMG, Apelação Cível 1.0105.02.060668-4/001, Comarca de Governador Valadares, Data do acórdão: 26.04.2007, Data da publicação: 05.07.2007).

“Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica. Recurso provido. 1. É direito

de todos buscar sua origem genética. 2. Entretanto, se a pessoa for menor, deve prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica, até que, atingida a maioridade, o filho decida qual das duas preferirá. 3. Apelação cível conhecida e provida” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.02.826960-3/001 Comarca de Belo Horizonte, Data do acórdão: 31.01.2006, Data de publicação: 10.02.2006).

Não têm sido diferentes os julgamentos no Tribunal Fluminense, sendo pertinente expor os seguintes:

“Ação de adoção. Estatuto da Criança e do Adolescente. Adoção póstuma. Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 42, par. 5. Interpretação extensiva. Abrandamento do rigor formal, em razão da evolução dos conceitos de filiação socioafetiva e da importância de tais relações na sociedade moderna. Precedentes do STJ. Prova inequívoca da posse do estado de filho em relação ao casal. Reconhecimento de situação de fato preexistente, com prova inequívoca de que houve adoção tácita, anterior ao processo, cujo marco inicial se deu no momento em que o casal passou a exercer a guarda de fato do menor. Princípio da preservação do melhor interesse da criança, consagrado pelo ECA. Reconhecimento da maternidade para fins de registro de nascimento. Provimento do recurso. Precedente citado: STJ REsp 457635/PE Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 19/12/2002” (TJRJ, Apelação Cível 2007.001.16970, São João de Meriti, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, j. 13.06.2007, *DORJ* 11.10.2007).

“Paternidade socioafetiva. Possibilidade jurídica de caracterizar obrigação alimentar. O indeferimento da inicial por impossibilidade jurídica do pedido caracteriza vedação de acesso ao Poder Judiciário o que não é admitido pela Constituição Federal. Os princípios da afetividade e da solidariedade encontram respaldo constitucional e ético e devem permear a conduta e as decisões da magistratura moderna e atenta à realidade do mundo

atual” (TJRJ, Apelação Cível 2006.001.51839, 12.^a Câmara Cível, Rel. Des. Conv. Mauro Nicolau Junior, j. 30.01.2007).

No Superior Tribunal de Justiça, o tema da socioafetividade parental vem sendo debatido de forma crescente, o que pode ser percebido pelas várias decisões publicadas em seus informativos de jurisprudência. Para ilustrar, colaciona-se ementa do seu *Informativo* n. 414, de novembro de 2009:

“Paternidade socioafetiva. Registro. Falecido o pai registral e diante da habilitação do recorrente como herdeiro, em processo de inventário, a filha biológica inventariante ingressou com ação de negativa de paternidade, ao buscar anular o registro de nascimento do recorrente sob alegação de falsidade ideológica. Anote-se, primeiramente, não haver dúvida sobre o fato de que o *de cujus* não é o pai biológico do recorrente. Quanto a isso, dispõe o art. 1.604 do CC/2002 que ninguém pode vindicar estado contrário ao que consta do registro de nascimento, salvo provando o erro ou a falsidade do registro. Assim, essas exceções só se dão quando perfeitamente demonstrado que houve vício de consentimento (erro, coação, dolo, fraude ou simulação) quando da declaração do assento de nascimento, particularmente a indução ao engano. Contudo, não há falar em erro ou falsidade se o registro de nascimento de filho não biológico decorre do reconhecimento espontâneo de paternidade mediante escritura pública (adoção ‘à brasileira’), pois, inteirado o pretenso pai de que o filho não é seu, mas movido pelo vínculo socioafetivo e sentimento de nobreza, sua vontade, aferida em condições normais de discernimento, está materializada. Há precedente deste Superior Tribunal no sentido de que o reconhecimento de paternidade é válido se refletir a existência duradoura do vínculo socioafetivo entre pai e filho, pois a ausência de vínculo biológico não é fato que, por si só, revela a falsidade da declaração da vontade consubstanciada no ato de reconhecimento. Destarte, não dá ensejo à revogação do ato de registro de filiação, por força dos arts. 1.609 e 1.610 do CC/2002, o termo de nascimento fundado numa paternidade

socioafetiva, sob posse de estado de filho, com proteção em recentes reformas do Direito contemporâneo, por denotar uma verdadeira filiação registral, portanto, jurídica, porquanto respaldada na livre e consciente intenção de reconhecimento voluntário. Precedente citado: REsp 878.941-DF, *DJ* 17.09.2007” (STJ, REsp 709.608/MS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 05.11.2009).

Não se olvide que na jurisprudência superior reconhece-se também a *maternidade socioafetiva*, merecendo colação decisão assim publicada no *Informativo* n. 436, de maio de 2010:

“Negatória. Maternidade socioafetiva. Trata-se, na origem, de ação negatória de maternidade cumulada com pedido de anulação de assento de nascimento ajuizada pela ora recorrente contra a ora recorrida, à época menor, representada por seu tutor. Alega, em seu pedido, falsidade ideológica perpetrada pela falecida mãe, que registrou filha recém-nascida de outrem como sua. O tribunal *a quo* afirmou como espontâneo o reconhecimento da maternidade, a anulação do assento de nascimento da criança apenas poderia ser feita na presença de prova robusta, qual seja, de que a mãe teria sido induzida a erro por desconhecer a origem genética da criança, ou, então, valendo-se de conduta reprovável e mediante má-fé, declarar como verdadeiro vínculo familiar inexistente. No caso, inexistente meio de desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração de vontade da mãe, que um dia declarou, perante a sociedade, em ato solene e de reconhecimento público, ser mãe de criança, valendo-se, para tanto, da verdade socialmente construída com base no afeto, demonstrando, dessa forma, a efetiva existência de vínculo familiar. A diferença de registro de nascimento com a realidade biológica, em razão de conduta que desconsiderava a verdade sobre o aspecto genético, somente pode ser pleiteada por aquele que teve sua filiação falsamente atribuída, e os efeitos daí decorrentes apenas podem operar-se contra aquele que realizou o ato de reconhecimento familiar. Isso porque prevalece, na

espécie, a ligação socioafetiva construída e consolidada entre mãe e filha, que tem proteção indelével conferida à personalidade humana, mediante cláusula geral que a tutela e encontra apoio na preservação da estabilidade familiar. Assim, a Turma negou provimento ao recurso” (STJ, REsp 1.000.356/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.05.2010).

Do ano de 2016, merece relevo o acórdão superior que reconheceu a parentalidade socioafetiva *post mortem*. Conforme publicação constante do *Informativo* n. 581 do Tribunal da Cidadania:

“Será possível o reconhecimento da paternidade socioafetiva após a morte de quem se pretende reconhecer como pai. De fato, a adoção póstuma é prevista no ordenamento pátrio no art. 42, § 6.º, do ECA, nos seguintes termos: ‘A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença’. O STJ já emprestou exegese ao citado dispositivo para permitir como meio de comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público daquela condição. Portanto, em situações excepcionais em que fica amplamente demonstrada a inequívoca vontade de adotar, diante da sólida relação de afetividade, é possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto (REsp 1.326.728/RS, 3.ª Turma, *DJe* 27/02/2014). Tal entendimento consagra a ideia de que o parentesco civil não advém exclusivamente da origem consanguínea, podendo florescer da socioafetividade, o que não é vedado pela legislação pátria, e, portanto, plenamente possível no ordenamento (REsp 1.217.415/RS 3.ª Turma, *DJe* 28/06/2012; e REsp 457.635/PB, 4.ª Turma, *DJ* 17.03.2003)” (STJ, REsp 1.500.999/ RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 12.04.2016, *DJe* 19.04.2016).

Na sequência, o aresto cita o reconhecimento da socioafetividade como forma de parentesco civil, na linha do Enunciado n. 256, *da III Jornada de Direito Civile* da doutrina de Luiz Edson Fachin.

Em 2018, a Quarta Turma da Corte confirmou essa possibilidade de reconhecimento da parentalidade socioafetiva *post mortem*, demonstrando estar o entendimento consolidado na Corte. Nos termos do trecho principal ementa, citando o julgado anterior:

“Em que pese o art. 42, § 6º, do ECA estabelecer ser possível a adoção ac adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento de adoção, a jurisprudência evoluiu progressivamente para, em situações excepcionais, reconhecer a possibilidade jurídica do pedido de adoção póstuma, quando, embora não tenha ajuizado a ação em vida, ficar demonstrado, de forma inequívoca, que, diante de longa relação de afetividade, o falecido pretendia realizar o procedimento. Segundo os precedentes desta Corte, a comprovação da inequívoca vontade do falecido em adotar segue as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. Nesse sentido: REsp 1.663.137/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi Terceira Turma, julgado em 15.08.2017, *DJe* de 22.08.2017; REsp 1.500.999/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma julgado em 12.04.2016, *DJe* de 19.04.2016” (STJ, Ag. Int. no REsp 1.520,454/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Lázaro Guimarães (Desembargado convocado do TRF 5.^a Região), j. 22.03.2018, *DJe* 16.04.2018).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi reconhecida a repercussão geral da matéria, especialmente a respeito da colisão entre o vínculo socioafetivo e o biológico. A ementa da decisão foi assim publicada: “Recurso extraordinário com agravo. Direito civil. Ação de anulação de assento de nascimento. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Retificação de registro. Paternidade biológica. Paternidade socioafetiva. Controvérsia gravitante em torno da prevalência da

paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica. Art. 226, *caput*, da Constituição Federal. Plenário virtual. Repercussão geral reconhecida” (STF, ARI 692.186 RG/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 29.11.2012).

Como destacado, o Supremo Tribunal Federal julgou essa repercussão geral em setembro de 2016. Conforme a tese que foi ali fixada pela Corte Máxima brasileira, “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário 898.060/ SC, com repercussão geral, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840). Como impactos iniciais, tal *decisum* traz três consequências que merecem destaque. A primeira delas é o reconhecimento expresso, o que foi feito por vários Ministros, no sentido de ser a afetividade um valor jurídico e um princípio inerente à ordem civil-constitucional brasileira.

A segunda consequência, repise-se, é a afirmação de ser a paternidade socioafetiva uma forma de parentesco civil (nos termos do art. 1.593 do CC), em situação de igualdade com a paternidade biológica. Em outras palavras, não há hierarquia entre uma ou outra modalidade de filiação, o que representa um razoável equilíbrio.

A terceira consequência é a vitória da multiparentalidade, que passou a ser admitida pelo Direito brasileiro, mesmo que contra a vontade do pai biológico. Ficou claro, pelo julgamento, que o reconhecimento do vínculo concomitante é para todos os fins, inclusive alimentares e sucessórios. Quanto aos efeitos sucessórios, na *VIII Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em abril de 2018, aprovou-se o Enunciado n. 632, segundo o qual, “nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”. Sem dúvida, teremos grandes desafios com essas afirmações, mas é tarefa da doutrina, da jurisprudência e dos aplicadores do Direito resolver os problemas que surgem, de acordo com o caso concreto.

A respeito da possibilidade do vínculo concomitante, destaque-se que o Ministro Fux utilizou como paradigma um caso julgado nos Estados Unidos da

América. Foram suas palavras: “a pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de ‘dupla paternidade’ (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7.º)” (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu *Informativo* n. 840).

A tese firmada também acaba por possibilitar que os filhos acionem os pais biológicos para obter o vínculo de filiação com intuítos alimentares e sucessórios, em claras *demandas frívolas*, com finalidade patrimonial pura. Segue-se, assim, o caminho que já vinha sendo percorrido pelo STJ, e que era por nós criticado. Esse foi um dos pontos negativos da premissa fixada, na opinião deste autor. Em todos os casos, pensamos, tais demandas devem ser evitadas. Cite-se, a propósito, o caso de um pai biológico que pleiteia a paternidade para si de filho já registrado em nome de pai socioafetivo, com fins puramente econômicos.

Assim, merecendo críticas, o acórdão anterior publicado no *Informativo* n. 512 do STJ, com o seguinte trecho: “é possível o reconhecimento da paternidade biológica e a anulação do registro de nascimento na hipótese em que pleiteados pelo filho adotado conforme prática conhecida como ‘adoção à brasileira’. A paternidade biológica traz em si responsabilidades que lhe são intrínsecas e que, somente em situações excepcionais, previstas em lei, podem ser afastadas. O direito da pessoa ao reconhecimento de sua ancestralidade e origem genética insere-se nos atributos da própria personalidade. A prática conhecida como ‘adoção à brasileira’, ao contrário da adoção legal, não tem a aptidão de romper os vínculos civis entre o filho e os pais biológicos, que devem ser restabelecidos sempre que o filho manifestar o seu desejo de desfazer o liame jurídico advindo do registro ilegalmente levado a efeito,

restaurando-se, por conseguinte, todos os consectários legais da paternidade biológica, como os registraís, os patrimoniais e os hereditários. Dessa forma, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registraís não afasta os direitos do filho resultantes da filiação biológica, não podendo, nesse sentido, haver equiparação entre a ‘adoção à brasileira’ e a adoção regular. Ademais, embora a ‘adoção à brasileira’, muitas vezes, não denote torpeza de quem a pratica, pode ela ser instrumental de diversos ilícitos, como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor. Precedente citado: REsp 833.712-RS, DJ 4/6/2007” (STJ, REsp 1.167.993/RS, Rel. Min. Luis Felip Salomão, j. 18.12.2012).

Com o devido respeito, entendemos que essa forma anterior de julgar representaria um retrocesso, uma volta ao passado, desprezando a posse de estado de filhos fundada na reputação social (*reputatio*) e no tratamento dos envolvidos (*tractatus*). Ademais, abria a possibilidade de um filho “escolher” o seu pai não pelo ato de afeto, mas por meros interesses patrimoniais, em uma clara *demandá frívola*.

De fato, a tese adotada pelo STF possibilita tal caminho, tendo sido utilizado como argumento o princípio constitucional da paternidade responsável. Nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, “a paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7.º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos” (decisão publicada no *Informativo* n. 840 do STF). Ressalve-se, portanto que deve ser mantido o vínculo com o pai socioafetivo, pelo que consta da tese ementada do julgamento. Em outras palavras, nota-se, mais uma vez, a possibilidade da multiparentalidade.

Igualmente a demonstrar a divergência anterior, existiam decisões superiores ainda mais recentes que afastavam a parentalidade socioafetiva em casos de engano quanto à prole. A ilustrar, vejamos julgado assim publicado no *Informativo* n. 555 do STJ:

“Direito civil. Desconstituição de paternidade registral. Admitiu-se a desconstituição de paternidade registral no seguinte caso: (a) o pai registral, na fluência de união estável estabelecida com a genitora da criança, fez constar o seu nome como pai no registro de nascimento, por acreditar ser o pai biológico do infante; (b) estabeleceu-se vínculo de afetividade entre o pai registral e a criança durante os primeiros cinco anos de vida deste; (c) o pai registral solicitou, ao descobrir que fora traído, a realização de exame de DNA e, a partir do resultado negativo do exame, não mais teve qualquer contato com a criança, por mais de oito anos até a atualidade; e (d) o pedido de desconstituição foi formulado pelo próprio pai registral. De fato, a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si só, não autoriza a invalidação do registro. Realmente, não se impõe ao declarante, por ocasião do registro, prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, essa presunção. Entretanto, caso o declarante demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, essa presunção poderá vir a ser ilidida por ele. Não se pode negar que a filiação socioafetiva detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227 da CF). Ocorre que o estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despende afeto, de ser reconhecido como tal. Em outras palavras, as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolverem-se numa relação de filiação se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte do indivíduo que despende o afeto, a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe da criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai consubstancia pressuposto à configuração de filiação socioafetiva no caso aqui analisado. Dessa forma, não se concebe a conformação dessa espécie de filiação quando

o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. Ademais, sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos sem que voluntária e conscientemente o queira. Além disso, como a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, caberá somente a ele contestar a paternidade em apreço. Por fim, ressalte-se que é diversa a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais (‘adoção à brasileira’), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. Nesta hipótese – diversa do caso em análise –, o vínculo de afetividade se sobrepõe ao vício, encontrando-se inegavelmente consolidada a filiação socioafetiva (hipótese, aliás, que não comportaria posterior alteração). A consolidação dessa situação – em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242 do CP –, em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Trata-se de compreensão que converge com o posicionamento perfilhado pelo STJ (REsp 709.608/MS, 4.^a Turma, *DJe* 23.11.2009; e REsp 1.383.408/RS, 3.^a Turma, *DJe* 30.05.2014)” (STJ, REsp 1.330.404/RS, Rel Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 05.02.2015, *DJe* 19.02.2015).

Como se nota, os casos de engano ou erro no registro também levantavam o questionamento sobre a prevalência da parentalidade socioafetiva. Todavia, este autor sempre acreditou que deve prevalecer o melhor interesse da criança e do adolescente. Talvez, no caso anterior, o melhor caminho seria afastar o vínculo pela não consolidação da posse de estado de filho e não pura e simplesmente pela presença do engano.

De toda sorte, como o STF acabou por adotar o caminho da multiparentalidade, mesmo que contra a vontade das partes, o vínculo com o pai socioafetivo não poderá

ser desfeito, sendo possível também demandar o pai biológico. Sendo assim, pensamos que o STJ não mais decidirá como fez na última ementa, devendo seguir a nova orientação do STF, com repercussão geral.

Ao final, nota-se claramente que o julgamento do Supremo Tribunal Federal não estabeleceu a hierarquia entre a paternidade socioafetiva ou a biológica, devendo-se reconhecer a multiparentalidade como regra. Como sempre defendemos, não cabe um modelo fechado, uma *monossolução*, para resolver os conflitos familiares.

Pois bem, todos os julgados que reconheciam a relevância da posse de estado de filhos eram confirmados pelo Enunciado n. 339 do CJP/STJ da *IV Jornada de Direito Civil*, que veda o rompimento da paternidade socioafetiva em detrimento do melhor interesse do filho. No mesmo sentido, o seguinte enunciado, da *V Jornada de Direito Civil*, de 2011, “o conhecimento da ausência de vínculo biológico e a posse de estado de filho obstam a contestação da paternidade presumida” (Enunciado n. 520 do CJP/STJ).

Ainda em sede doutrinária, o tema sempre foi abordado e valorizado, entre outros, por Maria Helena Diniz, Giselda Hironaka, Gustavo Tepedino, Silmar Chinellato, Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo, Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, José Fernando Simão, Sílvio de Salvo Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendo. Em suma, todos os principais *Manuais* de Direito de Família da atualidade vinham analisando a questão.

No que concerne ao tempo para a caracterização da parentalidade socioafetiva, dúvida que sempre surge na prática, destaca Leila Torraca de Brito, em sua tese de pós-doutorado, a existência de uma lei francesa (*Ordonnance 2005-759*) prevendo prazo de cinco anos de posse de estado de filhos, contados do nascimento ou do reconhecimento do filho, para que se impugne a parentalidade. Não havendo a posse de estado de filhos, o prazo para a impugnação é de dez anos (*Paternidades...*, 2008, p. 82).

Tal norma alterou o art. 333 do Código Civil Francês, ocorrendo novas modificações no ano de 2009, mantendo o prazo de cinco anos para a posse de estado

de filhos. A experiência francesa serve como parâmetro para a realidade brasileira, cabendo apenas a ressalva de que a caracterização do vínculo de afetividade não leva em conta apenas fatores quantitativos, mas também qualitativos.

Atente-se ao fato de que parte da doutrina nacional apontava para a possibilidade de reconhecimento da *multiparentalidade*, o que reiteradamente contou com o apoio do presente autor (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUE Renata de Lima. *Multiparentalidade...*, 2010, p. 190-218; ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito...*, 2010, p. 381-383; PÓVOAS Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade e parentalidade...*, 2012; CASSETTARI Christiano. *Multiparentalidade...*, 2014). A *multiparentalidade*, de fato, parece ser a tese vitoriosa que se retira do julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, o que vinha prevalecendo na jurisprudência anterior era uma *escolha de Sofia*, entre o vínculo biológico e o socioafetivo, o que não poderia mais prosperar. Como interrogava a doutrina consultada, por que não seria possível a hipótese de a pessoa ter dois pais ou duas mães no registro, para todos os fins jurídicos, inclusive familiares e sucessórios? Como bem pontuava Maurício Bunazar, “a partir do momento em que a sociedade passa a encarar como pais e/ou mães aqueles perante os quais se exerce a posse do estado de filho, juridiciza-se tal situação, gerando, de maneira inevitável, entre os participantes da relação filial direitos e deveres; obrigações e pretensões; ações e exceções, sem que haja nada que justifique a ruptura da relação filial primeva” (BUNAZAR, Maurício *Pelas portas...*, 2010, p. 63-73).

Reconhecendo tais premissas, anote-se a inédita sentença de 2012, prolatada pela magistrada Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, da Comarca de Ariquemes, Estado de Rondônia, determinando o duplo registro da criança, em nome do pai biológico e do pai socioafetivo, diante de pedido de ambos para que a multiparentalidade fosse reconhecida (Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br/jurisprudencia>).

O tema igualmente ganhava relevo na questão relativa aos direitos e deveres dos padrastos e madrastas, com grande repercussão prática no meio social. Se a sociedade pós-moderna é pluralista, a família também o deve ser e para todos os fins,

inclusive alimentares e sucessórios. Assim, na linha do exposto, o igualmente inédito acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que determinou o registro de madrasta como mãe civil de enteado, mantendo-se a mãe biológica, que havia falecido quando do parto. A ementa da revolucionária decisão foi assim publicada:

“Maternidade socioafetiva. Preservação da Maternidade Biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido” (TJSP, Apelação 0006422-26.2011.8.26.0286, Itu, 1.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, j. 14.08.2012).

No ano de 2013, outras sentenças de primeira instância surgiram, como a prolatada pelo juiz de Direito Sérgio Luiz Kreuz, da Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Cascavel, Paraná, em que se determinou a inclusão do registro de padrasto, pai socioafetivo, na documentação do enteado, para todos os fins, inclusive sucessórios e de alimentos. Consta da decisão monocrática, de fevereiro de 2013, que “Os fatos demonstram que ambos, o pai biológico e o requerente, exercem o papel de pai do adolescente. Excluir um deles da paternidade significaria privar o adolescente da convivência deste, pois certamente haveria um afastamento natural, o que só viria em prejuízo do próprio adolescente. Cabe agora traduzir esses fatos para a realidade jurídica, levando em consideração, em especial, os princípios que orientam o Direito de Família e o Direito da Criança e do Adolescente, em especial, o do melhor interesse da criança e do adolescente, tendo em vista que a legislação existente é lacunosa em relação a situações como a dos autos, o que, evidentemente, não significa que exista o Direito”.

De 2014, outros três julgamentos de primeira instância merecem relevo. O primeiro foi pronunciado pela Vara da Família de Sobradinho, no Distrito Federal, atribuindo dupla paternidade, para todos os fins jurídicos, tanto para o pai biológico quanto para o socioafetivo (Processo 2013.06.1.001874-5, j. 06.06.2014). A segunda sentença é da 15.^a Vara da Família da Capital do Rio de Janeiro, prolatada pela magistrada e componente do IBDFAM Maria Aglae Vilardo, tendo reconhecido o direito de três irmãos terem duas mães, a biológica e a socioafetiva, em seus registros de nascimento (fevereiro de 2014). O último julgado é da 3.^a Vara Cível de Santana do Livramento, Rio Grande do Sul, decidindo a juíza Carine Labres que uma criança de cinco anos terá na certidão de nascimento o nome do pai biológico e do pai que a registrou e que com ela convive desde o nascimento (maio de 2014).

Do ano de 2015, merece relevo o acórdão prolatado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível 70062692876. C julgado reconheceu a multiparentalidade entre duas mães – que viviam em união estável e posteriormente se casaram –, e o pai biológico, amigo de ambas.

Conforme se extrai de sua ementa:

“A ausência de lei para regência de novos – e cada vez mais ocorrentes – fatos sociais decorrentes das instituições familiares, não é indicador necessário de impossibilidade jurídica do pedido. É que ‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’ (artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil). (...) Dito isso, a aplicação dos princípios da ‘legalidade’, ‘tipicidade’ e ‘especialidade’, que norteiam os ‘Registros Públicos’, com legislação originária pré-constitucional, deve ser relativizada, naquilo que não se compatibiliza com os princípios constitucionais vigentes, notadamente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo ou qualquer outra forma de discriminação (artigo 3.º, IV da CF/88), bem como a proibição de designações discriminatórias relativas à filiação (artigo 227, § 6.º, CF), ‘objetivos e princípios fundamentais’ decorrentes do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, há que se julgar a pretensão da

parte, a partir da interpretação sistemática conjunta com demais princípios infraconstitucionais, tal como a doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse do menor, informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), bem como, e especialmente, em atenção do fenômeno da afetividade, como formador de relações familiares e objeto de proteção Estatal, não sendo o caráter biológico o critério exclusivo na formação de vínculo familiar. Caso em que no plano fático, é flagrante o ânimo de paternidade e maternidade, em conjunto, entre o casal formado pelas mães e do pai, em relação à menor, sendo de rigor o reconhecimento judicial da ‘multiparentalidade’, com a publicidade decorrente do registro público de nascimento” (relator Des. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 12.02.2015).

Outras tantas decisões jurisprudenciais surgiram sucessivamente, e destacávamos ser a multiparentalidade um *caminho sem volta* do Direito de Família Contemporâneo, consolidando-se as novas teorias e os princípios constitucionais nesse campo do pensamento jurídico. A decisão do STF é *o fim do caminho*. A regra passou a ser a multiparentalidade, nos casos de dilemas entre a parentalidade socioafetiva e a biológica. Uma não exclui a outra, devendo ambas conviver em igualdade plena.

Como se nota, os julgados ora citados envolvem situações em que houve consenso para o duplo registro. A grande dúvida era saber se o vínculo poderia ser imposto pelo magistrado, caso não existisse tal acordo. Esse parecia ser o grande desafio que envolvia a matéria.

Aliás, no final de 2015, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a questão, entendendo pela impossibilidade de se impor a multiparentalidade, sem que exista a vontade expressa de todos os envolvidos. Conforme consta da publicação da ementa, “cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de registro de dupla paternidade, requerido unicamente pelo Ministério Público estadual, na certidão de nascimento do menor para assegurar direito futuro de escolha do infante. Esta Corte tem entendimento no sentido de ser possível o duplo registro na certidão de nascimento do filho nos casos de adoção por homoafetivos. Precedente. Infere--se dos autos que o

pai socioafetivo não tem interesse em figurar também na certidão de nascimento da criança. Ele poderá, a qualquer tempo, dispor do seu patrimônio, na forma da lei, por testamento ou doação em favor do menor. Não se justifica o pedido do *Parquet* para registro de dupla paternidade quando não demonstrado prejuízo evidente ao interesse do menor” (STJ, REsp 1.333.086/RO, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 06.10.2015, *DJe* 15.10.2015).

No entanto, como destacado, essa posição anterior do STJ está superada pelo julgamento do STF de setembro de 2016 no Recurso Especial 898.060/SC. Ficou claro, pela tese da repercussão geral, que é possível reconhecer o duplo vínculo mesmo contra a vontade das partes envolvidas. Sem dúvida, temos um novo paradigma para a matéria, o que deve influenciar todas as decisões judiciais que surgirem no futuro. A propósito, já sob a égide da nova posição do Supremo Tribunal Federal, a mesma Terceira Turma do STJ proferiu *decisum* em sentido oposto à última e com mesma relatoria, reconhecendo ser possível a multiparentalidade, mesmo que contra a vontade dos envolvidos. Nos termos da sua ementa:

“O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n.º 898.060, com repercussão geral reconhecida, admitiu a coexistência entre as paternidades biológica e a socioafetiva, afastando qualquer interpretação apta a ensejar a hierarquização dos vínculos. A existência de vínculo com o pai registral não é obstáculo ao exercício do direito de busca da origem genética ou de reconhecimento de paternidade biológica. Os direitos à ancestralidade, à origem genética e ao afeto são, portanto, compatíveis. O reconhecimento do estado de filiação configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros” (STJ, REsp 1.618.230/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 28.03.2017, *DJe* 10.05.2017).

Como última anotação a respeito da multiparentalidade, reitere-se que, em 14 de novembro de 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 63 admitindo o seu reconhecimento no Cartório de Registro Civil, ao lado da própria

parentalidade socioafetiva. Conforme o seu art. 10, o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais. Esse reconhecimento voluntário irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. Poderão requerê-lo os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil. Porém, não cabe o reconhecimento por irmãos entre si nem por ascendentes em relação a descendentes. O pretenso pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido. As duas últimas regras são similares à adoção.

O art. 11 do Provimento 63 do CNJ prevê que esse reconhecimento será processado ainda que em Cartório diverso daquele em que foi lavrado o assento, mediante a exibição de documento oficial de identificação com foto do requerente e da certidão de nascimento do filho, ambos em original e cópia, sem constar do traslado menção à origem da filiação. O registrador deverá proceder à minuciosa verificação da identidade do requerente, mediante coleta, em termo próprio, por escrito particular e em modelo próprio, de sua qualificação e assinatura, além de proceder à rigorosa conferência dos documentos pessoais. O registrador, ao conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento de identificação do requerente, juntamente com o termo assinado. Constarão do termo, além dos dados do requerente, os dados do campo “Filiação” e do filho que constam no registro, devendo o registrador colher a assinatura do pai e da mãe do reconhecido, caso este seja menor. O campo “Filiação”, sem a denominação de gênero, propicia o reconhecimento do vínculo socioafetivo por pais homoafetivos.

Seguindo, está previsto no mesmo art. 11 do provimento que, se o filho for maior de doze anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá seu consentimento, novamente, como ocorre na adoção. A coleta da anuência tanto do pai quanto da mãe e do filho maior de doze anos deverá ser feita pessoalmente perante o oficial de registro civil das pessoas naturais ou escrevente autorizado. Na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso será apresentado ao juiz competente e nos termos da legislação local. Havendo pessoa com deficiência, seja aquele que

reconhece ou o filho socioafetivo, serão observadas as regras da tomada de decisão apoiada, que ainda serão aqui analisadas no Capítulo 9 desta obra. Por fim, o comando prevê que o reconhecimento da paternidade ou da maternidade socioafetiva poderá ocorrer por meio de documento público ou particular de disposição de última vontade, desde que seguidos os demais trâmites previstos neste provimento.

Suspeitando de fraude, falsidade, má-fé, vício de vontade, simulação ou dúvida sobre a configuração do estado de posse de filho, o registrador fundamentará a recusa, não praticará o ato e encaminhará o pedido ao juiz competente nos termos da legislação local (art. 12 do Provimento 63 do CNJ). A discussão judicial sobre o reconhecimento da paternidade ou de procedimento de adoção obstará o reconhecimento da filiação pela sistemática estabelecida neste provimento. O requerente deverá declarar o desconhecimento da existência de processo judicial em que se discuta a filiação do reconhecendo, sob pena de incorrer em ilícito civil e penal (art. 13).

Especificamente quanto ao reconhecimento extrajudicial da multiparentalidade, ela é retirada do art. 14 do Provimento 63/2017 do CNJ. Conforme o seu teor, “o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento”. Após muitas dúvidas existentes nos âmbitos doutrinário e registral restou esclarecido pelo então Corregedor-Geral de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, que a multiparentalidade está limitada a quatro pais no total, sendo apenas vedado que o reconhecimento bilateral ocorra de uma só vez.

Por fim, a norma estabelece que o reconhecimento espontâneo da paternidade ou maternidade socioafetiva não obstaculizará a discussão judicial sobre a verdade biológica, para os fins jurídicos próprios, inclusive familiares e sucessórios, na linha da tão comentada decisão do STF (art. 15 do Provimento 63 do CNJ).

Voltando à análise do criticável art. 1.601 do CC/2002, por ocasião do *III Congresso Brasileiro de Direito de Família*, do IBDFAM, foi apresentada em forma de monólogo pela Professora Giselda Hironaka a peça de teatro criada pelo Professor João Baptista Villela e que trouxe inúmeras reflexões teóricas e práticas em relação

ao comando legal em questão. A referida *peça* consta do final deste capítulo como adendo especial para leitura e análise crítica. Para o autor da presente obra, trata-se de um dos trabalhos mais geniais já escritos sobre o Direito de Família no Brasil, o que justifica a sua reprodução integral neste livro, para a devida divulgação perante a comunidade jurídica nacional.

Justamente por tais críticas, há propostas de alteração do comando legal em comento, o que ganha força pelo julgamento do STF que deu *status* igualitário à parentalidade socioafetiva. O PL 699/2011 pretende alterá-lo no sentido de restringir a impugnação da paternidade, para que não caiba nos casos de inseminação heteróloga, registro do filho ou adoção. No mesmo sentido, o antigo PL 4.946/2005, agora arquivado, adotando proposta da diretoria do IBDFAM, pelo qual o dispositivo ficaria com a seguinte redação: “Art. 1.601. Cabe exclusivamente ao marido o direito de impugnar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. § 1.º Impugnada a filiação, os descendentes ou ascendentes do impugnante têm direito de prosseguir na ação. § 2.º Não se desconstituirá a paternidade caso fique caracterizada a posse do estado de filiação, ou a hipótese do inciso V do art. 1.597”.

Também o Estatuto das Famílias do IBDFAM (atual PL 470/2013) pretende modificar sobremaneira o regime de impugnação da paternidade, incluindo o art. 85, com a seguinte redação: “Art. 85. Cabe a qualquer dos cônjuges ou companheiros o direito de impugnar a paternidade ou a maternidade que lhe for atribuída no registro civil. § 1.º Impugnada a filiação, se sobrevier a morte do autor os herdeiros podem prosseguir na ação. § 2.º Não cabe a impugnação da paternidade ou maternidade: I – em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salvo alegação de dolo ou fraude; II – caso fique caracterizada a posse do estado de filho; III – oriunda de adoção” Como outrora explicado, *a posse de estado de filho constitui o âmago da parentalidade socioafetiva*.

Todas as propostas são muito interessantes. Resta esperar que o trabalho de reforma do atual Código Civil seja uniformizado e que uma das propostas legislativas seja aprovada.

Seguindo na análise da atual codificação material, o seu art. 1.603 estabelece que a filiação deve ser provada pela certidão do termo do nascimento registrada no

Registro Civil. Também fazendo referência à paternidade socioafetiva, determina o Enunciado n. 108 do CJP/STJ que: “No fato jurídico do nascimento, mencionado no art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no art. 1.593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”. Como se pode perceber, a paternidade socioafetiva é um dos temas mais importantes do Novo Direito de Família Brasileiro, surgindo como tema orientar também desse último comando. Como visto, com a decisão do STF de setembro de 2016, o parentesco socioafetivo passou a ter posição de igualdade perante o parentesco biológico ou natural (Recurso Extraordinário 898.060/SC).

Completando a norma, segundo o art. 1.604 do CC: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro do nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. O dispositivo está a possibilitar a *ação vindicatória de filho* por terceiro, havendo erro ou falsidade. Ilustre-se com o caso do pai biológico que tem conhecimento imediato de que o seu filho foi registrado por terceiro, que se alegou pai.

Deve ficar claro, contudo, que a parte final do dispositivo não afasta a socioafetividade. Conforme ementa do Superior Tribunal de Justiça, “o artigo 1.604 do Código Civil não é suficiente para impedir a desconstituição do registro de nascimento porque, na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu a existência de falsidade” (STJ, AgRg-REsp 1.231.119/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, 11.10.2011, DJE 25.10.2011).

Mais uma vez, cabe pontuar que, com a decisão do STF de análise da repercussão geral sobre a socioafetividade, a regra passou a ser o duplo vínculo ou a multiparentalidade. Em suma, sendo proposta a ação pelo pai biológico para vindicar o filho, seria viável juridicamente manter o pai socioafetivo no registro, e incluir o pai biológico.

Porém, a posição deste autor é no sentido de que não é possível desfazer o vínculo socioafetivo em casos tais. Também não é viável incluir o pai biológico se houver a comprovação do outro vínculo, especialmente em se tratando de filho menor de idade, o que pode lhe trazer prejuízos imensuráveis, de cunho psicológico e social. A opção para incluir o pai biológico no registro, nessas situações, deve ser do filho, e não do pai. Ademais, reitere-se que devem ser afastados os pedidos de *demandas*

frívolas, com claro intuito patrimonial ou financeiro.

Pode-se, então, assim resumir a matéria trazida pelo dispositivo em comento, devidamente atualizada com aquela revolucionária decisão superior:

- *Regra*: não cabe a *quebra* do que consta do registro de nascimento.
- *Exceção*: o registro pode ser *quebrado* nos casos de erro ou falsidade do registro, por meio da ação vindicatória de filho.
- *Exceção da exceção*: a *quebra* do registro não pode afastar a parentalidade ou paternidade socioafetiva. Restará o debate sobre a possibilidade de incluir também o pai biológico no registro de nascimento do filho, para todos os fins jurídicos, inclusive sucessórios e alimentares. Na opinião deste autor, tal opção somente cabe ao filho, e não ao pai, mormente em se tratando de demandas movidas por puros interesses patrimoniais do pai biológico.

Na falta ou defeito do termo de nascimento, a filiação pode ser provada por qualquer forma admitida em direito, conforme determina o art. 1.605, *caput*, do CC. Complementando o referido dispositivo, os seus incisos preveem que são admitidas como *provas supletivas da filiação*: a) prova por escrito, proveniente dos pais, de forma conjunta ou separada; b) existência de presunções relativas resultantes de fatos já certos, inclusive pela *posse de estado de filhos*, ou seja, pelo fato de o filho conviver há tempo com os supostos pai e mãe. Pela última previsão, há de se invocar, mais uma vez, a parentalidade socioafetiva.

Encerrando o tratamento da matéria, o art. 1.606 do CC/2002 impõe que a ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto ele viver (ação personalíssima). Essa ação, contudo, será transmitida aos herdeiros se o filho morrer menor ou incapaz. Iniciada a ação pelo filho, os seus herdeiros poderão continuá-la, salvo se o processo for julgado extinto (art. 1.606, parágrafo único, do CC). A completar o sentido do comando, cumpre destacar o seguinte enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*: “qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou qualquer ascendente de

grau superior, ainda que o seu pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida” (Enunciado n. 521 do CJP/STJ). O enunciado doutrinário possibilita a ação avoenga, do neto contra o avô, que ainda será estudada na presente obra.

Superada a análise da filiação, passa-se à abordagem do tema reconhecimento de filhos.

6.3 RECONHECIMENTO DE FILHOS

6.3.1 Introdução

O tema reconhecimento de filhos, antes do Código Civil de 2002, estava tratado pela Lei 8.560/1992 (Lei da Investigação da Paternidade), norma que continua parcialmente em vigor, particularmente naqueles pontos que tratam da matéria processual. O reconhecimento de filhos no atual Código Civil consta dos seus arts. 1.607 a 1.617.

De acordo com o primeiro comando legal constante da codificação material vigente, o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, de forma conjunta ou separada. O dispositivo não menciona mais o termo *filho ilegítimo*, como previa o art. 355 do CC/1916, norma esta que já não estava sintonizada com a igualdade entre filhos constante do Texto Maior (art. 227, § 6.º).

Em relação à maternidade, quando esta constar do termo de nascimento, como é comum, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas (art. 1.608 do CC). É o caso, por exemplo, da outrora citada troca de bebês em maternidade. Na verdade, a norma é aplicável em casos excepcionais diante da velha regra pela qual *a maternidade é sempre certeza (mater semper certa est)*. De qualquer modo, caso proposta uma ação de investigação de maternidade, mais uma vez a parentalidade socioafetiva deve ser levada em conta. Nessa esteira, o seguinte julgado do Tribunal Gaúcho:

“Apelação cível. Ação negatória de maternidade. Ação anulatória do registro civil. Adoção à brasileira. Preliminar de ilegitimidade ativa. Ainda que intitulada de ação negatória de maternidade, cuja legitimidade ativa seria

exclusiva da mãe (art. 1.608 do CC/02), se a ação intentada pelo próprio filho objetiva a declaração de inexistência de filiação e anulação do registro, o filho é parte legítima para intentar a ação. Preliminar rejeitada. Adoção à brasileira e filiação socioafetiva. Incontrovertida a adoção à brasileira do autor pelos pais registrais, a exemplo da adoção legal, aquela é irrevogável. Existindo manifesta filiação socioafetiva por mais de três décadas entre autor e a ré (mãe registral), a pretensão de anulação não comporta acolhimento, nem mesmo diante de eventual rompimento de relações entre as partes – filho e mãe – cujos sentimentos em conflito, não têm o condão de desconstituir os vínculos de filiação entre eles. Rejeitaram a preliminar e desproveram a apelação” (TJRS, Apelação Cível 70032889644, Porto Alegre, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 07.07.2010, *DJERS* 15.07.2010).

Na verdade, as grandes discussões relativas à filiação referem-se ao reconhecimento da paternidade, justamente porque esta não é certa. De imediato, é interessante aqui apontar que o reconhecimento de filhos pode ocorrer de duas formas:

- a) *Reconhecimento voluntário ou perfilhação* – nas situações descritas no art. 1.609 do CC.
- b) *Reconhecimento judicial ou forçado* – nas hipóteses em que não há o reconhecimento voluntário, o mesmo devendo ocorrer de *forma coativa*, por meio da *ação investigatória*, cujo estudo será detalhado.

A matéria será dividida, didaticamente, nesses dois tópicos. Vejamos.

6.3.2 Reconhecimento voluntário

O art. 1.609 do CC/2002, repetindo basicamente o que constava do art. 1.^o da Lei 8.560/1992, disciplina as hipóteses de reconhecimento voluntário de filhos ou

perfilhação, a saber:

- a) No registro do nascimento.
- b) Por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado no cartório de registro das pessoas naturais. Tal procedimento deve ser adotado nos casos em que o reconhecimento não ocorreu no registro do nascimento.
- c) Por testamento, ainda que a manifestação seja incidental. Quando a lei menciona o testamento, também estão abrangidos o legado (disposição testamentária específica) e o codicilo (disposição de pequena monta).
- d) Por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento de filho não seja o objeto único e principal do ato que o contém. Vale aqui citar, como exemplo, a declaração feita por uma pessoa, como testemunha, em uma ação de despejo. Se o ato é de reconhecimento de filho, deve ser reputado como válido e eficaz, mesmo não sendo este o objeto da ação.

Como norma especial anterior, e diante de tratamento específico no Código Civil, continua em vigor a regra do art. 3.º da Lei 8.560/1992, que veda o reconhecimento de filho na ata do casamento. Pode surgir crítica quanto à vigência do dispositivo, pela alegação de que a interpretação deve ser guiada sempre pelo reconhecimento do filho, à luz da proteção da dignidade humana e do direito ao vínculo de parentalidade. Porém, abrandando o sentido da norma, anotam Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa que “a legitimação e o reconhecimento resultam automaticamente do casamento dos pais, se antes já não tiverem ocorrido” (*Código Civil...*, 2007, p. 1.036). Assim sendo, a norma tem reduzida aplicação prática.

Diante da vedação de qualquer forma de discriminação, logicamente, não pode constar referência alguma a respeito da natureza da filiação, ou seja, se o filho é havido ou não do casamento (art. 5.º da Lei 8.560/1992). Na verdade, a possibilidade de distinção não deveria ser sequer cogitada.

O reconhecimento pode preceder ao nascimento (reconhecimento de nascituro) ou ser posterior ao falecimento (reconhecimento *post mortem*), se o filho a ser

reconhecido deixar descendentes (art. 1.609, parágrafo único, do CC). Esse dispositivo, ao prever a possibilidade de reconhecimento do filho não gerado, consagra direitos ao nascituro, que, para os concepcionistas, deve ser considerado pessoa, pois o nascituro tem direitos da personalidade (personalidade jurídica formal). A *teoria concepcionista* pode ser tida como majoritária na doutrina brasileira atual, conforme observou este autor em artigo científico sobre o tema (TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica...*, 2007, v. 6, p. 83-104).

O reconhecimento de filhos constitui um ato jurídico *stricto sensu*, ou em sentido estrito, justamente porque os seus efeitos são apenas aqueles decorrentes de lei. Não há, em regra, uma composição de vontades, a fazer com que o mesmo seja configurado como um negócio jurídico. Trata-se também de um ato unilateral e formal.

Entretanto, dúvidas surgem quanto ao que consta da primeira parte do art. 1.614 do CC/2002, segundo o qual “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”. Essa primeira parte do dispositivo em questão, quanto ao reconhecimento de filho maior, reproduz o art. 4.º da Lei 8.560/1992.

Pelo que consta do Código Civil atual, fica a dúvida: o reconhecimento de filho maior passa a ser um ato bilateral? Para Silvio Rodrigues, em obra atualizada por Francisco José Cahali, a resposta é negativa. São suas palavras: “Entretanto temos que a referida circunstância não tira do ato seu caráter unilateral. A exigência do assentimento do filho maior reconhecido ou a permissão para o menor impugnar tempestivamente o ato que o reconheceu são medidas protetoras que se justificam no fato de o reconhecimento envolver efeitos morais e materiais de enorme relevância, que não podem ser provocadas pelo arbítrio de um só” (*Direito civil...*, 2006, p. 320).

Na mesma linha, como bem leciona Paulo Lôbo, “O reconhecimento é ato complexo, que apenas consuma seus efeitos quando é seguido de outro ato – o do consentimento. Atente-se ao fato de que não se converte em negócio jurídico, a que pode equivocadamente levar a obrigatoriedade do consentimento. São dois atos distintos e complementares” (LÔBO, Paulo. *Famílias...*, 2008, p. 244).

Filia-se integralmente aos juristas, sendo certo que o ato, no caso em questão, passa a ser um *ato unilateral receptício*, que apenas depende da recepção da outra parte, até porque o ato de reconhecimento é o que predomina nessas hipóteses.

Essa questão sobre a natureza jurídica do ato de reconhecimento do filho maior foi debatida em recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, que cita a nossa posição e afasta a possibilidade de reconhecimento *post mortem* da maternidade socioafetiva de filho maior, justamente pelo fato de ter ocorrido o seu falecimento e faltar o consenso. Como está no acórdão, “a pretensão de reconhecimento da maternidade socioafetiva *post mortem* de filho maior é, em tese, admissível, motivo pelo qual é inadequado extinguir o feito em que se pretenda discutir a interpretação e o alcance da regra contida no art. 1.614 do CC/2002 por ausência de interesse recursal ou impossibilidade jurídica do pedido. Imprescindibilidade do consentimento do filho maior para o reconhecimento de filiação *post mortem* decorre da impossibilidade de se alterar, unilateralmente, a verdade biológica ou afetiva de alguém sem que lhe seja dada a oportunidade de se manifestar, devendo ser respeitadas a memória e a imagem póstumas de modo a preservar a história do filho e também de sua genitora biológica. Recurso especial conhecido e desprovido, por fundamentação distinta, a fim de julgar improcedente o pedido com resolução de mérito” (STJ, REsp 1.688.470/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, 10.04.2018, *DJe* 13.04.2018).

Ainda em relação ao art. 1.614 do CC, particularmente quanto ao prazo para impugnar o reconhecimento pelo menor, que é decadencial de quatro anos a contar da sua maioridade, a previsão é criticável. Isso porque o direito de impugnar a paternidade não estaria sujeito a prazo decadencial, nem prescricional, por envolver questão referente ao estado de pessoas e à dignidade humana (direito à verdade biológica). Nesse contexto, concorda-se integralmente com a proposta de alteração do dispositivo constante do PL 699/2011, pelo qual o art. 1.614 do CC/2002 ficaria com a seguinte redação, sem a menção ao prazo decadencial: “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento após a sua maioridade”.

Anote-se que o Superior Tribunal de Justiça não tem aplicado esse prazo de

quatro anos no que tange à impugnação judicial, restringido a sua incidência. Vejamos dois desses julgados:

“Agravos regimental. Ação de investigação de paternidade. Imprescritibilidade. Previdência privada. Anulação do registro anterior. Procedência pedido. Consequência. Lógica. Prazo de decadência. Não aplicação. 1. O prazo decadencial de 4 anos estabelecido nos arts. 178, § 9.º, inc. VI e 362 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 1614 do Código Civil atual) aplica-se apenas aos casos em que se pretende, exclusivamente, desconstituir o reconhecimento de filiação, não tendo incidência nas investigações de paternidade, hipótese dos autos, nas quais a anulação do registro civil constitui mera consequência lógica da procedência do pedido. Precedentes da 2.ª Seção. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no REsp 1259703/MS, 4.ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 24.02.2015, *DJe* 27.02.2015).

“Agravo regimental em agravo de instrumento. Manutenção da decisão hostilizada pelas suas razões e fundamentos. Agravo improvido. I – Não houve qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, que está em consonância com a jurisprudência consolidada desta Corte, devendo a decisão ser mantida por seus próprios fundamentos. II – O prazo do artigo 1.614 do Código Civil refere-se ao filho que deseja impugnar reconhecimento de paternidade, e não à ação de investigação desta. Ademais, o prazo previsto no artigo supracitado vem sendo mitigado pela jurisprudência desta Corte Superior. Agravo improvido” (STJ, AgRg no Ag 1.035.876/AP, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 04.09.2008, *DJe* 23.09.2008).

“Família. Investigação de paternidade. Negatória de filiação. Petição de herança. Possibilidade jurídica do pedido. Prescrição. Decadência. ECA. O filho nascido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação para identificar seu verdadeiro ancestral. A restrição contida no art. 340 do

Código Beviláqua foi mitigada pelo advento dos modernos exames de DNA. A ação negatória de paternidade, atribuída privativamente ao marido, não exclui a ação de investigação de paternidade proposta pelo filho contra o suposto pai ou seus sucessores. A ação de investigação de paternidade independe do prévio ajuizamento da ação anulatória de filiação, cujo pedido é apenas consequência lógica da procedência da demanda investigatória. A regra que impõe ao perfilhado o prazo de quatro anos para impugnar o reconhecimento só é aplicável ao filho natural que visa afastar a paternidade por mero ato de vontade, a fim de desconstituir o reconhecimento da filiação, sem buscar constituir nova relação. É imprescritível a ação de filho, mesmo maior, ajuizar negatória de paternidade. Não se aplica o prazo do art. 178, § 9.º, VI, do Código Beviláqua” (STJ, REsp 765.479/RJ, 3.ª Turma, Rel. Mi. Humberto Gomes de Barros, j. 07.03.2006, DJ 24.04.2006, p. 397).

Mesmo com a nova redação da proposta legislativa, é importante ficar claro que essa impugnação deve ser reputada improcedente nos casos em que estiver caracterizada a parentalidade socioafetiva, em decorrência da posse de estado de filhos e do vínculo de afeto formado. Mas entender que a imposição de prazo decadencial de quatro anos valoriza essa parentalidade socioafetiva, com devido respeito, parece um equívoco, pois a relação de afeto é, sobretudo, qualitativa e não quantitativa.

Ainda com relação à análise do reconhecimento voluntário, trata-se de ato irrevogável, justamente porque envolve estado de pessoas. Pelo art. 1.610 do CC/2002, essa irrevogabilidade ocorre mesmo que o reconhecimento seja feito por testamento, que, como se sabe, é ato revogável. O conteúdo pessoal ou existencial do testamento relativo ao reconhecimento de filho não pode ser atingido pela revogação do seu conteúdo patrimonial.

O ato de reconhecimento de filhos é incondicional, não estando sujeito a condição (evento futuro e incerto). Também não pode estar sujeito a termo (evento futuro e certo). Nos dois casos, devem ser considerados sem efeito, ineficazes, somente a condição e o termo apostos no reconhecimento, aproveitando-se o restante

do ato, o que é aplicação do *princípio da conservação do negócio jurídico* (art. 1.613 do CC). Em outras palavras, a condição e o termo, como elementos acidentais, não atingem a validade do ato referente ao reconhecimento. Vale o reconhecimento, sendo ineficazes os elementos acidentais apostos.

A título de exemplo, se alguém faz a seguinte declaração: “reconheço você como meu filho quando meu pai morrer”; a partir do termo (*quando*), as expressões devem ser excluídas. Em suma, vale o reconhecimento declarado, para todos os fins jurídicos.

O reconhecimento voluntário produz efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos, e *ex tunc* (efeitos retro-operantes ou retroativos). Trata-se de um ato personalíssimo que somente compete ao pai e à mãe.

O art. 1.611 do atual Código Civil tem redação polêmica, enunciando que o filho havido fora do casamento e reconhecido por um dos cônjuges não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro cônjuge. O dispositivo privilegia o casamento, mas, por outro lado, não deixa de discriminar o filho havido fora do casamento. Por isso, seria melhor que o Código Civil de 2002 não trouxesse o comando legal em questão, cabendo ao aplicador analisar as circunstâncias fáticas diante da nova principiologia do Direito de Família, particularmente tendo como fundamento o *princípio de maior interesse da criança* (*best interest of the child*).

Na verdade, como Paulo Lôbo, compreendemos que o art. 1.611 deve ser harmonizado com o art. 1.612 do CC (*Código Civil...*, 2003, p. 118). Por esse último dispositivo, “O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconhecerem e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor”. O princípio de melhor interesse da criança é cristalino nesse comando legal, devendo prevalecer no caso concreto. Em síntese, como afirmam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, o art. 1.611 deve ser interpretado “*modus in rebus*, ou seja, em justa e ponderada medida, dentro dos parâmetros da razoabilidade” (*Novo Curso...*, 2011, p. 619).

Sem prejuízo de tais conclusões, anote-se que o dispositivo criticado não considera a questão de o filho reconhecido ser maior e capaz e, portanto, simplesmente não desejar morar no lar conjugal. Também não considera a situação em

que o filho reconhecido pelo marido já é filho biológico de sua esposa. Imagine-se um caso prático em que nasce uma criança cuja mãe é solteira e, portanto, o pai não a reconhece. Posteriormente, casando-se com a mãe da criança, o pai biológico reconhece seu filho havido antes do casamento. Nessa situação, o filho reconhecido já reside no lar conjugal, não sendo o caso de incidir a norma.

Encerrando a análise do reconhecimento voluntário da paternidade, determina o art. 1.617 do CC que a filiação materna ou paterna pode resultar de casamento declarado nulo, ainda que este não seja reconhecido como putativo. Na verdade, a norma é mais sobre filiação do que sobre reconhecimento de filhos, estando mal colocada no Código Civil. Como visto, a putatividade ou não do casamento não atinge os direitos dos filhos (art. 1.561 do CC), espírito esse que é mantido no dispositivo em comento.

Superada a análise das regras a respeito do reconhecimento voluntário, parte-se ao estudo detalhado do reconhecimento judicial.

6.3.3 Reconhecimento judicial

Antes do estudo dos principais pontos e das polêmicas acerca da ação de reconhecimento de filiação, é imperioso repetir que a ação mais comum é a de investigação de paternidade, nomenclatura que será utilizada diante dessa realidade prática. De qualquer forma, alguns pontos aqui discutidos igualmente são aplicados à ação de investigação de maternidade, que não é vedada, apesar da sua rara incidência nas situações fáticas. Ambas as ações devem seguir o ora procedimento comum, antes rito ordinário (art. 318 do CPC/2015).

O art. 2.º da Lei 8.560/1992 trata da *averiguação oficiosa da paternidade*, com a possibilidade de medidas pelo Ministério Público para esse reconhecimento no plano judicial (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil...*, 2005, p. 243). Vejamos a ordem lógica desses procedimentos:

- 1.º) Nos casos de registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial do registro civil remeterá ao juiz certidão integral

do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

- 2.º) O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independentemente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.
- 3.º) O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.
- 4.º) No caso de o suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.
- 5.º) Se o suposto pai não atender no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que este intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.
- 6.º) A iniciativa conferida ao Ministério não impede a de quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade. Assim, o próprio filho, representado, assistido ou por ele mesmo, poderá ingressar com a competente ação, com advogado ou defensor devidamente constituído para tanto. A este autor parece que a iniciativa conferida ao MP não afasta eventual atuação do Defensor Público.

O Provimento 16, da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, de fevereiro de 2012, procurou dar mais efetividade a essa *averiguação oficiosa*, o que era pleiteado por muitos profissionais da área do Direito de Família. O citado provimento tem como fulcro atender ao “*Programa Pai Presente*”, instituído por outra norma do mesmo Conselho Nacional de Justiça.

De acordo com o seu art. 1.º, em caso de menor que tenha sido registrado apenas com a maternidade estabelecida – sem obtenção, à época, do reconhecimento

de paternidade pelo modo descrito no art. 2.º, *caput*, da Lei 8.560/1992 –, este procedimento deverá ser observado, a qualquer tempo, sempre que, durante a menoridade do filho, a mãe comparecer pessoalmente perante o Oficial de Registro de Pessoas Naturais e apontar o suposto pai.

Poderá se valer de igual faculdade o filho maior, comparecendo pessoalmente perante o Oficial de Registro de Pessoas Naturais (art. 2.º do Provimento). O Oficial do Registro providenciará o preenchimento de termo, conforme modelo juntado ao Provimento, do qual constarão os dados fornecidos pela mãe (art. 1.º) ou pelo filho maior (art. 2.º), e colherá sua assinatura, firmando--o também e zelando pela obtenção do maior número possível de elementos para identificação do genitor, especialmente o seu nome, a sua profissão (se conhecida) e o seu endereço.

O Oficial perante o qual houver comparecido a pessoa interessada remeterá ao seu Juiz Corregedor Permanente, ou ao magistrado competente da respectiva Comarca, esse termo, acompanhado da certidão de nascimento, em original ou cópia (art. 4.º do Provimento 16 do CNJ).

O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída (art. 4.º, § 1.º). O magistrado, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça e, se considerar conveniente, requisitará do Oficial, perante o qual realizado o registro de nascimento, a certidão integral (art. 4.º, § 2.º). No caso de o suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao Oficial da serventia em que originalmente feito o registro de nascimento, para a devida averbação de seu nome (art. 4.º, § 3.º, do Provimento 16 do CNJ).

Porém, se o suposto pai não atender, no prazo de trinta dias, a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público ou da Defensoria Pública para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade (art. 4.º, § 4.º). Como se nota, o Provimento reconhece a legitimidade à Defensoria Pública, na linha do que foi por este autor defendido quando comentado o art. 2.º da Lei 8.560/1992. Trata-se de

inovação que vem em boa hora, ampliando as atribuições dos defensores públicos brasileiros. Em verdade, quando a lei foi elaborada, a Defensoria Pública não havia sido ainda instalada na grande maioria das unidades da Federação.

O Provimento do CNJ considera dispensável o ajuizamento de ação de investigação de paternidade pelo Ministério Público ou Defensoria se, após o não comparecimento ou a recusa do suposto pai em assumir a paternidade a ele atribuída, a criança for encaminhada para adoção (art. 4.º, § 5.º).

Obviamente, a iniciativa conferida ao Ministério Público ou Defensoria Pública não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade, representado por advogado (art. 4.º, § 5.º, do Provimento 16 do CNJ).

Toda essa sistemática não será utilizada se já pleiteado em juízo o reconhecimento da paternidade, razão pela qual constará, ao final do termo antes referido, declaração da pessoa interessada que o reconhecimento não ocorreu da forma prevista no Provimento (art. 5.º).

Sem prejuízo das demais modalidades legalmente previstas, o reconhecimento espontâneo de filho poderá ser feito perante Oficial de Registro de Pessoas Naturais a qualquer tempo, por escrito particular, que será arquivado em cartório, não havendo qualquer questão prejudicial da averiguação oficiosa (art. 6.º, *caput*, do Provimento 16 do CNJ).

Para tal finalidade, a pessoa interessada poderá optar pela utilização de termo, cujo preenchimento será providenciado pelo Oficial e conforme modelo anexado ao Provimento, o qual será assinado por ambos (art. 6.º, § 1.º). A fim de efetuar o reconhecimento, o interessado poderá, facultativamente, comparecer a Ofício de Registro de Pessoas Naturais diverso daquele em que lavrado o assento natalício do filho, apresentando cópia da certidão de nascimento deste, ou informando em qual serventia foi realizado o respectivo registro e fornecendo dados para indubitosa identificação do registrado (art. 6.º, § 2.º). Esse Oficial perante o qual houver comparecido o interessado remeterá, ao registrador da serventia em que realizado o registro natalício do reconhecido, o documento escrito e assinado que consubstancia o reconhecimento, com a qualificação completa da pessoa que reconheceu o filho e com

a cópia, se apresentada, da certidão de nascimento (art. 6.º, § 3.º).

Quanto ao reconhecimento de filho por pessoa relativamente incapaz, este independará de assistência de seus pais, tutor ou curador, o que já era amplamente reconhecido pela doutrina (art. 6.º, § 4.º, do Provimento 16 do CNJ).

A averbação do reconhecimento de filho realizado sob a égide do Provimento será concretizada diretamente pelo Oficial da serventia em que lavrado o assento de nascimento, independentemente de manifestação do Ministério Público ou decisão judicial, mas dependerá de anuência escrita do filho maior, ou, se menor, da mãe (art. 7.º, *caput*). A necessidade de concordância do filho maior segue o modelo da primeira parte do art. 1.614 do CC/2002, dispositivo outrora comentado.

A colheita dessa anuência poderá ser efetuada não só pelo Oficial do local do registro, como também por aquele, se diverso, perante o qual comparecer o reconhecedor (art. 7.º, § 1.º). Na falta da mãe do menor, ou impossibilidade de manifestação válida desta ou do filho maior, o caso será apresentado ao juiz competente (art. 7.º, § 2.º).

Se o Oficial de Registro de Pessoas Naturais, ao atuar nos termos do Provimento do CNJ, suspeitar de fraude, falsidade ou má-fé, não praticará o ato pretendido e submeterá o caso ao magistrado, comunicando, por escrito, os motivos da suspeita (art. 7.º, § 3.º). Isso, sob pena de sua responsabilização pessoal.

Nas hipóteses de indicação do suposto pai e de reconhecimento voluntário de filho, competirá ao Oficial a minuciosa verificação da identidade de pessoa interessada que perante ele comparecer, mediante colheita, no termo próprio, de sua qualificação e de sua assinatura, além de rigorosa conferência de seus documentos pessoais (art. 8.º, *caput*).

Em qualquer caso, o Oficial perante o qual houver o comparecimento, após conferir o original, manterá em arquivo cópia de documento oficial de identificação do interessado, juntamente com cópia do termo, ou documento escrito, por este assinado (art. 8.º, § 1.º). No caso de comparecimento perante Oficial de Registro Civil diverso, este, sem prejuízo da observância do procedimento já descrito, remeterá ao registrador da serventia em que lavrado o assento de nascimento, também, cópia do documento oficial de identificação do declarante (art. 8.º, § 2.º).

Por fim, com tom social indiscutível, o art. 9.º do Provimento do CNJ estabelece que haverá observância, no que couber, das normas legais referentes à gratuidade de atos.

Superado esse estudo do Provimento, a ação investigatória, por sua natureza declaratória e por envolver estado de pessoas e a dignidade humana, não está sujeita a prazos decadenciais, sendo um direito indisponível do investigante. Nos casos de menores é clara a norma do art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990): “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

Para as situações envolvendo maiores, igualmente, a inexistência de prazo decadencial ou prescricional para a propositura da ação de investigação do vínculo filial é confirmada pela Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a da petição de herança”. Anote-se que o STJ continua aplicando esse antigo entendimento do STF. A título de exemplo:

“Processo civil. Investigação de paternidade. Ação de estado. Imprescritibilidade. Ascendência biológica comprovada. Súmula n.º 7/STJ. Recurso não provido. 1. A inexistência de vínculo afetivo entre a investigante e o investigado não afasta o direito indisponível e imprescritível de reconhecimento da paternidade biológica (Lei 8.069/90, art. 27). 2. Irrelevância da alegação – não comprovada nos autos, segundo a análise da prova feita pelas instâncias ordinárias (Súmula 7) – de que haveria vínculo socioafetivo, entre a investigante e o então companheiro de sua mãe, para afastar o direito ao reconhecimento da paternidade reconhecida por exame de DNA. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no Ag 1.138.467/MG, 4.ª Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17.11.2011, *DJe* 29.11.2011).

“Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de investigação

de paternidade c/c petição de herança e anulação de partilha. Decadência. Prescrição. Anulação da paternidade constante do registro civil. Decorrência lógica e jurídica da eventual procedência do pedido de reconhecimento da nova paternidade. Citação do pai registral. Não se extingue o direito ao reconhecimento do estado de filiação exercido com fundamento em falso registro. Na petição de herança e anulação de partilha o prazo prescricional é de vinte anos, porque ainda na vigência do CC/1916” (STJ, REsp 693.230/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.04.2006, DJ 02.05.2006, p. 307).

Todavia, na vigência do Código Civil de 2002, deve-se entender pela aplicação do prazo de dez anos, constante do art. 205 do CC/2002 (regra geral de prescrição) para a ação de petição de herança, prazo este que deve ser contado, segundo o entendimento majoritário, a partir da abertura da sucessão, com a morte do autor da herança (TJSP, Apelação com Revisão 405.141.4/0, Acórdão 2550972, São Paulo, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda, j. 26.03.2008, DJESP 18.04.2008).

Esse prazo não afasta o direito personalíssimo do filho de saber quem é o pai, tendo apenas efeitos patrimoniais relacionados com a herança, como é próprio da prescrição. O tema está aprofundado no Volume 6 desta colação, inclusive com a insurgência deste autor quanto ao prazo prescricional quanto à ação de petição de herança.

Superada essa questão, parte-se ao estudo dos tópicos principais da ação investigatória. Será aqui *montada* uma petição inicial da ação investigatória, visando a atuação na prática do Direito de Família.

6.3.3.1 Foro competente para apreciar a ação investigatória

Como a ação investigatória é uma ação pessoal, em regra será competente o foro de domicílio do réu (art. 46 do CPC/2015, correspondente ao art. 94 do CPC/1973). Mas se a ação estiver cumulada com a de alimentos, há reiterado

entendimento do STJ no sentido de que será competente o foro de domicílio do autor que busca a investigação (art. 100, II, do CPC/1973; reproduzido pelo art. 53, II, do CPC/2015).

Nesse sentido a Súmula 1 daquele Egrégio Tribunal: “O foro de domicílio ou residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos”. Isso porque prevalece a norma de proteção do vulnerável, qual seja, do alimentando ou credor. Acreditamos que essa posição será mantida na vigência do Estatuto Processual emergente.

Se a ação for cumulada com petição de herança, surgia divergência jurisprudencial, se competente o mesmo foro onde correu ou corre o inventário ou do domicílio de qualquer herdeiro.

Forçoso concluir que, no caso de não estar encerrado o inventário, será competente o mesmo foro onde correu este, pelo que constava do art. 96 do CPC anterior. Nesse sentido:

“Conflito de competência. Inventário. Ação de investigação de paternidade com petição de herança. 1. A ação de investigação de paternidade foi proposta no Juízo de Morrinhos/GO, quando já estava sendo processado o inventário no Juízo de Londrina/PR. O inventário e a ação de investigação de paternidade c/c petição de herança devem ser processados no foro do domicílio do autor da herança, nos termos do artigo 96 do Código de Processo Civil. Já definida anteriormente por esta Corte, ante a aplicação do mencionado dispositivo do Código de Processo Civil, a competência do Juízo de Londrina/PR para o processamento e julgamento dos autos do inventário, deve a ação investigatória ser processada neste mesmo foro. 2. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 7.ª Vara Cível de Londrina/PR” (STJ, CC 28.535/PR, 2.ª Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 08.11.2000, *DJ* 18.12.2000, p. 152).

“Competência. Ação de anulabilidade de assento de nascimento, cumulada com investigação de paternidade e petição de herança. Demandas que

interessam ao espólio. *Vis attractiva* do juízo do inventário. Exceção de incompetência julgada procedente. Agravo desprovido. Pelo regime adotado no art. 96 do CPC, qualquer ação em que o espólio seja réu e de competência do foro do inventário, máxime aquelas que dizem diretamente respeito à herança” (TJPR, Acórdão 12659, Agravo de Instrumento, 2.^a Câmara Cível Rel. Juiz Munir Karam, Curitiba, 3.^a Vara de Família, publicação 12.08.1996).

Como a regra constante do art. 96 do CPC/1973 foi reproduzida pelo art. 48 do CPC/2015, essa posição deve ser mantida.

No entanto, encerrado o inventário, será competente o foro de domicílio de qualquer herdeiro, não se aplicando a regra anterior do art. 96 do Estatuto Processual de 1973; premissa que igualmente deve ser conservada na vigência do Novo CPC pela última correspondência citada.

Porém, cabe anotar que, havendo pendência do julgamento da investigação de paternidade, a ação de petição de herança deve correr na mesma Vara da Família em que segue tal demanda declaratória, o que visa à facilitação de julgamento (STJ, CC 124.274/PR, 2.^a Seção, Rel. Min. Raul Araújo, j. 08.05.2013, publicado no seu *Informativo* n. 524).

Por fim, se a ação investigatória estiver cumulada com petição de herança e alimentos, o Superior Tribunal de Justiça entende pela competência do domicílio do alimentando, diante da corriqueira prevalência da norma que tutela o vulnerável, julgamento esse que é correto e que mais uma vez deve ser mantido sob a égide do Novo *Codex*.

Colaciona-se a ementa que confirma essa conclusão: “Competência. Investigação. Paternidade. Herança. Alimentos. Inventário. Ao se encerrar o inventário com trânsito em julgado da respectiva sentença homologatória, o espólio deixa de existir e as ações propostas contra aqueles detentores dos bens inventariados não se subordinam mais aos ditames do art. 96 do CPC. Assim, a ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança e alimentos é da competência do foro do domicílio ou da residência do alimentando (Súm. 1-STJ). Há que prevalecer, no caso, a regra especial do art. 100, II, daquele código” (STJ, CC

51.061/GO, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 09.11.2005).

6.3.3.2 *Legitimidade ativa para a ação investigatória*

Como ocorre com a maioria das ações fundadas no Direito de Família, a ação investigatória é personalíssima do filho investigante, o que justifica a inexistência de prazos decadenciais para a sua propositura. Sendo menor, este deverá ser representado (menor de 16 anos – absolutamente incapaz) ou assistido (menor entre 16 e 18 anos – relativamente incapaz), geralmente pela mãe. A ação também cabe ao filho maior de 18 anos, sem a necessidade de representação ou assistência, em razão de sua capacidade civil plena.

Conforme outrora exposto, o MP também pode agir como substituto processual, tendo legitimação extraordinária, conforme a Lei 8.560/1992. Este autor entende pela possibilidade de se reconhecer legitimidade à Defensoria Pública para tal intento, tema que está em grande debate na prática familiarista.

Seguindo a *corrente concepcionista*, deve-se entender que a ação igualmente cabe ao nascituro, que por si só pode promover a ação, devidamente representado. A questão divide o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Primeiramente, há julgados concluindo que o nascituro teria esta legitimidade:

“Família. Investigação de paternidade e alimentos. Natureza personalíssima da ação. Legitimidade ativa. Direito do nascituro. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.377309-2/001, Belo Horizonte, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 10.03.2005, *DJMG* 10.06.2005).

“Investigação de paternidade. Alimentos. Nascituro. Ação proposta pela gestante, em nome próprio, contra o suposto pai. Ilegitimidade de parte reconhecida. Ação personalíssima. Arts. 3.º e 6.º do CPC. Sentença mantida

Recurso desprovido” (TJSP, Apelação Cível 340.115-4/0/Avaré, 5.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Silvério Ribeiro, 10.11.2004, v.u.).

Filia-se a essas ementas, pois já foi afirmado que a ação é personalíssima, e para este autor o nascituro é pessoa humana (*teoria concepcionista*).

Entretanto, para outra corrente, a ação deve ser proposta pela mãe, sendo substituído o polo ativo da ação após o nascimento da criança:

“Direito de nascituro. Investigação de paternidade. Legitimidade ativa da mãe. Nascimento superveniente. Sentença de extinção do processo. Provimento do recurso” (TJMG, Apelação Cível 1.0000.00.220849-4/000 Belo Horizonte, 5.^a Câmara Cível, Rel. Des. Aluizio Quintão, j. 11.10.2001 *DJMG* 01.02.2002).

“Investigação de paternidade. Nascituro. Possibilidade científica e jurídica. Extinção dos autos em primeira instância por falta de interesse. Descabimento. Possibilidade conferida pela lei processual à mãe para ser investida na posse dos direitos cabentes ao nascituro e a proteção legal da dignidade deste último, tudo aliado à ampla garantia constitucional da proteção à vida. Inclusão do nascituro no polo ativo, pois já deve ter nascido. Apelo provido” (TJSP, Apelação Cível 349.128-4/4, Itaporanga, 5.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Dimas Carneiro, 02.02.2005, v.u.).

Como se nota, o acórdão transcrito segue a teoria natalista, que, com o devido respeito, não é mais o entendimento majoritário na doutrina contemporânea.

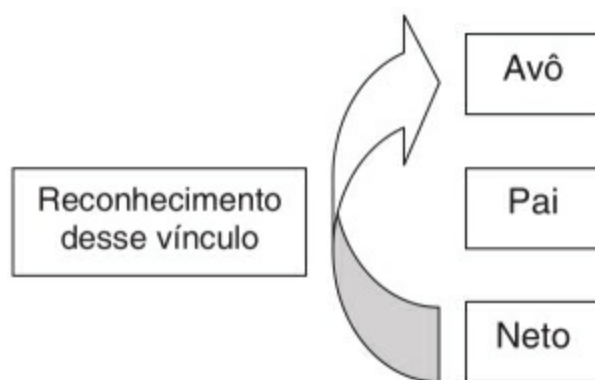
Segundo o STJ, o que também quebra com o caráter personalíssimo da referida ação, a investigatória também cabe do neto contra o avô, visando constituir, a título de exemplo, o vínculo do último em relação ao pai do primeiro. Essa ação é denominada *ação avoenga*:

“Agravamento regimental. Agravamento de instrumento. Direito de família. Relação avoenga. Reconhecimento judicial. Possibilidade jurídica do pedido.

Legitimidade ativa dos netos. Pai já falecido. Recurso desprovido. (...). A Segunda Seção desta Corte Superior consagrou o entendimento de que é juridicamente possível e legítima a ação ajuizada pelos netos, em face do suposto avô, com a pretensão de que seja declarada relação avoenga, se já falecido o pai dos primeiros, que em vida não pleiteou a investigação de sua origem paterna. (...)” (STJ, AgRg no Ag 1.319.333/ MG, 3.^a Turma, Rel. Mir Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 03.02.2011 *DJe* 14.02.2011).

“Ação dos netos para identificar a relação avoenga. Precedente da Terceira Turma. Precedente da Terceira Turma reconheceu a possibilidade da ação declaratória ‘para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô’ (REsp 269/RS, Rel. Min. Waldemar Zveiter, *DJ* 07.05.1990). Recursos especiais conhecidos e providos” (STJ REsp 603.885/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 03.03.2005, *DJ* 11.04.2005, p. 291).

Para findar este tópico, o desenho a seguir esquematiza a *ação avoenga*:



6.3.3.3 *Legitimidade passiva para a ação investigatória*

Em regra, a ação será proposta contra o suposto pai ou suposta mãe, diante do seu caráter pessoal.

Falecido este ou esta, a ação será proposta contra os herdeiros da pessoa

investigada, não contra o espólio, justamente diante desse caráter pessoal. Lembre-se de que o espólio não tem personalidade jurídica, o que afasta a possibilidade de propositura da demanda contra este (TJRS, Apelação Cível 232698-85.2011.8.21.7000, Soledade, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 18.08.2011, *DJERS* 25.08.2011; TJMG, Apelação Cível 1.0570.04.003751-9/001 Salinas, 4.^a Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Moreira Diniz, j. 30.06.2005, *DJMG* 09.08.2005 e TJGO, AR 1187-6/183, Anápolis, 2.^a Seção Cível, Rel. Des. Kisle Dias Maciel Filho, j. 05.09.2001, *DJGO* 01.10.2001).

Não havendo herdeiros e falecendo o suposto pai ou mãe, a ação será proposta contra o Estado (Município ou União), que receberá os bens vagos.

Como demonstrado, a ação também pode ser proposta contra o avô no caso de *ação avoenga*.

6.3.3.4 *Fundamentos jurídicos do pedido*

De início, a ação está fundamentada no art. 2.^o da Lei 8.560/1992 e na igualdade entre filhos constante do art. 227, § 6.^o, da CF/1988 e do art. 1.596 do CC/2002. Podem ainda ser citados o art. 229 da CF (“Os pais têm o dever de assistir criar e educar os filhos menores”) e o art. 1.^o, III, do mesmo Texto Maior (proteção da dignidade da pessoa humana).

Em relação aos alimentos requeridos pelo filho havido fora do casamento, prevê o art. 1.705 do CC/2002 que ele tem o direito de pleiteá-los, podendo o juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.

Toda essa fundamentação jurídica, no plano fático, está amparada na necessidade de realização de prova técnica efetiva para demonstrar a existência de vínculo entre as partes envolvidas. Diante das avançadas técnicas de engenharia genética, a prova mais efetiva é a realização de exame de DNA dos envolvidos, o que traz certeza quase absoluta quanto ao vínculo biológico. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o direito à verdade biológica é um direito fundamental, amparado na proteção da pessoa humana (STJ, REsp 833.712/RS, Proc

2006/0070609-4, 3.^a Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrichi, j. 17.05.2007, *DJU* 04.06.2007, p. 347).

Anote-se que, para a mesma jurisprudência superior, a prova pode ser obtida inclusive com a realização de exumação do cadáver do suposto pai e posterior exame de DNA, o que deve ser considerado como exceção e não como regra, caso os filhos do falecido se neguem a fazer o exame (STJ, AgRg no Ag 1.159.165/MG, *DJe* 04.12.2009; MC 17.554/DF, *DJe* 30.03.2011; AgRg no Ag 595.766/RJ, *DJ* 17.12.2004; Ag 436.704/SP, *DJ* 18.08.2003; AgRg na MC 2.430/ PR, *DJ* 18.12.2000, e AgRg na Pet 7.942/DF, *DJe* 17.09.2010. Todos citados em STJ, AgRg na Pe 8.321/DF, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.04.2011, publicado no *Informativo* n. 468).

6.3.3.5 *Valor da causa e outros efeitos*

Em regra, é atribuído um valor apenas para fins de alçada ou distribuição (v.g., R\$ 1.000,00). Entretanto, se a ação estiver cumulada com alimentos, como é comum, o valor da causa será correspondente a doze vezes o valor dos alimentos pleiteados, aplicando-se o art. 292, inciso III, do CPC/2015; reprodução do art. 259, inciso VI do CPC/1973.

Na grande maioria das vezes, em razão da hipossuficiência econômica do autor da demanda, são concedidos os benefícios da justiça gratuita. Dispõe o art. 98, § 1.º, inciso V, do CPC/2015, que a gratuidade da justiça inclui as despesas com a realização de exame de DNA.

No que concerne à contestação da ação, estabelece o art. 1.615 do CC/2002 que esta cabe a qualquer pessoa que tenha justo motivo para tanto. Esse dispositivo não sofreu qualquer interferência pelo Novo CPC. Assim, deve-se entender que interessados são todas aquelas pessoas que possam vir a ser afetadas pela decisão, o que ocorre com o genitor biológico, o genitor que consta do registro, o genitor afetivo; bem como com o cônjuge ou companheiro do suposto genitor, os herdeiros do suposto genitor, dentre outros (LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil...*, 2003, p. 137). A jurisprudência do Tribunal Mineiro, em decisão de 2008, muito bem reconheceu a

legitimidade à herdeira para tal contestação:

“Apelação cível. Ação constitutiva negatória de paternidade. Legitimidade ativa da neta. Ação de investigação de paternidade anteriormente ajuizada pela apelada julgada procedente. Interesse moral ou material da herdeira em requerer a realização de exame de DNA. Artigo 1.615 do CC. Dar provimento ao apelo principal para determinar o prosseguimento do feito. Apelo adesivo. Litigância de má-fé. Inocorrência. Demais questões prejudicadas. Decorre da exegese do artigo 1.615 do Código Civil a possibilidade de impugnação da ação investigatória de paternidade por qualquer pessoa legitimamente interessada em demonstrar a irreabilidade do estado de filho legítimo ostentado por alguém. A presença de interesse moral, bem como interesse patrimonial decorrente do direito sucessório, legitima a autora a pretender a declaração de inexistência de filiação legítima da apelada” (TJMG, Apelação Cível 1.0479.06.114117-8/0011, Passos, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. Armando Freire, j. 05.08.2008, *DJEMG* 12.09.2008).

Sobre a legitimidade do cônjuge do suposto pai, julgou recentemente o STJ, em decisão publicada no seu *Informativo* n. 578, que, “mesmo nas hipóteses em que não ostente a condição de herdeira, a viúva poderá impugnar ação de investigação de paternidade *post mortem*, devendo receber o processo no estado em que este se encontra”. Ainda conforme a ementa, interpretando o art. 1.615 do Código Civil, “o interesse em contestar não é privativo dos litisconsortes necessários. Esclareça-se, a propósito, que a doutrina – seja sob a égide do Código de 1916, seja do atual – orienta-se no sentido de que o ‘justo interesse’ pode ser de ordem econômica ou moral. De igual modo já decidiu o STF, em julgado no qual foi reconhecida a legitimidade da viúva do alegado pai para contestar ação de investigação de paternidade em hipótese em que não havia petição de herança (RE 21.182/SE, 1.^a Turma, j. 29/04/1954). Desta feita, o interesse puramente moral da viúva do suposto pai, tendo em conta os vínculos familiares e a defesa do casal que formou com o falecido, compreende-se no conceito de ‘justo interesse’ para contestar a ação de

investigação de paternidade, nos termos do art. 365 do CC/1916 e do art. 1.615 do CC/2002. Não sendo herdeira, deve ela, todavia, receber o processo no estado em que este se encontrar, uma vez que não ostenta a condição de litisconsorte passiva necessária” (STJ, REsp 1.466.423/GO, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 23.02.2016, *DJe* 02.03.2016).

Em relação à sentença que julgar procedente a ação investigatória, esta produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário ou perfilhação (art. 1.616 do CC). Contudo, essa sentença poderá determinar que o filho seja criado e educado fora da companhia dos pais ou daquele que contestou essa qualidade, desde que isso não viole o princípio do maior interesse do menor ou da proteção integral da criança e do adolescente.

Superada a análise geral da ação investigatória, parte-se aos aprofundamentos do tema, com o estudo de questões controvertidas que envolvem a ação investigatória de paternidade.

6.3.4 Questões controvertidas quanto à ação investigatória de paternidade

Visando a um aprofundamento maior do estudo da matéria, serão expostas algumas questões controvertidas em relação à ação investigatória de paternidade, temas que interessam diretamente à prática do Direito de Família. A divisão, mais uma vez, será pontual.

6.3.4.1 *Os alimentos na ação investigatória*

De início, quanto às polêmicas, surge a dúvida: qual seria o termo inicial para fixação dos alimentos na ação investigatória no caso de cumulação de pedidos? Em regra, o termo inicial é a sentença, mas, conforme jurisprudência do STJ, essa sentença deve retroagir à data da citação, se a ação investigatória é julgada procedente. Nesse sentido, prevê a Súmula 277 daquele Tribunal que: “Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da

citação”. Isso vale se os alimentos não forem fixados provisoriamente, por meio de tutela antecipada ou em cautelar de alimentos provisionais.

À luz do Direito Civil Constitucional, o enunciado da súmula é perfeito. Isso porque, diante do princípio constitucional da isonomia e da igualdade entre filhos (arts. 5.º e 227, § 6.º, da CF/1988), todos têm direitos iguais. Se na hipótese de prova pré-constituída da relação de parentesco (certidão de nascimento) os alimentos são devidos desde a citação, pelo que prevê a Lei 5.478/1968, o mesmo pode ser dito quando não há essa prova inicial, comprovado o vínculo posteriormente. Entendimento em contrário traria a indesejada e inconstitucional discriminação de filhos.

Como reforço pode ser citado o outrora comentado art. 1.616 do CC/2002, pelo qual a sentença que julgar procedente a ação investigatória produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário. Mais uma vez, acreditamos que o Novo CPC nada muda a respeito dessas conclusões.

6.3.4.2 *A discussão da parentalidade socioafetiva na ação investigatória*

Outra questão polêmica que pode ser invocada é a de alegação de *paternidade socioafetiva* em ação investigatória de paternidade. Imagine-se um caso prático analisado, tendo em vista a recente decisão do STF sobre o tema (RE 898.060/SC Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016).

Um casal tem um filho, que é devidamente registrado pelo marido, que pensa ser o seu filho. Trinta anos depois, após a morte do marido, a mulher conta ao seu filho que o seu pai não é aquele que faleceu, mas outra pessoa, com quem ela teve um relacionamento rápido quando era jovem. Ciente do fato, o filho resolve promover a ação contra o seu suposto pai verdadeiro.

Realizado o exame de DNA no curso da ação, constata-se que o pai biológico do autor é o réu e não aquele que o criou durante trinta anos. Há como desconstituir o vínculo de paternidade em relação àquele para que um novo seja constituído com o réu? Diante da *parentalidade socioafetiva*, mais especificamente, da *paternidade socioafetiva*, a resposta dada por este autor era negativa.

No caso em questão, dever-se-ia concluir, como Maria Berenice Dias, que a ação somente declararia a existência do vínculo biológico, o que era reconhecido como um direito personalíssimo da parte. Porém, em relação ao vínculo de paternidade com todas as suas consequências, este permaneceria em relação ao falecido. Vejamos as suas palavras:

“Em síntese, se o autor mantém com alguém – pai registral, adotivo ou outra pessoa – um vínculo de filiação socioafetiva, gozando da posse do estado de filho, ainda assim pode buscar a identificação da verdade biológica. A ação será acolhida, mas a sentença terá meramente conteúdo declaratório. Sem efeitos jurídicos outros, dando ao autor somente a segurança jurídica sobre a relação de paternidade. Ou seja, se for adotado, se estiver registrado por alguém ou mantiver com esses ou com outra pessoa que desempenhe o papel de pai um vínculo de filiação, goza do estado de filho afetivo. Já tem um pai. Por isso, a sentença de procedência não será levada a registro, não se alterando a filiação que se considerou pela convivência. Deve a Justiça privilegiar a verdade afetiva. A procedência da ação não terá efeitos constitutivos, mas meramente declaratórios, sem reflexos jurídicos ou de ordem patrimonial” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2005, p. 363).

A própria jurista sempre destacou julgado interessante, do Tribunal Gaúcho, perfeitamente aplicável ao caso em análise, nos seguintes termos:

“Ação de anulação de registro de nascimento movido por irmão do falecido *pai*. No conflito entre a verdade biológica e a verdade socioafetiva, deve esta prevalecer, sempre que resultar de espontânea materialização da posse de estado de filho. O falecido pai do demandado registrou-o, de modo livre, como filho, dando-lhe, enquanto viveu, tal tratamento, soando até mesmo imoral a pretensão dos irmãos dele (tios do réu) de, após seu falecimento, e flagrantemente visando apenas mesquinhos interesses patrimoniais, pretender desconstituir tal vínculo. Desacolheram os embargos” (TJRS, E

70004514964, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Luiz Felipe Brasi Santos, j. 11.10.2002).

Mais recentemente, vejamos outro acórdão, do mesmo relator, muito claro quanto a essa solução anterior:

“Apelação cível. Investigação de paternidade. Configuração do vínculo biológico. Alteração do registro civil. Impossibilidade. Filiação socioafetiva configurada pela adoção promovida pelos pais registrais há mais de 30 anos. Irrevogabilidade. 1. Assegurado o direito de investigar sua origem biológica e constatado o vínculo genético com o investigado, é parcialmente procedente a pretensão do autor, na medida em que o reconhecimento de paternidade não pode ter repercussões na esfera registral nem patrimonial, uma vez que encontra óbice na relação de filiação socioafetiva estabelecida pela adoção empreendida pelos pais registrais, que é irrevogável, e consolidada ao longo de 30 anos de posse de estado de filho. 2. Assim, dá-se provimento aos recursos dos herdeiros do investigado, afastando a possibilidade de alteração no registro civil e qualquer repercussão patrimonial decorrente da investigatória. Deram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 498749 94.2011.8.21.7000, Bagé, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasi Santos, j. 26.01.2012, *DJERS* 03.02.2012).

Destaque-se que esse mesmo entendimento era compartilhado por Maria Helena Diniz, merecendo transcrição: “A verdade real da filiação pode ser biológica ou socioafetiva; o que importa é o laço que une pais e filhos, fundado no amor e na convivência familiar. Então, ser pai e ser mãe requer um ato de amor, e o amor não conhece fronteiras” (*Direito...*, 2006, p. 814).

Frise-se que o vínculo socioafetivo não afastaria a possibilidade de o filho buscar a sua ascendência genética, o que era concretização do princípio de proteção da dignidade humana. Porém, repise-se que essa ação seria julgada parcialmente procedente em relação ao pai biológico, somente para declarar tal vínculo. O vínculo

de filiação, contudo, deveria ser mantido com o pai socioafetivo que também é pai registral, para todos os fins, inclusive de alimentos e de sucessão. Pontue-se que, no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC, assim votaram inicialmente os Ministros Luiz Edson Fachin e Teori Zavascki, que concluíram pela prevalência do vínculo socioafetivo.

No entanto, ao final, acabou por prevalecer a possibilidade de se demandar o pai biológico para todos os fins jurídicos, o que não afasta o vínculo socioafetivo. Em suma, repise-se que a regra, em casos tais, passou a ser a multiparentalidade, o que já era por nós aqui destacado como um caminho para resolver tal dilema.

Finalizando o tema, é pertinente apontar que a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sempre pioneira, foi a primeira a reconhecer a possibilidade de ingresso de uma ação de reconhecimento de paternidade, mesmo não havendo o vínculo registral como nos casos expostos. A decisão, que possibilita a *ação de declaração de paternidade socioafetiva*, é revolucionária, merecendo colação a sua ementa:

“Ação declaratória. Adoção informal. Pretensão ao reconhecimento. Paternidade afetiva. Posse do estado de filho afetivo. Investigação de paternidade socioafetiva. Princípios da solidariedade humana e da dignidade da pessoa humana. Ativismo judicial. Juiz de família. Declaração da paternidade. Registro. A paternidade sociológica é um ato de opção, fundando-se na liberdade de escolha de quem ama e tem afeto, o que não acontece, às vezes, com quem apenas é a fonte geratriz. Embora o ideal seja apenas a concentração entre as paternidades jurídicas, biológica e socioafetiva, o reconhecimento da última não significa o desapareço à biologização, mas atenção aos novos paradigmas oriundos da instituição das entidades familiares. Uma de suas formas é a ‘posse de estado de filho’, que é a exteriorização da condição *filia*, seja por levar o nome, seja por ser aceito como tal pela sociedade, com visibilidade notória e pública. Liga-se ao princípio da aparência, que corresponde a uma situação que se associa a um direito ou estado, e que dá segurança jurídica, imprimindo um caráter de

seriedade à relação aparente. Isso ainda ocorre com o ‘estado de filho afetivo’, que além do nome, que não é decisivo, ressalta o tratamento e a reputação, eis que a pessoa é amparada, cuidada e atendida pelo indigitado pai, como se filho fosse. O ativismo judicial e a peculiar atuação do juiz de família impõem, em afago à solidariedade humana e veneração respeitosa ao princípio da dignidade da pessoa, que se supere a formalidade processual, determinando o registro da filiação do autor, com veredicto declaratório nesta investigação de paternidade socioafetiva e todos os seus consectários” (TJRS Apelação provida por maioria. Apelação Cível 70008795775, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, 23.06.2004).

Na mesma linha e mais recentemente, importante *decisum* do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andri ghi, assim ementado:

“Civil e processual civil. Recurso especial. Família. Reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva. Possibilidade. Demonstração. 1. A paternidade ou maternidade socioafetiva é concepção jurisprudencial e doutrinária recente, ainda não abraçada, expressamente, pela legislação vigente, mas a qual se aplica, de forma analógica, no que forem pertinentes, as regras orientadoras da filiação biológica. 2. A norma princípio estabelecida no art. 27, *in fine*, do ECA afasta as restrições à busca do reconhecimento de filiação e, quando conjugada com a possibilidade de filiação socioafetiva, acaba por reorientar, de forma ampliativa, os restritivos comandos legais hoje existentes, para assegurar ao que procura o reconhecimento de vínculo de filiação socioafetivo, trânsito desimpedido de sua pretensão. 3. Nessa senda, não se pode olvidar que a construção de uma relação socioafetiva, na qual se encontre caracterizada, de maneira indelével, a posse do estado de filho, dá a esse o direito subjetivo de pleitear, em juízo, o reconhecimento desse vínculo, mesmo por meio de ação de investigação de paternidade, a *priori*, restrita ao reconhecimento forçado de vínculo biológico. 4. Não demonstrada a chamada posse do estado de filho, torna-se inviável a pretensão. 5. Recurso não

provido (REsp 1.189.663/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j 06.09.2011, *DJe* 15.09.2011).

Os julgados merecem o apoio deste autor, diante da clara ampliação do conceito de filiação, na linha do que foi defendido na presente obra, colocando-se a parentalidade socioafetiva em situação de igualdade perante a parentalidade biológica.

6.3.4.3 *A relativização da coisa julgada na ação investigatória*

O tema da relativização da coisa julgada é um dos mais controvertidos da ótica processual contemporânea. O assunto entra em cena no que concerne às ações relacionadas com a investigação de paternidade julgada improcedente por ausência de provas em situações em que o exame de DNA não foi realizado. Prevê o Enunciado n 109 do CJF/STJ, da *Jornada de Direito Civil*, que: “A restrição da coisa julgada oriunda de demandas reputadas improcedentes por insuficiência de prova não deve prevalecer para inibir a busca da identidade genética pelo investigando”. Sobre a relativização da coisa julgada, são recomendadas as obras de Humberto Theodoro Júnior e José Augusto Delgado (In: NASCIMENTO, Carlos Valder *Coisa...*, 2005); bem como de Belmiro Pedro Welter (*Coisa...*, 2002).

Alguns juristas, entretanto, criticam tal possibilidade. Nelson Nery Jr., em suas brilhantes palestras e exposições, aponta que algo próximo da relativização da coisa julgada era utilizado na Alemanha nacional-socialista, cujo objetivo era que Adolfo Hitler impusesse e consolidasse o seu poder tirânico. Para esse renomado jurista, a dita relativização traria um precedente perigoso, atentatório ao Estado Democrático de Direito e à segurança jurídica. O que se percebe é que a ideia não é bem aceita entre os processualistas, justamente porque não há nada mais intocável para o processo civil do que a coisa julgada e a certeza das decisões judiciais.

Todavia, pela relativização em casos excepcionais, várias são as manifestações favoráveis entre os civilistas. Maria Helena Diniz sustenta que, “sem embargo, diante da quase certeza do DNA, dever-se-ia, ainda, admitir a revisão da

coisa julgada para fins de investigação de paternidade, em casos de provas insuficientes, produzidas na ocasião da prolação da sentença, para garantir o direito à identidade genética e à filiação, sanando qualquer injustiça que tenha ocorrido em razão de insuficiência probatória” (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2002, p. 408). Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “Não se pode canonizar o instituto da coisa julgada, de modo a afrontar a própria sociedade e o ser humano. Deve-se ponderar, pela *proporcionalidade*, qual dos interesses deve prevalecer no caso concreto: mais vale a *segurança* ou a *justiça*? (*Curso...*, 2012, p. 745).

Sobre o assunto, entende o Superior Tribunal de Justiça pela possibilidade de *relativização da coisa julgada material* em situações tais. Nesse sentido, cumpre transcrever o primeiro precedente relativo ao tema naquele Tribunal Superior:

“Processo civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de família. Evolução. Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, ‘sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza’ na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela verdade real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca, sobretudo,

da realização do processo justo, ‘a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres, a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade’. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum” (STJ, REsp 226.436/PR, 4. Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.06.2001, *DJ* 04.02.2002, p. 370, *RBDF* 11/73, *RDR* 23/354, *RSTJ* 154/403).

Pelo que consta da ementa do julgado, é possível uma nova ação para a prova da paternidade, se a ação anterior foi julgada improcedente em momento em que não existia o exame de DNA. A decisão traz conclusão interessante, no sentido de que a *justiça justa* deve prevalecer sobre a *justiça segura*. Por certo que o Século atual tem como prioridade a tutela de direitos e não a segurança por si só. Sobre a questão, são contundentes as críticas de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

“Acabamos por aprender que as *verdades inteiras* são perigosas, exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído, de molde a não permitir reorganizações, remodelações, rearranjos. É mais seguro, por certo, não mexer muito nas coisas ou nas ideias, pois tudo que se contém dentro de um formato imutável, tende a parecer mais seguro. Na percepção de justiça, por exemplo, aquilo que se apresentar de modo repetitivo, encaixado em formulações preestabelecidas, aquilo que se multiplicar tantas vezes quanto seja desejável fazê-lo, tende a parecer mais seguro e, daí então, deve decorrer a ideia de *segurança jurídica*, este padrão aprisionador de concepções, este denominador comum de repetição, este paradigma inacreditavelmente inamovível... Numa ideia assim – restrita e fechada, e por isso mesmo segura – não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir apenas o justo. Parece que, neste tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a *justiça segura* à *justiça*

justa...” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre peixes.. *Família e dignidade...*, 2006, p. 426).

Em outro julgado, demonstrando que a tendência dessa relativização é realmente forte, o mesmo Tribunal Superior repetiu esse posicionamento anterior: “Paternidade. DNA. Nova ação. A paternidade do investigado não foi expressamente afastada na primeira ação de investigação julgada improcedente por insuficiência de provas, anotado que a análise do DNA àquele tempo não se fazia disponível ou sequer havia notoriedade a seu respeito. Assim, nesse contexto, é plenamente admissível novo ajuizamento da ação investigatória. Precedentes citados: REsp 226.436/PR, *DJ* 04.02.2002; REsp 427.117/MS, *DJ* 16.02.2004; e REsp 330.172/RJ *DJ* 22.04.2002” (STJ, REsp 826.698/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 06.05.2008).

A tese também foi adotada no Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão da lavra do Desembargador e jurista Antônio Carlos Mathias Coltro:

“Ação negatória de paternidade. Sentença extintiva do processo sem julgamento do mérito, diante da existência de decisão procedente em ação de investigação de paternidade já transitada em julgado. Possibilidade de reabertura da discussão, com realização do exame de DNA. Considerações sobre a coisa julgada e a invalidade do processo em que se verifique, por fim, que o demandante, anteriormente demandado, não era parte legítima no polo passivo. Provimento do recurso” (TJSP, 5.^a Câmara – Seção de Direito Privado, Apelação 330.185.4/0-00, Voto 10.860, Comarca Bauru, 1.^a Vara Cível, Processo 1846/2003, apelante A R., apelado W. G. R. (menor rep. por sua mãe), natureza da ação: negatória de paternidade, Rel. A. C. Mathias Coltro).

Em momento ainda mais atual, decidiu o Supremo Tribunal Federal de maneira similar, conforme julgado publicado no seu *Informativo* n. 622, de abril de 2011. Merece destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Dias Toffoli, assim publicado naquele *Informativo de Jurisprudência*:

“Reconheceu-se a repercussão geral da questão discutida, haja vista o conflito entre o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na coisa julgada (CF, art. 5.º, XXXVI), de um lado; e a dignidade humana, concretizada no direito à assistência jurídica gratuita (CF, art. 5.º, LXXIV) e no dever de paternidade responsável (CF, art. 226, § 7.º), de outro. (...). A seguir, destacou a paternidade responsável como elemento a pautar a tomada de decisões em matérias envolvendo relações familiares. Nesse sentido, salientou o caráter personalíssimo, indisponível e imprescritível do reconhecimento do estado de filiação, considerada a preeminência do direito geral da personalidade. Aduziu existir um paralelo entre esse direito e o direito fundamental à informação genética, garantido por meio do exame de DNA. No ponto asseverou haver precedentes da Corte no sentido de caber ao Estado providenciar aos necessitados acesso a esse meio de prova, em ações de investigação de paternidade. Reputou necessária a superação da coisa julgada em casos tais, cuja decisão terminativa se dera por insuficiência de provas (...). Afirmou que o princípio da segurança jurídica não seria, portanto, absoluto, e que não poderia prevalecer em detrimento da dignidade da pessoa humana, sob o prisma do acesso à informação genética e da personalidade do indivíduo. Assinalou não se poder mais tolerar a prevalência, em relações de vínculo paterno-filial, do fictício critério da verdade legal, calcado em presunção absoluta, tampouco a negativa de respostas acerca da origem biológica do ser humano, uma vez constatada a evolução nos meios de prova voltados para esse fim” (STF, RE 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli 07.04.2011).

Ora, a premissa da relativização da coisa julgada justifica-se plenamente utilizando-se a técnica de ponderação, desenvolvida, entre outros, por Robert Alexy (*Teoria...*, 2008); e adotada expressamente pelo art. 489, § 2.º, do Novo CPC, *in verbis*: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

A propósito da utilização eficiente da técnica da ponderação para resolver os problemas relativos ao Direito de Família, cabe mencionar o Enunciado n. 17 do IBDFAM, aprovado no seu *X Congresso Brasileiro*, realizado em 2015: “A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2.º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões”.

Pode-se falar, ainda, em *escolha moral*, conforme difundido pelos juristas norte-americanos, caso de Michael Sandel, conhecido professor da Universidade de Harvard (SANDEL, Michael *Justiça...*, 2011). Nos casos em questão, entendeu-se que a dignidade do suposto filho era constitucionalmente protegida como um direito fundamental (art. 1.º, II, da CF/1988), devendo prevalecer sobre a proteção da coisa julgada, que igualmente tem amparo no Texto Maior (art. 5.º, XXXVI, da CF/1988).

A encerrar o presente tópico, cabe debater se é cabível a relativização da coisa julgada em hipótese fática em que o reconhecimento do vínculo se deu, exclusivamente, pela recusa do investigado ou de seus herdeiros em comparecer ao laboratório para a coleta do material biológico. O Superior Tribunal de Justiça, com razão, respondeu negativamente, pois os precedentes que admitem tal relativização têm aplicação bem restrita, o que deve ser mantido, sob pena de agressão desmedida à segurança jurídica.

Como consta da ementa do acórdão, “o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 363.889/DF, com repercussão geral reconhecida, permitiu, em caráter excepcional, a relativização da coisa julgada formada em ação de investigação julgada improcedente por ausência de provas, quando não tenha sido oportunizada a realização de exame pericial acerca da origem biológica do investigado por circunstâncias alheias à vontade das partes. Hipótese distinta do caso concreto em que a ação de investigação de paternidade foi julgada procedente com base na prova testemunhal, e, especialmente, diante da reiterada recusa dos herdeiros do investigado em proceder ao exame genético, que, chamados à coleta do material por sete vezes, deixaram de atender a qualquer deles” (STJ, REsp 1562239/MS, 3.ª Turma, Rel. Mir Paulo de Tarso Sanseverino, j. 09.05.2017, *DJe* 16.05.2017). O aresto também está bem fundamentado na vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum*

proprium non potest). Conforme consta do seu teor, houve conduta manifestamente contrária à boa-fé objetiva, diante da reiterada negativa, por parte da recorrente, de produzir a prova que traria certeza à controvérsia sobre a paternidade; para, depois, transitada em julgado a decisão que lhe foi desfavorável, ajuizar ação negatória de paternidade visando à realização do exame de DNA que se negara a realizar anteriormente. Eis mais um interessante caso de aplicação da boa-fé objetiva às relações de família, conforme desenvolvido no Capítulo 1 desta obra.

6.3.4.4 *A obrigatoriedade do exame de DNA e a presunção de paternidade*

Outro tema de importante relevo refere-se à obrigatoriedade da realização do exame de DNA. Conforme antes demonstrado, o exame de DNA vem sendo apontado pela doutrina e pela jurisprudência como meio de prova dos mais eficazes, justamente porque dá certeza quase absoluta da ausência ou da presença do vínculo biológico. O exame em questão veio a substituir a fragilidade da prova testemunhal que antes era produzida, baseada, sobretudo, no relacionamento sexual plúrimo da mãe do investigante, com vários homens (*exceptio plurium concubentium*). Na verdade, por vezes, essa prova até se revelava como violadora da intimidade e da dignidade humana, eis que era realizada uma verdadeira devassa na vida íntima dessa mãe. Atualmente, não há mais a necessidade dessa indesejada investigação, podendo-se até sustentar que cabe reparação por danos morais nos casos de sua utilização.

Contudo, as dúvidas que surgem são as seguintes: pode o réu da ação investigatória negar-se a fazer tal exame? Caso ocorra a negativa, caberá a prisão civil? Sobre esse tema, discorrem muito bem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso...*, 2004, p. 455). Lembram esses doutrinadores que: “Em artigo publicado no *site* do Conselho da Justiça Federal, o Ministro Moreira Alves ponderou: ‘No Supremo Tribunal Federal, não há muito, tivemos uma vasta discussão em *habeas corpus*, em que uma juíza havia determinado, debaixo de vara, a condução de um investigando de paternidade que se recusava a extrair sangue para efeito do exame de DNA. A juíza não teve dúvida e disse: conduza-se, ainda que à

força. Ele alegava: tenho terror e pânico até de injeção, quanto mais de tirar sangue. Depois de uma vasta discussão no Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 6 votos a 5, considerou-se que isso atingia um direito de personalidade dele de não querer tirar sangue, mas corria contra ele, obviamente, a presunção de que realmente fosse o pai”.

Na situação descrita, percebe-se um claro choque entre direitos da personalidade ou direitos fundamentais (direito ao reconhecimento do vínculo de paternidade x direito à integridade física e à intimidade). Qual desses direitos deve prevalecer? Deve-se adotar, mais uma vez, a técnica de ponderação entre esses direitos fundamentais, técnica essa muito bem desenvolvida por Robert Alexy e expressada pelo art. 489, § 2.º, do Novo CPC. Nesse sentido, vale citar o interessante Enunciado n. 274 do CJP/STJ, da *IV Jornada de Direito Civil*, pelo qual: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

Pois bem, no caso descrito, de um lado está o direito do filho de saber quem é o seu pai, o que envolve a sua dignidade; do outro, o direito à integridade física e à intimidade do suposto pai, que também envolve a sua dignidade. Há um claro choque de normas de primeiro grau no plano hierárquico, tido como conflito propriamente dito, caso de antinomia real, envolvendo dois direitos da personalidade.

Nesse caso, por outro caminho de argumentação, pode o aplicador do direito buscar socorro nos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução.

Aplicando de forma imediata o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana (art. 4.º da Lei de Introdução c/c o art. 1.º, III, da CF/1988) e o fim social da norma (art. 5.º da Lei de Introdução), deve-se entender que a condução coercitiva do suposto pai não pode ocorrer, pela proteção indeclinável do direito à liberdade e à intimidade. Conforme aponta a melhor doutrina, “o pai pode se negar a fazer o teste, por ser um atentado à sua privacidade, imagem científica e intangibilidade corporal” (Diniz, Maria Helena. *Curso...*, 2003, vol. 5). Desse modo, há a proteção dos *direitos*

de quarta geração ou dimensão, aqueles relacionados com o patrimônio genético da pessoa humana, valorizada a sua dignidade à luz do Texto Maior. Assim entendeu o Supremo Tribunal Federal, conforme a ementa a seguir transcrita:

“Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” (STF, HC 71.373/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, Rel. p/ Acórdão Mir Marco Aurélio, j. 10.11.1994, *DJ* 22.11.1996, p. 45.686, *Ement.* vol. 1.851/2002, p. 397).

Resumindo, ponderou-se a favor do direito do suposto pai, de forma majoritária.

Contudo, há quem entenda que deveria ter prevalecido o direito do filho. Nesse sentido, filia-se a renomada jurista Maria Celina Bodin de Moraes, que critica a decisão, pois haveria um abuso de direito por parte do suposto pai, réu no caso em questão. São suas palavras: “O direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade, garantido constitucionalmente, cujo exercício, no entanto, se torna abusivo se servir de escusa para eximir a comprovação, acima de qualquer dúvida, de vínculo genético, a fundamentar adequadamente as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade” (*Recusa...*, 1997, p. 194).

De qualquer forma, mesmo sendo esse o caminho de preservação do direito do investigado, caso o suposto pai se negue a fazer o exame, correrá contra ele a presunção de que mantém o vínculo, de acordo com as regras previstas nos arts. 231 e

232 do CC/2002, dispositivos que têm as seguintes redações, claramente influenciadas pela decisão do Supremo Tribunal Federal antes citada:

“Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa”.

“Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

Em complemento às normas, na jurisprudência, foi editada a Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve: “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. Em data sucessiva, entrou em vigor no Brasil a Lei 12.004/2009, que introduziu na Lei 8.560/1992 norma expressa a respeito da presunção pela negativa ao exame, no seguinte sentido: “Art. 2.º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA – gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”. Em verdade, a norma era até desnecessária, pela existência dos dispositivos do Código Civil transcritos e pela jurisprudência consolidada.

Exemplificando, se um suposto pai se nega a fazer o exame por cinco vezes, correrá contra ele tal presunção. Mesmo assim, uma vez que a presunção é relativa, deve o juiz analisar outras provas fáticas antes de sentenciar a ação de investigação de paternidade.

Por outra via, devido ao fato de essa presunção ser relativa, surge um problema prático. Imagine-se que, em uma ação de investigação de paternidade, o juiz da causa, de início, e como é comum, determine a realização do exame de DNA. C réu se nega a fazê-lo e, por certo, não pode ser obrigado a assim proceder. O juiz da causa, então, uma vez que a presunção é relativa, buscará outros meios probatórios.

Após a oitiva das partes e das testemunhas, bem como com a análise de provas

documentais e tendo visto a criança, o juiz ainda não está convencido. Assim, determina, novamente, que o réu faça o referido exame. O réu, mais uma vez, nega-se a se submeter à perícia.

Como não há outros meios probatórios, é forçoso concluir que o juiz da causa deve sentenciar a demanda como procedente. Para tanto, deverá entender que a segunda negativa à realização da perícia gera presunção absoluta (*iure et de iure*), pois foram esgotados todos os meios probatórios no caso em questão. Agindo assim, o juiz estará punindo eventual má-fé do suposto pai, atuando o juiz em prol da dignidade do suposto filho.

Com esses interessantes debates, encerra-se o estudo do reconhecimento de filhos e passa-se à adoção.

6.4 ADOÇÃO

Como já apontava a obra clássica de Silvio Rodrigues, devidamente atualizada por Francisco José Cahali, a adoção talvez seja o instituto de Direito de Família que mais tenha sido objeto de alterações estruturais e funcionais com o passar do tempo, diante de várias leis que o regulamentaram (anteriormente, Código Civil de 1916, Lei 3.133/1957, Lei 4.655/1965, Código de Menores – Lei 6.697/1979, e Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990), o que acabou por gerar uma *colcha de retalhos legislativa* a respeito do tema (RODRIGUES, Silvio *Direito civil...*, 2006, p. 336-339).

Além de tudo isso, contribuindo com a situação de dúvidas, o Código Civil de 2002 tratou do assunto. Como mais uma *peça da colcha*, foi promulgada a Lei 12.010, em 3 de agosto de 2009, então conhecida como *Lei Nacional da Adoção* ou *Nova Lei da Adoção*. No final de 2017, surgiu a Lei 13.509, trazendo amplas reformas a respeito do tema. O que se nota é que o tema adoção nunca teve no Brasil uma estabilidade legislativa consolidada, havendo ainda outros projetos de lei que pretendem tratar do tema, como o Estatuto da Adoção, idealizado pelo IBDFAM.

Sobre a norma de 2009, ela revogou vários dispositivos do Código Civil que tratavam da adoção (arts. 1.620 a 1.629), alterando, ainda, os arts. 1.618 e 1.619 da

atual codificação privada. Em síntese, pode-se afirmar que com essa modificação anterior a matéria ficou consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), que também teve vários dos seus comandos alterados. Tal estruturação foi mantida com a Lei 13.509/2017.

Pois bem, antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, duas eram as formas de adoção previstas no ordenamento jurídico brasileiro:

- a) *Adoção plena ou estatutária* – para os casos de menores, crianças e adolescentes – tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).
- b) *Adoção simples, civil ou restrita* – para os casos envolvendo maiores – tratada pelo Código Civil de 1916.

O Código Civil de 2002 havia consolidado a matéria, não mais prevalecendo a divisão acima apontada, eis que o Código Civil de 1916, que tratava da adoção simples, foi totalmente revogado ou ab-rogado (art. 2.045 do CC). Assim sendo, o Código Civil de 2002 era tanto para a adoção de maiores quanto de menores de 18 anos.

Com a *Lei Nacional da Adoção* de 2009 houve uma reviravolta no tratamento legal, eis que não há mais dispositivos no Código Civil regulamentando o instituto. O seu art. 1.618 determina que a adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (ECA). Ato contínuo, o seu art 1.619 modificado é claro ao estabelecer que a adoção de maiores de dezoito anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da mesma Lei 8.069/1990.

Em suma, o que se percebe é que a matéria de adoção, relativa a menores e a maiores, passou a ser consolidada no Estatuto da Criança e do Adolescente. Conforme apontam Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Lépore, “encerra-se a discussão existente em torno de se determinar qual é o documento legal regente das adoções. A partir de agora, todas as adoções, sejam de criança, adolescentes e adultos, serão regidas pelo Estatuto, guardadas as particularidades das adoções de adultos” (*Comentários...*, 2009, p. 43). A lei de 2009 representou mais uma tentativa

d e *decodificação*, ou seja, de retirada dos institutos privados do Código Civil. Todavia, não deixou de causar certo espanto, uma vez que uma típica norma de proteção de vulneráveis – o ECA – passa a regulamentar interesses de adultos, o que é criticável, do ponto de vista técnico-metodológico e estrutural.

Antes de adentrar na análise das regras relativas à adoção, é preciso conceituar o instituto. De acordo com Rubens Limongi França, a adoção é “um instituto de proteção à personalidade, em que essa proteção se leva a efeito através do estabelecimento, entre duas pessoas – o adotante e o protegido adotado – de um vínculo civil de paternidade (ou maternidade) e de filiação” (LIMONGI FRANÇA/Rubens. *Instituições...*, 1999, p. 310). A definição do jurista é interessante, por mencionar o amparo a direitos da personalidade.

Para Maria Helena Diniz, trata-se do “ato jurídico solene pelo qual observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha” (*Curso...*, 2005, p. 484). Esse conceito de Maria Helena Diniz está baseado nas lições de Silvio Rodrigues, Antônio Chaves, Orlando Gomes, Tânia da Silva Pereira, dentre outros.

Segundo Maria Berenice Dias, a adoção é um “ato jurídico em sentido estrito cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2010, p. 476). Como bem pontua a autora, há na adoção um *parentesco eletivo*, decorrente exclusivamente de um ato de vontade.

A grande dúvida que decorre desse conceito, que é o majoritário entre os doutrinadores, é: a adoção seria um negócio jurídico ou um ato jurídico *stricto sensu*? Ficou claro, pelos doutrinadores citados, que acaba prevalecendo o entendimento de que a adoção é um ato jurídico *stricto sensu* (art. 185 do CC/2002), pois os seus efeitos são apenas fixados em lei, tese que deve ser tida como majoritária. Em reforço, valem as palavras de Paulo Lôbo, para quem “a adoção é ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, pois depende de decisão judicial para produzir

seus efeitos. Não é negócio jurídico unilateral. Por dizer respeito ao estado de filiação, que é indisponível, não pode ser revogado” (*Famílias...*, 2008, p. 248).

Entretanto, entendo que *há um quê* de negócio jurídico na adoção, eis que esta depende de iniciativa da parte, do exercício da autonomia privada pelo adotante. Para reforçar, lembre-se que a adoção não pode ser imposta, como ocorre com o reconhecimento de filho. Sem falar que, na adoção de pessoa com idade superior a 12 anos, há a necessidade de se ouvir o adotado. A questão, em suma, é controversa. Sendo assim, é melhor seguir o entendimento de Paulo Lôbo, no sentido de se tratar de um ato jurídico *stricto sensu* complexo.

Superado esse ponto, é interessante deixar claro que tanto a adoção de menores quanto a de maiores, com tratamento consolidado no ECA, dependem de ação judicial. Nesse sentido, não deixa dúvidas o seu art. 47, no sentido de que o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

Antes da nova lei, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 272 do CJF/STJ, prevendo que “Não é admitida em nosso ordenamento jurídico a adoção por ato extrajudicial, sendo indispensável a atuação jurisdicional, inclusive para a adoção de maiores de dezoito anos”. O enunciado foi aprovado pela comissão da Parte Geral, esclarecendo o conteúdo do então art. 10, inc. III, do CC, pelo qual se faria a averbação no registro público dos atos judiciais e extrajudiciais de adoção. Por óbvio que não há mais atos extrajudiciais de adoção.

Esclareça-se que, também elucidando o conteúdo desse dispositivo da Parte Geral, foi aprovado o Enunciado n. 273 do CJF/STJ, com o seguinte sentido: “Tanto na adoção bilateral quanto na unilateral, quando não se preserva o vínculo com qualquer dos genitores originários, deverá ser averbado o cancelamento do registro originário de nascimento do adotado, lavrando-se novo registro. Sendo unilateral a adoção, e sempre que se preserve o vínculo originário com um dos genitores, deverá ser averbada a substituição do nome do pai ou da mãe natural pelo nome do pai ou da mãe adotivos”. Atente-se ao fato de que a Lei 12.010/2009 revogou expressamente o art. 10, inc. III, do Código Civil, sanando totalmente o equívoco anterior constante da codificação privada.

Quanto ao processo de adoção, este corre na Vara da Infância e Juventude nos casos de menores e na Vara da Família em casos de maiores, sempre com a intervenção do Ministério Público, pois se trata de questão envolvendo o estado de pessoas e a ordem pública.

A adoção passou a ser considerada pela lei de 2009 como uma medida excepcional e irrevogável, a qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa (art. 39, § 1.º, do ECA). Nos termos do art. 25 da mesma norma, entende-se por *família natural* a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Já a *família extensa* ou *ampliada*, conforme exposto no primeiro capítulo deste livro, é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. Em suma, a adoção deve ser encarada como a *ultima ratio*, sendo irrevogável assim como o reconhecimento de filhos.

Em relação à capacidade para adotar, o art. 42 do ECA em vigor dispõe que só a pessoa maior de 18 anos pode adotar, o que independe do estado civil. A norma foi alterada na esteira do que já previa o antigo art. 1.618 do CC/2002 e da redução da maioridade civil de 21 para 18 anos. Consigne-se que a adoção realizada por somente uma pessoa é denominada *adoção unilateral*. Entre as suas múltiplas possibilidades, aresto do Superior Tribunal de Justiça conclui que “a adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro” (STJ, REsp 1.545.959/SC, 3.ª Turma Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j 06.06.2017, DJe 01.08.2017).

A antiga *adoção bilateral*, realizada por duas pessoas, passou a ser

denominada como *adoção conjunta*, pelo art. 42, § 2.º, do ECA. Para essa adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família. Diante da tendência inafastável de reconhecimento de novas entidades familiares, seguida por esta obra, o casamento e a união estável podem ser homoafetivos, sendo viável a adoção em casos tais, sem qualquer discriminação. Segundo a jurisprudência do STJ, apegada ao rigor formal:

“Se, no curso da ação de adoção conjunta, um dos cônjuges desistir do pedido e outro vier a falecer sem ter manifestado inequívoca intenção de adotar unilateralmente, não poderá ser deferido ao interessado falecido o pedido de adoção unilateral *post mortem*. Tratando-se de adoção em conjunto, um cônjuge não pode adotar sem o consentimento do outro. Caso contrário, ferirá normas basilares de direito, tal como a autonomia da vontade, desatendendo, inclusive, ao interesse do adotando (se menor for), já que questões como estabilidade familiar e ambiência saudável estarão seriamente comprometidas, pois não haverá como impor a adoção a uma pessoa que não queira. Daí o porquê de o consentimento ser mútuo. Na hipótese de um casamento, se um dos cônjuges quiser muito adotar e resolver fazê-lo independentemente do consentimento do outro, haverá de requerê-lo como se solteiro fosse. Mesmo assim, não poderia proceder à adoção permanecendo casado e vivendo no mesmo lar, porquanto não pode o Judiciário impor ao cônjuge não concordante que aceite em sua casa alguém sem vínculos biológicos. É certo que, mesmo quando se trata de adoção de pessoa maior, o que pressupõe a dispensa da questão do lar estável, não se dispensa a manifestação conjunta da vontade. Não fosse por isso, a questão ainda passa pela adoção *post mortem*. Nesse aspecto, a manifestação da vontade apresentar-se-á viciada quando o *de cuius* houver expressado a intenção de adotar em conjunto, e não isoladamente. Isso é muito sério, pois a adoção tem efeitos profundos na vida de uma pessoa, para além do efeito patrimonial. Não se pode dizer que o falecido preteriria o respeito à opinião e vontade do cônjuge ou companheiro supérstite e a permanência da harmonia no lar,

escolhendo adotar” (STJ, REsp 1.421.409/ DF, Rel. Min. João Otávio d Noronha, j. 18.08.2016, *DJe* 25.08.2016, publicada no *Informativo* n. 588 da Corte).

Com o devido respeito, pensamos que, se a adoção unilateral atender ao melhor interesse da criança ou do adolescente, poderá ser deferida.

Como novidade interessante introduzida em 2009, o § 4.º do art. 42 do ECA passou a determinar que os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência. Exige-se, ainda, que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão. Diante da Emenda Constitucional 66/2010 a menção à separação judicial perdeu relevância, mais uma vez, na linha do entendimento seguido por este autor.

Na doutrina contemporânea, Luciano Alves Rossato e Paulo Eduardo Léporo veem com bons olhos a inovação então introduzida pela Lei 12.010/2009, pois, “ainda que possa parecer ínfima, trata-se de alteração substancial empreendida no instituto da adoção e que abre espaço, por exemplo, para a adoção por casais homossexuais, uma vez que não exige mais a formalização de uma união pelo casamento ou pela união estável em curso, para que se possa reconhecer a possibilidade de adoção bilateral” (*Comentários...*, 2009, p. 44).

O tema da *adoção homoafetiva* ainda continua levantando polêmicas. Segundo o entendimento considerado por tempos como majoritário, mas que mudou nos últimos anos, como não se trata de uma entidade familiar, não seria possível a adoção por um casal de homossexuais. De qualquer modo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vinha entendendo pela possibilidade dessa forma de adoção, podendo ser transcrita a seguinte ementa, a título ilustrativo:

“Apelação cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da

proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes” (TJRS, Apelação Cível 70013801592, 7.^a Câmara Cível, Comarca de Bagé Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006).

A adoção a casal homoafetivo do mesmo modo foi concedida judicialmente e de forma então inédita na Comarca de Catanduva, no interior de São Paulo, conforme noticiado amplamente pela imprensa nacional, falada e escrita. E, pelas informações que são veiculadas, parece se tratar de uma adoção que atingiu pleno sucesso. Tanto isso é verdade que o casal em questão efetivou uma segunda adoção.

Como exposto anteriormente, demonstrando uma relevante evolução quanto à matéria, o Superior Tribunal de Justiça passou a admitir a *adoção homoafetiva* por volta do ano de 2010, consoante decisão assim publicada no seu *Informativo* n. 432:

“Menores. Adoção. União homoafetiva. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1.^o da Lei n.^o 12.010/2009 e o art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a

prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança. Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há

preferência por adotar apenas uma criança. Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles” (STJ, REsp 889.852/RS Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 27.04.2010).

Com as decisões surgidas nos anos seguintes, mormente o julgado do Supremo Tribunal Federal que reconhece a união homoafetiva como família, foram atestadas juridicamente as premissas constantes do último acórdão, não parecendo existir qualquer óbice para a adoção por casais homoafetivos. Isso foi confirmado pelo próprio STF que, em março de 2015, manteve decisão que autorizou um casal homoafetivo a adotar uma criança, independentemente da sua idade. A situação fática foi levada a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal após o Ministério Público do Paraná questionar o pedido de adoção feito pelo casal. O pedido era no sentido de limitar a adoção a uma criança com pelo menos doze anos de idade, para que esta pudesse manifestar sua opinião sobre o pedido. A Relatora, Ministra Carmen Lúcia, citou aquele precedente anterior, ressaltando o direito subjetivo dos casais homoafetivos em formar uma autonomizada família, “entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade” (STF, Recurso Extraordinário 846.102, j. 05.03.2015).

Fez o mesmo o STJ, em julgado publicado no seu *Informativo* n. 567, que admite a possibilidade de pessoa homoafetiva ser incluída na lista de adoção. Conforme se retira da publicação, “a legislação não veda a adoção de crianças por solteiros ou casais homoafetivos, tampouco impõe, nessas hipóteses, qualquer restrição etária. Ademais, sendo a união entre pessoas do mesmo sexo reconhecida como uma unidade familiar, digna de proteção do Estado, não se vislumbra, no contexto do ‘pluralismo familiar’ (REsp 1.183.378/RS, *DJe* 1.º.02.2012), pautado nos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, a possibilidade de haver qualquer distinção de direitos ou exigências legais entre as parcelas homoafetiva (ou demais minorias) e heteroafetiva da população brasileira. Além disso, mesmo se se

analisar sob o enfoque do menor, não há, em princípio, restrição de qualquer tipo à adoção de crianças por pessoas homoafetivas. Isso porque, segundo a legislação vigente, caberá ao prudente arbítrio do magistrado, sempre sob a ótica do melhor interesse do menor, observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto e as perícias e laudos produzidos no decorrer do processo de adoção. Nesse contexto, o bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante” (STJ, REsp 1.540.814/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18.08.2015, *DJe* 25.08.2015).

De toda sorte, não se pode negar que a questão aqui é até mais delicada do que o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, uma vez que entra em cena o princípio do maior interesse da criança. Na verdade, entendemos que essa forma de adoção pode ser encarada como alternativa às situações de desamparo, ou seja, de crianças abandonadas. Entra em cena discussão relativa ao art. 43 do ECA, pelo qual a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

Entretanto, surge uma dúvida interdisciplinar, ventilada pelos julgados há pouco transcritos. Poder-se-ia afirmar que a *adoção homoafetiva* traz prejuízos à criança? Segundo a psicanalista Giselle Câmara Groeninga, em resposta à indagação formulada na *I Jornada Paulista de Direito Civil*, realizada em São Paulo, em outubro de 2005, não é possível fazer qualquer afirmação, pelo fato de, até o presente momento, não haver campo de pesquisa para tanto. Diz a renomada *juspsicanalista* que somente com o estudo dos impactos para os filhos daqueles que foram criados em ambiente homoafetivo é que se poderá concluir de uma forma ou de outra. Nota-se que a publicação do julgado do STJ ressalta a inexistência de comprovação de prejuízos sociais e psicológicos ao adotado.

Em reforço ao debate, Roger Raupp Rios apresenta argumentos científicos convincentes a respeito da possibilidade da *adoção homoafetiva*, merecendo transcrição integral as suas lições:

“De fato, as pesquisas psicológicas revelam que casais homossexuais não diferem de casais heterossexuais no que diz respeito à criação de seus filhos,

além de rejeitar as hipóteses de confusão de identidade de gênero, de tendência à homossexualidade e de dificuldade no desenvolvimento psíquico e nas relações sociais de crianças cuidadas por casais homossexuais (neste sentido, por exemplo, Patterson, *Lesbian and gay parents and their children: Summary of research findings*. In *Lesbian and gay parenting: A resource for psychologists*. Washington: American Psychological Association, 2004; Patterson, Gay fathers. In M. E. Lamb (Ed.), *The role of the father in child development*. New York: John Wiley, 2004; Perrin e Committee on Psychosocial Aspects of Child and Family Health, Technical Report: Coparent or second-parent adoption by same-sex parents. *Pediatrics*, 2002; Tasker, Children in lesbian-led families – A review. *Clinical Child Psychology and Psychiatry*, 4, 1999). Quanto à parentalidade, constata-se que Estudos como esses levaram a Associação Americana de Psicologia (APA) e a Associação Americana de Psicanálise a declararem apoio irrestrito às iniciativas de adoção por casais de pessoas do mesmo sexo, e a repudiar a negligência por parte das decisões legais às pesquisas a respeito de homoparentalidade. No Brasil, o Conselho Federal de Psicologia reforça que ‘inexiste fundamento teórico, científico ou psicológico condicionando a orientação sexual como fator determinante para o exercício da parentalidade’ (*Adoção: um direito de todos e todas*. Brasília: CFP, 2008). Dado que a finalidade da adoção é propiciar ao adotado as melhores condições de desenvolvimento humano e de realização pessoal, rejeitar esta possibilidade por casais homossexuais é restringir de modo injustificado o instituto da adoção. Esta diminuição das chances de encontrar ambiente familiar positivo viola frontalmente os deveres de cuidado e de proteção que a Constituição exige do Estado e da sociedade. Mais grave ainda: invoca-se a proteção da criança como pretexto para, em prejuízo dela mesma, fazer prevalecer mais uma das manifestações do preconceito heterossexista” (RIOS, Roger Raupp. Adoção..., *Jornal Carta...*, 2009. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4233>>. Acesso em: 11 nov. 2009).

Em suma, este autor não vê problemas quanto à possibilidade da *adoção homoafetiva*, na linha das lições interdisciplinares aqui expostas. Ademais, conforme os julgados recentes transcritos, a tendência é o seu pleno deferimento, o que representa uma plena inclusão da família homoafetiva no cenário do Direito de Família brasileiro.

Voltando à questão da adoção por casal divorciado, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 do Código Civil (art. 42, § 5.º, do ECA). Essa outra inovação incluída pela Lei 12.010/2009 veio em boa hora, uma vez que, conforme antes exposto, a guarda compartilhada passou a ser a regra do Direito brasileiro.

Superado esse ponto, como requisito da adoção presente no art. 42, § 3.º, do ECA, o adotante há de ser pelo menos dezesseis anos mais velho do que o adotando. A norma não foi alterada, eis que constava do art. 1.619 do Código Civil. Antes mesmo da nova lei, já surgia questão polêmica, levantada por Gustavo Ferraz de Campos Mônaco em excelente artigo científico a respeito do tema. No caso de adoção por casal de cônjuges ou companheiros, qual idade deve ser utilizada como parâmetro para se aferir esse requisito mínimo de 16 anos de diferença? O próprio Mônaco responde a questão, argumento com o qual se concorda:

“Em que pesem posições divergentes, a maioria da doutrina nacional entende que a diferença de idade para se deferir a adoção há de ser verificada pela idade do *mais jovem* dos pretensos adotantes. Assim, se o cônjuge ou convivente mais jovem contar com 16 anos de idade, a única opção que lhes restará será a de adotar uma criança recém-nascida ou que conte com poucos meses (imaginando-se a adoção por alguém casado ou convivente e que tenha 16 anos e 4 meses, por exemplo, hipótese em que poderá adotar uma criança com até 4 meses de idade)” (destacamos) (MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Adoção: esquadrinhando... Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 12 maio 2006).

A adoção também pode ser efetuada pelo tutor ou curador, que pode adotar o

pupilo, tutelado ou curatelado. Mas, enquanto não der contas de sua administração e não se saldar o débito, essa adoção não poderá ocorrer (art. 44 do ECA). A regra constava do art. 1.620 do Código Civil, revogado em 2009, tendo um senso ético indiscutível, mantendo relação direta com o princípio da eticidade, um dos baluartes da atual codificação, conforme ensinava o saudoso Miguel Reale, uma vez que visa a proteger o patrimônio administrado.

A adoção, em regra, depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, conforme o art. 45, *caput*, do ECA. Se o adotado contar com mais de 12 anos de idade, terá que concordar com o ato para que ele seja válido e eficaz (art. 45, § 2.º, do ECA). Essas regras por igual estavam no Código Civil, no art. 1.621, também ora revogado.

Apesar da lei de 2009, permanece a dúvida em relação à necessidade desse consentimento dos pais nos casos de adoção de maiores. Como Maria Berenice Dias deve-se concluir que, pelo fato de se tratar de interesse de maior, parece que a concordância é até dispensável; entretanto, deverá ocorrer pelo menos a citação dos pais biológicos, pois “a sentença terá profunda ingerência em suas vidas” (*Manual...*, 2005, p. 434).

O consentimento dos pais ou representantes da criança ou adolescente será dispensado se os seus pais forem desconhecidos ou tiverem sido destituídos do poder familiar (art. 45, § 1.º, do ECA). Consigne-se que a Lei 12.010/2009 substituiu a expressão *pátrio poder* por *poder familiar*, na esteira da *despatriarcalização do Direito de Família* e da isonomia entre os genitores.

O art. 1.624 do CC/2002 determinava que não haveria necessidade do consentimento do representante legal do menor para a adoção, se provado que se tratava de *infante exposto*, ou de menor cujos pais fossem desconhecidos, estivessem desaparecidos, ou tivessem sido destituídos do poder familiar, sem a nomeação de tutor; ou de órfão não reclamado por qualquer parente, por mais de um ano.

A expressão era criticada por Wilson Donizeti Liberati, pois: “a nova lei criou mais uma categoria de criança em situação de risco pessoal e social: o infante exposto. Quem é, então, o infante exposto? Seria aquele que está abandonado em alguma instituição, abrigo ou orfanato e que estivesse ‘exposto’ a alguma situação de

risco? Pela redação do citado artigo, o infante exposto é uma nova categoria, que, sinceramente, não precisava ser criada” (*Comentários...*, 2003, p. 46). Diante dessas dificuldades pressentidas pela doutrina é que a categoria foi suprimida pela Lei 12.010/2009.

O art. 41 do ECA prevê que a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, salvo os impedimentos matrimoniais. Como ficou claro pela leitura da presente obra, vige o princípio da igualdade entre filhos, o que inclui os filhos adotivos. Quanto a esse dispositivo, repise-se o Enunciado n. 111 do CJP/STJ, pelo qual “a adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante da técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante”.

De todo modo, com a tese firmada pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SC, ao possibilitar a ação judicial em face do pai biológico, para todos os fins jurídicos, havendo parentalidade socioafetiva, ficam em dúvida os limites jurídicos da regra prevista no art. 41 do ECA e a interpretação dada pelo citado enunciado doutrinário. Trata-se de tema que ainda demanda maiores reflexões por este autor. *A priori*, opinamos que a premissa gerada naquele caso de repercussão geral não incide para a adoção.

Ato contínuo, determina o § 1.º do art. 41 do ECA que, se um dos cônjuges ou companheiro adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes. Anote-se que a lei ainda fala em *concubinos*, devendo ser lido o termo como *companheiros*. Houve um *cochilo do legislador*, que deveria ter alterado os termos, atualizando-os.

Além disso, é recíproco o direito sucessório entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais até o quarto grau, observada a ordem de vocação hereditária (art. 41, § 2.º, do ECA). A norma representa aplicação do princípio da igualdade entre os filhos, o que atinge o filho adotivo na questão sucessória. Assim, não há dúvidas a respeito do rompimento em

relação à família biológica, com exceção do que tange aos impedimentos matrimoniais previstos no art. 1.521 do CC/2002, principalmente diante dos problemas congênitos que podem surgir à prole em casos tais.

Ainda quanto ao rompimento do vínculo, a decisão que defere a adoção confere ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome a pedido do adotante ou do adotado (art. 47, § 6.º, do ECA). Como novidade introduzida pela Lei 12.010/2009, caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando que tenha mais de doze anos (art. 47, § 6.º, do ECA). Isso porque o nome, *sinal que representa a pessoa perante o meio social*, é reconhecido como um direito da personalidade pelo Código Civil de 2002, havendo uma ampla proteção de ordem pública (arts. 16 a 19), a justificar a sua oitiva.

Relembre-se que, em todos os casos envolvendo a adoção, esta somente será admitida se constituir reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art. 43 do ECA). Essa regra de proteção deve ser atendida tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Ministério Público, que deve intervir no processo de adoção na qualidade de fiscal da lei. De qualquer forma, persiste o entendimento de que o MP não precisa atuar nos casos envolvendo maiores. Trazendo aplicação do art. 43 do ECA, transcreve-se interessante acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“Adoção. família substituta. possibilidade. Apelação. Direito de família. Adoção. Criança inserida no âmbito da família substituta. Interesse do menor. Possibilidade. Inteligência do art. 43 do ECA. Princípio Constitucional da Máxima Proteção à Criança e da Dignidade da Pessoa Humana. Recurso desprovido. A falta de recursos materiais não constitui pressuposto para a destituição do poder familiar, medida extrema a ser apurada em procedimento judicial amplo e irrestrito. Todavia, conforme orientação jurisprudencial dos Tribunais pátrios, o mesmo não ocorre acerca da carência de amor, afeto, atenção, cuidado, responsabilidade, compromisso e proteção para com o menor, pois tais sentimentos são imprescindíveis para o seu pleno desenvolvimento, especialmente se este já se encontra inserido em outra

família, sendo certo que a adoção deve ser deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (art. 43 do ECA), o que efetivamente é o caso dos autos” (TJMG, Apelação Cível 1.0309.04.004465-8/001, Inhapim-MG, 6.^a Câmara Cível, Rel. Des. Edilson Fernandes, j. 17.07.2007, v.u.).

No que concerne aos efeitos da adoção, estes começam a partir do trânsito em julgado da sentença (art. 47, § 7.º, do ECA). Exceção deve ser feita se o adotante vier a falecer no curso do procedimento, caso em que terá força retroativa à data do óbito. Nesse sentido, enuncia o art. 42, § 5.º, do ECA que a adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação, vier a falecer no curso do processo, antes de prolatada a decisão. A última norma é aplicável à adoção *post mortem*, devendo os herdeiros do adotante dar seguimento ao processo. Em casos tais, as relações de parentesco se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre aquele e os descendentes deste e entre o adotado e todos os parentes do adotante.

Vale deixar consignado, por oportuno, que a adoção de crianças e adolescentes com deficiência ou doença crônica tem prioridade de tramitação judicial, conforme o novo art. 47, § 9.º, do ECA, incluído pela Lei 12.955, de fevereiro de 2014, norma louvável e de relevante impacto social.

Seguindo no estudo do tema, o art. 39, § 2.º, do ECA veda a adoção por procuração, justamente diante do seu caráter personalíssimo. Havia dúvidas, com a entrada em vigor do Código Civil, se a norma teria sido revogada, havendo respostas positivas na doutrina (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de *Manual...*, 2005, p. 130). Todavia, a reafirmação do dispositivo pela Lei 12.010/2009 afasta qualquer dúvida a respeito de sua validade e eficácia.

Nos termos no § 3.º do art. 39 do ECA, incluído pela Lei 13.509/2017, em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, devem prevalecer os direitos e os interesses do adotando. A título de exemplo, se houver uma situação de divergência entre os pais biológicos e a vontade do próprio adotado, ouvido a partir dos doze anos de idade, a vontade do

último é que deve prevalecer.

Outra regra que continua em vigor, tendo sido confirmada pela alteração de 2009, é a vedação de adoção por ascendentes ou irmãos (art. 42, § 1.º, do ECA). De todo modo, não há vedação de adoção de sobrinhos por tios ou por primos, pois a autonomia privada não se encontra limitada pela lei.

Apesar das restrições anteriores, pontue-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a possibilidade de adoção de descendente por ascendente, diante das peculiaridades do caso concreto. Vejamos trecho da publicação constante do *Informativo* n. 551 do Tribunal da Cidadania, de acórdão que tem gerado muitos debates entre os especialistas no tema:

“Admitiu-se, excepcionalmente, a adoção de neto por avós, tendo em vista as seguintes particularidades do caso analisado: os avós haviam adotado a mãe biológica de seu neto aos oito anos de idade, a qual já estava grávida do adotado em razão de abuso sexual; os avós já exerciam, com exclusividade, as funções de pai e mãe do neto desde o seu nascimento; havia filiação socioafetiva entre neto e avós; o adotado, mesmo sabendo de sua origem biológica, reconhece os adotantes como pais e trata a sua mãe biológica como irmã mais velha; tanto adotado quanto sua mãe biológica concordaram expressamente com a adoção; não há perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; e não havia predominância de interesse econômico na pretensão de adoção. De fato, a adoção de descendentes por ascendentes passou a ser censurada sob o fundamento de que, nessa modalidade, havia a predominância do interesse econômico, pois as referidas adoções visavam, principalmente, à possibilidade de se deixar uma pensão em caso de falecimento, até como ato de gratidão, quando se adotava quem havia prestado ajuda durante períodos difíceis. Ademais, fundamentou-se a inconveniência dessa modalidade de adoção no argumento de que haveria quebra da harmonia familiar e confusão entre os graus de parentesco, inobservando-se a ordem natural existente entre parentes. Atento a essas críticas, o legislador editou o § 1.º do art. 42 do ECA, segundo o qual ‘Não podem adotar os ascendentes e os

irmãos do adotando’, visando evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscando proteger o adotando em relação a eventual confusão mental e patrimonial decorrente da transformação dos avós em pais e, ainda, com a justificativa de proteger, essencialmente, o interesse da criança e do adolescente, de modo que não fossem verificados apenas os fatores econômicos, mas principalmente o lado psicológico que tal modalidade geraria no adotado. No caso em análise, todavia, é inquestionável a possibilidade da mitigação do § 1.º do art. 42 do ECA, haja vista que esse dispositivo visa atingir situação distinta da aqui analisada. Diante da leitura do art. 1.º do ECA (‘Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente’) e do art. 6.º desse mesmo diploma legal (‘Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento’), deve-se conferir prevalência aos princípios da proteção integral e da garantia do melhor interesse do menor. Ademais, o § 7.º do art. 226 da CF deu ênfase à família, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, de modo que o direito das famílias está ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana de forma molecular. É também com base em tal princípio que se deve solucionar o caso analisado, tendo em vista se tratar de supraprincípio constitucional. (...)” (STJ, REsp 1.448.969/SC, Rel. Mir Moura Ribeiro, j. 21.10.2014).

Superada essa questão instigante, o art. 46 do ECA enuncia que a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou o adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso. Os parágrafos do dispositivo foram alterados pela Lei 12.010/2009 e, mais recentemente, pela Lei 13.509/2017, com vistas que tornar mais efetivo o instituto.

Anteriormente, o estágio de convivência poderia ser dispensado se o adotando não tivesse mais de um ano de idade ou se, qualquer que fosse a sua idade, já

estivesse na companhia do adotante durante tempo suficiente para que se pudesse avaliar a conveniência da constituição do vínculo. Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, seria de, no mínimo, quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de, no mínimo, trinta dias quando se tratasse de adotando acima de dois anos de idade.

Desde a norma de 2009, o estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo (art. 46, § 1.º, do ECA). Como se nota, o critério para a dispensa foi substancialmente alterado. Ademais, a simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência (art. 46, § 2.º).

A Lei 13.509/2017 incluiu outras regras importantes. A primeira delas consta do *caput* do art. 46 do ECA, que passou a consagrar um prazo máximo para o estágio de convivência de noventa dias. Conforme a sua redação atual, “a adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso”. Esse prazo poderá ser o de ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária (§ 2.º-A do mesmo comando).

A respeito da adoção internacional, a norma de 2009 passou a enunciar que o prazo seria de trinta dias, no mínimo, sem qualquer ressalva. Com a Lei 13.509/2017 passou-se a preceituar que “em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária” (art. 46, § 3.º, do ECA). Ao final deste prazo, deverá ser apresentado laudo fundamentado por equipe multidisciplinar, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária (art. 46, § 3.º-A, do ECA).

Como novidade multidisciplinar introduzida em 2009, o estágio de convivência será acompanhado por essa equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e

da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida (art. 46, § 4.º, do ECA).

Por fim quanto ao estágio de convivência, a norma de 2017 incluiu previsão no sentido de ser ele cumprido no território nacional, preferencialmente na Comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança (novo art. 46, § 5.º, do ECA). Tudo isso para atender ao melhor interesse da criança, notadamente para preservar a sua inserção social e seus vínculos de convivência.

Outras regras do ECA também são previstas para a *adoção internacional*.

De início, o seu art. 51 foi substancialmente alterado em 2009 e 2017, prevendo atualmente que “considera-se adoção internacional aquela na qual o pretendente possui residência habitual em país-parte da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 junho de 1999, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção”.

O art. 2.º da Convenção de Haia, antes mencionado na lei brasileira, mas que ainda deve ser citado, determina que o Tratado será aplicado quando uma criança com residência habitual em um Estado (o Estado de origem) tiver sido, for, ou deva ser deslocada para outro Estado (o Estado de acolhida). Isso, quer após sua adoção no Estado de origem por cônjuges ou por uma pessoa residente habitualmente no Estado de acolhida, quer para que essa adoção seja realizada, no Estado de acolhida ou no Estado de origem. A Convenção Internacional somente abrange as adoções que estabeleçam um vínculo de filiação.

Regulamentando a adoção internacional, também com as inovações de 2017, o § 1.º do dispositivo exige a prova dos seguintes requisitos:

- a) que a colocação em família adotiva – e não mais substituta, como estava previsto – é a solução adequada ao caso concreto;
- b) que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou

adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta aos cadastros de adoção (*prioridade da adoção nacional*);

- c) que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional (aqui não houve alteração, com a norma de 2017).

De acordo com a norma em vigor, alterada em 2009, os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro (art. 51, § 2.º, do ECA). Além disso, a adoção internacional pressupõe a intervenção das Autoridades Centrais Estaduais e Federal em matéria de adoção internacional (art. 51, § 3.º, do ECA).

Também a respeito da adoção internacional, o art. 52 do ECA previa originalmente que esta poderia ser condicionada ao estudo prévio e à análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que forneceria o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente. Competiria a essa comissão manter registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção, ou seja, uma lista de adoção internacional (art. 52, parágrafo único, do ECA). Agora não mais. O dispositivo que vigora determina que a adoção internacional seguirá os procedimentos previstos entre os arts. 165 e 170 do próprio ECA, com as adaptações previstas nos parágrafos do novo art. 52. O procedimento é bem complexo, cheio de detalhes e burocracias.

Voltando à adoção nacional, relembre-se que, nos termos do art. 47 do ECA, o vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão. O procedimento a respeito desse registro consta dos parágrafos do comando legal em questão, que sofreram pequenas alterações pela Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010/2009).

Primeiro, a inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes. Segundo, o mandado judicial, que será arquivado,

cancelará o registro original do adotado. Terceiro, como novidade, a pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência. Quarto, diante da dignidade humana e da igualdade entre filhos, nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro, o que tem relação com o *direito ao esquecimento*. Quinto, como visto, a sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome. Sexto, exige-se a oitiva do adotando maior de 12 anos se o pedido de alteração do prenome tiver sido feito pelo adotante. Sétimo, a adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5.º (falecimento do adotante no curso do processo, antes de prolatada a sentença), caso em que terá força retroativa à data do óbito (efeitos *ex tunc*).

Oitavo, como inovação instituída pela Lei 12.010/2009, o processo relativo à adoção, assim como outros a ele relacionados, será mantido em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo. Segundo a doutrina, há aqui a tutela de dois novos princípios: o *princípio da obrigatoriedade da informação* e da *oitiva obrigatória e participação*, uma vez que “possibilita a publicidade, quando necessária, dos atos que ensejaram a adoção, possibilitando o saneamento de qualquer tipo de irregularidade e densificando o direito de identidade inerente a todas as pessoas em desenvolvimento” (ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo *Comentários...*, 2009, p. 49).

Com vistas à sua melhor efetividade, pontue-se que a Lei 13.509/2017 introduziu um § 10 nesse art. 47 do ECA, expressando que o prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de cento e vinte dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Essa é uma das principais novidades dessa norma emergente.

Aspecto interessante introduzido pela Lei 12.010/2009 consta do art. 48 do ECA, que previa que a adoção seria irrevogável. Como visto, a previsão foi deslocada para o art. 39 da mesma lei. Atualmente, a norma passou a prever que o adotado tem o direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso

irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar dezoito anos. A inovação deve ser vista com bons olhos, na esteira do entendimento de que o direito à verdade biológica é um direito fundamental.

Em complemento, enuncia o louvável parágrafo único do atual art. 48 do ECA que o acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de dezoito anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. De toda sorte, a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais, biológicos (art. 49 do ECA).

A autoridade judiciária manterá, em cada Comarca ou Foro Regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. São as conhecidas *listas de adoção*, previstas no art. 50 da Lei 8.069/1990, dispositivo que também recebeu alterações pela Lei 12.010/2009. Os parágrafos desse último comando legal do ECA consagram regulamentações de procedimentos.

De início, o deferimento da inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos do Juizado da Infância e da Juventude, ouvido o Ministério Público. Não será deferida a inscrição se o interessado não satisfizer os requisitos legais da adoção, ou verificada incompatibilidade entre adotado e adotante, ou que o último não ofereça ambiente familiar adequado. As duas previsões, constantes dos dois primeiros parágrafos, não foram alteradas pela novel legislação.

Todavia, foram incluídos novos parágrafos ao art. 50 do ECA pela Lei 12.010/2009 e pela Lei 13.509/2017, que merecem ser abordados. De início, a inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (§ 3.º).

Além disso, sempre que possível e recomendável, essa preparação incluirá o contato com crianças e adolescentes em acolhimento familiar ou institucional em condições de serem adotados, a ser realizado sob a orientação, supervisão e avaliação da equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude. Isso, com apoio dos técnicos responsáveis pelo programa de acolhimento e pela execução da política

municipal de garantia do direito à convivência familiar (§ 4.º).

O § 5.º do art. 50 do ECA consagra a criação e implantação dos sempre solicitados *cadastros estaduais e nacional* de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. A norma é vista com bons olhos, para que se efetive na prática a adoção, reduzindo-se as dificuldades existentes na prática. Devem ser criados cadastros distintos para pessoas ou casais residentes fora do País (*cadastros internacionais*), que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros nacionais e estaduais (§ 6.º). As autoridades estaduais e federais em matéria de adoção terão acesso integral a tais cadastros, incumbindo-lhes a troca de informações e a cooperação mútua, para melhoria do sistema (§ 7.º).

Sem prejuízo de tais regras, a autoridade judiciária deve providenciar, no prazo de quarenta e oito horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na Comarca de origem; bem como das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional (art. 50, § 8.º). Compete à Autoridade Central Estadual zelar pela manutenção e correta alimentação dos cadastros, com posterior comunicação à Autoridade Central Federal Brasileira (art. 50, § 9.º).

Consultados os cadastros e verificada a ausência de pretendentes habilitados residentes no País com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, será realizado o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional (art. 50, § 10, na redação dada pela Lei 13.509/2017). A norma emergente, em boa hora, incluiu menção expressa ao *perfil compatível*, visando a atender ao melhor interesse do adotado. No mais, foi mantida a premissa segundo a qual a adoção nacional tem prioridade em relação à adoção internacional.

Enquanto não localizada pessoa ou casal interessado em sua adoção, a criança ou o adolescente, sempre que possível e recomendável, será colocado sob guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar (§ 11). A alimentação do cadastro e a convocação criteriosa dos postulantes à adoção serão fiscalizadas pelo Ministério Público (§ 12).

Como exceção ao cadastro, determina o art. 50, § 13, do ECA, outra novidade que somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente quando: *a)* se tratar de pedido de adoção unilateral; *b)* for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; *c)* for oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou de práticas ilícitas de subtração de incapaz ou de promessa de recompensa mediante a sua entrega. Em casos tais, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto no ECA (art. 51, § 12).

A propósito do tema, existe um grande debate no Brasil sobre a possibilidade jurídica da *adoção dirigida* ou *intuitu personae*, em que os pais da criança indicam os adotantes. Admitindo a ideia, no *X Congresso Brasileiro* do IBDFAM, em outubro de 2015, aprovou-se o Enunciado n. 13, segundo o qual “na hipótese de adoção *intuitu personae* de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes”. Para o presente autor, não existem problemas em se admitir a hipótese, desde que atendido o melhor interesse da criança.

No âmbito da jurisprudência, os acórdãos procuram analisar a questão com zelo e cuidado, como deve mesmo ocorrer, conforme se retira da seguinte ementa: “estando a menor, criança de tenra idade, residindo com a madrinha de batismo, bem cuidada, não há razão para que ocorra, sem a oitiva da madrinha e genitores, o acolhimento institucional por alegada suspeita de ‘adoção dirigida’. Medida extrema cujo implemento requer mais cautela tendo em vista o bem-estar da infante” (TJRS Agravo de Instrumento 163336-25.2013.8.21.7000, São Leopoldo, 7.^a Câmara Cível Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 30.04.2013, *DJERS* 08.05.2013).

Merece aplausos o novo § 15 incluído no art. 50 do ECA pela Lei 13.509/2017, que assegura a prioridade no cadastro a pessoas interessadas em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos. A norma está em total sintonia com o Estatuto da Pessoa com Deficiência e com a Convenção de Nova Iorque, que trata do:

direitos dessas pessoas, e que tem *status* de Emenda à Constituição. A menção à prioridade a quem deseja adotar irmãos é louvável pela busca de manutenção do vínculo de afeto e de convivência entre eles.

Também sobre a Lei 13.509/2017 merecem comentários outros dispositivos aqui não tratados e que contribuem sobremaneira para efetivar a adoção. O primeiro deles é o novo § 1.º do art. 19 do ECA. Nos termos do seu *caput*, é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. Em complemento, pela norma recentemente alterada, “toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei”. Pontue-se que o preceito havia sido vetado pela Presidência da República, pelos argumentos segundo os quais, “embora louvável, a redução do prazo para reavaliação da situação representaria sobrecarga às atividades das equipes interprofissionais dos Serviços de Acolhimento do SUAS, podendo comprometer a realização e a eficácia do trabalho em outras tarefas essenciais, e que também subsidiam a tomada de decisão pela autoridade judiciária. Não obstante, o acompanhamento sistemático não exclui a imediata comunicação à autoridade em prazo inferior, caso identificados fatos ou situações que a demandem”. Porém, sucessivamente, o veto caiu no Congresso Nacional, cabendo ao Estado deve incrementar suas políticas públicas para possibilitar a redução das crianças em situação de abrigo.

Com o mesmo intuito, acrescentou-se um § 2.º no art. 19 do ECA, prevendo que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de dezoito meses, salvo se comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. Além disso, será garantida a convivência integral da criança com a mãe adolescente que estiver em acolhimento institucional, sendo essa mãe assistida por

equipe especializada multidisciplinar (novos §§ 5.º e 6.º do art. 19, § 5.º, do ECA).

Outra novidade importante introduzida pela Lei 13.509/2017 diz respeito ao chamado programa *de apadrinhamento*, constante do novo art. 19-B do ECA, que atinge as crianças e os adolescentes que se encontram em acolhimento institucional, em abrigos, ou familiar. Nos termos da norma jurídica, esse apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro (§ 1.º).

Com outro veto que acabou caindo, o § 2.º do art. 19-B do ECA preceitua que podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de dezoito anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. As razões de veto do Presidente de República apontavam que “a manutenção do dispositivo implicaria em prejuízo a crianças e adolescentes com remotas chances de adoção, ao vedar a possibilidade de serem apadrinhadas por quem está inscrito nos cadastros de adoção”. Entretanto, o preceito acabou por ser mantido pelo Congresso Nacional, para que os padrinhos não se confundam com as pessoas que se encontram nas filas de adoção, o que possibilitaria até a burla da última ordem.

As pessoas jurídicas, caso das fundações com fins filantrópicos, também podem apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento (art. 19-B, § 3.º, do ECA). O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva, caso daquelas com idade avançada (§ 4.º). Os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e da Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil, caso de organizações não governamentais ou mesmo fundações instituídas para esse fim (§ 5.º). Por fim, se ocorrer violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão imediatamente notificar a autoridade judiciária competente (§ 6.º).

Espera-se que o instituto seja efetivado nos próximos anos, como uma alternativa à adoção e com vistas ao pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, especialmente daquelas que se encontram em situação de abrigo institucional.

Encerrado o estudo das regras teóricas básicas a respeito da adoção, com as inovações introduzidas pela Lei 12.010/2009 e pela Lei 13.509/2017, interessante aqui comentar outras duas questões controvertidas, de grande relevância prática, com o fito de encerrar o tema.

A primeira delas é a denominada *adoção à brasileira*. Para Maria Berenice Dias, a *adoção à brasileira* ocorre nas situações em que “o companheiro de uma mulher perfilhar o filho dela, simplesmente registrando a criança como se fosse seu descendente” (*Manual...*, 2005, p. 435). É comum também que os avós registrem netos como se fossem seus filhos, burlando a vedação da adoção constante do ECA. Como se vê, há uma *adoção simulada*, o que seria motivo de nulidade ou mesmo de anulação do registro por quem tivesse interesse.

Porém, a jurisprudência nacional tem aplicado o conceito de *parentalidade socioafetiva* em tais situações, de modo que aquele que reconheceu a criança como seu filho não possa mais quebrar esse vínculo depois de estabelecida a afetividade, o que comporta análise caso a caso. O ato nulo ou anulável acaba sendo convalidado pelo vínculo de afeto, entendimento este que tem um intuito social indiscutível.

Como entusiasta da tese da afetividade como vínculo que deve ser levado em conta, de forma relevante, este autor está filiado aos julgados a seguir transcritos:

“Negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Confronto entre a verdade biológica e a socioafetiva. Tutela da dignidade da pessoa humana. Procedência. Decisão reformada. 1. A ação negatória de paternidade é imprescritível, na esteira do entendimento consagrado na Súmula 149/STF, já que a demanda versa sobre o estado da pessoa, que é emanção do direito da personalidade. 2. No confronto entre a verdade biológica, atestada em exame de DNA, e a verdade socioafetiva, decorrente da adoção à brasileira (isto é, da situação de um casal ter registrado, com outro nome, menor, como se deles

filho fosse) e que perdura por quase quarenta anos, há de prevalecer a solução que melhor tutele a dignidade da pessoa humana. 3. A paternidade socioafetiva, estando baseada na tendência de personificação do direito civil, vê a família como instrumento de realização do ser humano; aniquilar a pessoa do apelante, apagando-lhe todo o histórico de vida e condição social, em razão de aspectos formais inerentes à irregular adoção à brasileira, não tutelaria a dignidade humana, nem faria justiça ao caso concreto, mas, ao contrário, por critérios meramente formais, proteger-se-ia as artimanhas, os ilícitos e as negligências utilizadas em benefício do próprio apelado” (TJPR Apelação Cível 0108417-9, Curitiba, 2.^a Vara de Família, Rel. Accácio Cambi, *DJ* 04.02.2002).

“Ação negatória de paternidade. Adoção ‘à brasileira’. Paternidade socioafetiva. O registro de nascimento realizado com o ânimo nobre de reconhecer a paternidade socioafetiva não merece ser anulado, nem deixado de se reconhecer o direito do filho assim registrado” (TJRS, 00502131NRO PROC70003587250, Rio Grande, 8.^a Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, 21.03.2002).

A outra questão polêmica refere-se à adoção do nascituro. Como se sabe, o nascituro é aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu, sendo certo que deve ser considerado como pessoa humana, pela adesão à *corrente concepcionista*. Assim sendo, este autor é totalmente favorável à tese de Silmara Juny Chinellato pela possibilidade dessa adoção, como forma de tutela dos direitos de quarta geração da pessoa humana (*Adoção...*, 2003, p. 355).

De fato, se o nascituro é pessoa, tendo direitos da personalidade, não há que se afastar a possibilidade de sua adoção. Nesse sentido, repise-se que o nascituro tem direito aos alimentos, à imagem, à honra, à intimidade, à investigação da paternidade (TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica..., Questões controvertidas...*, 2007, v. 6, p. 83-104).

Além disso, consigne-se que é possível o reconhecimento do nascituro como

filho, conforme preceitua especificamente o art. 1.609, parágrafo único, do CC/2002. Ora, se é possível reconhecê-lo como filho, porque não seria possível adotá-lo? Entendo que haveria um contrassenso se a resposta fosse pela impossibilidade de adoção (TARTUCE, Flávio. A situação jurídica..., *Questões controvertidas...*, 2007, v. 6, p. 83-104).

Por isso, não se concordava com o entendimento de que a adoção a nascituro não seria possível, pois não havia norma autorizadora para tanto. Ora, a norma autorizadora sempre foi o ECA, conforme defende há tempos a Professora Silmara Chinellato. Houve um sério *cochilo* de esquecimento do legislador da Lei 12.010/2009, que deveria ter regulamentado a questão, deixando-a à mercê da variação doutrinária e jurisprudencial.

Por bem, a Lei 13.509/2017 acrescentou um art. art. 19-A no ECA, tratando da sua possibilidade, o que veio em boa hora. Conforme o seu *caput*, a gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude. Será ela ouvida pela equipe interprofissional da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará relatório à autoridade judiciária, considerando inclusive os eventuais efeitos do estado gestacional e puerperal. De posse do relatório, a autoridade judiciária poderá determinar o encaminhamento da gestante ou mãe, mediante sua expressa concordância, à rede pública de saúde e assistência social para atendimento especializado. A busca à família extensa, para direcionamento da adoção a esta, respeitará o prazo máximo de noventa dias, prorrogável por igual período. Na hipótese de não haver a indicação do genitor e de não existir outro representante da família extensa apto a receber a guarda, a autoridade judiciária competente deverá decretar a extinção do poder familiar e determinar a colocação da criança sob a guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.

O mesmo comando igualmente enuncia que, após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores, se houver pai registral ou pai indicado, deve ser manifestada em audiência própria para tanto, garantido o sigilo sobre a entrega da criança. Na hipótese de não comparecerem à audiência o genitor nem

representante da família extensa para confirmar a intenção de exercer o poder familiar ou a guarda, a autoridade judiciária suspenderá o poder familiar da mãe, e a criança será colocada sob a guarda provisória de quem esteja habilitado a adotá-la. Os detentores da guarda possuem o prazo de quinze dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. Na hipótese de desistência pelos genitores – manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional – da entrega da criança após o nascimento, esta será mantida com os genitores e será determinado pela Justiça da Infância e da Juventude o acompanhamento familiar pelo prazo de cento e oitenta dias. Está garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento. Por fim, a lei prevê que serão cadastrados para adoção recém-nascidos e crianças acolhidas não procuradas por suas famílias no prazo de trinta dias, contado a partir do dia do acolhimento.

Na verdade, já existiam trabalhos que defendem doutrinariamente não só a adoção de nascituro, mas também de embriões, caso do livro de Adriana Telles de Miranda, fruto de sua tese de doutorado defendida na FADISP, sob nossa orientação (MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. *Adoção de Embriões...*, 2015). Espera-se que essa modalidade de adoção também seja regulamentada nos próximos anos.

6.5 PODER FAMILIAR

Encerrando o presente capítulo, é importante o estudo do poder familiar, conceituado como o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto. O instituto está tratado nos arts. 1.630 a 1.638 do CC/2002.

Destaque-se que parte da doutrina prefere o termo *autoridade parental*, constando proposta de alteração das expressões no Estatuto das Famílias (sobre o tema: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *Família...*, 2009). Nessa linha, nas justificativas da proposição é exposto que o termo *autoridade* se coaduna com o princípio de melhor interesse dos filhos, além de contemplar a solidariedade familiar. O art. 87 do projeto determina que “A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos”.

Pois bem, nos termos do vigente Código Civil, o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão *pátrio poder*, totalmente superada pela *despatriarcalização do Direito de Família*, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado.

Segundo o art. 1.630 do CC, os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores. Quanto a esse comando legal, prescreve o Enunciado n. 112 do CJP/STJ que: “Em acordos celebrados antes do advento do novo Código, ainda que expressamente convencionado que os alimentos cessarão com a maioridade, o juiz deve ouvir os interessados, apreciar as circunstâncias do caso concreto e obedecer ao princípio *rebus sic stantibus*”. O enunciado doutrinário visa a elucidar conflito de direito intertemporal que possa surgir.

Em síntese, com a redução da maioridade civil e com o fim do poder familiar aos 18 anos do filho, os alimentos também podem cessar antes do período fixado entre as partes. Para tanto, devem ser analisadas as circunstâncias fáticas que envolvem a lide. O enunciado é bom, apesar de não se concordar com a utilização da expressão *rebus sic stantibus*, expressão esta que é própria da teoria da imprevisão e do Direito Contratual; estando um tanto quanto superada mesmo neste último ramo do Direito Civil.

Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais e, na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (art. 1.631, *caput*, do CC). Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para a solução do desacordo (art. 1.631, parágrafo único, do CC).

Mais uma vez, o Código Civil atribui a solução ao Poder Judiciário, criando mais uma ação: a de solução de divergência quanto ao poder familiar. Para Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, o dispositivo cria a possibilidade de um juizado de família, “como órgão judiciário não mais destinado apenas à solução de conflituosidades familiares, de paradigmas de rupturas sempre definitivas, oferecendo uma prestação de justiça destinada à composição das divergências episódicas, sem os estigmas de embates conjugais dilacerantes. Nessa nova dimensão, o Juizado de Família” (*Código Civil...*, 2005, p. 830). Também aqui a mediação familiar

interdisciplinar pode entrar em cena para resolver as controvérsias.

Enuncia o art. 1.632 da atual codificação material que 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. O dispositivo acaba trazendo um direito à convivência familiar e, ao seu lado, um dever dos pais de terem os filhos sob sua companhia. Nessa norma reside fundamento jurídico substancial para a *responsabilidade civil por abandono afetivo*, eis que a companhia inclui esse afeto. Anote-se, mais uma vez, que a menção à separação judicial deve ser vista com ressalvas, eis que a categoria foi extinta pela *Emenda do Divórcio* (Emenda Constitucional 66/2010), mesmo diante da emergência do Novo CPC, que reafirmou o instituto da separação judicial e da existência de julgados que admitem o instituto.

Acrescente-se que o Superior Tribunal de Justiça reconhece direito de indenização não somente nos casos de *abandono afetivo*, mas também havendo *abandono material* do filho pelo pai. Conforme aresto prolatado em 2017, publicado no *Informativo* n. 609 da Corte, “o descumprimento da obrigação pelo pai, que, apesar de dispor de recursos, deixa de prestar assistência material ao filho, não proporcionando a este condições dignas de sobrevivência e causando danos à sua integridade física, moral, intelectual e psicológica, configura ilícito civil, nos termos do art. 186 do Código Civil de 2002. Estabelecida a correlação entre a omissão voluntária e injustificada do pai quanto ao amparo material e os danos morais ao filho dali decorrentes, é possível a condenação ao pagamento de reparação por danos morais, com fulcro também no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (STJ, REsp 1.087.561/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 13.06.2017, DJe 18.08.2017). Confirmou-se, ao final, a condenação do pai a pagar R\$ 35.000,00 a título de danos morais ao filho, sem prejuízo da imposição de condutas para a sua assistência econômica.

É pertinente também apontar que o dispositivo em comento, art. 1.632 do Código Civil, deve ser levado em conta na fixação da guarda, principalmente nos casos de guarda unilateral, no que tange à regulamentação de visitas em favor daquele genitor que não tem a guarda do filho.

Encerrando as regras gerais quanto ao poder familiar, enuncia o art. 1.633 do CC/2002 que o filho, não reconhecido pelo pai, fica sob o poder familiar exclusivo da mãe. Mas, se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, o poder familiar será exercido por um tutor.

O exercício do poder familiar está tratado no art. 1.634 da codificação privada, recentemente alterado pela Lei 13.058/2014, trazendo as atribuições desse exercício que compete aos pais, verdadeiros deveres legais, a saber:

- a) Dirigir a criação e a educação dos filhos.
- b) Exercer a guarda unilateral ou compartilhada, conforme alterado pela recente *Lei da Guarda Compartilhada (ou Alternada) Obrigatória*, tema tratado anteriormente nesta obra.
- c) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem.
- d) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior, o que também foi incluído pela Lei 13.058/2014.
- e) Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município, outra inclusão legislativa recente, pela mesma norma citada.
- f) Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar.
- g) Representá-los, judicial ou extrajudicialmente até os 16 anos, nos atos da vida civil e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento. Aqui houve outra alteração pela Lei 13.058/2014, com a menção aos atos extrajudiciais.
- h) Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha.
- i) Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Tais atribuições devem ser tidas como verdadeiros *deveres legais* dos pais em relação aos filhos. Assim, a sua violação pode gerar a responsabilidade civil da autoridade parental por ato ilícito, nos termos dos requisitos constantes do art. 186 do

CC/2002.

Quanto à última atribuição, o preceito deve ser lido à luz da dignidade humana e da proteção integral da criança e do adolescente.

De início, porque a exigência de obediência não pode ser desmedida, sendo vedados maus-tratos e relação ditatorial. Havendo abusos nesse exercício, estará configurado o abuso de direito, o que pode repercutir, em casos de danos, na esfera da responsabilidade civil (arts. 187 e 927 do CC). Como consequência, além da suspensão ou destituição do poder familiar, o pai ou a mãe poderá ser condenado a pagar indenização por danos morais aos filhos se os maus-tratos estiverem presentes. Lembre-se de que como parâmetros para o abuso de direito devem ser considerados os previstos no art. 187 do CC, que são verdadeiras cláusulas gerais: fim social, boa-fé objetiva e, principalmente, bons costumes; o que gera a responsabilidade objetiva do pai ou mãe abusador (Enunciado n. 37 do CJF/STJ).

Sobre tal delicada situação, entrou em vigor no Brasil a Lei 13.010/2014, conhecida como *Lei da Palmada* ou *Lei Menino Bernardo*, em homenagem a vítima de violências praticadas pelo pai e pela madrasta. A nova norma alterou dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, passando a prever o seu art. 18-A que a criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

A lei define as práticas que são vedadas. Assim, considera-se castigo físico a ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em sofrimento físico ou em lesão. O tratamento cruel ou degradante é conceituado pela norma como a conduta, ou forma cruel de tratamento, em relação à criança ou ao adolescente que os humilhe, os ameace gravemente ou os ridicularize.

Em complemento, conforme o novo art. 18-B do ECA os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas

socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, de tratá-los, de educá-los ou de protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso: *a)* encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; *b)* encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; *c)* encaminhamento a cursos ou programas de orientação; *d)* obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado; e *e)* advertência. Todas essas medidas serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais, caso da responsabilização civil antes citada.

Voltando ao âmago do inciso VII do art. 1.634 da codificação material, os pais não podem explorar economicamente os filhos, exigindo-lhes trabalhos que não são próprios de sua idade ou formação. Como se sabe, a exploração do trabalho infantil é um mal que assola todo o País. Em casos de abuso, mais uma vez, o poder familiar pode ser suspenso ou extinto, cabendo também a aplicação das regras da responsabilidade civil (art. 187 c/c o art. 927 do CC).

Ainda relativamente aos efeitos do poder familiar, o pai e a mãe, enquanto no seu exercício, devem ser tratados como usufrutuários dos bens dos filhos (usufruto legal); e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade (art. 1.689 do CC). Esse usufruto legal visa a proteção dos interesses dos filhos menores, devendo ser analisado à luz do princípio do maior interesse. Diante dessas regras e dessa afirmação, a jurisprudência superior entende que, “partindo-se da premissa de que o poder dos pais, em relação ao usufruto e à administração dos bens de filhos menores, não é absoluto, deve-se permitir, em caráter excepcional, o ajuizamento de ação de prestação de contas pelo filho, sempre que a causa de pedir estiver fundada na suspeita de abuso de direito no exercício desse poder, como ocorrido na espécie. Com efeito, inviabilizar, de plano, o ajuizamento de ação de prestação de contas nesse tipo de situação, sob o fundamento de impossibilidade jurídica do pedido para toda e qualquer hipótese, acabaria por cercear o direito do filho de questionar judicialmente eventual abuso de direito de seus pais, no exercício dos encargos

previstos no art. 1.689 do Código Civil, contrariando a própria finalidade da norma em comento (preservação dos interesses do menor)” (STJ, REsp 1.623.098/MG, 3. Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 13.03.2018, *DJe* 23.03.2018).

Em continuidade, compete aos pais e, na falta de um deles, ao outro, com exclusividade, representar os filhos menores de 16 anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados (art. 1.690 do CC). Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens. Havendo divergência quanto a essa administração, a lei prevê a possibilidade de qualquer um deles recorrer ao juiz para a solução necessária (art. 1.690, parágrafo único, do CC).

No plano dessa administração, os pais não podem alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração (art. 1.691 do CC). Isso, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole (*best interest of the child* – maior interesse da criança), mediante prévia autorização do juiz.

Se tais atos de alienação ou disposição forem realizados sem autorização, deverão ser tidos como nulos, havendo previsão de *nulidade textual* (art. 1.691, parágrafo único, do CC). A norma é de ordem pública, tutelando os vulneráveis. Nesse sentido, com interessante aplicação, transcreve-se, do Tribunal Paulista:

“Alvará judicial. Requerimento por menor visando o recebimento dos saldos do FGTS e PIS-PASEP deixados pelo pai falecido em acidente de trânsito. Pedido, também, de alvará para recebimento do seguro obrigatório (DPVAT). Alvarás deferidos e cumpridos, com depósito dos valores em conta judicial. Pretensão dos advogados que patrocinaram os interesses do menor a levantar a parcela correspondente aos valores dos honorários contratados por escrito pelo menor representado pela mãe. Contratos nulos, posto celebrados em desacordo com a regra de ordem pública do artigo 1.691 do Código Civil, que exige prévia autorização judicial para os atos que ultrapassem os limites de simples administração dos direitos dos incapazes. Autorização que certamente não seria concedida já que o menor e sua mãe são pessoas muito pobres e seriam encaminhadas ao patrocínio da Defensoria Pública. Recursc

prejudicado e anulação de ofício dos aludidos contratos” (TJSP, Agravo de Instrumento 589.120.4/9, Acórdão 3352934, São Paulo, 2.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Morato de Andrade, j. 18.11.2008, *DJESP* 14.01.2009).

O próprio art. 1.691 do Código Privado reconhece legitimidade dos filhos, herdeiros e representante legal do menor para propor a ação declaratória de nulidade absoluta do ato. Como a norma é especial quanto à legitimidade, compreendemos que o Ministério Público não a tem, não sendo o caso de se aplicar o art. 168 do CC.

Todavia, deve-se entender que essa ação declaratória não está sujeita à decadência ou à prescrição, eis que o negócio jurídico nulo não convalesce pelo decurso de tempo (art. 169 do CC). Além disso, a ação é essencialmente declaratória, o que justifica a sua não sujeição à prescrição ou à decadência (critério científico de Agnelo Amorim Filho).

Por outra via, sempre que no exercício do poder familiar colidir o interesse dos pais com o do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, o juiz lhe dará curador especial. Aqui a legitimidade do MP é clara e especificada em lei (art. 1.692 do CC).

No entanto, devem ser excluídos do usufruto legal e da administração dos pais: os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento pelo pai; os valores auferidos pelo filho maior de 16 anos, no exercício de atividade profissional, e os bens com tais recursos adquiridos; os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais; os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão (art. 1.693 do CC).

Superada a análise do exercício do poder familiar, o art. 1.635 do CC/2002 traz as hipóteses em que é extinto o poder familiar. Os casos são os seguintes:

- a) Pela morte dos pais ou do filho, eis que o poder familiar tem caráter personalíssimo.
- b) Pela emancipação, nos termos do art. 5.º, parágrafo único, do CC, já que emancipação antecipa os efeitos da maioridade para fins civis.

- c) Pela maioria, aos 18 anos, não havendo razão mais para o poder familiar, diante da independência obtida com a maioria.
- d) Pela adoção, diante do rompimento de vínculo em relação à família anterior.
- e) Diante de decisão judicial, nos casos do art. 1.638 do CC.

Com relação ao art. 1.638 do CC, o comando legal em questão trata dos fundamentos da destituição do poder familiar por sentença judicial. Esses motivos para a destituição, na redação original do comando, são: *a)* o castigo imoderado do filho; *b)* o abandono do filho; *c)* a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes; *d)* a incidência reiterada nas faltas previstas no art. 1.637 do CC; e *e)* a entrega, de forma irregular, do filho a terceiros para fins de adoção. A última previsão foi incluída pela Lei n. 13.509/2017, que trouxe alterações a respeito da adoção, como antes visto.

Sobre a última previsão, a propósito, a recente jurisprudência do STJ acabou por firmar a tese de que “na hipótese em que o reconhecimento de ‘adoção à brasileira’ foi fator preponderante para a destituição do poder familiar, à época em que a entrega de forma irregular do filho para fins de adoção não era hipótese legal de destituição do poder familiar, a realização da perícia se mostra imprescindível para aferição da presença de causa para a excepcional medida de destituição e para constatação de existência de uma situação de risco para a infante”. Em suma, entendeu-se que a norma emergente não poderia pura e simplesmente retroagir, sendo necessário analisar as circunstâncias do caso concreto e a caracterização da adoção à brasileira (STJ, REsp 1.674.207/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, . 17.04.2018, *DJe* 24.04.2018).

Sucessivamente, no ano de 2018, o art. 1.638 do CC/2002 recebeu um parágrafo único, trazendo novas hipóteses de destituição do poder familiar, por força da Lei 13.715. Assim, perderá também por ato judicial o poder familiar aquele que praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: *a)* homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher; *b)* estupro ou outro crime contra a dignidade

sexual sujeito à pena de reclusão. Igualmente, também gera a destituição do poder familiar o ato de praticar contra o filho, a filha ou outro descendente, caso de um neto ou neta, esses mesmos crimes.

Instituto relativo ao poder familiar como questão a ser ponderada em ações de destituição do poder familiar é a *alienação parental* ou *implantação das falsas memórias*. Sobre o tema, são as lições de Maria Berenice Dias:

“A evolução dos costumes, que levou a mulher para fora do lar, convocou o homem a participar das tarefas domésticas e a assumir o cuidado com a prole. Assim, quando da separação, o pai passou a reivindicar a guarda da prole, o estabelecimento da guarda conjunta, a flexibilização de horários e a intensificação das visitas. No entanto, muitas vezes a ruptura da vida conjugal gera na mãe sentimento de abandono, de rejeição, de traição, surgindo uma tendência vingativa muito grande. Quando não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-cônjuge. Ao ver o interesse do pai em preservar a convivência com o filho, quer vingar-se, afastando este do genitor. Para isso cria uma série de situações visando a dificultar ao máximo ou a impedir a visitação. Leva o filho a rejeitar o pai, a odiá-lo. A este processo o psiquiatra americano Richard Gardner nominou de ‘síndrome de alienação parental’: programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. O filho é utilizado como instrumento da agressividade direcionada ao parceiro. A mãe monitora o tempo do filho com o outro genitor e também os seus sentimentos para com ele. A criança, que ama o seu genitor, é levada a afastar-se dele, que também a ama. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre ambos. Restando órfão do genitor alienado, acaba identificando-se com o genitor patológico, passando a aceitar como verdadeiro tudo que lhe é informado. O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser

afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro. Neste jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a assertiva de ter sido o filho vítima de abuso sexual. A narrativa de um episódio durante o período de visitas que possa configurar indícios de tentativa de aproximação incestuosa é o que basta. Extrai-se deste fato, verdadeiro ou não, denúncia de incesto. O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando--se, assim, falsas memórias” (DIAS, Maria Berenice. Síndrome da alienação parental.. Disponível em: <www.intelligentiajuridica.com.br>. Acesso em: 27 mar. 2007).

Além da perda da guarda em algumas situações, a jurisprudência nacional reconhecia que a utilização desses mecanismos também poderia provocar a entrada em cena de eventual ação em que se discutiria a destituição do poder familiar. Sobre o tema, é interessante a análise do seguinte julgado do próprio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Destituição do poder familiar. Abuso sexual. Síndrome da alienação parental. Estando as visitas do genitor à filha sendo realizadas junto a serviço especializado, não há justificativa para que se proceda à destituição do poder familiar. A denúncia de abuso sexual levada a efeito pela genitora não está evidenciada, havendo a possibilidade de se estar frente à hipótese da chamada síndrome da alienação parental. Negado provimento” (TJRS, Agravo de Instrumento 70015224140, 7.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Maria Berenice Dias, 12.06.2006).

O tema do mesmo modo havia sido apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cabendo a transcrição da seguinte ementa:

“Regulamentação de visitas. Guarda da criança concedida ao pai. Visitas provisórias da mãe. Necessidade. Preservação do superior interesse da menor. Síndrome da alienação parental. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido, com determinação” (TJSP, Apl-Rev 552.528.4/5, Ac 2612430, Guarulhos, 8.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. 14.05.2008, *DJESP* 20.06.2008).

Acompanhando toda essa evolução da doutrina e da jurisprudência, foi promulgada a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, conhecida como *Lei da Alienação Parental*. Nos termos do art. 2.º da nova norma, “considera-se alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este”. O comando exemplifica algumas situações concretas de alienação parental:

- a) Realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade.
- b) Dificultar o exercício da autoridade parental.
- c) Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor.
- d) Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar.
- e) Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.
- f) Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente.
- g) Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar

a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Enuncia-se que “a prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, *constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente* e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda” (art. 3.º da Lei 12.318/2010, destaque deste autor). Desse modo, não há dúvida de que, além das consequências para o poder familiar, a alienação parental pode gerar a responsabilidade civil do alienador, por abuso de direito (art. 187 do CC). Tal responsabilidade tem natureza objetiva, independentemente de culpa, nos termos do Enunciado n. 37 do CJF/STJ.

Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente (art. 4.º da Lei 12.318/2010). Isso, inclusive, para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2014, essa última norma gera a conclusão de incidência do Código de Processo Civil para os casos de alienação parental, o que deve ser mantido no que diz respeito ao Novo CPC. Nos termos da publicação constante do *Informativo* n. 538 do Tribunal da Cidadania, “a Lei 12.318/2010 prevê que o reconhecimento da alienação parental pode se dar em ação autônoma ou incidentalmente, sem especificar, no entanto, o recurso cabível, impondo, neste aspecto, a aplicação das regras do CPC. A decisão que, de maneira incidente, enfrenta e resolve a existência de alienação parental antes de decidir sobre o mérito da principal não encerra a etapa cognitiva do processo na primeira instância. Portanto, esse ato judicial tem natureza de decisão interlocutória (art. 162, § 2.º, do CPC) e, por consequência, o recurso cabível, nessa hipótese, é o agravo (art. 522 do CPC). Cabe ressaltar que seria diferente se a questão fosse resolvida na própria

sentença, ou se fosse objeto de ação autônoma, como prevê a Lei 12.318/2010, hipóteses em que o meio de impugnação idôneo seria a apelação, porque, nesses casos, a decisão poria fim à etapa cognitiva do processo em primeiro grau” (STJ, REsp 1.330.172/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.03.2014).

Ainda nos termos da novel legislação, deve-se assegurar à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas (art. 4.º, parágrafo único, da Lei 12.318/2010).

Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial (art. 5.º, *caput*, da Lei 12.318/2010). O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor (§ 1.º). A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigida, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental (§ 2.º). O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de alienação parental terá prazo de 90 dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada (§ 3.º).

Essa última norma específica é completada pelo art. 699 do Novo CPC segundo o qual, quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

No plano concreto, estabelece o art. 6.º da Lei da Alienação Parental que, estando caracterizada a alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, poderá o juiz, 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:

- 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, o que já vem sendo aplicado pela melhor jurisprudência nacional. A título de ilustração: “Agravado de instrumento. Ação declaratória de alienação parental. Decisão [que] determinou o cumprimento do acordo de visitas. Prevalência do interesse do menor. Imposição de multa. Possibilidade. Certo é que o convívio da figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, sendo assim, um contato físico maior entre pai e filho torna a convivência entre eles mais estreita, possibilitando o genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação. Deve-se impor multa à genitora pelo descumprimento do acordo de visitas, haja vista os indícios de alienação parental, visando, inclusive, que esta colabore à reaproximação de pai e filha” (TJMG, Agravo de Instrumento 10105120181281001, 4.ª Câmara Cível, Rel. Dárcio Lopard Mendes, j. 23.01.2014).
- 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.

Caracterizada a mudança abusiva de endereço, a inviabilização ou a 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 (art. 6.º, parágrafo único, da Lei 12.318/2010).

Como se pode perceber, as medidas são bem mais amplas do que vinha entendendo a jurisprudência anterior, o que representa notável avanço. Não há

previsão da destituição total do poder familiar, mas apenas de sua suspensão. Como se nota, o termo utilizado pela nova lei é *autoridade parental*, na linha da doutrina mais avançada sobre o tema, aqui citada.

A respeito da atribuição ou alteração da guarda, deve-se dar preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada (art. 7.º). Desse modo, a solução passa a ser a *guarda unilateral*, quebrando-se a regra da guarda compartilhada constante dos arts. 1.583 e 1.584 do CC, talvez diante da impossibilidade de efetivação da última.

Enuncia-se processualmente que a alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial (art. 8.º). Não se pode esquecer, no contexto processual, do teor da Súmula 383 do STJ, pela qual 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. Consigne-se que esse entendimento deve ser mantido sob a égide do Novo CPC.

Superado o exame desse importante tema, destaque-se que a previsão a respeito das faltas reiteradas previstas no art. 1.637 do CC/2002 é a grande novidade da redação original do art. 1.638 da atual codificação privada. É de se concordar com Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado quando afirmam que o novo dispositivo veio alterar substancialmente o tratamento do tema, não havendo mais um rol taxativo (*numerus clausus*) a fundamentar a destituição do poder familiar (*Código Civil...*, 2005, p. 834). Como se sabe, é nova tendência do Direito Privado atual entender que as relações constantes em lei não são taxativas, mas exemplificativas (*numerus apertus*). Esse sistema aberto, aliás, está mais adequado à sistemática da operabilidade, baseada em cláusulas gerais.

Prosseguindo o estudo, analisando de forma detalhada o art. 1.637 do CC, enuncia esse dispositivo que: “Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça

reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão”.

O dispositivo transcrito trata da *suspensão* do poder familiar, que, se ocorrer de forma reiterada, conforme análise fática pelo juiz da causa, gera a extinção desse atributo familiar. Vale dizer que tanto o processo de suspensão quanto o de destituição correm na Vara da Infância e Juventude, sempre com a intervenção do Ministério Público. Essa intervenção, ou mesmo a possibilidade de o MP promover a ação de suspensão ou destituição do poder familiar, consta do art. 201, III, do ECA (Lei 8.069/1990).

Por fim, ainda quanto à extinção, o pai ou a mãe que contrair novas núpcias, ou estabelecer união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar (art. 1.636 do CC). Em relação ao seu exercício, por razões óbvias, não haverá qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro. A mesma regra vale para o pai ou a mãe solteiros, que tiverem filhos sob poder familiar e que casarem ou estabelecerem união estável (art. 1.636, parágrafo único, do CC).

6.6 RESUMO ESQUEMÁTICO

– *Relações de parentesco*: três são as formas básicas de parentesco:

- a) *Parentesco consanguíneo ou natural* – aquele existente entre pessoas que mantêm entre si um vínculo biológico ou *de sangue*, ou seja, que descendem de um ancestral comum, de forma direta ou indireta.
- b) *Parentesco por afinidade* – existente entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro cônjuge ou companheiro. Vale lembrar que marido e mulher e companheiros não são parentes entre si. A grande inovação do Código Civil de 2002 é reconhecer o parentesco de afinidade decorrente da união estável (art. 1.595 do CC). O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou

companheiro (art. 1.595, § 1.º). Na linha reta, até o infinito, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável. Por isso é que se afirma que *sogra é para a vida inteira!*

- c) *Parentesco civil* – aquele decorrente de outra origem, que não seja a consanguinidade ou a afinidade, conforme prevê o art. 1.593 do CC. Podemos citar aqui a adoção, a inseminação artificial heteróloga (com material genético de terceiro) e a *parentalidade socioafetiva*.

No que concerne ao parentesco consanguíneo, a tabela a seguir foi fornecida pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, no curso de graduação de Direito na USP, e recebeu novo dimensionamento.

A tabela analisava as relações colaterais até o sexto grau. Anote-se, mais uma vez, que com o Código Civil de 2002 o parentesco colateral deve ser limitado ao quarto grau.

Resolveu-se manter a tabela na íntegra para que o leitor analise todas as situações possíveis. Mas vale lembrar mais uma vez: o parentesco colateral está limitado ao quarto grau, o que está destacado no seu teor.

RESUMO – TABELA DE GRAUS DE PARENTESCO NATURAL

Linha reta

Linha Colateral			Trisavô 4.º grau			Linha Colateral
Feminina			Bisavô 3.º grau			Masculina
Tia-avó 4.º grau			Avô 2.º grau			Tio-avô 4.º grau
Filha da tia-avó 5.º grau	Tia 3.º grau		Pai/mãe 1.º grau		Tio 3.º grau	Filho do tio-avó 5.º grau
Neta da tia-avó 6.º grau	Prima 4.º grau	Irmã 2.º grau	<u>EU</u>	Irmão 2.º grau	Primo 4.º grau	Neto do tio-avó 6.º grau
Bisneta da tia-avó 7.º grau	Filha da prima 5.º grau	Sobrinha 3.º grau	Filho(a) 1.º grau	Sobrinho 3.º grau	Filho do primo 5.º grau	Bisneto do tio-avó 7.º grau
Trineta da tia-avó 8.º grau	Neta da prima 6.º grau	Neta da irmã 4.º grau	Neto 2.º grau	Neto do irmão 4.º grau	Neto do primo 6.º grau	Trineto do tio-avó 8.º grau
	Bisneta da prima 7.º grau	Bisneta da irmã 5.º grau	Bisneto 3.º grau	Bisneto do irmão 5.º grau	Bisneto do primo 7.º grau	
	Trineta da prima 8.º grau	Trineta da irmã 6.º grau	Trineto 4.º grau	Trineto do irmão 6.º grau	Trineto do primo 8.º grau	

– *Filiação*: a filiação pode ser conceituada como a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau. O dispositivo inaugural quanto ao tema, o art. 1.596 do CC, consagra o princípio da igualdade entre filhos, repetindo

o que já constava no art. 227, § 6.º, da CF.

O art. 1.597 da atual codificação material é o dispositivo que traz as presunções de paternidade, e que gera uma série de polêmicas relacionadas com a bioética e o biodireito: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Diante da *Emenda do Divórcio*, a menção à *separação judicial* constante do inc. I do dispositivo deve ser substituída por *divórcio*.

– *Reconhecimento de filhos*: duas são as formas básicas de reconhecimento de filhos:

- a) *Reconhecimento voluntário ou perfilhação* – nas situações descritas no art. 1.609 do CC.
- b) *Reconhecimento judicial ou forçado* – nas hipóteses em que não há o reconhecimento voluntário, o mesmo devendo ocorrer de *forma coativa*, por meio da *ação investigatória*. Para as provas de procuradorias dos Estados, Ministérios Públicos e Defensorias Públicas, revisar os pontos principais dessa ação: imprescritibilidade, foro competente, legitimidade ativa e passiva, fundamentos jurídicos, prova e valor da causa.

– *Adoção*: para Maria Helena Diniz, trata-se do “ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha” (*Curso...*, 2005, p. 484). O Código Civil de 2002 havia consolidado a matéria da adoção. Entretanto, entrou em vigor a Lei 12.010/2009, conhecida como Lei Nacional

da Adoção, estabelecendo o tratamento do tema no ECA, seja a adoção de menores ou de maiores.

– *Poder familiar*: o poder familiar será exercido pelo pai e pela mãe, não sendo mais o caso de se utilizar, em hipótese alguma, a expressão *pátrio poder*, totalmente superada pela *despatriarcalização do Direito de Família*, ou seja, pela perda do domínio exercido pela figura paterna no passado. O exercício do poder familiar está tratado no art. 1.634 do CC, que traz as atribuições desse exercício que compete aos pais, verdadeiros deveres legais, a saber: *a)* dirigir a criação e a educação dos filhos; *b)* ter os filhos em sua companhia e guarda; *c)* conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; *d)* nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; *e)* representá-los, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; *f)* reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; *g)* exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

6.7 ADENDO ESPECIAL

6.7.1 Art. 1.601

João Baptista Villela

Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Professor Catedrático Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa durante o ano acadêmico 2000/2001.

Ninguém diria, a princípio, que Mafalda e Diogo foram feitos um para o outro. Todo o contrário é o que se podia entrever, antes que começassem a namorar. Por isso, quando passaram a ser vistos de mãos dadas nos corredores da Faculdade, almoçando juntos na cantina ou trocando beijos furtivos ao se encontrarem ou ao se despedirem, a estranheza era geral. “Isso não vai longe”, diziam uns. “É fogo de palha”, acrescentavam outros.

De fato. Mafalda era sonhadora, romântica, perdia-se por vezes em infinitos devaneios. Diogo, ao contrário, tinha o espírito pragmático. Pés no chão e cabeça muito bem assentada. Era objetivo e determinado. daquelas pessoas de quem se costuma dizer “este sabe o que quer!”.

A sabedoria da experiência, por um lado, parecia avalizar a percepção dos mais céticos. “Lé com lé, cré com cré”, dizia a mãe de Diogo, ansiosa, como toda mãe, de que o filho caminhasse para uma união sólida e duradoura.

Mas o que é, afinal de contas, a sabedoria da experiência? Quantas vezes ela não diz e se desdiz a si própria! Pois não é certo que também se apregoa “duro com duro não faz bom muro”? Então? Os contrários se repelem mesmo, ou antes se atraem? Quantos já não terão dito que no amor cada um busca o que não tem? Ou aquilo que falta para completar-se. E não havia aquela expressão, quem sabe hoje meio cafona, que no casal denotava um ser a metade do outro? “Minha cara metade” não significa ou já significou o mesmo que “minha mulher” ou “meu marido”?

Como quer que seja e fosse, Mafalda e Diogo aprofundaram a convivência, se conheceram e se amaram. Foi natural que as coisas terminassem em casamento.

Dizer que no começo tudo foi sonho e delírio soa a lugar-comum. Mas o lugar-comum não é o lugar do falso. É o lugar da reiteração. E reiterar a descrição do amor de Mafalda e Diogo equivale aqui a insistir na paixão com que se entregaram um ao outro, nas suas esperanças e nas suas vidas.

Ocorre que todo o começo tem também seu fim. Senão deixaria de ser começo. Não foi preciso muito tempo para que o casamento de Diogo e Mafalda revelasse sinais de fadiga. As juras foram se fazendo cada vez mais escassas. Depois se deixaram substituir por diálogos ásperos e comentários ferinos. Logo mais, instalou-se o silêncio. E a união de Mafalda e Diogo, por fim, declarou-se, com todas as evidências, em estado de crise.

Foi a esse tempo que Mafalda reencontrou-se, por puro acaso, com Miguel, um antigo colega de Faculdade, que sempre lhe tinha parecido um tipo arrogante e pretensioso.

Chovia muito e Mafalda se tinha recolhido a um canto no *hall* de um supermercado. Ali entrara à procura de uns chocolates. Gostava deles quando tinha os

seus 15 ou 16 anos. Mas depois os evitava, para manter a linha. Nos últimos meses já não ligava muito ao corpo e entendeu que devia ceder um pouco aos prazeres da comida. Ademais, lera recentemente em uma revista feminina que o chocolate tem reconhecido efeitos antidepressivos. E era disso mesmo que ela andava precisando.

Miguel, que tinha saído há alguns meses de um divórcio traumático, estava no supermercado por motivos bem mais prosaicos. Ia fazer o suprimento de víveres para a semana. Morava só, em um apartamento das imediações e habituara-se à vida de administrador de casa. Para ser mais preciso, não morava propriamente só, pois que com ele ficava também Sara, a filha de ano e meio que tivera com sua mulher.

Reconheceram-se de imediato, apesar das alterações que ambos exibiam. Em Mafalda já não se viam aqueles olhos inquietos que mais pareciam sorrir do que ver. E Miguel, de rosto continuava o mesmo, embora o cabelo, deixado crescer, lhe desse um ar algo menos austero. Quanto ao vestuário e ao porte, nada fazia lembrar o mauricinho que fora na Faculdade. Trajava jeans um tanto surrado, tênis e uma *t-shirt* mais para o alternativo do que para as *griffes* de antes.

Miguel teve a iniciativa de aproximar-se. A conversa, um pouco reticente ao início, foi-se descontraindo e ganhando a confiança dos interlocutores. Foi natural assim, que acabassem por chegar à porta dos assuntos mais pessoais.

– Então, acabaste por te casares com o Diogo? Quem diria...

– Pois é isso. Soube que tu também te casaste. Estás bem?

– Sim, é verdade. Casei-me e descasei-me. Mas estou feliz. Ou, se não feliz apaziguado. Sara, a filha que tive com Maria da Glória, ficou comigo. Eramuito agarrada a mim e a própria mãe não se opôs a que eu tivesse a guarda. A Glória hoje é uma executiva muito bem-sucedida. Viaja muito. Enquanto eu, que já gostava de traduções no tempo de Faculdade, me entreguei a elas de corpo e alma. Na verdade, nunca fui muito chegado a arquitetura. Mas meu pai achava que eu era um esteta inato. Imagine. Acabou forçando um pouco a barra e fui parar na arquitetura. Mas gosto mesmo é de letras. Especialmente traduções. É um serviço que executo em casa. Assim, Sara e eu nos fazemos companhia. Não posso me queixar. A Sara me dá muita alegria. No fundo, parece que é a única mulher com quem me dei bem...

– Mas na Faculdade tu eras muito cortejado. As meninas te olhavam de tal

jeito...

– Pode ser. Mas era coisa a distância. No *tête-à-tête* a aproximação empacava. Não rolava nada. Sabes, no fundo, acho que sempre fui muito tímido. O papo secava logo. Até que apareceu a Maria da Glória, que tu não conheceste. Foi também mais ou menos do nosso tempo de Faculdade. Só que, enquanto estávamos na Arquitetura, ela frequentava Economia. Tivemos uma paixão fulminante e desta vez, eu pensava que tudo tomaria outro rumo. De fato, tomou. Para pior. Mas, não quero mais falar disso... Nem devo te importunar com essas coisas, que, afinal, são do meu foro íntimo e não fazem qualquer sentido para ti.

A chuva havia passado e Miguel se deu conta de que tinha de voltar logo, já que deixara Sara com a vizinha e não lhe queria prolongar o incômodo. Saíram juntos e, ao se despedirem, Miguel apontou com o dedo:

– Estás vendo aquele edifício rosa ali na esquina? Pois é lá que vivo. Não é propriamente uma cobertura, mas como fico no 18.º andar, acabo por ter uma boa vista e um ar relativamente saudável. É bom para a Sara, que, assim, fica um pouco menos exposta à poluição.

Mafalda voltou para casa. E, lá chegando, entregou-se ao que lhe parecia ser a grande tarefa do dia: devorar a meia parte de sua ração de chocolates. Mas não o fez com a voracidade que seu apetite antes estava a pedir. Entregou-se a um ritual quase litúrgico, que retardava o prazer, mas lhe dava um toque de sensualidade. Desembrulhava cada um dos bombons com a delicadeza e a volúpia de quem tivesse nas mãos um tesouro único, frágil e volátil ao menor descuido. Depois, não o comia logo. Levava-o aos lábios, tocava-lhe com a ponta da língua. Em seguida, aplicava-lhe suavemente os dentes e deixava que cada porção executasse uma espécie de bailado sóbrio e com brio no salão quente de sua boca. Só depois o mastigava e deglutia.

Sentiu-se melhor ao longo do dia. “De fato, dizia consigo mesma, o chocolate tem um inegável efeito antidepressivo”. O encontro com Miguel veio-lhe muitas vezes ao pensamento. Achou-o tão humano, tão seguro. Por que teria se separado? Como era essa tal de Maria da Glória? E agora: teria alguma namorada?

Teve vontade de telefonar-lhe para continuar a conversa. Haviam recordado

tanto os tempos em que frequentavam o mesmo curso e tinham os mesmos colegas e professores. Chegaram a rir de velhas histórias passadas naqueles corredores da Faculdade: eram tão familiares e, de repente, pareciam tão distantes e quase dissolvidos no impressionismo das recordações. Agora retomavam forma, cor e cheiro.

“Telefonar?” Sim, não era má ideia. Mas não lhe tinha o número. Lembrou-se do prédio onde Miguel disse morar. E também que seu apartamento ficava no 18.º. Daí ao número não era, contudo, um simples passo. O prédio, lembrou-se, era de esquina. Em qual das ruas ficaria a entrada?

Com estes pensamentos na cabeça e uma leve e gostosa sensação de euforia que não experimentava havia tempos, Mafalda recolheu-se à cama. Deu um beijo discreto, mas sincero, em Diogo e adormeceu.

Na manhã seguinte, já não havia chuva. Bem ao contrário. O céu estava limpo e o sol secava suavemente as ruas, como se lhes pensasse as feridas que houvesse ele mesmo provocado. Mafalda foi à rua, passou pelo escritório onde recebia as encomendas de projeto para executar em casa. Conversou com o Diretor. E voltou para casa. Só que, desta vez, não pelo caminho habitual, senão com um leve desvio que lhe permitisse certificar-se em que rua ficava o edifício de Miguel. Era, como tinha pensado, a Rua Corrêa Sampaio. E o edifício ostentava, em placa de latão polido, um sóbrio 48.

Não foi difícil chegar ao telefone de Miguel. Lá estava, na lista telefônica, em letras miúdas, mas afirmativas: sob o apto. 1.814 da Rua Corrêa Sampaio, 48. Langdoc, Miguel da Gama.

Antes de ligar, estando só no seu pequeno ateliê, Mafalda teve um momento de hesitação. Acabou por vencê-lo. Miguel disse-lhe que também tivera a ideia de telefonar, mas que, do mesmo modo, não tinha o número. Além disso, pensava que Diogo poderia estranhar, caso estivesse em casa e fosse ele a atender. Não que visse mal na conversa, mas não queria ser ou parecer indiscreto, permitindo-se um gesto que não era habitual entre eles.

A conversa foi longa e, de novo, provocou em Mafalda uma euforia suave e apaziguadora. Outros telefonemas se sucederam. Falavam sobre tudo: cinema, teatro,

trabalho, política, inflação, comissões de inquérito. De vez em quando, alguns mergulhos no interior dos sentimentos, da visão de mundo, nas expectativas, esperanças, dúvidas e sonhos.

Dos telefonemas chegaram aos encontros. A princípio, no *playground* do edifício em que morava Miguel. Sempre que podia, Miguel levava até lá sua pequena Sara para brincar, de modo que ver Mafalda e Miguel juntos não suscitava, aparentemente, suspeitas ou fofocas. Até que um dia, Miguel a convidou a ir até o apartamento para lá tomarem um café. Ao café seguiu-se uma troca quase superposta de confidências. Simplesmente se tinham reconhecido apaixonados. Depois outros encontros. E mais outros.

Diogo mergulhara-se cada vez mais no trabalho e não suspeitava do que quer que fosse. Fazia-lhe bem, contudo, sentir que a mulher estava mais solta e até mais amigável no pouco que compartilhavam do dia a dia.

Mafalda, entretanto, era suficientemente íntegra e lúcida para saber que aquela situação ambígua, no limite, acabaria mal para todos. Resolveu pedir um encontro com Dom Vasco, do Mosteiro de São Bento. Mafalda ficara conhecendo Dom Vasco durante um tríduo preparatório da Páscoa e lhe tinha imensa simpatia. Já havia recorrido aos seus conselhos em outras situações difíceis. E sempre saíra de alma leve desses encontros.

A conversa com Dom Vasco foi longa, franca e, porque sem concessões, às vezes penosa para ambos.

Dom Vasco cultivava um respeito extremo pela individualidade da consciência e pela sua absoluta autonomia. Pensava e dizia que ninguém pode decidir pelos outros, nem induzir a um comportamento qualquer, pois este há de ser sempre a expressão da liberdade de cada um. “Um ato objetivamente mau e livre”, dizia, “valia mais que um ato induzido, ainda que objetivamente bom”. Entre outras coisas, observou a Mafalda, algo que lhe causou estranheza, por mais que já conhecesse e admirasse a posição libertária e autonomista de Dom Vasco. “Cada um tem o direito de procurar a felicidade onde pensa que ela esteja”. Portanto, compreendia e não censurava o comportamento de Mafalda. Mas suscitou-lhe o olhar para outros valores. E fê-la compreender que a resposta eufórica do amor não passa de uma concessão à

nossa debilidade. É um dar que nada nos pede ou nos cobra. Portanto, é algo que se situa na periferia de nossa humanidade e, por si só, não nos faz crescer. O verdadeiro amor só se acha enquanto cada um se perde em favor do outro. “Veja isso, no próprio sexo. O orgasmo, ao contrário do que se pode pensar, não gratifica sobretudo o corpo de quem o sente, mas o coração de quem o proporciona”. “Santa Catarina de Siena dizia ‘não encontrarás repouso verdadeiro a não ser no sangue’. Eu penso que isso se aplica plenamente ao repouso que os parceiros buscam no amor. Sem sangue – isto é, renúncia, sacrifício, dom de si mesmo – marido e mulher nunca encontrarão repouso. Poderão encontrar o mesmo conforto efêmero da droga, da comida, do luxo, ou, em outro nível, do elogio, do sucesso e do reconhecimento. Mas isso, não é repouso. É esquecimento momentâneo”.

Mafalda saiu meio aturdida do encontro com Dom Vasco. Não se sentia uma mulher infiel, só por ter praticado sexo com outro homem que não o marido. Não tinha a lembrança precisa das circunstâncias, nem sob que forças estivera entregue, quando tudo aconteceu. Mas se sentia imensamente infeliz por ter sonegado a Diogo o dom de si mesma, o empenho em fazê-lo feliz. Em perceber que nunca esquecera de si própria para lembrar-se do marido. Enfim, nunca se perdera para encontrar Diogo. Reconheceu que, nisso, fora egoísta e leviana. Havia em Diogo, percebeu Mafalda um potencial exuberante de bondade, de dedicação, que ela antes contribuíra para sufocar do que para eclodir-se e encontrar a expansão a que estava preordenado.

A viagem para dentro de si mesma foi impactante e devastadora. Mafalda sentia que se transubstanciava em outra pessoa. Não, não era bem assim. Ao contrário: parecia que voltava a ser ela mesma. Percebera-se integrada e harmônica. Não mais dividida entre sentimentos e projetos contraditórios. Ganhava, de pouco em pouco, a posse de si mesma.

O encontro com Dom Vasco fora pela manhã. À noite. Mafalda se achava plenamente reconciliada consigo própria. A hipótese de separar-se de Diogo não ficava excluída. Mas já não lhe tocava o coração como alívio. Ou como dor insuportável. Fosse o que fosse, propunha-se a ser nobre e digna. Tinha--lhe subitamente voltado à memória aqueles versos de Fernando Pessoa, tão de seu agrado:

“Para ser grande, sê inteiro: nada.

Teu exagera ou exclui.

Sê todo em cada coisa. Põe quanto és No mínimo que fazes.

Assim em cada lago a lua toda Brilha, porque alta vive”.

Depois do lanche, dirigiu-se ao ateliê de Diogo. Assentou-se. E ficou, por um momento, calada, enquanto Diogo lhe dirigia um olhar de espanto e mal contida curiosidade.

– Diogo, queria discutir contigo a nossa relação.

– Mafalda, por favor, não recomeça. Tu sabes o quanto detesto esta coisa de discutir a relação. Será que vocês mulheres não são capazes de algo mais do que discutir a relação? Basta. Estou farto disso tudo. Não temos nada que discutir. Muito menos a tal de relação. Aliás, para além de ser boboca e pedante, essa expressão não cabe aqui. E sabes por que não cabe? Simplesmente porque não temos relação qualquer. Nem para ser discutida, nem para deixar de ser discutida.

– Peço-te desculpa. Sabia que tu odeias essa forma de dizer. Mas é sempre assim que se fala no círculo de minhas amigas. A expressão saiu-me sem controle. Peço-te mais uma vez desculpar-me. O que quero é falar sobre nossas vidas. Não podemos continuar como estamos. Não é bom para ti. Não é bom para mim, tampouco. Não serve a ninguém.

Diogo permaneceu calado. Depois, foi-se-lhe desfazendo o crispado do cenho.

A conversa tomou pé. Lenta e vacilante, ao princípio. Desenvolta em seguida. Áspera depois, para voltar a ser, de novo, pontuada de silêncios e hesitações. Nada escapara à sinceridade esquadrihadora do casal: o envolvimento com Miguel, os sentimentos de culpa, de solidão, de abandono. As dores reciprocamente infligidas e suportadas.

Ao cabo de três horas estavam exaustos. Mas a atmosfera perdeu muito do tom gris sob que há muito se mantinha.

Foi Diogo quem propôs:

– Vamos à cozinha comer qualquer coisa antes de dormir.

No dia seguinte, voltaram a conversar.

O degelo se desfez. Mafalda e Diogo se reencontraram. Ou, quem sabe, se dirá

melhor: tiveram um encontro que até então não tinham conhecido.

A crise estava superada e a vida adquiria para um e outro nova luz e novas cores.

Superada? Sim, mas não por muito tempo.

Ao café da manhã de uma trivial quarta-feira, Mafalda está abatida e mostra um rosto que reenviava seguramente para uma noite insone. Não beija Diogo, como de hábito. E lhe diz em tom pouco menos que maquinal:

– Estou grávida.

Mais não disse, nem era preciso. Ambos sabiam que o tratamento, a que Diogo vinha se submetendo, não fazia progressos. Ainda na véspera, o médico lhe havia dito que, em face dos resultados laboratoriais, iria ensaiar uma nova terapia. Aquela era, definitivamente, uma aspermia rebelde aos tratamentos convencionais.

Não havia espaço para dúvidas. Mafalda trazia no ventre um filho gerado por Miguel.

Diogo ouviu calado. E calados tomaram o café. Um café cujo amargo não vinha de seus grãos, mas de tudo o mais que povoava o imaginário daquele casal apanhado no contrapé de seu afeto.

A cabeça de um e de outro não era mais que um torvelinho de ideias recorrentes e malcozidas. Por mais repugnante que em teoria lhes parecesse, a hipótese de um aborto imediato pairava indelével no horizonte. Ora se afastava como um cálice de veneno fétido, ora retornava com o aroma inebriante de uma poção mágica.

De repente, “não mais que de repente”, como no soneto de Vinícius, Diogo salta da cadeira e precipita-se sobre Mafalda. Abraça-a com tal veemência, que Mafalda, por um breve momento, chega a temer que Diogo a quisesse sufocar. Diogo se entrega a um choro convulsivo, no que é acompanhado por Mafalda. Depois diz:

– Serei o pai do teu filho.

E, se pronto disse, mais prontamente passou da palavra à ação. Em toda a gravidez é um companheiro atento e dedicado. Dispensa a Mafalda um desvelo, de que ele próprio não se supunha capaz. Vê nascer a criança. Devota-se a ela com extremos de afeto e autoesquecimento. É um menino, a quem chamaram de Marcelo.

Diogo dá-lhe carinho, faz-lhe companhia, educa-o e zela pelo seu bem-estar. Participa em tudo de sua vida. De Marcelo também recebe amor, respeito, camaradagem e companhia. Tornam-se, como é natural e previsível, “amigos para sempre”, no seio de uma família harmoniosa e feliz. Entrementes, Diogo está curado e sobrevém-lhes um novo filho. É Helena, que agora divide com Marcelo a atenção dos pais. Divide? Ou antes haveria de se dizer multiplica? O grupo está completo e a vida segue seu curso.

Os anos passam. Mafalda nem mais se lembra do pequeno desvio que cometera ao início do casamento, levada então, quem sabe, pela sua imaturidade, insegurança ou mesmo pela sede de aventura – e qual o jovem que não a tem? – enquanto Diogo, feliz com a mulher que desposou e os filhos que esta lhe deu, relega o episódio ao destino que merece: a dissolução misericordiosa e redentora no amor que dedica a Mafalda.

A história de Diogo e Mafalda não é, entretanto, um conto de fadas. Carrega as alegrias, mas também a dor do mundo.

Por volta dos sessenta anos de idade, Diogo está acometido de uma grave disfunção renal, só passível de resolver-se mediante transplante. Fazem-se os testes e cogita-se de doadores. Apura-se que Marcelo, que se oferecera de pronto, é o que apresenta melhores indicações de compatibilidade. Não hesita em deixar que se lhe extraiam um rim para ser transplantado no pai. E com isso, salva-lhe a vida. A união entre pai e filho torna-se ainda mais forte.

Um belo dia, ou não tão belo assim, inicia-se na mente de Diogo um complexo processo de revisão mental. Levado pelas mãos de um amigo, embalado pelo seu espírito cartesiano e movido pelo gosto que sempre tivera pelas ciências da natureza, esteve a frequentar uma série de seminários, propostos como atividade de extensão na mesma universidade onde se formara arquiteto. Os seminários traziam o sugestivo nome de Fronteiras da Ciência e da Vida.

As exposições e os debates haviam mostrado a Diogo o quanto estivera desinformado sobre os progressos da biociência. Ideias de que tinha uma vaga noção apareciam-lhe agora claras e definidas. Entendeu o percurso insuspeitado que as coisas tinham tomado nos últimos anos. Ficou sabendo melhor o que era o projeto genoma e como o DNA se transmitia, tal como verdadeiro fio condutor da vida, de

geração para geração com suas sequências precisas e caprichosas. Compreendia agora o que era ser pai. Ser pai não era mais um conceito que se pudesse conter nas dobras obscuras da tradição ou da sentimentalidade. Ganhara foros de categoria científica. Começa a não se reconhecer pai de Marcelo. Quer estar em compasso com o seu tempo que é o da pós-modernidade. Aí, na pós-modernidade, não há lugar para crenças nem superstições. Até se lembrou de haver visto exposta em banca de revista um número da *Newsweek* em que a matéria de capa era uma indagação inimaginável no seu tempo de estudante. Dizia mais ou menos assim: O Progresso da Ciência tornará desnecessária a Religião?

“Mas qual é a saída?”, indagou Diogo de si para si, “depois de tanto tempo que minha mulher me traiu?” “E que tolo fui eu – aceitar como filho quem traz a sequência genética de outro homem, aquele Miguel...”. “Está bem, que já morreu e não quero tripudiar sobre seu cadáver, mas provavelmente não passava de um vulgar conquistador...”.

Torturado por este conflito, resolve Diogo procurar um advogado, a quem relata o seu drama.

– Ora, não se preocupe – vai logo dizendo o advogado – hoje temos uma solução bem fácil para o seu problema.

Ato contínuo, mostra-lhe o art. 1.601 do moderno Código Civil brasileiro.

Diogo não tem intimidade com a palavra imprescritível. Volta-se, ainda aflito, para o advogado:

– Mas Doutor, já faz tanto tempo... mais de trinta anos!

– Por favor, entenda! O que a lei está dizendo é que o seu direito de excluir a paternidade é... digamos... – para tomar uma palavra do seu *metiê* – granítico. Isso mesmo: granítico! É um direito pétreo! Ou ainda, se quiser, um direito perpétuo! Dura tanto quanto a sua vida. Até mesmo mais que a sua vida. Se o Sr. vier a faltar depois de aberto o processo – o que só estou admitindo para efeito de raciocínio, já que o Sr., vê-se logo, está vendendo saúde – se vier a faltar – por mera hipótese, volto a insistir – a sua filha, que é, de fato, sua filha, e não filha de um vigarista qualquer, poderá continuar a ação até o fim e deixar sua memória de homem sério e honrado absolutamente limpa e imaculada!

Animado e reconfortado com a entrevista, Diogo decide-se pela contestação da paternidade. E pergunta:

– Então, Doutor, quando podemos começar com isso?

– Amanhã mesmo. De momento bastam apenas algumas pequenas formalidades. Em primeiro lugar assine aqui.

E exhibe-lhe o instrumento de mandato, sem lhe dar a menor chance de ler o que deve assinar.

Diogo hesita, fica um tanto embaraçado. Mas, afinal, toma coragem e, com voz tímida e gestos algo trêmulos, comenta:

– Doutor, o Sr. não levará a mal, mas tenho um irmão que é professor de ética e ele... e ele... andou me falando de um tal consentimento informado... Diz que só devemos apor a nossa assinatura em documentos, depois de bem seguros de quais vão ser as implicações..., as consequências... qualquer coisa assim... Que só nos devemos submeter a uma cirurgia, por exemplo, se o médico nos explicar claramente quais são os riscos, as chances de êxito, se há efeitos colaterais... Essas coisas. Deu até um nome meio sofisticado para esse tal de consentimento. É..., é..., ah, sim, lembro-me agora. É *informed consent*. Isso mesmo, *informed consent*. Já ouviu falar disso, Doutor?

– Não o vou levar a mal, porque o Sr. manifestamente não sabe o que é uma relação profissional advocatícia. É algo que se funda na confiança. Na confiança, compreendeu bem? Ou o Sr. confia plenamente no que vou fazer, nas minhas opções, na minha estratégia, ou não há como representá-lo perante os tribunais. Se lhe disse que assinasse, ao Sr. não cabe formular indagações ou alimentar dúvidas. Não tergiverse nem inverte as posições. Ou assina e mostra, com isso, que tem confiança nos meus serviços, ou, com muito pesar, serei obrigado a sugerir-lhe que procure outro colega!

Vencido pelo tom grave e autoritário do advogado, Diogo assina o que supõe ser a procuração. Em seguida faz um gesto de levantar-se para se despedir.

– “Um momento, um momento”, diz o advogado, já agora em tom brando e quase untuoso. “Há mais uma pequena formalidade. Não mais que mera formalidade. É preciso que o Sr. deixe um cheque para as despesas iniciais. Algo assim como

cinquenta ou oitenta mil reais. Quanto aos acertos finais, ou seja, meus honorários, exames laboratoriais, taxas judiciárias, táxi para a estagiária, despesas com despachantes e manobristas, gorjeta para isso e para aquilo, destas coisas falaremos depois. O importante agora é que o Sr. se sinta livre de seus tormentos e suas preocupações!”

Resumindo e concluindo:

Abre-se o processo. A família, antes estruturada e saudável, entra em vertiginoso estado de decomposição. Para os testes de DNA, os restos mortais do suposto pai são exumados. O inefável segredo de justiça dos processos de família volatiliza-se. O fugaz romance da mãe com o estranho vem a público. Vira assunto de todas as rodas. “Então, a Mafalda, hein... Ora, quem diria...”.

Já com a saúde debilitada, Diogo, o autor na ação, não resiste ao estresse a que se vê entregue. Dá-se conta do caminho errático que seguiu. Está cada vez mais deprimido. Não vê retorno. Desesperado, suicida-se.

Helena, já agora seduzida pela engorda de seu quinhão na herança do pai, está de olho no parágrafo único do art. 1.601. Sucede ao pai no feito. Afinal, sai-se vencedora. Lógico: que prova seria capaz de elidir a do DNA, científica, absoluta imperativa, rigorosamente inquestionável?!

Súmula dos resultados: Marcelo é excluído da herança. Helena torna-se herdeira única. O estado emocional de Marcelo está em frangalhos. Passa também a conviver com a ideia do suicídio. Já não fala com a irmã, sem, contudo, ter perdido o afeto que sempre lhe devotou e que tinha sido cunhado em longos anos de convivência. Comendo à mesma mesa. Dormindo sob o mesmo teto. Praticando as mesmas travessuras. Seus sentimentos são contraditórios. “Como pode”, pensa ele, “uma pessoa ser minha irmã inteira, por tantos anos e, de uma hora para outra, passar a ser apenas meia-irmã? Pode alguém adormecer vinte, trinta, quarenta anos como filho e, um dia qualquer, despertar como estranho?”

Helena, a irmã, agora convertida em meia-irmã, também está aturdida. Sente-se culpada, mesquinha, desprezível.

Quanto a Mafalda, já não gosta de sair à rua. Quando vai às compras, por imposição da necessidade, percebe que todos a olham com um misto de desdém e

curiosidade malsã. Ou não passará tudo de imaginação sua? Está assustada, insegura e, coisa estranha, sente vergonha, mas não se reconhece culpada. Certo dia, ao cruzar com uma antiga colega de ginásio, faz um gesto tímido de abraçá-la. Mas a colega se esquivava e segue seu trajeto. Não sem antes deixar que lhe escape, entre os dentes, um cruel “Vagabunda!”

Esta peça de teatro, escrita pelo Professor João Baptista Villela, foi apresentada sob a forma de monólogo, pela Professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, durante o *III Congresso Brasileiro de Direito de Família*, realizado em Ouro Preto (MG), entre os dias 24 e 27 de outubro de 2001, pelo IBDFAM e OAB/MG.

6.8 QUESTÕES CORRELATAS

01. (Magistratura/DF – 2011) Dita a lei que o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar são usufrutuários dos bens dos filhos e têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade. A própria lei, entretanto, determina a exclusão do usufruto e da administração, nessa condição, de certos bens. Assim exposto, considere as proposições abaixo e assinale a incorreta:

- (A) Excluem-se do usufruto e da administração dos pais os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento.
- (B) Excluem-se do usufruto e da administração dos pais os valores auferidos pelo filho maior de dezesesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos.
- (C) Excluem-se do usufruto e da administração dos pais os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais.
- (D) Excluem-se do usufruto e da administração dos pais os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais, embora casados, se encontrarem separados de fato.

02. (183.º Magistratura/SP – VUNESP) O reconhecimento de filho

- (A) pode ser revogado, quando feito por testamento.
- (B) pode ser feito apenas durante a vida do filho.
- (C) depende do consentimento do filho, quando este for maior.
- (D) não pode ser impugnado pelo filho, quando este for menor.
- (E) havido fora do casamento permite que ele resida no lar conjugal, independentemente do

consentimento do outro cônjuge.

03. (MP/MG – 2011) São formas de extinção do poder familiar, EXCETO:

- (A) morte dos pais ou do filho.
- (B) adoção.
- (C) maioridade.
- (D) estabelecimento de união estável ou casamento, quanto aos filhos do relacionamento anterior.

04. (MP/DFT 23.º) Assinale a opção incorreta.

- (A) Sogra e nora são parentes afins em primeiro grau em linha reta.
- (B) Os irmãos são parentes entre si em primeiro grau na linha colateral.
- (C) É direito personalíssimo do marido a iniciativa de contestação da legitimidade dos filhos de sua mulher.
- (D) Não se transmite aos herdeiros do devedor a obrigação de prestar alimentos, mas os descendentes estão obrigados a prestá-los em caso de impossibilidade ou falta de ascendentes.

05. (MP/DFT 27.º) Acerca das relações de parentesco e da filiação, assinale a alternativa correta.

- (A) O novo Código Civil manteve o prazo prescricional de cinco anos para o filho impugnar o reconhecimento de filiação e pleitear a alteração do registro de seu nascimento.
- (B) As relações de parentesco subdividem-se em parentesco por consanguinidade e por afinidade, ou seja, são parentes as pessoas que descendem umas das outras, ou de progenitor comum, bem como aquelas ligadas por afinidade.
- (C) Parentesco em linha colateral, decorre da descendência de um só tronco comum, sem que exista relação de ascendência e descendência entre os parentes. No parentesco colateral não há limitação do parentesco, conta-se o grau pelo número de gerações existentes entre os dois parentes.
- (D) O vínculo jurídico de afinidade associa-se apenas ao casamento, não sendo gerado pelo companheirismo. Assim, os parentes de um companheiro não mantêm vínculo de afinidade com o outro companheiro, e da mesma forma os parentes de um companheiro não são afins do outro companheiro.
- (E) A adoção, mesmo do maior de dezoito anos, será sempre consumada através de sentença constitutiva, obtida através de processo judicial e com intervenção do Ministério Público.

06. (TJSP 178.º) Um só destes enunciados é verdadeiro em face do Estatuto da Criança e do Adolescente. Indique-o.

- (A) A morte dos adotantes restabelece o poder familiar dos pais naturais.
- (B) A adoção é irrevogável.
- (C) A adoção do menor de dezesseis anos prescinde do seu consentimento.

(D) É inadmissível o deferimento de adoção a adotante falecido antes da sentença.

07. (20.º PGR/MPF – Procurador da República/2002) Assinale a alternativa certa:

- (A) A instituição de herdeiro sob condição captatória não invalida a disposição testamentária.
- (B) O gestor de negócios responde pelo caso fortuito se a gestão for iniciada contra a vontade manifesta ou presumível do dono do negócio, sendo irrelevante a prova de que o caso fortuito teria sobrevivendo ainda que se houvesse absterido.
- (C) A presunção de que a concepção verificou-se na constância do casamento não é afastada em relação aos filhos havidos a qualquer tempo, em razão de concepção artificial homóloga.
- (D) Se não for anulado o negócio jurídico em que se verificou dolo de terceiro, este não poderá ser responsabilizado por perdas e danos pela parte ludibriada.

08. (VII Exame de Ordem Unificado – FGV) A respeito da perfilhação é correto dizer que

- (A) constitui ato formal, de livre vontade, irrevogável, incondicional e personalíssimo.
- (B) se torna perfeita exclusivamente por escritura pública ou instrumento particular.
- (C) não admite o reconhecimento de filhos já falecidos, quando estes hajam deixado descendentes.
- (D) em se tratando de filhos maiores, dispensa-se o consentimento destes.

09. (VUNESP/2010 – Analista de Promotoria – 1.ª fase) Em matéria de adoção, levando em conta especialmente, as modificações introduzidas pela Lei n.º 12.010, de 03 de agosto de 2009, assinale a alternativa correta.

- (A) Por meio da família extensa ou ampliada intensificam-se os laços de afeto entre adotante e adotado, muito embora a Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009, ainda não tenha prestigiado as relações de parentesco estabelecidas entre o adotante e os parentes do adotado.
- (B) A Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009, enfatizou a importância do instituto da adoção, tanto que determinou a obrigatoriedade na preparação psicossocial dos adotantes, incentivando a adoção de irmãos biológicos, além de dificultar o caminho para a adoção internacional.
- (C) Passou a ser admitida pela Lei n.º 12.010, de 3 de agosto de 2009, a adoção por pessoas do mesmo sexo.
- (D) A adoção *intuito personae* e a promovida por escritura pública passam a ser mecanismos úteis para fomentar o instituto, atribuindo maior dignidade e proteção à criança e ao adolescente.
- (E) A manutenção do pretendente à adoção no seio da família biológica continua sendo prioridade legislativa; sendo inviável essa permanência, porém, deve-se recorrer em primeiro lugar à adoção internacional, vale dizer, àquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil.

10. (DPE/TO – CESPE/2013) Com base no que dispõe o Código Civil sobre as relações de parentesco, assinale a opção correta.

- (A) O parentesco por afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

- (B) O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou da afinidade.
- (C) Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.
- (D) O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos colaterais do cônjuge ou companheiro, até o quarto grau.
- (E) Consideram-se parentes em linha reta as pessoas que estejam umas para com as outras na relação de ascendência, descendência e colateralidade.

11. (Juiz de Direito/TJPR – UFPR – 2013) No que concerne ao poder familiar, assinale alternativa correta.

- (A) O pai ou a mãe que estabelecer nova união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos do poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo companheiro.
- (B) Os pais, quanto à pessoa dos filhos menores, podem recomendar, não porém exigir, que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios da sua idade e condição.
- (C) Durante o casamento ou a união estável, aos pais compete o poder familiar; na falta ou impedimento de um deles, dará o juiz tutor ou curador, conforme o caso.
- (D) Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto permanecem seus vínculos de dependência econômica.

12. (TJRR – CESPE/2013) Em relação ao direito de família, assinale a opção correta.

- (A) O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro, sendo tal regra absoluta, ou seja, em caso de falta ou perda do registro civil, não se admite nenhuma outra espécie de prova.
- (B) É anulável o casamento contraído por enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil.
- (C) O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento pode ser feito por escritura pública ou por escrito particular, a ser arquivado em cartório.
- (D) Novo casamento do cônjuge devedor dos alimentos pode extinguir a obrigação alimentar constante da sentença de divórcio.
- (E) É ineficaz o pacto antenupcial que não for realizado mediante escritura pública.

13. (Analista Judiciário/TJDF – CESPE/2013) Com base no que dispõe o Código Civil sobre direito de família, julgue o item a seguir.

A presunção legal da paternidade não se elide com o adultério da mulher, ainda que confessado.

14. (Promotor de Justiça/MPE/MT – UFMT/2014) Analise as assertivas considerando os preceitos constantes no Código Civil sobre o Direito de Família.

I – São parentes em linha reta, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.

II – São parentes em linha colateral ou transversal as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes.

III – Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

IV – Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.

V – O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.

Estão corretas as assertivas

- (A) I e III, apenas.
- (B) II e IV, apenas.
- (C) III e V, apenas.
- (D) III, IV e V, apenas.
- (E) I, II e V, apenas.

15. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJSE – CESPE/2014) Com relação ao direito c família, assinale a opção correta.

- (A) Na união estável, o regime patrimonial deve obedecer à norma vigente no início da relação afetiva, salvo contrato escrito.
- (B) A posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil.
- (C) As expressões fecundação artificial, concepção artificial e inseminação artificial, utilizadas no Código Civil, devem ser interpretadas extensivamente para abranger as hipóteses de utilização de óvulos doados e de gestação de substituição.
- (D) De acordo com o Código Civil, não é possível o reconhecimento da validade e eficácia da renúncia do direito a alimento manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da união estável, visto que tal direito é irrenunciável, conquanto possa não ser exercido pelo credor.
- (E) Ainda que superada causa suspensiva para a celebração de casamento, não é possível a alteração do regime da separação obrigatória de bens.

16. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJSE – CESPE/2014) A respeito das ações de investigação de paternidade e alimentos, assinale a opção correta com base na jurisprudência dominante do STJ.

- (A) Transmitem-se aos herdeiros do devedor de alimentos as prestações vencidas e não pagas, na força da herança, extinguindo-se a obrigação alimentar em virtude da morte.
- (B) O adimplemento da maioria faz cessar automaticamente a obrigação do genitor de prestar alimentos ao filho.
- (C) Por tratar de direito personalíssimo, a ação de investigação de paternidade é imprescritível, sendo a sentença de cunho declaratório.
- (D) O direito próprio e personalíssimo de pleitear a declaração do parentesco não vai além do primeiro grau e, portanto, os netos não podem requerê-la em face do avô, ou dos herdeiros

deste.

- (E) É incabível relativizar a coisa julgada em ação de investigação de paternidade com sentença definitiva, ainda que não tenha sido realizado exame pericial de DNA.

17. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJDF – CESPE/2014) No que se refere ao instituto da adoção, assinale a opção correta.

- (A) Verificado o óbito do adotante no curso do procedimento de adoção, ainda que manifestada a vontade do adotante, de forma inequívoca, impõe-se a declaração de perda de objeto do pedido.
- (B) Em se tratando de adoção de maiores de dezoito anos, admite-se o procedimento por ato extrajudicial perante o registro civil de pessoas naturais, com assistência de advogado, ou por meio de sentença constitutiva.
- (C) A lei veda que tutor com vínculo de parentesco em segundo grau colateral com o tutelado o adote, ainda que prestadas as contas de sua administração.
- (D) Configura requisito essencial à adoção o prévio estágio de convivência, excetuando-se a hipótese de a criança adotanda encontrar-se sob a guarda de fato dos adotantes.
- (E) O avô detentor da guarda de neta adolescente tem legitimidade para adotá-la, dispensando-se o estágio de convivência.

18. (MPE/SP – Promotor de Justiça – 2015) Aponte a alternativa correta:

- (A) O Ministério Público não intervém nas ações de adoção entre partes maiores e capazes.
- (B) A adoção de pessoa maior e capaz, firmada na relação socioafetiva entre adotante e adotado, não depende de consentimento dos pais biológicos.
- (C) No caso de adoção póstuma, o juiz poderá suprir a vontade não manifestada em vida, por procedimento ou documento próprio, pelo pai de criação do adotando maior.
- (D) Em situações excepcionais, o marido poderá adotar a sua mulher, desde que comprovada em ação judicial a necessidade dessa providência.
- (E) Na adoção conjunta entre partes maiores e capazes, a lei dispensa a prova do casamento civil ou da união estável dos adotantes.

19. (MPE/BA – Promotor de Justiça Substituto – 2015) Assinale a alternativa INCORRETA acerca das relações de parentesco e adoção, segundo o Código Civil Brasileiro:

- (A) Os filhos, havidos ou não da relação de casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.
- (B) A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento no Registro Civil.
- (C) O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito no registro do nascimento, por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório, por testamento, ainda que incidentalmente manifestado, dentre outros.
- (D) Só a pessoa maior de 18 (dezoito) anos pode adotar.
- (E) A adoção dispensa processo judicial.

20. (MPE-SC – Promotor de Justiça – 2016) A sentença que julgar procedente a ação de investigação de paternidade produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento, podendo o Juiz ordenar que o filho se crie e eduque fora da companhia do progenitor que contestou essa qualidade.

- () Certo
- () Errado

21. (MPDFT – Promotor de Justiça Adjunto – 2015) Quanto à constituição da filiação, segundo disciplina o Código Civil atual, julgue os itens a seguir:

- I. O filho reconhecido quando maior de idade não pode impugnar o reconhecimento, salvo por vício de consentimento.
- II. É válido o reconhecimento de filho havido fora do casamento feito por carta informal, sem as formalidades devidas.
- III. A adoção de maiores de dezoito anos obedece à disciplina própria do Código Civil e não usa regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.
- IV. A autoria da ação negatória de paternidade de filhos havidos na constância do casamento compete aos cônjuges, comprovada a paternidade por exame de DNA.
- V. Ocorre a presunção da paternidade, em favor do marido, dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga, quando vivo o marido. Se falecido, a presunção depende da existência de prévia autorização do marido.

A partir do julgamento das afirmações anteriores, escolha a alternativa CORRETA:

- (A) Estão corretas somente as assertivas I e V.
- (B) Estão corretas somente as assertivas I e II.
- (C) Estão corretas somente as assertivas III e IV.
- (D) Estão corretas somente as assertivas IV e V.
- (E) Estão corretas todas as assertivas.

22. (TJ-RO – IESES Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimto – 2017) Presumir-se do marido de acordo com o Código Civil, os filhos:

- I. Nascidos 180 dias, pelo menos, após o estabelecimento da sociedade conjugal.
- II. Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.
- III. Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Assinale a alternativa correta:

- (A) Apenas a assertiva I é verdadeira.
- (B) Apenas as assertivas I e III são verdadeiras.
- (C) Apenas as assertivas I e II são verdadeiras.
- (D) Todas as assertivas são verdadeiras.

23. (TJMG – CONSULPLAN – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimento – 2017) O reconhecimento de filho é ato personalíssimo. Sobre o tema marque a alternativa correta:

- (A) O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento poderá ser feito por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; mas, este reconhecimento não pode preceder o nascimento do filho.
- (B) O reconhecimento de filho não pode ser revogado, salvo quando feito em testamento.
- (C) O reconhecimento de filho, sendo irrevogável, independe de consentimento do filho maior.
- (D) O reconhecimento de filho por pessoa relativamente incapaz independe de assistência de seus pais, tutor ou curador.

24. (IESES – 2018 – TJ-AM – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimento) A respeito do reconhecimento de filhos, responda:

- I. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.
 - II. O filho maior pode ser reconhecido independentemente do seu consentimento.
 - III. O reconhecimento não pode ser revogado, exceto quando feito em testamento. Assinale a correta:
- (A) Apenas a assertiva II é verdadeira.
 - (B) Apenas a assertiva I é verdadeira.
 - (C) Apenas as assertivas I e III são verdadeiras.
 - (D) Todas as assertivas são verdadeiras.

25. (DPE-AP – Defensor Público – FCC – 2018) Um adolescente de 15 anos recebe da mãe notícia de que aquele que como pai o criou, e assim consta de seu registro de nascimento, falecido no ano anterior, não é seu pai biológico. O pai biológico, a seu turno, embora reconheça o fato, não tem a intenção de se aproximar do adolescente, de modo a provê-lo de suporte emocional e material. Diante do impasse, o adolescente pretende socorrer-se das vias judiciais para ver comprovada e reconhecida formalmente a paternidade biológica, mas gostaria que fosse preservada em seu registro de nascimento a indicação de filiação daquele que como pai o criou. À luz da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, a pretensão do adolescente é

- (A) ilegítima, pois, em conformidade com o princípio constitucional da paternidade responsável, a paternidade biológica prevalece sobre a paternidade socioafetiva, para fins de registro, embora não impeça o reconhecimento do vínculo de filiação baseado na socioafetividade, com os efeitos jurídicos próprios desta.
- (B) legítima, pois, em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a paternidade socioafetiva prevalece sobre a paternidade biológica, para fins de registro, embora não impeça o reconhecimento do vínculo de filiação baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios desta.

- (C) legítima, pois, conforme julgamento em sede de repercussão geral, merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.
- (D) legítima, pois, em conformidade com súmula vinculante, a paternidade socioafetiva, declarada o não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios desta.
- (E) ilegítima, pois não é consagrada, no ordenamento brasileiro, a pluriparentalidade, não sendo dada ao Judiciário, ainda que provocado, atuar de modo a permitir que a eleição individual dos objetivos de vida tenha preferência em relação a formulações legais definidoras de modelos destinados a produzir resultados eleitos a priori pelo legislador, em caráter geral.

26. (PUC-PR – 2017 – TJ-MS – Analista Judiciário – Área Fim) Avalie as assertivas relacionadas investigação de paternidade (Lei 8.560/92) e, depois, assinale a alternativa CORRETA

- I. É possível a legitimação e o reconhecimento de filho mediante declaração expressa na ata do casamento.
 - II. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris et de juri de paternidade.
 - III. O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.
 - IV. Julgada procedente a ação de investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação.
 - V. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.
- (A) Apenas as assertivas I, II e III estão corretas.
 - (B) Apenas as assertivas II, III e V estão corretas.
 - (C) Apenas as assertivas I, IV e V estão corretas.
 - (D) Apenas as assertivas III, IV e V estão corretas.
 - (E) Apenas as assertivas I, III e IV estão corretas.

27. (DPE-AM – Defensor Público – Reaplicação – FCC – 2018) Considerando-se os princípios atuais aplicáveis à família, inclusive sob o prisma constitucional,

- (A) o casamento homoafetivo é possível, estabelecendo relações obrigacionais mútuas, mas por falta de previsão legal não estabelece relações sucessórias, devendo os cônjuges homoafetivos beneficiarem-se por meio de testamento.
- (B) à união estável aplicam-se somente as normas do direito civil obrigacional, acrescidas daquelas que amparam a mulher previdenciariamente e no reconhecimento da constituição de patrimônio comum.
- (C) nada obstante a igualdade jurídica entre homem e mulher, permanece o patriarcalismo, residualmente, na administração do patrimônio material do núcleo familiar.

- (D) os filhos possuem direitos iguais, independentemente de sua origem, salvo aqueles adotados após a maioridade, em relação a restrições sucessórias, somente.
- (E) a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

28. (MPE-PI – Analista Ministerial – Área Processual – CESPE – 2018) Determinado indivíduo deseja buscar, por via judicial, o reconhecimento de paternidade biológica, embora já possua vínculo de paternidade baseado em relação socioafetiva declarada em registro público.

Considerando essa situação hipotética, julgue o item subsequente de acordo com o entendimento do STF.

A paternidade socioafetiva, por estar declarada em registro público, impede o reconhecimento do vínculo de filiação baseado na origem biológica.

- () Certo
- () Errado

29. (DPE-AM – Defensor Público – Reaplicação – FCC – 2018) O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou ato regulamentar por meio do qual institui modelo único de certidão de nascimento a ser adotada pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, estabelecendo procedimento para que se dê o reconhecimento voluntário e a respectiva averbação da paternidade e maternidade socioafetiva perante os oficiais de registro. Seguindo referido procedimento, considere que um filho, em cuja certidão de nascimento não consta o nome do pai, e sua mãe biológica, juntamente com o atual marido, que foi e é o responsável desde o nascimento pela criação do filho, obtêm o reconhecimento da paternidade socioafetiva, sendo lançada a filiação na certidão respectiva. Ocorre que o filho pretende, agora, discutir e ver reconhecida, judicialmente, a paternidade biológica. Nessa hipótese, à vista da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

- (A) o reconhecimento da paternidade socioafetiva e respectivo lançamento em certidão são nulos, ainda que não seja reconhecida a paternidade biológica, uma vez que baseados em procedimento estabelecido em ato do Conselho Nacional de Justiça, que não possui competência para expedir atos regulamentares em relação aos serviços notariais e de registro.
- (B) o reconhecimento da paternidade socioafetiva e respectivo lançamento em certidão impedem o reconhecimento simultâneo de paternidade biológica, devendo ser desconstituída aquela, primeiramente, para então se pretender discutir judicialmente a biológica.
- (C) é admissível a discussão judicial da paternidade biológica, para produção dos efeitos jurídicos próprios, mantendo-se concomitantemente à paternidade socioafetiva, ainda que esta tenha sido declarada em registro público.
- (D) é admissível a discussão judicial da paternidade biológica, cujo reconhecimento, contudo, provocará a desconstituição do reconhecimento da paternidade socioafetiva, sobre a qual tem

precedência.

- (E) não é admissível a discussão judicial da paternidade biológica, sobre a qual tem precedência a paternidade socioafetiva, reconhecida e lançada em certidão em conformidade com procedimento estabelecido por órgão competente.

GABARITO

01 – D	02 – C	03 – D
04 – B	05 – E	06 – B
07 – C	08 – A	09 – B
10 – C	11 – A	12 – C
13 – CERTO	14 – D	15 – B
16 – C	17 – C	18 – B
19 – E	20 – CERTO	21 – B
22 – D	23 – D	24 – B
25 – C	26 – D	27 – E
28 – ERRADO	29 – C	



DOS ALIMENTOS

Sumário: 7.1 Conceito de alimentos e pressupostos da obrigação alimentar – 7.2 Características da obrigação alimentar e do direito aos alimentos – 7.3 Principais classificações dos alimentos – 7.4 Modalidades contemporâneas de alimentos. Alimentos compensatórios, gravídicos e *intuitu familiae* – 7.5 Outras regras previstas no Código Civil de 2002 e a extinção da obrigação de alimentos. Culpa e alimentos – 7.6 Regras previstas na Lei 5.478/1968. Aspectos materiais e processuais atualizados perante o Novo CPC – 7.7 Resumo esquemático – 7.8 Questões correlatas – Gabarito

7.1 CONCEITO DE ALIMENTOS E PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Desde a sua mais elementar existência, o ser humano sempre necessitou ser alimentado para que pudesse exercer suas funções vitais. A propósito, nas lições de Álvaro Villaça Azevedo, a palavra alimento vem do latim *alimentum*, “que significa sustento, alimento, manutenção, subsistência, do verbo *alo, is, ui, itum, ere* (alimentar, nutrir, desenvolver, aumentar, animar, fomentar, manter, sustentar, favorecer, tratar bem)” (AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso...*, 2013, p. 304). Nesse contexto, os chamados *alimentos familiares* representam uma das principais

efetivações do princípio da solidariedade nas relações sociais, sendo essa a própria concepção da categoria jurídica.

Esclareça-se que os alimentos também permeiam outros ramos do Direito Privado, interessando a este estudo os alimentos que surgem do vínculo alimentar, a justificar a expressão antes destacada. A título de exemplo de alimentos relativos a outra seara privada, podem ser citados os *alimentos reparatórios* ou *indenizatórios*, devidos pelo responsável no caso de falecimento de alguém por ato ilícito, e pagos aos dependentes do falecido, nos termos do art. 948 do Código Civil. Essa última categoria está tratada no Volume 2 desta série bibliográfica.

Como se extrai da obra de Clóvis Beviláqua, os alimentos estão fundados em uma relação familiar, mas interessam a toda a sociedade, o que justifica a existência de normas de ordem pública a respeito da matéria (BEVILÁQUA, Clóvis *Código...*, 1977, p. 862). Segundo Caio Mário da Silva Pereira, aquele que não pode prover o seu sustento pelo próprio trabalho não pode ser deixado à própria sorte, sendo dever da sociedade “propiciar-lhe sobrevivência através de meios e órgãos estatais ou entidades particulares”. Nesse diapasão, “o direito não descarta o fato da vinculação da pessoa ao seu próprio organismo familiar. E impõe, então, aos parentes do necessitado, ou pessoa a ela ligada por um elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível” (PEREIRA, Caio Mário da Silva *Instituições...*, 2012, v. V, p. 527).

Com base nos ensinamentos de Orlando Gomes e Maria Helena Diniz, os alimentos podem ser conceituados como as prestações devidas para a satisfação das necessidades pessoais daquele que não pode provê-las pelo trabalho próprio (GOMES, Orlando *Direito de família...*, 1978, p. 455 e DINIZ, Maria Helena *Código Civil...*, 2005, p. 1.383). Aquele que pleiteia os alimentos é denominado *alimentando* ou *credor*; enquanto aquele que os deve pagar é o *alimentante* ou *devedor*.

O pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional, conforme comentado no primeiro capítulo desta obra.

No plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. Em breve síntese, os alimentos devem ser concebidos dentro da ideia de *patrimônio mínimo*, de acordo com a festejada tese construída pelo professor e Ministro do STF Luiz Edson Fachin (*Estatuto...*, 2001).

Diante dessa proteção máxima da pessoa humana, precursora da *personalização do Direito Civil*, e em uma perspectiva civil-constitucional, entendemos que o art. 6.º da CF/1988 *serve como uma luva* para preencher o conceito atual dos alimentos. Esse dispositivo do Texto Maior traz como conteúdo os direitos sociais que devem ser oferecidos pelo Estado, a saber: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Anote-se que a menção à alimentação foi incluída pela Emenda Constitucional 64, de 4 de fevereiro de 2010, o que tem relação direta com o tema aqui estudado. Ademais, destaque-se que, conforme a doutrina contemporânea constitucionalista, os direitos sociais também devem ser tidos como direitos fundamentais, tendo aplicação imediata nas relações privadas (SARMENTO, Daniel *Direitos fundamentais...*, 2004, p. 331-350).

Assim sendo, aplicando-se a tese da *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, tais direitos existem e devem ser respeitados nas relações privadas particulares, no sentido de que os alimentos estão muito mais fundamentados na solidariedade familiar do que na própria relação de parentesco, casamento ou união estável.

Superada essa revisão conceitual, o pressuposto ou fundamento legal para o dever de prestar alimentos nas relações familiares consta do art. 1.694, *caput*, do CC/2002, que tem a seguinte redação: “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”. Diante dos reconhecimentos da união homoafetiva e do casamento

homoafetivo como entidades familiares, de forma exaustiva demonstrados nesta obra, firme-se a premissa de que os alimentos também podem ser pleiteados em tais relacionamentos familiares, sem qualquer distinção. Nessa trilha, em acórdão do ano de 2015, julgou o Tribunal da Cidadania:

“A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual. (...). O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que ‘não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro’. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide” (STJ, REsp 1.302.467/SP, 4. Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03.03.2015, *DJe* 25.03.2015).

O conteúdo dos alimentos visa, primeiramente, a manter o estado anterior (*status quo*), o que inclui, pelo sentido textual do dispositivo, a educação. Todavia,

deve-se ter em mente que o pagamento dos alimentos deve ser analisado de acordo com o contexto social, não se admitindo exageros na sua fixação. Confrontando o atual texto com o dispositivo anterior (art. 396 do CC/1916), a mudança estrutural é imensa, pois a lei anterior apenas previa que: “De acordo com o prescrito neste capítulo podem os parentes exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir”.

Em julgado paradigmático, o Superior Tribunal de Justiça analisou os alimentos a partir dessa perspectiva social, merecendo destaque o seguinte trecho da decisão da Ministra Fátima Nancy Andrichi:

“No que toca à genérica disposição legal contida no art. 1.694, *caput*, do CC/2002, referente à compatibilidade dos alimentos prestados com a condição social do alimentado, é de todo inconcebível que ex-cônjuge, que pleiteie alimentos, exija-os com base no simplista cálculo aritmético que importe no rateio proporcional da renda integral da desfeita família; isto porque a condição social deve ser analisada à luz de padrões mais amplos, emergindo, mediante inevitável correlação com a divisão social em classes, critério que, conquanto impreciso, ao menos aponte norte ao julgador que deverá, a partir desses valores e das particularidades de cada processo, reconhecer ou não a necessidade dos alimentos pleiteados e, se for o caso, arbitrará-los. Por restar fixado pelo Tribunal Estadual, de forma indubitosa, que a alimentanda não apenas apresenta plenas condições de inserção no mercado de trabalho como também efetivamente exerce atividade laboral, e mais, caracterizada essa atividade como potencialmente apta a mantê-la com o mesmo *status* social que anteriormente gozava, ou ainda alavancá-la a patamares superiores, deve ser julgado procedente o pedido de exoneração deduzido pelo alimentante em sede de reconvenção e, por consequência, improcedente o pedido de revisão de alimentos formulado pela então alimentada. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 933.355/SP 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 25.03.2008, DJ 11.04.2008, p. 1).

Tal decisão inaugurou, naquele Tribunal, a conclusão segundo a qual *os alimentos entre os cônjuges têm caráter excepcional*, pois aquele que tem condições laborais deve buscar o seu sustento pelo esforço próprio.

O caso ficou conhecido como *psicóloga dos Jardins*, sendo certo que uma ex-mulher recebia pensão do ex-marido por longos vinte anos, sendo o último valor pago de R\$ 6.000,00. Ingressou ela em juízo para pleitear o aumento do valor, sustentando a falta de condições para manter o padrão de vida anterior com os rendimentos do seu trabalho. Almejava dobrar o valor da pensão alimentícia, sob a alegação de que não vinha mais aceitando convites para eventos sociais, que teve de dispensar seu caseiro, que não mais trocava de carro com a frequência anterior e que não viajava para o exterior anualmente. Além da contestação, o ex-marido apresentou reconvenção, sob a premissa de que a ex-mulher tinha condições de sustento próprio, notadamente por suas atividades como psicóloga em clínica própria e como professora universitária, bem como pela locação de dois imóveis de sua propriedade.

Após os trâmites no Tribunal Paulista, a Corte Estadual aumentou o valor da pensão para R\$ 10.000,00, incidindo a ideia de manutenção do padrão social. Porém, de forma correta, a Ministra Nancy Andrighi acolheu o pleito de exoneração do ex-marido, julgando que, “não existindo nenhum tipo de dúvida quanto à capacidade da recorrida de prover, nos exatos termos do art. 1.695 do CC/02, sua própria manutenção, impende, ainda, traçar considerações relativas ao teor do disposto no art. 1.694 do CC/02, do qual se extrai que os alimentos prestados devem garantir modo de vida ‘compatível com a sua condição social’. A genérica disposição legal não pode ser entendida como parâmetro objetivo, mesmo porque seria virtualmente impossível o estabelecimento da exata condição socioeconômica anterior, para posterior reprodução por meio de alimentos prestados pelo ex-cônjuge devedor de alimentos. O conceito deve ser interpretado com temperança, fixando-se a condição social anterior dentro de patamares razoáveis, que permitam acomodar as variações próprias das escolhas profissionais, dedicação ao trabalho, tempo de atividade entre outras variáveis”. A votação foi unânime, na linha da justa relatoria.

Outras decisões da Corte e de Tribunais Estaduais passaram a seguir tal correto entendimento, consentâneo com a plena inserção da mulher no mercado de

trabalho e com o afastamento de alimentos com *caráter parasitário*.

Pois bem, da leitura do vigente texto legal percebe-se que os companheiros também podem pleitear alimentos uns dos outros. Vale dizer, ainda, que a isonomia incide quanto a esse direito, ou seja, a mulher pode pleitear alimentos do marido e vice-versa; a companheira pode pleitear alimentos do companheiro e vice-versa.

A exemplo da lei anterior, os alimentos devem ser fixados dentro do binômio *necessidade de quem os pleiteia x possibilidade de quem os deve prestar*, ou nos termos da lei “na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada” (art. 1.694, § 1.º, do CC). Em tom didático e simplificado falaremos de forma continuada no *binômio necessidade/possibilidade*.

Para o Superior Tribunal de Justiça, não é possível rever o valor alimentar antes fixado pelas instâncias inferiores, por se tratar de matéria de fato, conforme estabelece a sua Súmula 7. Nessa esteira, a premissa número 18 da Edição n. 65 da *ferramenta Jurisprudência em Teses*, dedicada aos alimentos e publicada no ano de 2016. Conforme a afirmação: “a fixação da verba alimentar tem como parâmetro o binômio necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, insusceptível de análise em sede de recurso especial por óbice da Súmula 7/STJ”. Foram citados como precedentes atuais: AgRg no AREsp 766.159/MS, 3.ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 02.06.2016, *DJE* 09.06.2016; AgRg no AREsp 672.140/RJ, 4.ª Turma Rel. Min. Marco Buzzi, j. 24.05.2016, *DJE* 31.05.2016; EDcl no REsp 1.516.739/RR 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 23.02.2016, *DJE* 1.º.03.2016; e AgRg no AREsp 814.647/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23.02.2016, *DJE* 07.03.2016.

Com relação à possibilidade de quem paga os alimentos, esclareça-se que na *VI Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 573, prescrevendo que “Na apuração da possibilidade do alimentante, observar-se-ão os sinais exteriores de riqueza”.

Esses sinais exteriores de riqueza, geralmente, são colhidos em redes sociais na internet, caso do *Facebook*, servindo a ata notarial para demonstrar os fatos correlatos. Como é notório, o Novo CPC tratou especificamente desse documento estabelecendo o seu art. 384 que “a existência e o modo de existir de algum fato

podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial”. Essa previsão expressa deve incrementar o seu uso nos próximos anos, especialmente nas demandas de Direito de Família.

Cumpre destacar que a jurisprudência também já tem admitido provas extraídas de sites de relacionamentos e de redes sociais, como se retira do seguinte aresto, dentre muitos que poderiam ser trazidos à colação:

“Agravado de instrumento. Ação de alimentos. Elevação. Adolescente com treze anos de idade. Necessidades presumidas. Agravado que demonstra sinais exteriores de riqueza condizentes com a fixação de um salário mínimo para o dever alimentar. Afinal de contas, em redes sociais ele mesmo intitula-se sócio-proprietário de imobiliária, além de ser proprietário de dois veículos automotores. Parecer pelo improvimento. Agravo provido. Unânime” (TJRS Agravo de Instrumento 0116433-24.2016.8.21.7000, Gravataí, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Ivan Leomar Bruxel, j. 08.09.2016, *DJERS* 13.09.2016).

“Agravado de instrumento. Alimentos provisórios. Liminares. Majoração. Indeferimento. Caso de alguma prova de sinal exterior de riqueza exibido pelo alimentante em rede social que deve ser considerada. Alimentos liminares majorados para meio salário mínimo. Deram parcial provimento” (TJRS Agravo de Instrumento 210386-13.2014.8.21.7000, Capão da Canoa, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 21.08.2014, *DJERS* 26.08.2014).

O *binômio alimentar* é confirmado pelo art. 1.695 do Código Civil em vigor, que aduz: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”. Deve-se compreender que o dispositivo inclui do mesmo modo aquele que pode trabalhar, mas não consegue emprego, conforme entendimento de Jones Figueirêdo

Alves e Mário Luiz Delgado (*Código Civil...*, 2005, p. 865) e Inacio de Carvalho Neto e Érica Harumi Fugie (*Novo Código...*, 2002, p. 224). Para ilustração, a mulher que está fora do mercado de trabalho, enquanto busca a sua recolocação, terá direito aos alimentos por tempo razoável. Aqui, não há dúvidas de que está sendo aplicado o *princípio da função social da família*, analisando-se o núcleo familiar de acordo com o meio que o cerca.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade deve incidir na fixação desses alimentos no sentido de que a sua quantificação não pode gerar o enriquecimento sem causa. Por outro lado, os alimentos devem servir para a manutenção do estado anterior, visando ao patrimônio mínimo da pessoa humana. O aplicador do direito deverá fazer a devida ponderação entre princípios para chegar ao *quantum* justo. De um lado, leva-se em conta a vedação do enriquecimento sem causa; do outro, a dignidade humana, sendo esses os pesos fundamentais da balança. Em situações de dúvida, compreende-se que o último valor, de tutela da pessoa humana, deve prevalecer. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu dessa maneira no caso a seguir:

“Ação de alimentos. Autor portador de necessidades especiais. Réu com grande parte da renda comprometida, inclusive com mais quatro filhos. Consorte que afere renda. Possibilidade de fixação de pensão compatível com a necessidade do demandante em detrimento do demandado, frente à dignidade da pessoa humana e em busca de uma sociedade justa e igualitária. Mesmo diante de prova a embasar a pretensão do apelante-réu no tocante às suas possibilidades, diante do caso concreto em que a genitora estava arcando sozinha com as despesas do filho menor que necessita de atenção e atendimentos especiais, cuja renda estava comprometida em 2/3 exclusivamente com o tratamento do filho, é plausível que o réu alcance valor equivalente à metade das necessidades do menor, sacrificando parte de sua renda. No cotejo entre o sacrifício de certos gastos do autor (telefone, gasolina, etc.) E das necessidades do menor, frente ao que reza a Carta Magna, inclusive diante do princípio da proporcionalidade, prevalece o interesse do

alimentado. Apelação do alimentante provida, em parte e apelo do alimentando desprovido” (TJRS, Processo 70009950445, São Gabriel, 7. Câmara Cível, Rel. Juiz José Carlos Teixeira Giorgis, 16.03.2005).

Anote-se que a proporcionalidade ou razoabilidade na fixação dos alimentos é de tamanha importância na atualidade, que alguns autores, caso de Maria Berenice Dias, falam na existência de um *trinômio* (*proporcionalidade/necessidade/possibilidade*) e não mais de um *binômio*, como dantes se concebia (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 482). Em sentido próximo, Paulo Lôbo menciona a tríade *necessidade/possibilidade/razoabilidade* (*Famílias...*, 2008, p. 350). A jurisprudência também tem destacado a análise conjuntural desses três elementos:

“Alimentos. *Quantum*. Redução. Cabimento. Adequação ao trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade impossibilidade financeira do alimentante para o valor fixado. Apelo provido parcialmente” (TJSP, Apelação com Revisão 662.094.4/0, Acórdão 4160175, São Paulo, 7.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Dimas Carneiro, j. 04.11.2009, *DJESP* 07.12.2009).

“Agravado de instrumento. Alimentos provisórios. *Quantum* fixado conforme os elementos e provas dos autos. Trinômio: Necessidade, capacidade e proporcionalidade. Decisão mantida. Os alimentos provisórios contemplam cognição sumária e incompleta, sujeitando-se ao prudente arbítrio do juízo, razão pela qual recomendável a manutenção da objurgada decisão até o provimento definitivo de cognição ampla, pois não constam dos autos elementos e circunstâncias fático-jurídicas hábeis, nesta fase processual, à pleiteada redução do benefício, porquanto atendido. Com a superficialidade e provisoriedade imanentes à espécie. O trinômio que o justifica: Necessidade, capacidade e proporcionalidade” (TJMG, Agravado de Instrumento 1.0672.07.274160-2/0011, Sete Lagoas, 5.ª Câmara Cível, Rel. Des

Nepomuceno Silva, j. 29.05.2008, *DJEMG* 05.06.2008).

“Família. Ação de alimentos. Filha maior e portadora de Síndrome de Down. Readequação do *quantum* alimentar. Análise do chamado binômio alimentar (ou trinômio, para alguns). Necessidades/possibilidades, dependendo de cotejo pelo conjunto dos fatos. Circunstâncias que autorizam certa readequação da pensão. O dever de sustentar a prole compete a ambos os genitores, cada um concorrendo na medida de sua disponibilidade. Pedido de concessão de AJG. Descabimento. Recorrente que não se enquadra na condição de pobreza (Lei 1.060/1950). Verba honorária, redimensionamento. Apelação e recurso adesivo parcialmente providos” (TJRS, Apelação Cível 70022268874, Porto Alegre, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambujá Ramos, j. 24.01.2008, *DOERS* 01.02.2008, p. 35).

A este autor parece existir realmente uma evolução conceitual, diferenciando-se o *trinômio* do mero *binômio* pela necessidade imperiosa de se analisar a verba alimentar de acordo com o contexto social. A esse propósito, pode ser citado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, antes destacado, segundo o qual os alimentos entre os cônjuges teriam um caráter excepcional. Ora, tal conclusão está fundada na posição que a mulher exerce na contemporaneidade, independente e procurando o seu sucesso profissional.

Também com base no *trinômio alimentar*, na nossa interpretação, recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça considerou que os alimentos podem ser fixados de forma diferente com relação aos filhos, caso eles estejam em situação econômica discrepante, sem que isso represente violação ou desrespeito ao princípio da igualdade, previsto no art. 227, § 6.º, da CF/1988 e no art. 1.596 do CC/2002. Conforme consta dessa importante ementa:

“Do princípio da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6.º, da Constituição Federal, deduz-se que não deverá haver, em regra, diferença no valor ou no percentual dos alimentos destinados à prole, pois se presume que,

em tese, os filhos – indistintamente – possuem as mesmas demandas vitais, tenham as mesmas condições dignas de sobrevivência e igual acesso às necessidades mais elementares da pessoa humana. A igualdade entre os filhos, todavia, não tem natureza absoluta e inflexível, devendo, de acordo com a concepção aristotélica de isonomia e justiça, tratar-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo que é admissível a fixação de alimentos em valor ou percentual distinto entre os filhos se demonstrada a existência de necessidades diferenciadas entre eles ou, ainda, de capacidades contributivas diferenciadas dos genitores. Na hipótese, tendo sido apurado que havia maior capacidade contributiva de uma das genitoras em relação a outra, é justificável que se estabeleçam percentuais diferenciados de alimentos entre os filhos, especialmente porque é dever de ambos os cônjuges contribuir para a manutenção dos filhos na proporção de seus recursos” (STJ, REsp 1.624.050/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nanc Andrichi, j. 19.06.2018, *DJe* 22.06.2018).

De todo modo, acreditamos ser melhor falar em razoabilidade do que em proporcionalidade como componente da tríade alimentar. Isso porque a razoabilidade é mais guiada por elementos subjetivos; enquanto a proporcionalidade, por fatores objetivos. Em matéria alimentar, as questões pessoais são muito mais relevantes do que as pertinências objetivas. É o caso concreto que irá guiar não só a atribuição do dever de pagar os alimentos, como também o valor a ser pago, o *quantum debeatur*. De toda sorte, a utilização de uma ou outra expressão não parece trazer maiores prejuízos práticos.

Superado esse ponto, tornou-se comum, na jurisprudência, a fixação dos alimentos em um terço dos rendimentos do alimentando, proporção esta que não consta da lei, não sendo, portanto, obrigatória. O reconhecimento de tal fração ou percentual consta, aliás, da premissa n. 8 da Edição 77 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ, denominada Alimentos II: “ante a natureza alimentar do salário e o princípio da razoabilidade, os empréstimos com desconto em folha de pagamento (consignação facultativa/voluntária) devem limitar-se a 30% (trinta por cento) dos

vencimentos do trabalhador”.

De todo modo, em casos envolvendo pessoas de baixa renda, aliás, essa fração, muitas vezes, constitui valor inalcançável. Justamente por isso, conforme a melhor jurisprudência, essa fração também deve ser analisada dentro da ideia do *binômio* (ou *trinômio*) outrora mencionado, amparado na proporcionalidade. Ademais, cabe a revisão desse montante, caso ocorra um fato novo que importe em alteração da correlação entre os requisitos:

“Apelação cível. Revisional de alimentos. Nascimento de nova filha após a constituição da obrigação revisanda. Pedido de redução. Cabimento. 1. No caso, a manutenção da obrigação revisanda, em 1/3 da renda líquida paterna, consagraria a inviabilidade da manutenção do alimentante e de sua nova família, especialmente a da de sua outra filha, de si dependente, nascida posteriormente à sua constituição. 2. Demonstrada a ocorrência de modificação nas possibilidades do alimentante, correta a redução procedida na origem da verba alimentar para o percentual de 20% dos rendimentos paternos, patamar que bem equaciona o binômio alimentar, não deixando de atender às necessidades da alimentada. Apelação desprovida” (TJRS Apelação Cível 174275-98.2012.8.21.7000, Osório, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 28.06.2012, *DJERS* 04.07.2012).

“Ação revisional de alimentos. Obediência ao binômio necessidade/possibilidade. Manutenção de alimentos fixados em valor correspondente a um terço dos vencimentos líquidos do alimentante. Exclusão apenas de verbas não pactuadas no processo de separação, com natureza indenizatória ou decorrentes de excepcional esforço pessoal do alimentante. Recurso provido, em parte, com determinação” (TJSP, Apelação Cível 279.689-4/9, Caçapava, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Carlos Stroppa 11.12.2003, v.u.).

Cumprido destacar que o próprio Tribunal Paulista já fixou os alimentos em 2/3

dos rendimentos do devedor, tendo como fundamento o citado trinômio alimentar: “Alimentos. *Quantum* fixado e que comporta pequena redução, a 2/3 do salário mínimo montante que se adéqua ao trinômio necessidade/possibilidade/razoabilidade. Recurso provido em parte” (TJSP, Apelação com Revisão 636.646.4/5, Acórdão 3958276, São Paulo, 5.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro j. 29.07.2009, *DJESP* 30.10.2009).

Elucidando no campo prático, vejamos uma pequena história, geralmente utilizada em aulas e palestras deste autor, para demonstrar que esse montante de um terço dos rendimentos do alimentando não é fixo, muito menos obrigatório.

Imagine-se um caso em que um cantor sertanejo está fazendo *shows* por todo o Brasil. Certo final de semana esse cantor vai até uma cidade do interior mineiro para uma apresentação e conhece uma fã muito bonita. Apaixonam--se por um instante e têm um relacionamento sexual sem as *devidas proteções*. Uma *aventura*...

No caso descrito a fã engravida. Nove meses depois do nascimento da criança e após a realização de um exame de DNA em laboratório privado o cantor reconhece o filho como seu, no cartório de Registro das Pessoas Naturais, no momento do nascimento. Entretanto, por um descuido de seus empresários, o pai não vem pagando os alimentos pactuados livremente, em acordo entre as partes, o que motiva a propositura de ação de alimentos com base na Lei 5.478/1968.

Para ilustrar, esse cantor tem um ganho mensal de cerca de R\$ 240.000,00 reais e gasta cerca de R\$ 5.000,00 mensais com a manutenção de um filho, havido de outra *aventura*, e que reside na Capital de São Paulo, cidade onde os gastos são maiores.

Surge então a pergunta: qual o valor dos alimentos definitivos a ser fixado nessa ação proposta pelo filho que reside no interior?

Logicamente, deve ser afastado de imediato o montante correspondente a um terço do salário do alimentante (R\$ 80.000,00), o que é demais para manter essa criança, ainda mais em uma pequena cidade do interior mineiro. Essa fixação conduz ao enriquecimento sem causa do interessado, sendo, portanto, inadmissível, pela vedação constante do art. 884 do CC.

Alguns poderiam defender a fixação em R\$ 5.000,00, assim como recebe o

outro filho da Capital de São Paulo, diante da igualdade entre filhos constante do art. 227, § 6.º, da CF e do art. 1.596 do CC. Para afastar essa tese, atente-se que os dois filhos, no que tange à especial situação de necessidade alimentar, não estão em situação de igualdade estrita, pois residem em locais diversos, onde os gastos mensais são totalmente diferentes.

Concluindo, imperioso entender que o valor deve ser fixado com razoabilidade, uma vez que o montante de R\$ 2.000,00 ou de R\$ 2.500,00 mensais pode até ser justo e razoável para manter esse filho, residente na pequena cidade do interior mineiro, com o mesmo padrão do outro que reside na Capital de São Paulo. Razoabilidade e proporcionalidade sempre devem estar presentes, portanto. Não se pode admitir, em hipótese alguma, que os alimentos sejam utilizados como punição. Muito ao contrário, não é esse o seu fundamento, mas sim a manutenção das pessoas que deles necessitam.

Ainda no que concerne aos pressupostos para a obrigação alimentar, o Código Civil de 2002 introduziu outra feliz inovação, ao prever que mesmo o cônjuge ou companheiro culpado pelo fim do relacionamento pode pleitear os alimentos necessários ou indispensáveis à subsistência do inocente (art. 1.694, § 2.º, do CC). A questão, que mantém relação com a solidariedade familiar, é igualmente regulamentada pelo art. 1.704, parágrafo único, da atual codificação e será ainda aprofundada no presente capítulo.

De toda sorte, destaque-se que, com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, é forte o entendimento segundo o qual tais dispositivos estão revogados, por incompatibilidade superveniente com o Texto Maior, eis que não há mais qualquer influência da culpa quanto aos alimentos. Essa a opinião, por exemplo, de Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. Divórcio... Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 11 fev. 2010) e Maria Berenice Dias (*Manual...*, 2010, p. 519).

Na mesma linha, vejamos as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira, presidente do IBDFAM:

“Com a Emenda Constitucional n.º 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” (PEREIRA, Rodrigo d. Cunha. *Divórcio...*, 2010, p. 120).

O tema está aprofundado mais à frente, com a exposição de três correntes de posicionamentos a respeito da questão. Superados esses pontos iniciais, vejamos as principais características da obrigação alimentar.

7.2 CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR E DO DIREITO AOS ALIMENTOS

A obrigação alimentar e o correspondente direito aos alimentos têm características únicas, que os distinguem de todos os outros direitos e obrigações, razão pela qual deve ser feito um estudo aprofundado dos seus conteúdos.

De início, pode-se dizer que a obrigação alimentar é exemplo típico de obrigação que somente decorre da lei, sendo esse o entendimento ainda majoritário na doutrina. Entretanto, por outra via, é igualmente correto afirmar que a obrigação alimentar decorre da lei somada à *autonomia privada*. Como antes demonstrado, essa última também existe no Direito de Família, quando a pessoa escolhe com quem ficar, com quem namorar, com quem ter união estável ou com quem se casar, o que está dentro do conceito de “escalada do afeto”, criado de forma brilhante por Euclides de Oliveira (A escalada..., *Anais do V Congresso Brasileiro do IBDFAM*).

De forma pontual, as principais características da obrigação e do direito relacionadas com os alimentos estão elencadas a seguir.

a) Direito personalíssimo

No que tange ao credor ou alimentando, o direito aos alimentos é personalíssimo, uma vez que somente aquele que mantém relação de parentesco, casamento ou união estável com o devedor ou alimentante pode pleiteá-los, dentro do

binômio *possibilidade/necessidade*, incidindo o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade.

Diante do seu caráter *intuitu personae* unilateral, a obrigação alimentar não se transmite aos herdeiros do *credor*, sendo intransmissível nesse ponto. Esse caráter personalíssimo justifica a natureza declaratória da ação de alimentos, a sua correspondente imprescritibilidade bem como outras características especiais, *sui generis*, estudadas a seguir.

b) Reciprocidade

A obrigação de alimentos é recíproca entre cônjuges e companheiros (art. 1.694 do CC). A reciprocidade da obrigação e do direito também existe entre pais e filhos, sendo extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns na falta de outros (art. 1.696 do CC). Em complemento ao último dispositivo, na *IV Jornada de Direito Civil*, realizada em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 341 do CJF/STJ, prevendo que “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Como se percebe, trata-se de mais uma valorização da *parentalidade socioafetiva*, tema que foi a tônica naquele evento promovido pelo Superior Tribunal de Justiça. A jurisprudência mais avançada e atualizada vinha balizando esse entendimento doutrinário: “Família. Negativa de paternidade. Retificação de assento de nascimento. Alimentos. Vício de consentimento não comprovado. Vínculo de parentalidade. Prevalência da realidade socioafetiva sobre a biológica. Reconhecimento voluntário da paternidade, declaração de vontade irretratável. Exegese do art. 1.609 do CCB/2002. Ação improcedente, sentença mantida. Apelação desprovida. (Segredo de Justiça)” (TJRS, Apelação Cível 70022450548, 8.^a Câmara Cível, Rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24.01.2008).

Com a tão comentada decisão do STF, prolatada em 2016 e em sede de repercussão geral, não restam dúvidas quanto à plena possibilidade do filho socioafetivo pleitear alimentos do seu ascendente “de criação”, e também vice-versa. Como visto, a tese firmada naquele julgamento foi a seguinte: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo

de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (Recurso Extraordinário 898.060/SC, com repercussão geral, Rel. Min Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no *Informativo* n. 840 do STF).

Assim, será possível também pleitear alimentos do pai biológico juntamente com o pai socioafetivo, pois a multiparentalidade foi firmada para todos os fins jurídicos, inclusive alimentares e sucessórios.

De qualquer forma, mesmo concordando com o julgamento, no que tange à obrigação decorrente de parentesco, o art. 1.696 do CC/2002 traz uma ordem lógica a ser seguida, em regra, quanto à sua satisfação. Assim, os parentes de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto. Em outras palavras, os pais excluem os avós, que excluem os bisavós e assim sucessivamente.

Complementando, determina o art. 1.697 da atual codificação material que, na falta de ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem sucessória. Na falta de descendentes e ascendentes, os alimentos poderão ser pleiteados aos irmãos, germanos ou bilaterais (mesmo pai e mesma mãe) e unilaterais (mesmo pai ou mesma mãe).

Em resumo, ambos os dispositivos trazem ordem a ser seguida quando se pleiteia os alimentos decorrentes do parentesco, a saber:

- 1.º) Ascendentes: o grau mais próximo exclui o mais remoto.
- 2.º) Descendentes: o grau mais próximo exclui o mais remoto.
- 3.º) Irmãos: primeiro os bilaterais, depois os unilaterais.

Reafirme-se que, em todos os casos, há que se reconhecer a multiparentalidade, tanto quanto aos ascendentes como em relação aos descendentes.

Duas outras questões polêmicas surgem dos dois dispositivos.

A primeira é saber se os tios, tios-avôs, sobrinhos, sobrinhos-netos e primos são obrigados a prestar alimentos, eis que são parentes colaterais. Como não há menção expressa na lei, não há que se falar em obrigação alimentar, segundo o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência, para os devidos fins práticos. A título de exemplo, a respeito dos tios e sobrinhos, com destaque especial

para o teor da primeira decisão:

“Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de alimentos ajuizada pelos sobrinhos menores, representados pela mãe, em face das tias idosas. Conforme se extrai da descrição dos fatos conferida pelo Tribunal de origem, que não pode ser modificada em sede de recurso especial, o pai sempre enfrentou problemas com alcoolismo, mostrando-se agressivo com a mulher e incapaz de fazer frente às despesas com a família, o que despertou nas tias o sentimento de auxiliar no sustento dos sobrinhos. Quanto à mãe, consta apenas que é do lar e, até então, não trabalhava. Se as tias paternas, pessoas idosas, sensibilizadas com a situação dos sobrinhos, buscaram alcançar, de alguma forma, condições melhores para sustento da família, mesmo depois da separação do casal, tal ato de caridade, de solidariedade humana, não deve ser transmutado em obrigação decorrente de vínculo familiar, notadamente em se tratando de alimentos decorrentes de parentesco, quando a interpretação majoritária da lei tem sido no sentido de que tios não devem ser compelidos a prestar alimentos aos sobrinhos. A manutenção do entendimento firmado, neste Tribunal, que nega o pedido de alimentos formulado contra tios deve, a princípio, permanecer, considerada a cautela que não pode deixar jamais de acompanhar o Juiz em decisões como a dos autos, porquanto os processos circunscritos ao âmbito do Direito de Família batem às portas do Judiciário povoados de singularidades, de matizes irrepetíveis, que absorvem o Julgador de tal forma, a ponto de uma jurisprudência formada em sentido equivocado ter o condão de afetar de forma indelével um sem número de causas similares com particularidades diversas, cujos desdobramentos poderão inculcar nas almas envolvidas cicatrizes irremediáveis. Condição peculiar reveste este processo ao tratar de crianças e adolescentes de um lado e, de outro, de pessoas idosas, duas categorias tuteladas pelos respectivos estatutos protetivos – Estatuto da Criança e do Adolescente, e Estatuto do Idoso, ambos concebidos em sintonia com as linhas mestras da Constituição Federal. Na hipótese em julgamento, o que se verifica ao longo do relato que envolve as

partes é a voluntariedade das tias de prestar alimentos aos sobrinhos, para suprir omissão de quem deveria prestá-los, na acepção de um dever moral, porquanto não previsto em lei. Trata-se, pois, de um ato de caridade, de mera liberalidade, sem direito de ação para sua exigibilidade. O único efeito que daí decorre, em relação aos sobrinhos, é o de que, prestados os alimentos, ainda que no cumprimento de uma obrigação natural nascida de laços de solidariedade, não são eles repetíveis, isto é, não terão as tias qualquer direito de serem ressarcidas das parcelas já pagas. Recurso especial provido” (STJ REsp 1.032.846/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2008, DJe 16.06.2009).

“Ação de alimentos. Tio não está obrigado a sustentar sobrinha. Parentesco colateral em terceiro grau está excluído do *onus alimentorum*. Apelo desprovido” (TJSP, Apelação Cível 362.878-4/1, Ribeirão Preto, 4. Câmara de Direito Privado, Rel. Natan Zelinschi de Arruda, 06.01.2005, v.u.).

Porém, há que se mencionar, aqui, o entendimento minoritário de Maria Berenice Dias, que se posiciona pela viabilidade de se pleitear alimentos aos demais parentes colaterais. São suas palavras: “o silêncio não exclui os demais parentes do encargo alimentar. O silêncio não significa que tenham os demais sido excluídos do dever de pensionar. Os encargos alimentares seguem os preceitos gerais: na falta dos parentes mais próximos são chamados os mais remotos, começando pelos ascendentes, seguidos dos descendentes. Portanto, na falta de pais, avós e irmãos, a obrigação passa aos tios, tios-avós, depois aos sobrinhos, sobrinhos-netos e, finalmente, aos primos” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 475).

Parece ter razão a doutrinadora gaúcha, pois se esses colaterais são herdeiros, tendo direitos, também têm obrigações, caso da de prestar alimentos. Em outras palavras, *se têm bônus, também têm ônus*. Filia-se a esse posicionamento minoritário, mais adequado à realidade que o cerca. Por isso, espera-se que este último entendimento seja o majoritário no futuro jurisprudencial. Quem sabe uma alteração legislativa viria em boa hora, ampliando os obrigados pela obrigação

alimentar.

É interessante consignar, ato contínuo de análise, que para Maria Berenice Dias o dever de prestar alimentos também inclui os parentes por afinidade (caso da sogra, do sogro, do genro e da nora, do padrasto e da madrasta, do enteado e da enteada), uma vez que a lei não faz qualquer distinção quanto à origem do parentesco, no seu art. 1.694 do CC. Destaca a autora que o vínculo por afinidade na linha reta nunca é extinto e, por isso, “remanescendo o vínculo jurídico, mantém-se a solidariedade familiar” (*Manual...*, 2007, p. 475).

O entendimento de Maria Berenice Dias acaba sendo o minoritário, mais uma vez, pelo que consta da lei, servindo como reforço o fato de que tais parentes não são herdeiros. Assim, *se não têm bônus, não têm ônus*.

Entretanto, a respeito da afinidade na linha reta descendente, há uma tendência de se reconhecer alimentos, notadamente na relação entre padrasto ou madrasta e enteado ou enteada. Isso porque entrou em vigor no Brasil a Lei 11.924/2009, que possibilita que a enteada ou o enteado utilize o sobrenome do padrasto ou madrasta, desde que exista justo motivo para tanto (art. 57, § 8.º, da Lei 6.015/1973). Ora, parece insuficiente pensar que o vínculo estabelecido entre tais pessoas será apenas para os fins de uso do nome, principalmente em tempos de valorização da socioafetividade, presente muitas vezes em tais relacionamentos.

Desse modo, a tendência, é de se reconhecer dever de alimentos nessas relações, valorizando-se o princípio jurídico da afetividade. Alguns poucos julgados trazem tal debate, podendo ser colacionado o seguinte, que reconhece tal direito:

“Agravos de instrumento. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c alimentos. Decisão que fixou o dever alimentar à ex-companheira e à enteada. Decisão *extra petita*. Tese rechaçada. Legitimidade ativa da genitora para requerer alimentos em prol da filha menor, ainda que esta não conste como parte no processo. Mera irregularidade processual. Nulidade afastada. A legitimidade ativa da genitora em pleitear alimentos, enquanto guardiã da menor, advém do próprio exercício do poder familiar e do dever de sustento e educação à descendente. Assim, o deferimento de alimentos em

favor de menor quando requeridos por sua mãe, ainda que não seja parte do processo, não retrata decisão *extra petita*, representando simples irregularidade processual. União estável. Configuração demonstrada em cognição sumária. Coabitação, dependência financeira e intenção de constituir família evidenciadas. Exegese dos arts. 1.694 e 1.724 do Código Civil. Necessidade comprovada. Binômio necessidade x possibilidade. Ainda que em sede de cognição sumária, comprovada a existência de união estável entre as partes, devem ser fixados alimentos provisórios em prol da ex-companheira quando cabalmente demonstrada a sua necessidade, principalmente até a sua completa reinserção no mercado de trabalho, para que possibilite sua subsistência. Alimentos à enteada. Possibilidade. Vínculo socioafetivo demonstrado. Parentesco por afinidade. Forte dependência financeira observada. *Quantum* arbitrado compatível com as necessidades e as possibilidades das partes. Comprovado o vínculo socioafetivo e a forte dependência financeira entre padrasto e a menor, impõe-se a fixação de alimentos em prol do dever contido no art. 1.694 do Código Civil. Demonstrada a compatibilidade do montante arbitrado com a necessidade das alimentadas e a possibilidade do alimentante, em especial os sinais exteriores de riqueza em razão do elevado padrão de vida deste, não há que se falar em minoração da verba alimentar. Decisão mantida. Recurso improvido” (TJSC Agravo de Instrumento 2012.073740-3, São José, 2.^a Câmara de Direito Civil Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 18.02.2013, *DJSC* 22.02.2013, p. 106).

Porém, em sentido contrário, já se pronunciou que “O padrasto não possui dever de sustento em relação aos enteados. A contribuição é fruto de ato volitivo de alimentante, fazendo presumir sua capacidade com os alimentos discutidos na ação” (TJRS, Apelação Cível 70029577913, Rio Grande, 7.^a Câmara Cível, Rel. De: André Luiz Planella Villarinho, j. 28.10.2009, *DJERS* 09.11.2009, p. 40).

Pensamos que a decisão do STF, do ano de 2016, que reconheceu a possibilidade jurídica da multiparentalidade ou do duplo vínculo de filiação, dá

amparo à tese do dever de prestar alimentos do padrasto ou madrasta. E também do enteado ou enteada, o que depende da análise do binômio ou trinômio alimentar (Recurso Extraordinário 898.060/SC, Rel. Min. Luiz Fux, com repercussão geral, j. 21.09.2016, publicado no *Informativo* n. 840 do STF). Conforme a tese firmada, repise-se, “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Lida ao contrário a afirmação, a existência de parentalidade biológica não afasta a parentalidade socioafetiva, para todos os fins, inclusive alimentares. Vejamos como a jurisprudência irá se pronunciar tendo em vista esse importante precedente superior.

Superada essa intrincada questão, outra dúvida que surge é a seguinte: no caso de coexistirem cônjuge ou companheiro e parentes, a obrigação deve ser pleiteada dos primeiros, para então depois dos segundos? Compreende-se que sim, pois é perfeitamente lógica a ordem prevista no Código Civil. O dever relacionado quanto aos cônjuges e companheiros consta do art. 1.694, enquanto os parentes estão mencionados nos arts. 1.696 e 1.697 do CC.

c) Irrenunciabilidade

O Código Civil de 2002, pelo menos aparentemente, sepultou a discussão anterior quanto à possibilidade de renúncia aos alimentos. Realmente o *sepultamento* foi somente na aparência.

O art. 1.707 do CC é claro ao preceituar que: “Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. Paulo Lôbo é jurista que elogia a inovação, explanando que “qualquer cláusula de renúncia, apesar da autonomia dos que a celebrarem, considera-se nula, podendo o juiz declará-la de ofício” (*Famílias...*, 2008, p. 348).

O dispositivo equivale parcialmente ao art. 404 do CC/1916, que tinha redação semelhante, dispondo que: “Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos”. Esse também era o sentido da Súmula 379 do STF no que tange à

separação judicial, antigo desquite (“No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”). Novamente, repise-se que a separação judicial não mais existe no sistema jurídico nacional, diante da *Emenda do Divórcio* (EC 66/2010).

Contudo, apesar do teor do dispositivo legal anterior e do entendimento sumulado, a jurisprudência e a doutrina vinham entendendo, quase que com unanimidade, pela possibilidade de renúncia aos alimentos quando da separação judicial, do divórcio ou da dissolução da união estável.

Justamente por isso, parcela considerável e respeitável da doutrina aponta que a primeira parte do art. 1.707 do atual Código Civil, ao vedar a renúncia aos alimentos, constitui um total retrocesso, não devendo ser aplicado às renúncias estabelecidas nesses casos, mas somente nas relações de parentesco (RODRIGUES Silvio. *Direito...*, 3. tir., 2006, p. 379, obra atualizada por Francisco José Cahali; MADALENO, Rolf. *Curso...*, 2008, p. 668).

Balizando esse entendimento majoritário da doutrina, foi aprovado enunciado na *III Jornada de Direito Civil* com o seguinte teor: “O art. 1.707 do Código Civil não impede que seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da ‘união estável’. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família” (Enunciado n. 263 do CJF/STJ). O autor do enunciado é o respeitado doutrinador fluminense Guilherme Calmon Nogueira da Gama, não havendo menção na ementa a respeito da separação judicial diante de debate anterior mais profundo quanto à renunciabilidade nesses casos. De qualquer forma, as discussões relativas à separação judicial perdem relevo, em razão de sua extinção pela *Emenda do Divórcio*.

Como se observa, a polêmica está formada. A lei consagra uma regra clara, mas a doutrina se divide. E a jurisprudência, consolidada na vigência do Código Civil de 2002, o que entende?

Primeiramente, o STJ concluiu ser válida e eficaz a cláusula de renúncia a alimentos constante da separação judicial:

“Direito civil e processual civil. Família. Recurso especial. Separação judicial. Acordo homologado. Cláusula de renúncia a alimentos. Posterior ajuizamento de ação de alimentos por ex-cônjuge. Carência de ação. Ilegitimidade ativa. 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” (STJ, REsp 701.902/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nacir Amador de Oliveira, j. 15.09.2005, DJ 03.10.2005, p. 249).

O Tribunal de Justiça de São Paulo tem acompanhado esse entendimento. A título de exemplo, transcreve-se:

“Alimentos. Renúncia por ex-cônjuge. Validade, mesmo após o advento do art. 1.707 do CC de 2002, dada a ausência de relação de parentesco. Autora, ademais, que é jovem e apta para o trabalho. Ação julgada improcedente. Recurso improvido” (TJSP, Apelação Cível 338.067-4/0/SP, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Waldemar Nogueira Filho, 18.05.2004, v.u.).

Em data mais recente, admitindo implicitamente essa renúncia aos alimentos, o STJ editou a Súmula 336, prevendo que “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão previdenciária por morte do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente” (7 de maio de 2007). Porém, diante da emergência da *Emenda do Divórcio*, a súmula perdeu em parte a sua eficácia. Isso porque não há mais no sistema a separação judicial e, no caso de divórcio, não há que se falar em benefício previdenciário. Na verdade, somente subsiste a súmula para o caso das pessoas separadas judicialmente antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 66/2010, havendo direito adquirido em relação ao citado benefício.

Por outra via, o STJ também concluiu justamente o contrário, aplicando a

irrenunciabilidade consagrada no art. 1.707 do CC. Vejamos: “A mulher que recusa os alimentos na separação judicial pode pleiteá-los futuramente, desde que comprove a sua dependência econômica” (STJ, AgRg no Ag 668.207/MG, 5.^a Turma, Rel. Mir Laurita Vaz, j. 06.09.2005, DJ 03.10.2005, p. 320). Da mesma forma, o Tribunal de Justiça de São Paulo, adotando as lições constantes da presente obra: “Alimentos Renúncia no divórcio. Pretensão posterior de pleiteá-los que encontra amparo no art. 1.707 do CC. Sentença de extinção afastada. Prosseguimento da instrução determinado. Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível 646.228-4/6, Comarca Presidente Prudente, 8.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Caetano Lagrasta, j. 17.06.2009, registro em 24.06.2009).

Apesar desse choque doutrinário e jurisprudência, é forçoso concluir que, realmente, os alimentos são irrenunciáveis, pois o art. 1.707 está em sintonia com o art. 11 do CC/2002. Ora, os alimentos são inerentes à dignidade da pessoa humana, sendo o direito aos mesmos um verdadeiro direito da personalidade.

A par dessa estrutura de direito subjetivo inato da pessoa humana, também são irrenunciáveis, pelo que consta no último dispositivo citado da codificação privada. Isso é também confirmado pelos comandos legais que possibilitam os alimentos pós-divórcio, caso do arts. 1.708 e 1.709 do CC, que ainda serão comentados. Pontue-se que recente aresto do Superior Tribunal de Justiça seguiu essa forma de pensar o Direito de Família. Conforme publicação constante do *Informativo* n. 553 daquela Corte:

“Tendo os conviventes estabelecido, no início da união estável, por escritura pública, a dispensa à assistência material mútua, a superveniência de moléstia grave na constância do relacionamento, reduzindo a capacidade laboral e comprometendo, ainda que temporariamente, a situação financeira de um deles, autoriza a fixação de alimentos após a dissolução da união. De início, cabe registrar que a presente situação é distinta daquelas tratadas em precedentes do STJ, nos quais a renúncia aos alimentos se deu ao término da relação conjugal. Naqueles casos, o entendimento aplicado foi no sentido de que, ‘após a homologação do divórcio, não pode o ex-cônjuge pleitear

alimentos se deles desistiu expressamente por ocasião do acordo de separação consensual’ (AgRg no Ag 1.044.922-SP, Quarta Turma, *DJe* 02.08.2010). No presente julgado, a hipótese é de prévia dispensa dos alimentos, firmada durante a união estável, ou seja, quando ainda existentes os laços conjugais que, por expressa previsão legal, impõem aos companheiros, reciprocamente, o dever de assistência. Observe-se que a assistência material mútua constitui tanto um direito como uma obrigação para os conviventes, conforme art. 2.º, II, da Lei 9.278/1996 e arts. 1.694 e 1.724 do CC. Essas disposições constituem normas de interesse público e, por isso, não admitem renúncia, nos termos do art. 1.707 do CC: ‘Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessação, compensação ou penhora’. Nesse contexto, e não obstante considere-se válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião de acordo de separação judicial ou de divórcio, nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, não pode ela ser admitida na constância do vínculo familiar. Nesse sentido há entendimento doutrinário e, de igual, dispõe o Enunciado 263, aprovado na *III Jornada de Direito Civil*, segundo o qual: ‘O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da ‘união estável’. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsista vínculo de Direito de Família’. Com efeito, ante o princípio da irrenunciabilidade dos alimentos, decorrente do dever de mútua assistência expressamente previsto nos dispositivos legais citados, não se pode ter como válida disposição que implique renúncia aos alimentos na constância da união, pois esses, como dito, são irrenunciáveis” (STJ, REsp 1.178.233/RJ, Rel Min. Raul Araújo, j. 18.11.2014, *DJe* 09.12.2014).

Como não poderia ser diferente, o *decisum* tem o nosso apoio, especialmente por reconhecer o pagamento da verba alimentar após o fim do relacionamento, com fulcro no princípio da solidariedade social, de índole constitucional.

Insta verificar que alguns doutrinadores contemporâneos fundamentam a

impossibilidade de se pleitear os alimentos renunciados em posterior momento no princípio da boa-fé objetiva, especialmente na máxima que veda o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium non potest*).

De acordo com as lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald “Com efeito, não é razoável que um cônjuge, companheiro ou parceiro homoafetivo venha a renunciar à prestação alimentícia no acordo de dissolução consensual da conjugalidade, criando no outro uma expectativa, e posteriormente, de forma surpreendente, venha a pleitear os alimentos, com base em interpretação literal do texto legal. Trata-se de típica hipótese de *nemo venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), caracterizando um ato ilícito objetivo, também chamado de abuso de direito (CC, art. 187)” (FARIAS, Cristiano Chaves ROSENVALD, Nelson. *Curso...*, 2012, p. 764-765).

Bem, em verdade, a boa-fé objetiva não é um argumento que consegue *vencer* todas as ponderações e escolhas morais. Em algumas hipóteses, deve tal princípio contemporâneo sucumbir, especialmente quando estiverem presentes interesses maiores, tutelados constitucionalmente na dignidade humana e na solidariedade. É justamente o que ocorre na hipótese em questão, uma vez que a vedação do comportamento contraditório não pode prevalecer sobre a manutenção da vida digna da pessoa humana por meio da obrigação alimentar.

Como se verá em capítulo próprio, a própria jurisprudência do STJ tem feito a escolha moral por valores superiores à boa-fé em casos relativos ao bem de família, em que a tutela da moradia se faz presente. Nas situações concretas em que o próprio devedor oferece o bem de família para depois embargar processualmente, o Superior Tribunal de Justiça conclui pela não prevalência do *venire contra factum proprium*, diante da irrenunciabilidade absoluta do bem de família. Tutela-se a pessoa humana, no sentido de se admitir que o ser humano possa cair em contradição, notadamente em casos envolvendo valores maiores, de ordem pública e tutelados constitucionalmente. Afinal de contas, contraditórios, todos somos.

De qualquer forma, é importante aqui apontar que a mera dispensa dos alimentos não implica a sua renúncia, podendo tais valores ser pleiteados posteriormente nessas situações e não havendo a discussão acima em casos tais. Para

ilustrar:

“Alimentos. Dispensa na ação de separação. Possibilidade de pedido posterior, em razão de necessidade econômica superveniente. Não equiparação à renúncia aos alimentos, que impedem que sejam pedidos posteriormente. Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível 374.150-4/2 Taubaté, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Maia da Cunha, 07.04.2005 v.u.).

Esclareça-se que, com o intuito de encerrar o debate a respeito da possibilidade de renúncia ou não aos alimentos, três projetos de lei pretendem alterar o art. 1.707 do atual CC para aí sim sepultar o debate.

O primeiro deles é o PL 699/2011, de autoria original do Deputado Ricardo Fiuza, pelo qual o dispositivo ficaria com a seguinte redação: “Art. 1.707. Tratando-se de alimentos devidos por relação de parentesco, pode o credor não o exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito a alimentos. Parágrafo único. O crédito de pensão alimentícia oriundo de relação de parentesco, de casamento ou de união estável, é insuscetível de cessão, penhora ou compensação”. O outro é o antigo PL 4.947/2005, agora arquivado, de autoria do Deputado Antonio Carlos Bisciaia, conforme parecer do IBDFAM: “Art. 1.707. O credor pode renunciar o direito a alimentos, salvo quando a obrigação decorrer de relação de parentesco. Parágrafo único. O crédito a alimentos é insuscetível de cessão, compensação ou penhora”.

Por fim, a proposta de Estatuto das Famílias do IBDFAM tende a suprimir a previsão quanto à irrenunciabilidade dos alimentos, não havendo sua menção no título que trata do tema.

As três propostas, na essência, pretendem o mesmo, seguindo aquele entendimento doutrinário majoritário segundo o qual os alimentos são renunciáveis no divórcio e na dissolução da união estável. Em outras palavras, a irrenunciabilidade estaria presente somente nos casos envolvendo o parentesco, em qualquer das suas formas. Como não poderia ser diferente, posiciono-me de forma contrária às inovações, uma vez que os direitos inerentes à dignidade humana, mesmo de cunho

patrimonial, não podem ser renunciados.

d) Obrigação divisível ou solidária

Conforme ainda aponta a doutrina, a obrigação alimentar é, em regra, divisível, o que pode ser retirado dos outrora comentados arts. 1.696 e 1.697 do Código Civil.

Para que não parem dúvidas, confirmando a premissa, no âmbito doutrinário, leciona Maria Helena Diniz que a obrigação de alimentos “é divisível entre os parentes do necessitado, encarregados da prestação alimentícia, salvo se o alimentando for idoso, visto que a obrigação passará, então, a ser solidária *ex lege*, cabendo-lhe optar entre os prestadores (Lei n. 10.741/2003, art. 12)” (DINIZ, Maria Helena. *Curso...*, 2007, v. 5, p. 550). Com mesmo sentir, Yussef Said Cahali conclui que “o caráter divisível da obrigação representa o entendimento doutrinário dominante; excepcionando a lei o caso em que o credor é idoso” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos...*, 2009, p. 138).

De fato, como a solidariedade não se presume, por força do art. 265 do Código Civil, haveria a necessidade de a lei prever em sentido geral que a obrigação não seria fracionária, cabendo sempre uma *opção de demanda* em relação aos devedores, o que não ocorre. Tal *opção de demanda* possibilita que o credor ingresse com ação em face de um, alguns ou todos os devedores, estando prevista no art. 275 do Código Civil: “O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto. Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores”.

De qualquer maneira, para o presente autor, a solução de divisibilidade parece afrontar a solidariedade constitucional. Dessa forma, a melhor solução seria a solidariedade civil, o que facilitaria o recebimento do crédito alimentar pelo credor. Em verdade, o sistema jurídico nacional parece desequilibrado, ao proteger pela solidariedade passiva alimentar apenas o idoso. Não se justifica a falta de proteção de outros vulneráveis, caso das crianças e dos adolescentes, de pessoas com deficiência e das mulheres sob violência doméstica. E não se olvide que o

alimentando constitui um vulnerável por excelência, o que justifica a existência de todo o aparato legal protetivo e o fundamento da matéria em normas de ordem pública e interesse social.

Sendo assim, a título de exemplo, se um pai não idoso necessita de alimentos e tem quatro filhos em condições de prestá-los e quer receber a integralidade do valor alimentar, a ação deverá ser proposta em face de todos, em *litisconsórcio passivo necessário*. Porém, como a obrigação é divisível, esse pai pode optar em receber de um ou alguns dos filhos, havendo *litisconsórcio passivo facultativo*, até porque cabem ações em separado.

Também a título de exemplo, com a vitória da multiparentalidade no julgamento do STF sobre a repercussão geral da parentalidade socioafetiva, o filho terá que promover a ação de alimentos contra o pai biológico e o pai socioafetivo, havendo vínculo com ambos e condições iguais em prestar os alimentos.

Reitere-se que, de acordo com o voto do relator, “a pluriparentalidade, no Direito Comparado, pode ser exemplificada pelo conceito de ‘dupla paternidade’ (*dual paternity*), construído pela Suprema Corte do Estado da Louisiana, EUA, desde a década de 1980 para atender, ao mesmo tempo, ao melhor interesse da criança e ao direito do genitor à declaração da paternidade. Doutrina. Os arranjos familiares alheios à regulação estatal, por omissão, não podem restar ao desabrigo da proteção a situações de pluriparentalidade, por isso que merecem tutela jurídica concomitante, para todos os fins de direito, os vínculos parentais de origem afetiva e biológica, a fim de prover a mais completa e adequada tutela aos sujeitos envolvidos, ante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) e da paternidade responsável (art. 226, § 7.º)” (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no *Informativo* n. 840 do STF).

Pela tese firmada, fica cristalina essa possibilidade de demanda alimentar contra os dois ou mais pais, a saber: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseada na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Nas situações descritas, caso a ação seja proposta em face de apenas um dos filhos ou um dos pais (socioafetivo ou biológico), caberá a aplicação do polêmico e

tão criticado art. 1.698 do CC, que tem a seguinte redação: “Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

A segunda parte do comando deixa clara a divisibilidade da obrigação, aplicando-se a máxima *concurso partes fiunt*, de divisão igualitária de acordo com o número de devedores. Tal dedução de fracionamento é retirada do art. 258 do CC/2002, *in verbis*: “Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores”.

Na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 342 do CJF/STJ, tratando da responsabilidade subsidiária dos demais parentes, casos dos avós, com a seguinte redação: “Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores”. Na jurisprudência do STJ podem ser encontrados julgados entendendo pela responsabilidade subsidiária, sucessiva e complementar dos avós (cite-se: STJ, REsp 579.385/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.08.2004, DJ 04.10.2004, p. 291). Na mesma linha é a afirmação número 15, constante da Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, da Corte Superior: “a responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos apresenta natureza complementar e subsidiária, somente se configurando quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor”. Exatamente no mesmo sentido da tese, a Súmula 596 da Corte, aprovada em novembro de 2017.

Sem prejuízo dessa questão, dúvidas fulcrais surgem do art. 1.698 do CC, especialmente no que toca a essa responsabilidade subsidiária de outros devedores, caso dos avós. A quem cabe a convocação? Qual o instrumento jurídico cabível para

tanto?

Como Rodrigo Reis Mazzei, deve-se concluir que a hipótese é de um litisconsórcio sucessivo-passivo (MAZZEI, Rodrigo Reis *Litisconsórcio...*, 2009, p. 223-246). Para o autor capixaba, argumento com o qual se concorda, o litisconsórcio é sucessivo-passivo, pois se trata de uma situação de *responsabilidade subsidiária especial*. Sendo assim, na linha da melhor doutrina, tais *convocações* dos demais parentes devedores serão formuladas pelo autor da ação e não pelo réu, presente um litisconsórcio facultativo (DIDIER JR., Fredie. *Regras...*, 2004, p. 125).

A título de exemplo, um filho pede alimentos ao pai. Após a contestação por este, mencionando que não tem condições de arcar integralmente com os alimentos, o autor da ação poderá requerer a inclusão do avô no polo passivo, com base no que consta do art. 1.698 do CC. Parece ser um equívoco dizer que a convocação dos demais devedores cabe ao réu, pois a legislação processual – seja a anterior ou a nova –, não consagra essa forma de intervenção de terceiro. Em reforço, o atual Código Civil não menciona que a referida *convocação* cabe ao demandado. Em reforço, do ponto de vista funcional, verifica-se que, por razões óbvias, se a convocação coubesse ao réu, não iria ele indicar os avós paternos, mas, sim, os maternos.

Em verdade, parece-nos que a tese de convocação pelo autor da ação de alimentos ganha força com o Novo CPC. Tal conclusão é retirada da leitura do art. 238 do Estatuto Processual emergente, segundo o qual a citação é o ato pelo qual são *convocados* o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual. Consigne-se que o termo *convocados* não constava do art. 213 do CPC/1973, seu correspondente, que utilizava a expressão *se chama*.

De toda sorte, é forte o entendimento de que a convocação caberia ao réu, por meio de uma forma de intervenção de terceiros *sui generis*, atípica ou especial. Essa é a opinião de Daniel Amorim Assumpção Neves, citando os posicionamentos, na mesma linha, de Sílvio de Salvo Venosa e Luiz Felipe Brasil Santos (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, 2009, p. 179). Com mesma dedução, a obra de Theotonio Negrão, devidamente atualizada (*Código Civil...*, 2011, p. 574).

Destaque-se, ainda, existir corrente que sustenta pela extensão da regra de

solidariedade, sendo cabível o chamamento ao processo tratado pelo art. 77, inc. III, do Código de Processo Civil de 1973; correspondente ao art. 130, inciso III, do Novo CPC (BUENO, Cassio Scarpinella *Chamamento...*, 2004, p. 88). Em síntese, nota-se uma *torre de babel doutrinária* a respeito da matéria.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que cabe aos réus da demanda – no caso, os pais – chamar ou convocar os avós. Vejamos duas ementas:

“Civil. Alimentos. Responsabilidade dos avós. Obrigação complementar e sucessiva. Litisconsórcio. Solidariedade. Ausência. 1. A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que ‘sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos’. 2. O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3. Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda. 4. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 658.139/ RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 11.10.2005, *DJ* 13.03.2006, p. 326).

“Filhos maiores e capazes. Obrigação alimentar. Responsabilidade dos pais. Genitora que exerce atividade remunerada. Chamamento ao processo. Art. 1.698 do Código Civil. Iniciativa do demandado. Ausência de óbice legal. Recurso provido. 1. A obrigação alimentar é de responsabilidade dos pais, e, no caso de a genitora dos autores da ação de alimentos também

exercer atividade remuneratória, é juridicamente razoável que seja chamada a compor o polo passivo do processo a fim de ser avaliada sua condição econômico-financeira para assumir, em conjunto com o genitor, a responsabilidade pela manutenção dos filhos maiores e capazes. 2. Segundo a jurisprudência do STJ, ‘o demandado (...) terá direito de chamar ao processo os corresponsáveis da obrigação alimentar, caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras’ (REsp n. 658.139/RS, Quarta Turma relator Ministro Fernando Gonçalves, *DJ* de 13.03.2006). 3. Não obstante se possa inferir do texto do art. 1.698 do CC – norma de natureza especial – que o credor de alimentos detém a faculdade de ajuizar ação apenas contra um dos coobrigados, não há óbice legal a que o demandado exponha, circunstanciadamente, a arguição de não ser o único devedor e, por conseguinte, adote a iniciativa de chamamento de outro potencial devedor para integrar a lide. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 964.866/ SP, 4. Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 1.º.03.2011, *DJe* 11.03.2011).

Como se percebe, as decisões tendem a seguir a terceira corrente antes exposta, o que parece um equívoco a este autor, pelas razões outrora esposadas.

Anote-se a aprovação de enunciado, na *V Jornada de Direito Civil*, evento promovido em 2011, visando a facilitar a compreensão da matéria, possibilitando a citada *convocação* tanto pelo autor quanto pelo réu: “O chamamento dos codevedores para integrar a lide, na forma do art. 1.698 do Código Civil pode ser requerido por qualquer das partes, bem como pelo Ministério Público, quando legitimado” (Enunciado n. 523 do CJP). A proposta é até louvável, por viabilizar a ampla tutela do alimentando, vulnerável na relação jurídica. O proponente do enunciado, Daniel Ustarroz, argumentou muito bem que “essa solução privilegia o princípio do melhor interesse do menor e o ideal de celeridade processual, tornando desnecessária a propositura de outra ação de alimentos”.

Por fim, nos casos em que quem pleiteia os alimentos é idoso, com idade superior a 60 anos, o art. 12 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) estabelece que a

obrigação é solidária. Para essas hipóteses, no exemplo analisado, se o pai que irá pleitear os alimentos dos filhos tiver aquela idade poderá fazê-lo contra qualquer um dos filhos e de forma integral, o que visa proteger o vulnerável, no caso, o idoso. Como visto, um dos efeitos da solidariedade passiva é trazer ao credor uma opção de demanda, em face de qualquer um ou alguns dos devedores (art. 275 do CC). Aqui, o chamamento ao processo, próprio da solidariedade, poderá ser utilizado pelos réus.

Justamente por isso é que se afirma que a obrigação alimentar é divisível em regra, mas solidária tratando-se de alimentando idoso, e, portanto, a natureza jurídica da obrigação alimentar dependerá de análise do caso concreto, e da verificação de quem está pleiteando os alimentos.

Repise-se que há necessidade de se rever, *de lege ferenda*, todo esse sistema de recebimento do crédito pelo credor de alimentos. Infelizmente, constata-se que as armas materiais e processuais não estão bem dispostas para efetiva tutela do vulnerável. A melhor solução, definitiva, seria prever que a obrigação alimentar é sempre solidária, não importando quem seja o credor, idoso ou não.

Mais do que isso, deveriam ser vedadas as formas de intervenção de terceiros em casos tais, institutos que, na maioria das vezes, somente dificultam para que o credor receba o que lhe é devido. Com tais medidas de alteração do sistema, a solidariedade constitucional estaria devidamente amparada para a real tutela do alimentando, propiciando maior celeridade e efetividade para recebimento do débito alimentar.

e) Obrigação imprescritível, ou melhor, não sujeita a prescrição

Como se sabe, a pretensão aos alimentos é imprescritível, podendo ser mencionadas três razões para essa não sujeição à prescrição e à decadência: 1.^a) a ação de alimentos envolve estado de pessoas; 2.^a) a ação de alimentos é ação de Direito de Família; 3.^o) a ação de alimentos tem natureza predominantemente declaratória, levando-se em conta os critérios científicos desenvolvidos por Agnelo Amorim Filho (RT 300/7 e 744/725).

Não se pode esquecer que a pretensão para a cobrança de alimentos já fixados em sentença ou ato voluntário prescreve em dois anos, contados a partir da data em

que se vencerem (art. 206, § 2.º, do CC). Há, assim, uma *prescrição parcial* ou *parcelar*, que atinge as dívidas à medida que transposto o prazo, contado dos respectivos vencimentos das parcelas. Como leciona Nestor Duarte, “o direito de alimentos é imprescritível, alcançando a prescrição, apenas, as respectivas parcelas, ou seja, não existe prescrição nuclear ou de fundo de direito, mas, somente, a prescrição parcelar, como já vinha dispondo a Lei n. 5.478/68 (art. 23), cujo prazo foi reduzido de cinco para dois anos” (DUARTE, Nestor. *Código...*, 2010, p. 162).

Deve-se salientar, ato contínuo, que, se o alimentando for absolutamente incapaz (menores de 16 anos, na nova redação do art. 3.º do CC, alterado pela Lei 13.146/2015), contra ele não corre a prescrição (art. 198, inciso I, do CC). Trata-se de hipótese de impedimento da prescrição. Desse modo, todos os alimentos fixados em sentença e vencidos só terão a prescrição iniciada quando o menor completar 16 anos. Antes disso, a prescrição simplesmente fica paralisada.

Entretanto, mais uma regra referente à prescrição da pretensão deve ser lembrada. Se o pai ou a mãe forem os devedores dos alimentos, a prescrição não começa a correr quando o filho se torna relativamente capaz (aos 16 anos), porque, por expressa disposição de lei, a prescrição não corre entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (art. 197, inc. II, do CC). Assim sendo, na hipótese de alimentos devidos pelos pais aos filhos, a prescrição de dois anos só se inicia, em regra, quando o menor se tornar capaz aos 18 anos.

Caso o menor se emancipe antes de atingir os 18 anos; quer pela vontade dos pais (emancipação voluntária, que pode ocorrer a partir dos 16 anos completos); quer por determinação legal (em razão do casamento, colação de grau em curso superior, entre outras hipóteses), a prescrição inicia seu curso de imediato, pois a emancipação extingue o poder familiar.

Um quadro esquemático ajudará a entender a matéria:

Direito aos alimentos	Prestação alimentícia já	Prestação alimentícia já fixada em favor de	Prestação alimentícia devida pelos pais aos

		fixada	absolutamente incapaz	filhos
Prazos	Não há prazos para se pleitear.	A pretensão para cobrança prescreve em dois anos.	A pretensão para cobrança prescreve em dois anos.	A pretensão para cobrança prescreve em dois anos.
Início do prazo prescricional	_____	A prescrição se inicia com o vencimento.	A prescrição não corre contra absolutamente incapaz (art. 198, I do CC). Só se iniciará quando o menor completar 16 anos.	A prescrição não corre entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (art. 197, II do CC). Só se iniciará quando o menor completar 18 anos ou ocorrer a emancipação.

A ilustrar, imagine-se um filho de 5 anos de idade que pleiteia alimentos de seu pai, que tem a pensão fixada judicialmente em cinco salários mínimos. Vencidas as pensões, o pai nunca pagou o valor determinado. Passados 13 anos, o menor completa 18 anos e termina o poder familiar. Note-se que, então, inicia-se o prazo de dois anos para exercício da pretensão referente a todas as pensões vencidas neste longo período de tempo. Isso porque até o fim do poder familiar a prescrição estava impedida. Em suma, a pretensão prescreverá quando o menor completar a idade de 20 anos (dois anos após a maioridade).

Encerrando, frise-se a seguinte oração, fulcral para o tema em estudo: a ação de alimentos é imprescritível, mas prescreve em dois anos a pretensão de cobrar alimentos já fixados, a partir do seu respectivo vencimento, não se podendo esquecer

das regras relativas ao impedimento e à suspensão da prescrição.

f) Obrigação incessível e inalienável

Diante do seu caráter personalíssimo, o art. 1.707 do CC/2002 enuncia que a obrigação alimentar não pode ser objeto de cessão gratuita ou onerosa. Essa cessão deve ser lida em sentido amplo, a englobar a cessão de crédito (arts. 286 a 298 do CC), a cessão de débito ou assunção de dívida (arts. 299 a 303 do CC) e mesmo a cessão de contrato, se excepcionalmente for o caso.

Anote-se que os contratos de transmissão ou cessão não podem ter como objeto direitos essencialmente pessoais ou existenciais, principalmente aqueles relacionados com a própria dignidade humana, caso dos alimentos. Isso justifica também a inalienabilidade dos alimentos, ou seja, que eles não podem ser “vendidos” ou “doados”.

Aplicando a norma, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é interessante acórdão que afasta a possibilidade de sub-rogação do crédito do filho em favor da mãe. Vejamos a ementa, que cita o dispositivo em análise como fundamento para a correta dedução:

“Execução de alimentos. Desistência do credor. Sub-rogação da genitora no crédito alimentar. Descabimento. 1. Incontroverso que o devedor proporcionou ao filho ‘viagens pelo país e exterior, assim como presentes variados e de valor, inclusive um automóvel’, verificou-se o efetivo pagamento da dívida de alimentos diretamente a quem efetivamente deles faz jus, sendo válida e eficaz a desistência da ação e do crédito alimentar eventualmente existente feita pelo filho, que é maior e capaz. 2. Não existe mais dívida de alimentos, quando se vê que o devedor cumpriu a sua obrigação de pai e não apenas pagou uma conta, mas está resgatando um vínculo. 3. Descabe incluir a genitora do credor de alimentos no polo ativo da ação, pois ela não é credora de valor algum, já que a obrigação alimentar é divisível, ou seja, a obrigação de prover o sustento da prole comum é do pai e da mãe, isto é, de um e de outro, de um ou do outro. 4. Não há possibilidade

jurídica de um genitor buscar indenização do outro nem mesmo quando assume o sustento da prole comum, o que não é o caso, quando o genitor sempre pagou a verba alimentar e a execução discute apenas diferenças de valor. 5. Segundo expressa dicção do art. 1.707 do Código Civil, o crédito alimentar é insuscetível de cessão, compensação ou penhora, não havendo sub-rogação de crédito alimentar pela mãe em relação ao filho. Recurso provido” (TJRS Agravo de Instrumento 164402-74.2012.8.21.7000, Porto Alegre, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 25.07.2012 DJERS 31.07.2012).

Como reforço para essa impossibilidade de cessão contratual, seja gratuita, seja onerosa, pode ser mencionado o princípio da função social do contrato e o teor do Enunciado n. 23 do CJP/STJ, segundo o qual o princípio em questão limita : autonomia contratual quando presente interesse individual relativo à dignidade humana. O enunciado doutrinário *serve como luva* para o que aqui está sendo estudado.

Além disso, repise-se a regra do art. 11 do CC/2002, segundo o qual os direitos da personalidade são, como regra, intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. E não se olvide que os alimentos se situam entre esses direitos.

g) Obrigação incompensável

O mesmo art. 1.707 do Código Civil veda que a obrigação alimentar seja objeto de compensação, forma de pagamento indireto que gera a extinção de dívidas mútuas ou recíprocas, entre pessoas que são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras entre si (arts. 368 a 380 do CC).

A atual codificação afasta a polêmica anterior a respeito da possibilidade de compensação de alimentos, principalmente nos casos de reciprocidade de dívidas entre alimentante-devedor e alimentando-credor, não importando a sua natureza. Ora, não há dúvidas quanto a essa impossibilidade. *Primeiro*, pelo teor taxativo do atual texto legal, que visa a proteger o alimentando. *Segundo*, pelo comentado caráter

personalíssimo da obrigação alimentar. *Terceiro*, porque a compensação acaba sendo, de forma indireta, uma forma de repetição da dívida de alimentos já paga.

Contudo, consigne-se que na jurisprudência podem ser encontrados julgados que concluem pela possibilidade de compensação dos alimentos pagos a mais pelo devedor, o que seria plenamente justo diante da vedação do enriquecimento sem causa (art. 884 do CC). As principais ementas são do Tribunal Paulista, a exemplificar:

“Alimentos. Irrepetibilidade. Possibilidade, porém, de efetuar-se a compensação excepcional dos alimentos recebidos a mais, para evitar o enriquecimento sem causa do favorecido. Orientação doutrinária e jurisprudencial. Recurso provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 394.691-4/7-00/SP, 5.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Silvério Ribeiro, 06.07.2005 v.u.).

“Execução. Pensão alimentícia reduzida em segundo grau, retroagindo sua eficácia à data da citação (art. 13, § 2.^o da Lei n.^o 5.478/68). Valores pagos a mais pelo alimentante. Pleito de compensação e realização de novo cálculo do débito alimentar. Deferimento. Possibilidade no caso. Decisão mantida. Recurso desprovido” (TJSP, Agravo de Instrumento 377.745-4/0, Birigui, 1.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. De Santi Ribeiro, j. 31.05.2005).

“Alimentos. Compensação. Pagamento a maior em razão de inclusão indevida do 13.^o salário. Necessidade de aplicação ponderada do princípio da não compensação. Possibilidade dos valores pagos a maior serem computados nas prestações vincendas. Recurso provido para que sejam abatidos mensalmente 20% sobre a pensão devida, até ser completado o valor do crédito” (TJSP, Agravo de Instrumento 257.458-4/4/ SP, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Armino Freire Mármora, 06.02.2003, v.u.).

Outra justificativa utilizada para tal conclusão é que não há uma compensação propriamente dita, mas sim um abatimento do valor que foi pago a maior

anteriormente, pois as dívidas não são recíprocas.

Não se filia a tal forma de julgar. Se os alimentos foram pagos a mais, não caberá a sua repetição. Não cabendo a repetição do indébito, por óbvio não cabe a sua compensação. Nota-se que a possibilidade de compensação, nos casos aqui citados, acaba sendo utilizada como forma de reaver o que foi pago, o que é vedado quando se trata de obrigação de alimentos.

No que concerne ao afastamento do enriquecimento sem causa, este cede espaço para uma proteção maior do alimentando, com fundamento constitucional na dignidade humana (art. 1.º, III, da CF/1988 e art. 8.º do Novo CPC) utilizando-se a técnica de ponderação (art. 489, § 2.º, do Novo CPC). Concluindo pura e simplesmente pela impossibilidade de compensação dos alimentos, colaciona-se dos Tribunais Estaduais, para ilustrar:

“Agravado de instrumento. Execução de alimentos. Justificativa apresentada pelo executado não aceita. Descabimento da compensação de valor pago a maior, por equívoco da empregadora. Considerando que os alimentos são incompensáveis e irrepelíveis, inviável a compensação de valores pagos a maior postulada pelo devedor. Arts. 373, II, e 1.707 do Código Civil. Agravo de instrumento desprovido, de plano” (TJRS, Agravo de Instrumento 508158-94.2011.8.21.7000, São Leopoldo, 7.ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol, j. 10.01.2012, *DJERS* 23.01.2012).

“Alimentos. Compensação. Impossibilidade. Decisão mantida. A norma insculpida no art. 333, I, do CPC obriga o embargante a provar os fatos constitutivos de seu direito. Não estando sobejamente comprovados, considera-se regular a penhora realizada, afastando-se a desconstituição pretendida. A intenção compensatória, ainda que tenha lhe dado outro nome o apelante, é incabível, uma vez que não se permite compensar créditos que provêm de execuções diversas, ainda mais se tratando de obrigação alimentar. Há, inclusive, expresse óbice legal, conforme a clara dicção do art. 1.707 do Código Civil. (...)” (TJMG, Apelação Cível 0168486-18.2008.8.13.0878

Camanducaia, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. Geraldo Augusto de Almeida, j. 22.02.2011, *DJEMG* 08.04.2011).

No mesmo sentido é a premissa n. 16, publicada na Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ (Alimentos I, de 2016): “não é possível a compensação dos alimentos fixados em pecúnia com parcelas pagas *in natura*”. São citados os seguintes precedentes superiores: AgRg no AREsp 586.516/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.^a Turma, j. 17.03.2016, *DJE* 31.03.2016; AgRg no REsp 1.257.779/MG, 4.^a Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04.11.2014, *DJE* 12.11.2014; HC 297.951/ SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.09.2014, *DJE* 29.09.2014; HC 109.416/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.02.2009, *DJE* 18.02.2009).

Todavia, em março de 2017, surgiu uma aparente contradição, perante outra premissa, agora publicada na Edição 77 da *Jurisprudência em Teses* (Alimentos II). Conforme a afirmação número 13, os valores pagos a título de alimentos são insuscetíveis de compensação, salvo quando configurado o enriquecimento sem causa do alimentando. As teses parecem conflitantes, necessitando de uma pacificação, na opinião deste autor.

Na verdade, a possibilidade de compensação de alimentos parece prevalecer na jurisprudência atual do STJ. A propósito, em 2018, a sua Quarta Turma prolatou decisão contrária à tese n. 65 acima aposta, com o seguinte teor:

“Controvérsia em torno da possibilidade, em sede de execução de alimentos, de serem deduzidas da pensão alimentícia fixada exclusivamente em pecúnia as despesas pagas ‘*in natura*’ referentes a aluguel, condomínio e IPTU do imóvel onde residia o exequente. Esta Corte Superior de Justiça, sob o prisma da vedação ao enriquecimento sem causa, vem admitindo, excepcionalmente, a mitigação do princípio da incompensabilidade dos alimentos. Precedentes. Tratando-se de custeio direto de despesas de natureza alimentar, comprovadamente feitas em prol do beneficiário, possível o seu abatimento no cálculo da dívida, sob pena de obrigar o executado ao duplo

pagamento da pensão, gerando enriquecimento indevido do credor. No caso, o alimentante contribuiu por cerca de dois anos, de forma efetiva, para o atendimento de despesa incluída na finalidade da pensão alimentícia, viabilizando a continuidade da moradia do alimentado” (STJ, REsp 1.501.992/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j 20.03.2018, DJe 20.04.2018).

De qualquer forma, fazendo um contraponto doutrinário à nossa posição aqui manifestada, Rolf Madaleno é a favor da compensação das dívidas alimentares, pois “A proibição da compensação alimentar vem repetida no Código Civil de 2002, mostrando-se como um dos exemplos que reclamam uma profunda reformulação do direito familista, diante da evolução dos costumes e da libertação econômica dos cônjuges e conviventes, já apartados dos tradicionais papéis dedicados exclusivamente aos afazeres domésticos” (MADALENO, Rolf *Curso...*, 2008, p. 668).

Em sentido contrário, como réplica, na linha do defendido nesta obra, vale a argumentação de Paulo Lôbo, para quem, “quando a dívida for de alimentos e o alimentante for, ao mesmo tempo, credor do alimentando em virtude de alguma dívida que este tenha contraído com ele, não pode ser pleiteada a compensação porque não se compensa dívida de natureza econômica com dívida de natureza existencial” (LÔBO, Paulo. *Famílias...*, 2008, p. 349).

h) Obrigação impenhorável

Por ser personalíssima, inacessível, inalienável, a obrigação alimentar é ainda impenhorável (arts. 1.707 do CC; 833, IV, do CPC/2015 e 649, IV, do CPC/1973). Essa impenhorabilidade mantém relação com o tão mencionado *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, de Luiz Edson Fachin, por vezes invocado em nossos trabalhos.

Observe-se, ao viés, que a *quebra de impenhorabilidades* se dá justamente diante da obrigação alimentar. A título de exemplo, o art. 3.º, III, da Lei 8.009/1990 determina que uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal ocorre nos casos de obrigação de alimentos, sendo cobrados de um ou mais integrantes da

entidade familiar. Em complemento, acrescente-se que os alimentos têm o condão de quebrar a impenhorabilidade dos salários e rendas em geral, conforme o art. 833, § 2.º, do CPC/2015; correspondente ao art. 649, § 2.º, do CPC/1973, com ampliações.

i) Obrigação irrepetível

A irrepetibilidade dos alimentos é conceito antigo relacionado com a obrigação em questão, no sentido de que, sendo pagos, em hipótese alguma caberá ação de repetição de indébito (*actio de in rem verso*). O fundamento para tal dedução, segundo Pontes de Miranda, estaria na existência de uma *obrigação moral* (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado...*, 1971, t. IX, p. 209). Segundo Yussef Said Cahali, “ainda que não haja em nosso direito disposição semelhante à do art. 2007, n. 2, do CC português, expresso no sentido de ‘não há lugar, em caso algum, à restituição dos alimentos provisórios recebidos’, considera-se pacífica a jurisprudência de nossos tribunais a irrepetibilidade das pensões ou de parcelas pagas pelo obrigado” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos...*, 2009, p. 106). O fundamento dessa obrigação na personalidade e na tutela do indivíduo pode ser utilizado como suporte para afastar eventual repetição de indébito.

Sendo dessa forma, a alegação de pagamento indevido ou enriquecimento sem causa *não consegue vencer* a obrigação alimentar, diante da tão costumeira proteção da dignidade humana relacionada com o instituto.

A título de exemplo, se proposta ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos e fixados alimentos provisionais e depois ficar comprovado que o réu não é pai da criança, não caberá a devolução dos valores pagos.

Em outro caso, imagine-se um homem enganado por uma mulher, que disse que estava esperando um filho seu; sendo depois constatado, via exame de DNA, que o filho não é do sujeito e que a mulher assim o fez por má-fé. Ora, os alimentos eventualmente pagos pelo enganado, aqui, também são irrepetíveis. Entretanto, deve-se entender que, nesse caso, caberá indenização por danos morais pelo engano, desde que evidenciados os prejuízos imateriais, diante de flagrante abuso de direito por desrespeito à boa-fé objetiva, que também deve estar presente nas relações familiares, conforme exposto no Capítulo 1 desta obra.

O fundamento para a ilicitude está no art. 187 do CC/2002, que consagra a

vedação do abuso de direito, enunciando que também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim social ou econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Ressalte-se que, na jurisprudência do STJ, há julgados reconhecendo expressamente esse dever de indenizar o marido enganado quanto à prole. Para exemplificar:

“Recurso especial. Direito civil e processual. Danos materiais e morais. Alimentos. Irrepetibilidade. Descumprimento do dever de fidelidade. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Dor moral configurada. Redução do valor indenizatório. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa-fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios” (STJ, REsp 922.462/SP, 3.^a Turma, Rel. Min Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.04.2013, *DJe* 13.05.2013).

“Responsabilidade civil. Dano moral. Marido enganado. Alimentos. Restituição. A mulher não está obrigada a restituir ao marido os alimentos por ele pagos em favor da criança que, depois se soube, era filha de outro homem. A intervenção do Tribunal para rever o valor da indenização pelo dano moral somente ocorre quando evidente o equívoco, o que não acontece no caso dos autos. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 412.684/SP (200200032640), 4. Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 20.08.2002, Publicação 25.11.2002).

Por fim, deve-se refletir sobre a ressalva apresentada por Yussef Said Cahali, no sentido de serem repetíveis os alimentos nos casos de cessação *ope legis* da obrigação alimentar, como quando “a divorciada oculta dolosamente seu novo casamento, beneficiando-se ilicitamente das pensões que continuaram sendo pagas: com o novo casamento, a divorciada perde, automaticamente, o direito à pensão que vinha recebendo do ex-marido, sem necessidade de ação exoneratória; as pensões acaso recebidas a partir do novo casamento deixam de ter caráter alimentar e, resultando de omissão dolosa, sujeitam-se à repetição” (Dos Alimentos, ob. cit., p. 106).

j) Obrigação intransacionável e não sujeita à arbitragem

Por todas as características demonstradas incansavelmente, a obrigação alimentar não pode ser objeto de transação, ou seja, de um contrato pelo qual a dívida é extinta por concessões mútuas ou recíprocas (arts. 840 a 850 do CC). Cite-se, aqui, a regra do art. 841 da codificação material pela qual apenas quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação. E como se sabe, a natureza alimentar é especial, *sui generis*, fundada na própria dignidade humana. Nesse sentido:

“Direito processual civil. Direito de família. Apelação. Execução de alimentos. Sentença. Fundamentação sucinta. Nulidade. Inocorrência. Acordo Homologação. Impossibilidade. Recurso provido. Decisão sucinta, desde que

contenha os requisitos processuais, não enseja nulidade por falta de fundamentação, ainda mais quando se cuida de homologação de acordo. O magistrado não pode homologar acordo onde há renúncia de crédito alimentar, porque o direito a alimentos, por ser absoluto e, conseqüentemente, indisponível, não pode ser objeto de dispensa ou transação, nos termos do artigo 841 do Código Civil; e, mais, quando o acordo levado à homologação vem firmado por pessoa que, ante a maioria da credora dos alimentos, já não poderia assisti-la, menos ainda representá-la” (TJMG, Apelação Cível 1.0071.07.032087-5/0011, Boa Esperança, 4.^a Câmara Cível, Rel. Des. Moreira Diniz, j. 14.08.2008, *DJEMG* 09.09.2008).

De toda sorte, cumpre salientar que é admitida a transação em relação ao *quantum* alimentar, o que não pode representar renúncia, pela dicção do art. 1.707 do CC/2002. O aplicador do Direito – especialmente o juiz da Vara da Família – deve sempre estar atento a tais acordos, para que o valor fixado não gere afronta ao patrimônio mínimo das partes envolvidas.

Além de ser intransacionável na essência, a obrigação alimentar não pode ser objeto de compromisso ou arbitragem. Nesse sentido, prevê o art. 852 do CC/2002 que está vedado o compromisso para solução de questões de estado e de direito pessoal de família, caso dos alimentos.

De qualquer modo, os alimentos podem ser objeto de mediação familiar, que não se confunde com a arbitragem, pois os mediadores apenas tentam conduzir as partes à composição amigável, não decidindo sobre qualquer questão técnica. A utilização da mediação é incentivada pelo Novo CPC, em vários de seus dispositivos regulamentada, ainda, pela Lei 13.140/2015.

k) Obrigação transmissível

Outro dispositivo polêmico da atual codificação material é o seu art. 1.700, *in verbis*: “A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694”. De acordo com o comando legal, em relação ao devedor, está consagrada a *transmissibilidade da obrigação alimentar*.

O atual Código Privado, assim, supostamente, encerra polêmica anterior. Isso porque, quanto às relações de parentesco, havia norma expressa no art. 402 do CC/1916 no sentido de que a obrigação seria intransmissível. No que toca ao casamento, ou mesmo à união estável, a obrigação era considerada transmissível segundo o art. 23 da Lei do Divórcio. Aplicando o novo dispositivo e responsabilizando o espólio, da jurisprudência do STJ:

“Direito civil e processual civil. Execução. Alimentos. Transmissibilidade. Espólio. Transmite-se, aos herdeiros do alimentante, a obrigação de prestar alimentos, nos termos do art. 1.700 do CC/02. – O espólio tem a obrigação de continuar prestando alimentos àquele a quem o falecido devia. Isso porque o alimentado e herdeiro não pode ficar à mercê do encerramento do inventário, considerada a morosidade inerente a tal procedimento e o caráter de necessidade intrínseco aos alimentos. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1.010.963/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 26.06.2008, *DJE* 05.08.2008).

A respeito dessa responsabilidade do espólio, concluiu o próprio Superior Tribunal de Justiça pela necessidade de condenação prévia do falecido para que o espólio responda. A decisão foi assim publicada no *Informativo* n. 420 do STJ:

“Alimentos. Espólio. Legitimidade. Trata-se de REsp em que se discute a legitimidade do espólio para figurar como réu em ação de alimentos e a possibilidade de ele contrair obrigação de alimentar, mesmo que inexistente condenação antes do falecimento do autor da herança. A Turma entendeu que, inexistindo condenação prévia do autor da herança, não há por que falar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos em razão de seu caráter personalíssimo, portanto intransmissível. Assim, é incabível, no caso, ação de alimentos contra o espólio, visto que não se pode confundir a regra do art. 1.700 do CC/2002, segundo a qual a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, com a transmissão do dever jurídico de

alimentar, utilizada como argumento para a propositura da referida ação. Trata-se de coisas distintas. O dever jurídico é abstrato e indeterminado e a ele se contrapõe o direito subjetivo, enquanto a obrigação é concreta e determinada e a ela se contrapõe uma prestação. Ressaltou-se que, na hipótese, as autoras da ação eram netas do *de cujus* e, já que ainda vivo o pai, não eram herdeiras do falecido. Assim, não há sequer falar em alimentos provisionais para garantir o sustento enquanto durasse o inventário. Por outro lado, de acordo com o art. 1.784 do referido código, aberta a sucessão, a herança é transmitida, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Dessa forma, o pai das alimentandas torna-se herdeiro e é a sua parte da herança que deve responder pela obrigação de alimentar seus filhos, não o patrimônio dos demais herdeiros do espólio” (STJ, REsp 775.180/MT, Rel Min. João Otávio de Noronha, j. 15.12.2009).

Mais recentemente, a premissa foi aplicada em caso envolvendo a ex-estudante de Direito Suzane von Richthofen, condenada a 38 anos de reclusão pelo envolvimento no homicídio dos pais, e que pleiteava o pagamento de verbas alimentares ao espólio de seus genitores. Consta da ementa desse julgamento que “embora a jurisprudência desta Corte Superior admita, nos termos dos arts. 23 da Lei do Divórcio e 1.700 do Código Civil, que, caso exista obrigação alimentar preestabelecida por acordo ou sentença – por ocasião do falecimento do autor da herança –, possa ser ajuizada ação de alimentos em face do Espólio – de modo que o alimentando não fique à mercê do encerramento do inventário para que perceba as verbas alimentares –, não há cogitar em transmissão do dever jurídico de prestar alimentos, em razão de seu caráter personalíssimo e, portanto, intransmissível”. Em complemento, deduziram os julgadores que “igualmente, ainda que não fosse a ação de alimentos ajuizada em face de espólio, foi manejada quando a autora já havia alcançado a maioridade e extinto o poder familiar. Assim, não há cogitar em concessão dos alimentos vindicados, pois não há presunção de dependência da recorrente, nos moldes dos precedentes desta Corte Superior”.

Pontuou, ainda, o Ministro Relator que “o preso tem direito à alimentação

suficiente, assistência material, saúde e ao vestuário, enquanto que a concessão de alimentos demanda a constatação ou presunção legal de necessidade daquele que os pleiteia; todavia, na exordial, em nenhum momento a autora afirma ter buscado trabalhar durante o período em que se encontra reclusa, não obstante a atribuição de trabalho e a sua remuneração sejam, conforme disposições da Lei de Execução Penal, simultaneamente um direito e um dever do preso” (STJ, REsp 1.337.862/SP, 4. Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11.02.2014, *DJe* 20.03.2014).

A tese foi reafirmada em julgado publicado em 2015, até com maior contundência. Conforme aresto constante do *Informativo* n. 555 do Tribunal da Cidadania:

“Extingue-se, com o óbito do alimentante, a obrigação de prestar alimentos a sua ex-companheira decorrente de acordo celebrado em razão do encerramento da união estável, transmitindo-se ao espólio apenas a responsabilidade pelo pagamento dos débitos alimentares que porventura não tenham sido quitados pelo devedor em vida (art. 1.700 do CC). De acordo com o art. 1.700 do CC, ‘A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694’. Esse comando deve ser interpretado à luz do entendimento doutrinário de que a obrigação alimentar é fruto da solidariedade familiar, não devendo, portanto, vincular pessoas fora desse contexto. A morte do alimentante traz consigo a extinção da personalíssima obrigação alimentar, pois não se pode conceber que um vínculo alimentar decorrente de uma já desfeita solidariedade entre o falecido-alimentante e a alimentada, além de perdurar após o término do relacionamento, ainda lance seus efeitos para além da vida do alimentante, deitando garras no patrimônio dos herdeiros, filhos do *de cujus*. Entender que a obrigação alimentar persiste após a morte, ainda que nos limites da herança, implicaria agredir o patrimônio dos herdeiros (adquirido desde o óbito por força da *saisine*). Aliás, o que se transmite, no disposto do art. 1.700 do CC, é a dívida existente antes do óbito e nunca o dever ou a obrigação de pagar alimentos, pois personalíssima. Não há vínculos entre os herdeiros e a ex-

companheira que possibilitem se protrair, indefinidamente, o pagamento dos alimentos a esta, fenecendo, assim, qualquer tentativa de transmitir a obrigação de prestação de alimentos após a morte do alimentante. O que há, e isso é inegável, até mesmo por força do expresso texto de lei, é a transmissão da dívida decorrente do débito alimentar que porventura não tenha sido paga pelo alimentante enquanto em vida. Essa limitação de efeitos não torna inócuo o texto legal que preconiza a transmissão, pois, no âmbito do STJ, se vendo interpretação que, embora lhe outorgue efetividade, não descarta dos comandos macros que regem as relações das obrigações alimentares” (STJ, REsp 1.354.693/ SP, Rel. originário Min. Maria Isabel Gallotti, voto vencedor Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 26.11.2014, *DJe* 20.02.2015).

Sucessivamente, a posição se consolidou de tal forma que passou a constituir a ferramenta *Jurisprudência em Teses* da Corte. Conforme a premissa n. 7, publicada na sua Edição 77 (Alimentos II), “a obrigação de prestar alimentos é personalíssima intransmissível e extingue-se com o óbito do alimentante, cabendo ao espólio saldar, tão somente, os débitos alimentares preestabelecidos mediante acordo ou sentença não adimplidos pelo devedor em vida, ressalvados os casos em que o alimentado seja herdeiro, hipóteses nas quais a prestação perdurará ao longo do inventário” (março de 2017).

Pois bem, em sentido contrário a todos esses arestos e posições, anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que os herdeiros não respondem somente até os limites das dívidas do alimentante vencidas enquanto este era vivo, havendo uma assunção total da obrigação alimentar, de forma continuada, “figurando a remissão ao art. 1.694 no sentido de a obrigação ser assumida pelos herdeiros, em conformidade com os seus recursos pessoais, o que pode implicar revisionamento da obrigação” (*Código Civil...*, 2005, p. 868). Para os doutrinadores citados, a norma está de acordo com o *princípio da socialidade*, argumento ao qual se filia. Maria Helena Diniz, de mesmo modo, entende que a transmissão abrange as dívidas vincendas, pois o art. 1.700 do CC refere-se à obrigação de prestar alimentos (*Código Civil...*, 2005, p.

1.392). Por óbvio, essa transmissão também deve ser encarada sob o binômio *necessidade/possibilidade*, apesar de haver uma assunção integral.

Entretanto, vale dizer que para Maria Berenice Dias a transmissão da obrigação vai apenas até os limites da herança, não havendo uma assunção integral (*Manual...*, 2007, p. 458). Assim entendeu a 7.^a Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão de junho de 2006 (Proc. 70014861744). Do mesmo modo decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo do ano de 2009 (TJSP, Apelação com revisão 566.878.4/9, Acórdão 3361037, Itatiba, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel Des. Jesus de Nazareth Lofrano, j. 18.11.2008, *DJESP* 15.01.2009). Essa também é a conclusão a que se chegou na *IV Jornada de Direito Civil*, com a aprovação do Enunciado n. 343 do CJF/STJ, prevendo que “A transmissibilidade da obrigação alimentar é limitada às forças da herança”. Em suma, este último parece ser o entendimento majoritário.

Por derradeiro, destaque-se que há proposta de alteração do art. 1.700 do CC/2002, voltando ao sistema anterior, pelo PL 699/2011. Pelo projeto, a obrigação somente seria transmissível nos casos de casamento e união estável, e não nos casos de parentesco (“Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos decorrente do casamento e da união estável transmite-se aos herdeiros do devedor, nos limites das forças da herança, desde que o credor da pensão alimentícia não seja herdeiro do falecido”). A proposta de alteração foi formulada por Regina Beatriz Tavares da Silva, que tem entendimento doutrinário nesse sentido (*Novo Código...*, 2004, p. 1.557).

7.3 PRINCIPAIS CLASSIFICAÇÕES DOS ALIMENTOS

Superada a análise das principais características da obrigação alimentar, é preciso estudar as suas diversas classificações, o que é fundamental para a categorização jurídica do tema. Vejamos quais são essas modalidades apresentadas pela doutrina que serviu como referência para este trabalho.

I – Classificação dos alimentos quanto às fontes:

- a) *Alimentos legais*: são os alimentos decorrentes de lei, fundamentados no Direito de Família e relacionados com o casamento, com a união estável ou com uma relação de parentesco, nos termos do art. 1.694 do CC. Podem também ser denominados de *alimentos familiares*. Somente na falta de pagamento desses alimentos, fundamentados na dignidade humana, é que cabe a prisão civil.
- b) *Alimentos convencionais*: são aqueles fixados por força de contrato, testamento ou legado, ou seja, que decorrem da autonomia privada do instituidor. Esses alimentos não necessariamente decorrem de obrigação alimentar fixada em lei. Desse modo, não cabe prisão civil pela falta do seu pagamento, a não ser que sejam legais.
- c) *Alimentos indenizatórios, ressarcitórios ou indenitários*: são aqueles devidos em virtude da prática de um ato ilícito como, por exemplo, o homicídio, hipótese em que as pessoas que do morto dependiam podem pleiteá-los. Estão previstos no art. 948, II, do CC, tendo fundamento na responsabilidade civil e lucros cessantes, conforme exposto no volume 2 da presente coleção. Também não cabe prisão civil pela falta de pagamento desses alimentos, conforme a correta interpretação jurisprudencial (STJ, HC 92.100/DF, 3.^a Turma, Rel. Min. Ar Pargendler, j. 13.11.2007, DJ 01.02.2008, p. 1; STJ, REsp 93.948/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 02.04.1998, DJ 01.06.1998, p. 79). Acreditamos que essa posição deva ser mantida na vigência do Novo CPC, até porque os alimentos indenizatórios estão tratados em dispositivo próprio, sem qualquer menção à prisão civil (art. 533).

II – Classificação dos alimentos quanto à extensão:

- a) *Alimentos civis* ou *côngruos*: visam à manutenção do *status quo antes*, ou seja, a condição anterior da pessoa, tendo um conteúdo mais amplo, nos termos do art. 1.694 do CC. Em regra, os alimentos são devidos dessa forma.

- b) *Alimentos indispensáveis, naturais ou necessários*: visam somente ao indispensável à sobrevivência da pessoa, também com dignidade. Englobam alimentação, saúde, moradia e vestuário, sem exageros, dentro do princípio da proporcionalidade. Eventualmente, também se inclui a educação de menores. Esse conceito ganhou importância com o Código Civil de 2002, pois o culpado pelo fim da união somente poderá pleitear esses alimentos do inocente (art. 1.694, § 2.º, do CC). Todavia, há quem entenda, como Paulo Lôbo, que tal dispositivo está revogado pela alteração do art. 226, § 6.º, da CF/1988 pela *Emenda do Divórcio*, perdendo importância a presente categorização (LÔBO, Paulo. Divórcio.. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 11 fev. 2010). Essa é a principal polêmica envolvendo a EC 66/2010 e os alimentos, tema que será devidamente aprofundado neste capítulo.

III – Classificação dos alimentos quanto ao tempo:

- a) *Alimentos pretéritos*: são aqueles que ficaram no passado e que não podem mais ser cobrados, via de regra, eis que o princípio que rege os alimentos é o da *atualidade*. Repise-se que somente podem ser cobrados os alimentos fixados por sentença ou acordo entre as partes, no prazo prescricional de dois anos, contados dos seus respectivos vencimentos (art. 206, § 2.º, do CC).
- b) *Alimentos presentes*: são aqueles que estão sendo exigidos no momento, e que pela atualidade da obrigação alimentar podem ser cobrados mediante ação específica.
- c) *Alimentos futuros*: são os alimentos pendentes, como aqueles que vão vencendo no curso da ação e que podem ser cobrados quando chegar o momento próprio, mais uma vez diante da atualidade da obrigação alimentar.

IV – Classificação quanto à forma de pagamento:

- a) *Alimentos próprios* ou *in natura*: são aqueles pagos em espécie, ou seja, pelo meio do fornecimento de alimentação, sustento e hospedagem, sem prejuízo do dever de prestar o necessário para a educação dos menores (art. 1.701, *caput*, do CC). Conforme a premissa número 7, publicada na Edição n. 65 da ferramenta Jurisprudência em Teses, do STJ: “é possível a modificação da forma da prestação alimentar (em espécie ou *in natura*), desde que demonstrada a razão pela qual a modalidade anterior não mais atende à finalidade da obrigação, ainda que não haja alteração na condição financeira das partes nem pretensão de modificação do valor da pensão”.
- b) *Alimentos impróprios*: são aqueles pagos mediante pensão. Cabe ao juiz da causa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, fixar qual a melhor forma de cumprimento da prestação (art. 1.701, parágrafo único, do CC). Tornou-se comum a sua fixação em salários mínimos, sendo esse utilizado como índice de correção monetária, o que se admite, pois os alimentos não representam *dívida de dinheiro*, e sim *dívida de valor*, pois são fixados para a aquisição de certos bens da vida. Esse critério, contudo, não é obrigatório. Vale dizer que a Lei 11.232/2005 introduziu alteração no art. 475-Q do CPC/1973, que passou a preceituar que os alimentos indenizatórios podem ser fixados em salários mínimos. A premissa foi confirmada pelo art. 533 do CPC/2015, seu correspondente. Apesar dessas previsões processuais, há quem entenda que essa fixação em salários mínimos é inconstitucional, pois não se pode utilizar esse parâmetro para outros fins que não seja o de pagamento de salário aos trabalhadores (art. 7.º, inc. IV, da CF/1988). Não se filia a esse último argumento, pois o dispositivo constitucional invocado somente se aplica às relações entre empregadores e trabalhadores, não prejudicando em nada o trabalhador a fixação dos alimentos por essa forma.

V – Classificação dos alimentos quanto à finalidade:

- a) *Alimentos definitivos* ou *regulares*: são aqueles fixados definitivamente, p meio de acordo de vontades ou de sentença judicial já transitada em julgado. A Lei 11.441/2007 possibilitou que esses alimentos sejam fixados quando da celebração do divórcio por escritura pública, no Tabelionato de Notas; regra confirmada pelo art. 733 do CPC/2015. É importante ressaltar que embora recebam a denominação “definitivos”, os alimentos podem ser revistos se sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, podendo o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, a sua exoneração, redução ou majoração do encargo (art. 1.699 do CC).
- b) *Alimentos provisórios*: são aqueles fixados de imediato na ação de alimen que segue o rito especial previsto na Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos), norma que não foi totalmente revogada pelo Novo CPC, permanecendo em vigor na maioria dos seus dispositivos. Em outras palavras, estão fundados na obrigação alimentar e, por isso, exigem prova pré-constituída do parentesco (certidão de nascimento) ou do casamento (certidão de casamento). São frutos da cognição sumária do juiz antes mesmo de ouvir o réu da demanda.
- c) *Alimentos provisionais*: são aqueles fixados em outras ações que não segu o rito especial mencionado, visando manter a parte que os pleiteia no curso da lide, por isso a sua denominação *ad litem*. Na vigência do CPC/1973, eram fixados por meio de antecipação de tutela ou em liminar concedida em medida cautelar de separação de corpos em ações em que não houvesse a mencionada prova pré-constituída, caso da ação de investigação de paternidade ou da ação de reconhecimento e dissolução da união estável. Nesse sentido, dispõe o art. 1.706 do atual CC que “os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual”. Pontue-se que o Novo CPC não reproduziu as antigas regras dos arts. 852 a 854 do CPC/1973, que tratavam dos alimentos

provisionais, em sede de medida cautelar específica. Sendo assim, acreditamos que os alimentos provisionais estarão enquadrados em algumas das regras relativas à tutela de urgência, entre os arts. 300 a 311 do CPC/2015. Somente a prática familiarista poderá demonstrar qual a categoria em que se situará o instituto. Entretanto, para este autor, diante do costume jurisprudencial anterior, possivelmente o enquadramento se dará no procedimento cautelar de caráter antecedente, nos termos dos arts. 305 a 310 do Estatuto Processual emergente.

- d) *Alimentos transitórios*: como visto, reconhecidos pela jurisprudência do STJ, são aqueles fixados por determinado período de tempo, a favor de ex-cônjuge ou ex-companheiro, fixando-se previamente o seu termo final. Conforme se extrai de importante ementa daquele Tribunal Superior, na presente obra antes mencionada, “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 emancipará da tutela do alimentante – outrora provedor do lar –, que será então liberado da obrigação, a qual se extinguirá automaticamente” (STJ, REsp 1.025.769/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.08.2010, DJe 01.09.2010, ver *Informativo* n. 444). Em 2016, a premissa passou a compor a Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do Tribunal da Cidadania, com uma ressalva importante. Nos termos da afirmação número 14, “os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ter caráter excepcional, transitório e devem ser fixados por prazo determinado, exceto quando um dos cônjuges não possua mais condições de reinserção no mercado do trabalho ou de readquirir sua autonomia financeira”.

A última classificação esposada é a mais importante de todas, diante de suas repercussões práticas. Conforme sempre advertiu Flávio Augusto Monteiro de Barros

a diferenciação é importante no que tange ao prazo da prisão civil do alimentante-devedor (*Manual...*, 2005, p. 141). Apontava o autor que, quanto aos alimentos provisionais, o prazo máximo de prisão seria de três meses (art. 733, § 1.º, do CPC/1973). Em relação aos definitivos e provisórios, a prisão não pode ultrapassar sessenta dias (art. 19 da Lei 5.478/1968).

Essa diferenciação parece estar mantida na vigência do Novo CPC. Isso porque não foi revogado o art. 19 da Lei de Alimentos. No novo sistema processual, o prazo de prisão civil é de um a três meses, passando a ser aplicado aos alimentos definitivos e provisórios, por expressa previsão do seu art. 531, *caput*. Em relação aos alimentos provisionais, não há qualquer disposição no Estatuto Processual emergente, o que pode levantar dúvida de sua retirada do sistema.

Todavia, reafirme-se que tais alimentos são utilizados para satisfazer os interesses de filhos não reconhecidos, que ainda não têm a prova pré-constituída da obrigação alimentar, ou seja, que ainda não têm a certidão de nascimento para a prova do vínculo de filiação. Ora, soaria como inconstitucional a não possibilidade de prisão em casos tais, por infringência ao princípio da igualdade entre os filhos, retirado do art. 227, § 6.º, da Constituição Federal. Sendo assim, parece-nos que os alimentos provisionais continuam no sistema, aplicando-se para tais verbas a antiga regra do art. 19 da Lei de Alimentos, especialmente pelo uso do termo para a instrução da causa. Em apurada síntese, a nosso ver, para os alimentos provisionais a prisão deve ser de até 60 dias.

De qualquer forma, continuará forte o entendimento segundo o qual o prazo máximo para a prisão civil, em qualquer situação, é de sessenta dias, por tratar-se de lei especial. Além disso, pode-se sustentar a aplicação da norma mais favorável ao réu ou executado. Essa última tese vem crescendo na jurisprudência brasileira, podendo ser transcritas as seguintes ementas, para exemplificar:

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Dívida de alimentos. Decreto de prisão. Ausência de ilegalidade. Manutenção. Prazo máximo. 60 (sessenta) dias. Lei de alimentos. Concessão parcial do *writ*. Tratando-se de dívida alimentar correspondente aos três meses anteriores à propositura da ação acrescidos das

parcelas vincendas, perfeitamente aplicável a execução nos termos do art. 733 do CPC. – O prazo máximo para a prisão civil por débito alimentar é de 60 dias, por força do disposto no art. 19, da Lei n. 5.478/68 (Lei de alimentos). – Ordem concedida parcialmente” (TJMG, HC 1.0000.09.490625-2/0001, Belo Horizonte, 7.^a Câmara Cível, Rel. Desig. Des. Heloisa Combat, j. 24.03.2009 *DJEMG* 22.05.2009).

“Agravado de instrumento. Execução de alimentos. Prisão civil decretada pelo prazo de 90 dias. Maioridade do alimentando. Cessação imediata. Impossibilidade. A maioridade civil do filho, por si só, não acarreta a imediata cessação do dever de prestar alimentos. Limite máximo de 60 dias previsto na Lei Especial n.º 5.478/68 que deve prevalecer. Redução do prazo de prisão para 30 dias determinado de ofício. Recurso parcialmente provido para esse fim” (TJSP, Agravo de Instrumento 582.353.4/0, Acórdão 3302923, General Salgado, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Jorg Giacoia, j. 21.10.2008, *DJESP* 25.11.2008).

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Prazo de noventa dias. Ilegalidade. 1. Apesar do disposto no art. 733 do CPC, o prazo máximo de prisão civil por dívida de alimentos continua sendo regulado pela Lei 5.478/1968, que contém regra mais favorável ao paciente da medida excepcional. 2. É ilegal a prisão civil por dívida alimentar por prazo superior a sessenta dias. Ordem concedida” (TJRS, Processo 70011535630, Comarca de Santa Maria, 7. Câmara Cível, Rel. Juiz Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves 10.06.2005).

Realmente, a tese constante dos julgados transcritos parece ser o melhor caminho, à luz de uma visão mais humanitária do Direito Civil e de um *Direito Privado Personalizado*, que busca de forma incessante a proteção da dignidade humana, nos termos do que consta dos arts. 1.º e 8.º do CPC/2015. A par dessas ideias, entende este autor que é plenamente justificável uma interpretação mais

favorável ao réu devedor.

Destaque-se, por fim, que a tendência é a de abolir a prisão civil por dívidas ou torná-la a *ultima ratio*, a última medida a ser tomada, conforme parece constar do Novo Código de Processo Civil, como se verá ainda no estudo deste capítulo.

7.4 MODALIDADES CONTEMPORÂNEAS DE ALIMENTOS ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS, GRAVÍDICOS *INTUITU FAMILIAE*

Analisadas as principais classificações dos alimentos, resolveu-se abrir um novo tópico nesta obra, para estudo específico de modalidades contemporâneas de alimentos. Três dessas novas categorias serão estudadas nesta seção, com o acréscimo futuro de institutos que emergirem da legislação, da doutrina e da jurisprudência nacionais.

Como primeiro instituto a ser abordado, vejamos a matéria relativa aos *alimentos compensatórios*, construção desenvolvida no Brasil por Rolf Madaleno, a partir de estudos do Direito Espanhol e Argentino. A partir das lições de Jorge O. Azpiri, leciona o jurista brasileiro que os alimentos compensatórios constituem “uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando deste modo, a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e a sua subsistência pessoal” (*Curso...*, 2008, p. 725).

Desse modo, ainda de acordo com o doutrinador, os citados alimentos visam a indenizar, “por determinado tempo ou não, o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro, mas que deixaram de suportar com a separação ou o divórcio”

(MADALENO, Rolf *Curso...*, 2008, p. 726). A hipótese típica é de escolha pelas partes do regime de separação convencional de bens, em que não há a comunicação de qualquer bem. Finda a sociedade conjugal ou convivencial, é possível que um dos consortes pleiteie do outro uma *verba extra*, a título de alimentos compensatórios.

Na doutrina contemporânea, outros juristas veem com bons olhos a sua fixação. Nessa linha está Maria Berenice Dias, para quem, com o casamento, surge para os cônjuges a condição de consortes, decorrendo daí verdadeiro vínculo de solidariedade, “devendo o cônjuge mais afortunado garantir ao ex-consorte alimentos compensatórios, visando a ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais” (DIAS, Maria Berenice *Manual...*, 2010, p. 540). Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acrescem o fundamento na boa-fé objetiva, eis que, “durante o relacionamento, um dos cônjuges acaba criando no outro a justa expectativa de manutenção do mesmo padrão de vida, caso o relacionamento seja dissolvido” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson *Curso...*, 2012, v. 6, p. 791).

A tese é interessante, pois traz para o Direito de Família a experiência do direito obrigacional a respeito da vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio negocial. Por isso, há uma clara interação com os princípios da boa-fé objetiva e da função social, em salutar diálogo entre livros diversos do Código Civil. Em reforço, há um fundamento na responsabilidade civil, com proximidade conceitual em relação aos alimentos indenizatórios, tratados pelo art. 948, inc. II, do CC/2002.

A jurisprudência tem debatido e aplicado o novo conceito dos *alimentos compensatórios*, podendo ser destacadas duas ementas, dos Tribunais de Santa Catarina e Distrito Federal:

“Agravado de instrumento. Cautelar de arrolamento de bens c/c guarda, visitas e alimentos. Decisão *a quo* que fixou em 3,5 salários mínimos a pensão alimentícia em favor do menor e em 2 salários mínimos a título de alimentos compensatórios à ex-esposa, face à empresa pertencente a ambos encontrar-se sob administração exclusiva do agravante. Alegação de formação superior e trabalho com remuneração fixa. Irrelevância. Pleito de minoração da verba

alimentar fixada em favor do filho. Conjunto probatório inconclusivo. Inexistência de comprovação da modificação na situação financeira do recorrente e na necessidade do alimentando. Redução indevida. Manutenção dos alimentos nos termos fixados. Recurso desprovido. Cabe a concessão de alimentos compensatórios quando os bens do casal que produzem rendimentos permanecem na administração de um do par. (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 7.^a ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 537). Ausentes elementos indicativos da alteração na situação econômica do alimentante para pior e da dispensabilidade dos alimentos à subsistência do alimentando, mantém-se a obrigação de prestar alimentos nos termos inicialmente fixados” (TJSC, Agravo de Instrumento 2011.005966-7, Joinville, 6.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Subst Stanley da Silva Braga, j. 22.09.2011, *DJSC* 14.10.2011, p. 148).

“Agravo de Instrumento. Ação de dissolução de união estável. Alimentos compensatórios. Parágrafo único do art. 4.^o da Lei n.^o 5.478/66 c/c art. 7.^o da Lei n.^o 9.278/96. Verossimilhança das Alegações. Lesão grave e difícil reparação. 1. 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. A própria tese acerca da possibilidade de fixação de alimentos compensatórios – bem como a da prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o da irrepetibilidade dos alimentos – insere-se no contexto da verossimilhança, emprestando relevância aos fundamentos jurídicos expendidos na peça de recurso. 2. A alegação de ocorrência de desequilíbrio na equação econômico-financeira sugere, de forma enfática, a potencialidade de causação de lesão grave e de difícil

reparação, a demandar atuação jurisdicional positiva e imediata por meio do recurso de agravo. 3. Demonstrada a verossimilhança dos fatos alegados na petição do agravo, bem como o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser mantida a liminar deferida. 4. Recurso provido” (TJDF, Recurso 2011.00.2.003519-3, Acórdão 508.103, 4.^a Turma Cível, Rel. Des. Arnaldo Camanho de Assis, *DJDFTE* 03.06.2011, p. 148).

Releve-se ainda decisão do Superior Tribunal de Justiça, que admitiu a fixação dos alimentos compensatórios, mas afastou a possibilidade de prisão pela falta de seu pagamento. Conforme se extrai da ementa do *decisum*:

“No caso dos autos, executa-se a verba correspondente aos frutos do patrimônio comum do casal a que a autora faz jus, enquanto aquele se encontra na posse exclusiva do ex-marido. Tal verba, nestes termos reconhecida, não decorre do dever de solidariedade entre os cônjuges ou da mútua assistência, mas sim do direito de meação, evitando-se, enquanto não efetivada a partilha, o enriquecimento indevido por parte daquele que detém a posse dos bens comuns. A definição, assim, de um valor ou percentual correspondente aos frutos do patrimônio comum do casal a que a autora faz jus, enquanto aquele encontra-se na posse exclusiva do ex-marido, tem, na verdade, o condão de ressarcir-la ou de compensá-la pelo prejuízo presumido consistente na não imissão imediata nos bens afetos ao quinhão a que faz jus. Não há, assim, quando de seu reconhecimento, qualquer exame sobre o binômio ‘necessidade-possibilidade’, na medida em que esta verba não se destina, ao menos imediatamente, à subsistência da autora, consistindo, na prática, numa antecipação da futura partilha. Levando-se em conta o caráter compensatório e/ou ressarcitório da verba correspondente à parte dos frutos dos bens comuns, não se afigura possível que a respectiva execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, restrita, é certo, à hipótese de inadimplemento de verba alimentar, destinada, efetivamente, à subsistência do alimentando” (STJ, RHC 28.853/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Mi

Massami Uyeda, j. 01.12.2011, *DJe* 12.03.2012).

Não obstante o certo apreço deste autor pelo conceito de alimentos compensatórios, especialmente por eventual fundamento na solidariedade, a adesão à ideia merece as devidas ressalvas. Isso porque os alimentos entre os cônjuges devem ser analisados socialmente, de acordo com a emancipação da mulher e com a sua plena inserção no mercado de trabalho. A Constituição Federal de 1988 estabelece a isonomia entre o homem e a mulher em seu art. 5.º, inc. I. E, apesar da existência de verdadeiros *precipícios* de diferenças em algumas situações concretas, deve a sociedade buscar a diminuição das discrepâncias. O Direito deve cumprir um papel de aproximação, o que parece ter sido tentado pelo Novo CPC, ao abolir o antigo foro privilegiado da mulher nas ações de extinção do casamento (art. 100, inciso I, do CPC/1973). Ao contrário, não se pode, pura e simplesmente, assumir uma eventual posição de inferioridade, o que tende a perpetuá-la, e não a extingui-la.

A fixação dos alimentos compensatórios não pode ser desmedida ou exagerada, de modo a gerar o ócio permanente do ex-cônjuge, ou uma espécie de *parasitismo* amparado pelo Poder Judiciário. Em outras palavras, a sua fixação não pode perpetuar a figura da *dondoca*, que não trabalha ou desenvolve qualquer atividade, vivendo às custas da profissão de ex-cônjuge. Tal figura, aliás, está bem distante da personificação da mulher contemporânea, pós-moderna, empreendedora e independente.

Nesse contexto, deve ser vista com ressalvas a ideia de que os alimentos compensatórios visam a manter o *status quo* de alto padrão da ex-mulher que não trabalhava quando casada, e que continuará sem trabalhar após o fim da união. Em casos tais, o fundamento para tais alimentos deixa de ser o princípio da solidariedade, passando a ser o enriquecimento sem causa, vedado expressamente pelo art. 884 do Código Civil de 2002 e pelos princípios adotados pelo Direito Civil Contemporâneo notadamente o da eticidade.

Superado esse tema, entrou em vigor no Brasil a Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como *Lei dos Alimentos Gravídicos*, disciplinando o direito de alimentos da mulher gestante e do nascituro (art. 1.º).

Os citados *alimentos gravídicos*, nos termos da lei, devem compreender 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 como pertinentes (art. 2.º, *caput*). Em complemento, tais alimentos 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 (art. 2.º, parágrafo único).

Em verdade, a norma emergente em nada inova, diante dos numerosos julgados que deferiam alimentos durante a gravidez ao nascituro. Entre os vários julgados, podemos transcrever o seguinte, do Tribunal Mineiro:

“Direito civil. Alimentos. Provisórios. Redução. Inconveniência Profissional liberal. Dificuldade na produção de prova robusta. Credora que aguarda nascimento do filho do devedor. Necessidade de assegurar conforto à mãe e ao nascituro. Tratando-se de profissional liberal, não se há exigir a produção de prova robusta a alicerçar a fixação dos alimentos sob pena de se inviabilizar o seu recebimento por aquele que deles necessita, isentando o devedor da obrigação que o ordenamento jurídico lhe impõe. A credora dos alimentos, que aguarda o nascimento de uma criança, filha do devedor, precisa de um mínimo de conforto material para que sua saúde e a do nascituro não sejam comprometidas. Logo, reduzir a verba alimentar que, em princípio, não se apresenta elevada, é colocar em risco a vida de duas pessoas. Nega-se provimento ao recurso” (TJMG, Agravo 1.0000.00.207040-7/000, Araxá, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 01.03.2001, *DJMG* 05.04.2001).

Merecem ser destacadas, igualmente, as manifestações doutrinárias de tutela dos direitos do nascituro, como é o caso da pioneira Silmara Juny Chinellato (*A tutela...*, 2001). Em obra mais atual, a professora da Universidade de São Paulo, uma

das maiores especialistas no assunto em língua portuguesa, critica a criação do neologismo *alimentos gravídicos*, merecendo relevo as suas palavras para as devidas reflexões:

“A recente Lei n.º 11.804, de 5 de novembro de 2008, que trata dos impropriamente denominados ‘alimentos gravídicos’ – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma pessoa e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o nascituro, e não a mãe, partindo de premissa errada, o que repercute no teor da lei” (CHINELLATO, Silmara Juny. *Código Civil...*, 2009, p. 29).

Tem razão a jurista, uma vez que a norma despreza toda a evolução científica e doutrinária no sentido de reconhecer os direitos do nascituro, principalmente aqueles de natureza existencial, fundados na sua personalidade. Desse modo, seria melhor que a lei fosse denominada *lei dos alimentos do nascituro*, ou algo próximo.

Acrescente-se que o Superior Tribunal de Justiça concluiu, recentemente, que a lei visa à proteção do nascituro. Nos termos da ementa de julho de 2017, entendeu a sua Terceira Turma que “os alimentos gravídicos, previstos na Lei n.º 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro” (STJ, REsp 1629423/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 06.06.2017, *DJe* 22.06.2017). Diante dessas afirmações, aduziu a Corte Superior, corretamente, que, com o nascimento da criança, os citados alimentos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6.º da Lei n.º 11.804/2008.

Desse modo, em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos ficam

convertidos em pensão, até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos; ou mesmo até quando se obtenha o resultado sobre o eventual vínculo que une as partes em ação de investigação ou negatória de paternidade (STJ, REsp 1.629.423/SP, publicado no seu *Informativo* n. 606).

Quanto à legitimidade para a propositura da ação, diante da adesão deste autor à *teoria concepcionista* – segundo a qual o nascituro é pessoa humana –, é forçoso concluir que a demanda deve ser proposta pelo próprio nascituro – devidamente representado – e pela mulher grávida, eis que os valores visam à manutenção de ambos, pela dicção legal. De toda sorte, este parece não ser o entendimento majoritário, especialmente diante das restrições que se percebe à teoria que reconhece personalidade civil ao nascituro.

Para Maria Berenice Dias, “descabe cumular a ação de alimentos gravídicos com alimentos a favor do nascituro, uma vez que ocorre a transformação do encargo quando do nascimento. A legitimidade ativa para a ação é da gestante, que promove a ação em nome próprio. Não é necessário cumular a ação investigatória de paternidade. O foro competente é o do seu domicílio (CPC 100 II). O rito é da lei de alimentos” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2010, p. 529). A respeito do foro competente a favor do alimentante, vale lembrar que o art. 100, inc. II, do CPC/1973 foi repetido pelo art. 53, II, do CPC/2015.

Na mesma linha, no que diz respeito à legitimidade ativa do nascituro, leciona Fernanda Tartuce que, “deixando de lado as discussões sobre a personalidade jurídica do nascituro, verifica-se que a posição que predomina é a de que, ao menos para efeitos de aplicação da Lei n. 11.804/2008, a titularidade dos alimentos é da gestante, sendo o polo ativo da demanda composto por ela. Apenas após o nascimento é que a criança assume a titularidade e a legitimidade” (TARTUCE, Fernanda *Processo...*, 2012, p. 172).

Ato contínuo de estudo, a Lei 11.804/2008 estabelece em seu art. 6.º que, “convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré. 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”. Esses *alimentos gravídicos provisórios*, como não poderia ser diferente, devem ser fixados de acordo com o binômio ou trinômio alimentar.

Nos termos da melhor jurisprudência, “o requisito exigido para a concessão dos alimentos gravídicos, qual seja, ‘indícios de paternidade’, nos termos do art. 6.º da Lei n.º 11.804/08, deve ser examinado, em sede de cognição sumária, sem muito rigorismo, tendo em vista a dificuldade na comprovação do alegado vínculo de parentesco já no momento do ajuizamento da ação, sob pena de não se atender à finalidade da Lei, que é proporcionar ao nascituro seu sadio desenvolvimento” (TJRS, Agravo de Instrumento 130546-22.2012.8.21.7000, Santa Vitória do Palmar 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 24.05.2012, *DJERS* 30.05.2012).

Em suma, não há necessidade de citação do réu para a determinação do pagamento dos alimentos, como constava do art. 9.º da lei, dispositivo que foi vetado, pelas seguintes razões: “O art. 9.º prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade”. Consigne-se que Caetano Lagrasta, seja como doutrinador ou julgador, sempre utilizou tais fundamentos do veto para afastar a necessidade de audiência de justificação a fim de fixar os alimentos gravídicos provisórios, o que parece ser a melhor conclusão (LAGRASTA NETO, Caetano Registro..., *Direito...*, 2012, p. 385).

Na jurisprudência podem ser encontrados acórdãos que apontam terem esses alimentos gravídicos provisórios natureza liminar, o que predomina nos Tribunais Estaduais (por todos: TJRS, Agravo de Instrumento 375759-67.2012.8.21.7000

Canoas, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 01.11.2012, *DJERS* 08.11.2012; TJES, Agravo de Instrumento 14119000025, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. William Couto Gonçalves, *DJES* 16.11.2011; e TJMG, Agravo de Instrumento 0201080-32.2010.8.13.0000, Belo Horizonte, 4.^a Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Moreira Diniz, j. 15.07.2010, *DJEMG* 10.08.2010).

Outros arestos concluem pela natureza de antecipação dos efeitos da sentença (TJRS, Agravo de Instrumento 494128-20.2012.8.21.7000, Caxias do Sul, 7.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, j. 07.11.2012, *DJERS* 13.11.2012; TJMG, Agravo de Instrumento 0257775-69.2011.8.13.0000, Poços de Caldas, 4.^a Câmara Cível, Rel. Des. Heloisa Combat, j. 18.08.2011, *DJEMG* 05.09.2011; e TJSP, Agravo de Instrumento 994.09.321277-4, Acórdão 4756527, Taubaté, 10.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Testa Marchi, j. 31.08.2010, *DJESP* 17.12.2010). A segunda corrente parece ser a mais correta, diante do claro caráter satisfativo dos alimentos em questão, premissa a ser mantida na vigência do Novo CPC.

Fernanda Tartuce aduz que os Tribunais vêm entendendo pela necessidade de a gestante demonstrar concretos indícios para a concessão da liminar, “pois é considerada impossível a prova negativa por parte do suposto pai” (TARTUCE Fernanda. *Processo...*, 2012, p. 172). De fato, tal dedução pode ser retirada de várias ementas, merecendo destaque a seguinte: “Deve ser mantida a decisão que indefere o pedido de alimentos gravídicos ante a inexistência de indícios convincentes para imputar a provável paternidade ao requerido” (TJMG, Agravo de Instrumento 0395097-34.2011.8.13.0000, Ipanema, 2.^a Câmara Cível, Rel. Des. Afrânio Vilela, j. 04.10.2011, *DJEMG* 04.11.2011).

Com base em Ênio Zulliani e no próprio Caetano Lagrasta, experientes julgadores do Tribunal Paulista, a autora cita indícios baseados em correspondências eletrônicas trocadas entre as partes, em telefonemas, em doações ou empréstimos de dinheiro do suposto pai à mãe da criança, na compra de bens duráveis pelo suposto réu, na convivência com parentes ou amigos ou na exposição pública do relacionamento que gerou o filho.

O art. 7.º da norma estabelece que o réu da ação será citado para apresentar

resposta em cinco dias. O prazo é curto justamente para a efetivação dos interesses e direitos do nascituro e da mulher grávida, ambos em situação de vulnerabilidade, o que justificou a criação da norma jurídica. Maria Berenice Dias critica a previsão, existindo uma inadequada *intromissão processual*, o que ampararia o veto da norma pelo então Presidente da República, como fez com outros preceitos da lei (DIAS Maria Berenice. *Manual...*, 2010, p. 529). Sendo assim, conclui pela possibilidade de o juiz fixar outro prazo para resposta, o que encontra resistência no fundamento cogente das normas processuais relativas a prazos.

Por derradeiro, sobre os alimentos gravídicos, insta anotar a plena possibilidade de prisão pela falta de pagamento dos alimentos gravídicos. Nesse sentido, o enunciado aprovado na *V Jornada de Direito Civil*, de autoria de Jones Figueirêdo Alves: “Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei 11.804/2008, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência” (Enunciado n. 522 do CJP/STJ).

Como última categoria a ser abordada, vejamos os alimentos *intuitu familiae* ou *globais*, abordados por este autor em parecer jurídico apresentado em caso concreto, no ano de 2014.

Yussef Said Cahali foi um dos primeiros juristas a analisar a categoria, demonstrando sua origem na criação jurisprudencial brasileira. O ex-magistrado e professor pondera, a respeito do instituto, que “a pensão do marido à mulher e aos filhos pode ter sido fixada englobadamente, sem que isto represente óbice à homologação do acordo” (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos...*, 2009, p. 221).

Em complemento, de acordo com as lições de Rolf Madaleno, “alimentos *intuitu familiae* são aqueles arbitrados, ou acordados de forma global, para todo o grupo familiar, sem pormenorizar e separar as quotas de cada integrante da célula familiar, destinatária coletiva da pensão alimentar. O montante dos alimentos é estabelecido em prol de todos os familiares, e quando um deles deixa de ser credor dos alimentos pode até ocorrer uma pequena redução da pensão, mas não uma divisão proporcional ao número de alimentandos, sucedendo, se for o caso, um ajuste com a simples readequação do valor dos alimentos” (MADALENO, Rolf *Curso...*, 2011, p. 946). Maria Berenice Dias também aborda a categoria, expondo o caráter global de

sua fixação, “sem individualizar a proporção de cada beneficiário. Normalmente são estipulados em benefício da entidade familiar – ex-mulher e filhos –, sem ser indicado o percentual em favor de cada um deles” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2011, p. 550).

Desse modo, na linha da doutrina exposta, a fixação dos alimentos com intuito familiar (*intuitu familiae*) tem como escopo atender às finalidades de determinado grupo de pessoas que compõe a entidade familiar. Em realidade, a fixação alimentar *intuitu familiae* não tem qualquer amparo legal, não havendo norma jurídica que lhe dê fundamento. No plano doutrinário, o instituto sequer é tratado pela maioria dos doutrinadores contemporâneos do Direito de Família Brasileiro.

Em reforço, a sua atribuição pode conduzir a injustiças e a situações indesejáveis, especialmente tendo em vista o binômio ou trinômio alimentar. Foi exatamente o que ocorreu no caso levado a consulta a este autor, com o desenvolvimento de parecer que acabou por ser vencedor no Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação 0010386-95.2013.8.26.0564, 4.^a Câmara de Direito Privado Rel. Des. Natan Zelinski de Arruda, j. 27.11.2014). O valor alimentar foi fixado inicialmente em cerca de 20 salários mínimos para a ex-esposa e três filhos do alimentante.

Porém, sucessivamente, houve a exoneração alimentar da esposa e de dois filhos que atingiram a maioridade, sem que houvesse a revisão do montante global. Ao final, conforme condenação de primeira instância, a filha menor do devedor estava recebendo uma verba alimentar de cerca de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), bem acima de suas necessidades, mesmo em se mantendo um altíssimo padrão de vida, sob os pontos de vista econômico e social.

Ora, conforme exposto nesta obra, constitui premissa antiga a afirmação de que os alimentos têm caráter personalíssimo em favor do credor da pensão. Desse modo, a fixação dos alimentos deve levar em conta as características de quem os pleiteia, tendo natureza essencialmente *intuitu personae*. Essa premissa, aliás, é essencial para a atribuição da pensão alimentícia, tendo como parâmetro a necessidade do credor. No âmbito da jurisprudência, vários arestos reconhecem tal caráter pessoal e infungível, tanto em relação ao credor quanto no que diz respeito ao devedor (por

todos: STJ, AgRg no REsp 981.180/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tars Sanseverino, j. 07.12.2010, *DJe* 15.12.2010).

Além do caráter personalíssimo, reafirme-se que a obrigação de alimentos é divisível, em regra, o que é retirado de vários diplomas do sistema legal da codificação material de 2002, especialmente da segunda parte do art. 1.698, que prescreve: “sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide”.

A fixação dos alimentos *intuitu familiae* quebra com essas características técnicas consolidadas da pensão alimentícia. Em casos de sua atribuição, o grupo familiar passa a ser dotado de uma solidariedade ativa convencional, pois, como elucida Maria Berenice Dias, “como o crédito é em prol de todos, dispõe cada um de legitimidade para cobrança da integralidade de seu valor. Ainda que um ou mais filhos atinjam a maioridade, pode a genitora propor a execução para cobrança da totalidade do débito” (*Manual...*, 2011, p. 550-551). O caráter personalíssimo da pensão é igualmente quebrado diante do fato de ser o montante fixado a favor de um grupo de pessoas, com características próprias analisadas em conjunto, e não isoladamente.

A este autor não parece haver qualquer ilicitude na fixação dos alimentos *intuitu familiae*, pois a solidariedade pode ter origem na lei ou na vontade das partes, na esteira do art. 265 do Código Civil. Em outras palavras, é perfeitamente possível afastar, por convenção, o caráter personalíssimo e divisível da obrigação de alimentos. Todavia, em casos de exagero, é viável rever o valor antes fixado a título de alimentos.

A propósito da possibilidade dessa diminuição a partir de uma mudança estrutural no binômio ou trinômio, mesmo que fixada a verba *intuitu familiae*, cabe trazer à colação *decisum* do Tribunal de Justiça de São Paulo. Trata-se de acórdão da sua 6.^a Câmara de Direito Privado, proferido em 22.10.2009, na Apelação com revisão 680.852-4/2-00, que teve como relator o Desembargador Vito Guglielmi. No caso, houve a exoneração da pensão alimentar quanto a uma filha maior do alimentante, então com 26 anos de idade, que havia se graduado no curso de Direito e

obtido a carteira de advogada.

Conforme consta da ementa do aresto, foi reconhecida a exoneração parcial subjetiva da pensão, o que deveria ser reconhecido mesmo se os alimentos fossem fixados *intuitu familiae*. Merece ser citado o seguinte trecho do julgamento, que analisa o tema relativo ao binômio ou trinômio alimentar:

“Nesse tema dos alimentos, como venho sustentando, o dever deve ser lido, sempre, na perspectiva da dupla análise da necessidade daquele que pleiteia o auxílio e da possibilidade daquele que o presta, fatores amalgamados sobre a denominação, já consagrada pela jurisprudência, de ‘binômio necessidade--possibilidade’, o qual deve nortear, em qualquer caso, a determinação, revisão ou exoneração da prestação fixada. Sob essa ótica, de um lado, tem-se que, no caso, as necessidades da ré devem ser rigorosamente comprovadas. No tocante ao aspecto prático da exoneração, sobreleva que os presentes alimentos, embora fixados em valor único para os três coalimentados, guardam nítida relação de proporção e divisibilidade, não se podendo falar que a fixação haja se dado *intuitu familiae* a impedir a pleiteada exoneração parcial subjetiva. Assim, pelos termos da própria sentença originária que os fixou (fls. 81) e bem das decisões posteriores de revisão (fls. 85/105). Aliás, ainda que houvessem sido os alimentos fixados *intuitu familiae*, tal atributo não impediria a procedência do pedido de exoneração do dever alimentar em relação a um dos coalimentados e tampouco a redução proporcional da prestação global fixada. Como se vem entendendo, a divisibilidade da prestação alimentar é característica presente até mesmo quando não há menção expressa à destinação” (TJSP, Apelação com Revisão 680.852-4/2-00, 6.^a Câmara de Direito Privado, Des. Vito Guglielmi, j. 22.10.2009).

Sucessivamente, o Desembargador Relator Vito Guglielmi cita decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais no mesmo sentido, que concluiu: “a obrigação alimentar, ainda que arbitrada *intuitu familiae*, não perde seu caráter de

divisibilidade. Não havendo previsão em contrário, na obrigação subjetivamente divisível, deve prevalecer a presunção legal de igualdade das quotas (art. 257 do Código Civil de 2002). A exoneração dos alimentos, ante a ausência de convenção em contrário, deve ocorrer somente quanto às quotas dos ex-credores, em igual proporção, remanescendo o crédito proporcional da credora remanescente (TJMG, Apelação Cível 1.0016.07.076039-8/001, Alfenas, 2.^a Câmara Cível, Rel. Caetano Levi Lopes, j. 24.03.2009)”.

Cabe ainda destacar, do acórdão paulista, o trecho em que se analisa a necessidade de diminuição do *quantum* global, a partir do binômio alimentar, tendo em vista a exoneração parcial de uma das filhas do alimentante: “Destarte, a exoneração do dever alimentar em relação à demanda, com a consequente redução proporcional do valor global da prestação, revela-se mesmo adequada ante a comprovação da ausência de necessidade da alimentada de um lado e, ainda, da prova indiciária, de outra banda, da redução da capacidade financeira do autor, consubstanciada na existência de diversas restrições de crédito em seu nome”.

Conforme se verifica, os dois arestos citados seguem a linha de necessidade de revisão dos alimentos com função familiar, na esteira das premissas-regras do caráter personalíssimo e da divisibilidade da obrigação de alimentos.

Em resumo, é imperioso rever o valor alimentar *intuitu familiae* quando há alteração substancial do binômio ou trinômio alimentar, especialmente tendo como pano de fundo fundamental as necessidades do alimentante. Eis, na opinião deste autor, uma correta e justa aplicação do princípio da razoabilidade em sede de alimentos, a demonstrar a evolução do binômio para o trinômio, conforme antes exposto neste livro.

7.5 OUTRAS REGRAS PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 E A EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTOS POR CULPA E ALIMENTOS

Sem prejuízo das regras materiais previstas no Código Civil neste livro analisadas, outros dispositivos previstos na codificação privada devem ser estudados,

mormente aqueles que têm relação com a extinção da obrigação de alimentos.

Começaremos com o outrora comentado art. 1.694, § 2.º, cuja redação é muito interessante: “Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia”. A norma relaciona a culpa com a fixação do *quantum* alimentar.

O comando legal está prevendo expressamente que em casos de dissolução do casamento, da sociedade conjugal ou da união estável, aquele que foi o culpado pelo fim do relacionamento, o que acabou por causar eventual situação de necessidade, terá direito aos alimentos necessários ou indispensáveis, visando à manutenção da sua dignidade. O dispositivo deve ser analisado em confronto com outros, que também constam da atual codificação privada e, em especial, com a aprovação da Emenda Constitucional 66/2010, conhecida como *Emenda do Divórcio*.

Como regra, o cônjuge (ou eventualmente o companheiro) culpado não poderá pleitear alimentos do inocente, o que pode ser percebido pelo teor do art. 1.704, *caput*, do atual CC: “Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial”. Por outra via, enuncia de forma textual o Código Civil de 2002 que na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, o outro, culpado será obrigado a prestar os alimentos, obedecidos os critérios legais (art. 1.702 do CC).

O art. 1.694, § 2.º, do CC, como se nota, quebra a regra geral, consagrada há tempos, de que o culpado não pode pleitear alimentos do inocente, abrandando o impacto da culpa na separação judicial litigiosa e, eventualmente, na ação de dissolução de união estável, para aqueles que entendem pela possibilidade de discussão da culpa nestas ações, o que é o caso deste autor.

Nesse contexto, o parágrafo único do art. 1.704 do CC complementa aquele último dispositivo ao enunciar que se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência. Assim, somente serão devidos os alimentos indispensáveis ou necessários ao culpado se preenchidos esses últimos requisitos, ou

seja, se o culpado não tiver parentes em condições de fazê-lo, nem condições de trabalho, tudo dentro do *binômio necessidade/possibilidade* (ou *trinômio*, para alguns).

Esses critérios também servem para a ação de reconhecimento e dissolução de união estável, se a culpa eventualmente for discutida nesta última demanda. As normas já vinham recebendo a devida aplicação pela jurisprudência nacional, cabendo a transcrição das seguintes ementas, para ilustrar:

“Separação judicial. Culpa da ré verificada. Demonstração da relação extraconjugal bastante suspeita mantida entre a ré e terceiro, com as características do denominado ‘quase adultério’, que constitui injúria grave. Alimentos. Ausência de comprovação de não ter parentes em condições de prestá-los. Inteligência do art. 1.704, parágrafo único, do Código Civil. Encargo indevido. Valores depositados em conta vinculada ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) do autor. Adoção do regime de comunhão parcial de bens. Partilha indevida, por não integrar o patrimônio comum. Recurso desprovido” (TJSP, Apelação com Revisão 566.291.4/0 Acórdão 3642822, Rosana, 1.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lui Antonio de Godoy, j. 19.05.2009, *DJESP* 08.07.2009).

“Alimentos. Inexistência da obrigação de prestar alimentos decorrente de vínculo matrimonial, em razão da existência de filhas maiores e capazes. Dever de sustento previsto no parágrafo único do art. 1.704 do Novo Código Civil. 1. Em suas razões a autora sustenta sua necessidade de perceber alimentos e a possibilidade da ré em prestá-los, o que não afasta a obrigatoriedade proveniente do vínculo de parentesco existente com suas filhas. 2. Embora seja questão incontroversa o vínculo matrimonial ainda existente entre as partes, vigorando, em tese, o dever de mútua assistência entre os cônjuges, na forma do art. 1.566 do CC, também é fato incontroverso que a autora é mãe de filhas maiores, as quais teriam o dever de auxílio no seu sustento, em razão do vínculo de parentesco, afastando a obrigação por parte

do apelado, nos termos do que dispõe o parágrafo único do art. 1.704 do Código Civil vigente. 3. Desprovimento do recurso. Precedente citado: TJRJ, Acórdão n. 2006.001.59227, rel. Des. José de Samuel Marques, julgado em 10/01/2007 e Acórdão n. 2006.001.65409, Rel. Des. Rogério de Oliveira Souza, julgado em 27/03/2007” (TJRJ, Acórdão 2007.001.32813, Rio de Janeiro, Rel. Des. Letícia de Faria Sardas, j. 09.08.2007, *DORJ* 05.03.2008, p. 312).

Pois bem, a respeito da fixação dos alimentos pela culpa (arts. 1.702 e 1.704, *caput*, do CC), e da atribuição dos alimentos necessários (arts. 1.694, § 2.º, e art. 1.704, parágrafo único), diante da aprovação da Emenda Constitucional 66/2010 surgem três correntes doutrinárias, que devem ser devidamente analisadas pela jurisprudência no futuro. Vejamos novamente esses três posicionamentos, antes expostos no Capítulo 4 da presente obra.

A primeira corrente sustenta a total impossibilidade de discussão de culpa para a dissolução do casamento, incluindo a questão de alimentos, estando revogados tacitamente os arts. 1.702 e 1.704, *caput*, do CC. Do mesmo modo, desaparece a relevância jurídica dos arts. 1.694, § 2.º e 1.704, parágrafo único, do CC, devendo os alimentos ser fixados de acordo com o binômio ou trinômio alimentar. Essa corrente é encabeçada por Paulo Lôbo, merecendo destaque as suas palavras: “Quanto aos alimentos, o art. 1.694 prevê o direito ao cônjuge de pedir alimentos ao outro, desaparecendo a modalidade de alimentos de subsistência, pois estava vinculado à culpa pela separação” (LÔBO, Paulo. Divórcio... Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 15 fev. 2010). Entendem do mesmo modo Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Rol Madaleno, Giselda Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Ess é o entendimento que prevalece entre os juristas que compõem o IBDFAM.

Na jurisprudência paulista podem ser encontradas ementas que seguem tal solução, como a seguinte: “no mais, sabe-se que, com a alteração da redação do art. 226, § 6.º, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 66/2010, a separação judicial deixou de existir, tornando-se desnecessários o transcurso do

tempo para a decretação do divórcio e a discussão sobre culpa. Desta forma, não se cogita mais da culpa na análise da obrigação de prestar alimentos, que serão definidos pela necessidade do outro cônjuge em hipóteses excepcionais, do que não se trata o caso” (TJSP, Agravo 0060840-25.2013.8.26.0000, 4.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Maia da Cunha, j. 09.05.2013).

Para a *segunda corrente*, não há possibilidade de se discutir a culpa para a dissolução do casamento em sede de ação de divórcio. Todavia, a culpa pode ser debatida em sede de ação especial de alimentos, podendo os alimentos ser fixados nos parâmetros dos arts. 1.694, § 2.º e 1.704, *caput* e parágrafo único, do Código Civil. Assim, não haveria revogação de tais comandos legais. Esse é o entendimento de José Fernando Simão. Com mesma opinião, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam que “O único espaço que fica reservado para a discussão da culpa no direito brasileiro é a alteração da natureza da pensão alimentícia devida por um dos cônjuges ao outro” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso...*, 2012, p. 456). Na sequência, os doutrinadores citam o art. 1.694, § 2.º, do CC, concluindo que “a parte interessada em ver reconhecida a culpa para essa finalidade deverá alegar a culpa na sua defesa na ação de alimentos contra si ajuizada. O que não pode é discutir culpa nos estreitos limites cognitivos de uma ação de divórcio”.

Por fim, a *terceira corrente* alega que em algumas situações, de maior gravidade, a culpa pode ser debatida em sede de ação de divórcio, inclusive para a análise da fixação dos alimentos necessários. Destaque-se que tais alimentos também podem ser pleiteados em ação autônoma, o que depende da *opção processual* dos requerentes. Do mesmo modo, não houve revogação dos arts. 1.694, § 2.º, e 1.704, *caput* e parágrafo único, do Código Civil. Mantém-se um *sistema dual*, com e sem culpa, podendo esta ser mitigada em algumas situações. O art. 1.702 do CC somente terá aplicação aos separados judicialmente até a *Emenda do Divórcio*, eis que a separação jurídica foi banida do sistema; mesmo tendo sido reafirmada pelo Novo CPC. Pode-se até ler no dispositivo menção à ação de divórcio e não mais à separação judicial. Esta é a opinião deste autor.

Superada essa atualização, no presente ponto da matéria, surge outra polêmica

interessante. Esses alimentos indispensáveis podem ser pleiteados após o divórcio ou dissolvida a união estável, caso não fixados anteriormente? Trata-se do que se denomina, em sentido genérico, como *alimentos pós-divórcio*.

Repise-se que o entendimento majoritário, e que deve ser levado em conta para a prática, responde negativamente, eis que não há mais o vínculo de família, que dá sustentáculo à obrigação alimentar. Muitos julgados seguem esse caminho de conclusão (a ilustrar: TJSC, Apelação Cível 2012.056464-2, Blumenau, 5.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 20.09.2012, *DJSC* 09.10.2012, p. 189; TJMG, Apelação Cível 2304865-12.2007.8.13.0313, Ipatinga, 8.^a Câmara Cível Rel. Des. Edgard Penna Amorim, j. 27.01.2011, *DJEMG* 14.03.2011; TJRS, Apelação Cível 70028862530, Pelotas, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fideli Faccenda, j. 16.04.2009, *DOERS* 24.04.2009, p. 65; e TJSP, Apelação com Revisão 638.056.4/7, Acórdão 3983616, Sumaré, 3.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Jesus Lofrano, j. 04.08.2009, *DJESP* 24.08.2009).

Entretanto, filiados parcialmente à corrente encabeçada por Maria Berenice Dias, entendemos ser possível pleitear os alimentos após a dissolução do vínculo, se configurada a situação descrita nos arts. 1.694, § 2.º, e 1.704, parágrafo único, o que está amparado no princípio da solidariedade social, de índole constitucional, previsto no art. 3.º, I, da CF/1988 (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito...*, 2007, p. 466). Ensina a doutrinadora que “mesmo findo o matrimônio, perdura o dever de mútua assistência, permanecendo a obrigação após a dissolução do vínculo conjugal. Apesar de a lei não mencionar isso expressamente, não se pode chegar a conclusão diversa. O dever alimentar cessa somente pelo novo casamento do beneficiário. Como só há a possibilidade de novo matrimônio após o divórcio, claro está que persiste o encargo mesmo estando os cônjuges divorciados” (DIAS, Maria Berenice. *Manual...*, 2007, p. 465).

Esclareça-se que alguns poucos julgados seguiam o entendimento da autora, cabendo a colação dos seguintes:

“Civil e processual civil. Divórcio direto consensual. Ex-mulher. Ação de alimentos. Possibilidade x necessidade. Requisitos presentes. Sentença

mantida. 1. Tem direito a postular alimentos do ex-cônjuge, mesmo após o divórcio direto consensual, a ex-mulher que, com idade avançada (49 anos), durante a constância do matrimônio não exerceu atividade profissional, dedicando-se exclusivamente a cuidar do lar e da família, além de apresentar recentes problemas de saúde, com a observância ao binômio necessidade x possibilidade, requisitos presentes na hipótese vertente. 2. Recurso conhecido e não provido” (TJDF, Recurso 2009.01.1.136964-2, Acórdão 432.049, 3.ª Turma Cível, Rel. Des. Humberto Adjuto Ulhôa, *DJDFTE* 12.07.2010, p. 104).

“Ação de alimentos. Ex-mulher. Divórcio. Dependência econômica. Honorários. Art. 20, CPC. I – Tem direito a postular alimentos do ex-cônjuge mesmo após o divórcio, a ex-mulher que, com 65 anos, dele depende economicamente por nunca ter exercido atividade profissional. Sempre se dedicou às atividades do lar. Os honorários de sucumbência devem ser fixados de acordo com o estatuído no art. 20, §§ 3.º e 4.º, do Código de Processo Civil. II – Apelação desprovida. Unânime” (TJDF, Recurso 2002.01.1.039360-3, Acórdão 344.470, 5.ª Turma Cível, Rel. Des. Romeu Gonzaga Neiva, *DJDFTE* 05.03.2009, p. 60).

No ano de 2013, surgiu ementa do Superior Tribunal de Justiça dando fundamento à tese dos alimentos pós-divórcio, o que pode representar um *giro de cento e oitenta graus* na maneira de como a jurisprudência analisa o tema. Conforme se extrai do julgamento, “em atenção ao princípio da mútua assistência, mesmo após o divórcio, não tendo ocorrido a renúncia aos alimentos por parte do cônjuge que, em razão dos longos anos de duração do matrimônio, não exercera atividade econômica, se vier a padecer de recursos materiais, por não dispor de meios para suprir as próprias necessidades vitais (alimentos necessários), seja por incapacidade laborativa, seja por insuficiência de bens, poderá requerê-la de seu ex-consorte, desde que preenchidos os requisitos legais” (STJ, REsp 1.073.052/SC, 4.ª Turma Rel. Min. Marco Buzzi, j. 11.06.2013, *DJe* 02.09.2013).

Filia-se a esse entendimento, que está em sintonia com a proteção da dignidade humana e do Direito Civil Constitucional. Ademais, destaque-se que tal entendimento ganha força com a Emenda Constitucional 66/2010, diante da prioridade que deve ser dada à decretação do divórcio do casal, postergando-se o debate dos alimentos para posterior momento. Ora, caso não admitidos os *alimentos pós-divórcio*, a Emenda do Divórcio teria retirado em parte a eficácia concreta dos alimentos entre os cônjuges, o que não é o caso.

Quanto aos alimentos devidos aos filhos, visando à sua manutenção digna, determina o art. 1.703 do CC que, “para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos”. Repetindo o art. 20 da Lei do Divórcio, percebe-se que o dispositivo não menciona a culpa no que tange aos alimentos devidos aos filhos, devendo-se levar em conta os rendimentos e o patrimônio dos genitores, incidindo a proporcionalidade e o tão aclamado binômio *possibilidade/necessidade*. Diante da *Emenda do Divórcio*, que retirou do sistema a separação judicial, o art. 1.703 do CC deve ser lido com menção aos “cônjuges divorciados”.

No que concerne à extinção dos alimentos, foi visto que esta ocorre com a morte do devedor-alimentando, uma vez que se trata de um direito personalíssimo. A extinção também pode ocorrer havendo uma mudança estrutural drástica no binômio ou trinômio alimentar, a fundamentar ação de exoneração de alimentos, que será estudada no próximo tópico. Essa ação, ao lado da ação revisional de alimentos, está autorizada pelo art. 1.699 da atual codificação privada, que dispõe: “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”.

No caso de menores, a obrigação alimentar é extinta quando esses atingem a maioridade. Porém, essa extinção não ocorre de forma automática, sendo necessária uma ação de exoneração para tanto. Nessa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 358, estabelecendo que “O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos”.

Pontue-se que a obrigação alimentar do genitor pode continuar, tratando-se de filho universitário, até que o mesmo encerre os seus estudos e a situação de dependência. Nesse sentido, consolidou-se o Superior Tribunal de Justiça:

“Agravos regimentais. Civil. Família. Exoneração de alimentos. Maioridade. Universitário. Extinção automática. Impossibilidade. O STJ proclamou que o advento da maioridade extingue o pátrio poder, mas não revoga, automaticamente, o dever de prestar alimentos, que passam a ser devidos por efeito da relação de parentesco. A teor dessa orientação, antes de extinguir o encargo de alimentar, deve-se possibilitar ao alimentado demonstrar, nos mesmos autos, que continua a necessitar de alimentos” (STJ, AGA 655.104/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 28.06.2005. Sucessivos: AgRg no Ag 489.253/RS 2002/0156209-3, decisão 02.08.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 329, AgRg no Ag 508.365/ SP 2003/0019831-5, decisão 02.08.2005, *DJ* 29.08.2005, p. 329, AgRg no Ag 568.775 SP 2003/0225083-6, decisão 04.10.2005, *DJ* 24.10.2005, p. 308, AgRg no Ag 692.788/RS 2005/0116567-5, decisão 25.10.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 319, AgRg no Ag 701.463/RJ 2005/0137714-1, decisão 25.10.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 320, AgRg no Ag 692.157/RS 2005/0115131-1, decisão 25.10.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 318, AgRg no Ag 672.870/DF 2005/0059212-9, decisão 25.10.2005, *DJ* 14.11.2005, p. 316, *DJ* 22.08.2005, p. 267).

O último julgado é muito interessante, apenas lamentando-se o fato de o mesmo ainda trazer a expressão “pátrio poder”, totalmente superada e substituída por *poder familiar*. Consigne-se que, no mesmo sentido, na *IV Jornada de Direito Civil* foi aprovado o Enunciado n. 344 do CJP/STJ, determinando que “A obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade”. O enunciado acaba confirmando o entendimento majoritário do STJ, sumulado e constante do item 4 da Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* (“são devidos alimentos ao filho maior quando comprovada a frequência em curso universitário ou técnico, por força da obrigação

parental de promover adequada formação profissional”).

Todavia, ressalve-se que o mesmo Superior Tribunal de Justiça entende que o pai não é obrigado a custear o ensino pós-universitário do filho, como no caso de curso de especialização, mestrado ou doutorado.

Conforme se extrai de decisão publicada no *Informativo* n. 484 daquela Corte: “o estímulo à qualificação profissional dos filhos não pode ser imposto aos pais de forma perene, sob pena de subverter o instituto da obrigação alimentar oriunda das relações de parentesco, que objetiva preservar as condições mínimas de sobrevivência do alimentado. Em rigor, a formação profissional completa-se com a graduação, que, de regra, permite ao bacharel o exercício da profissão para a qual se graduou, independentemente de posterior especialização, podendo assim, em tese, prover o próprio sustento, circunstância que afasta, por si só, a presunção *iuris tantum* de necessidade do filho estudante. Assim, considerando o princípio da razoabilidade e o momento socioeconômico do país, depreende-se que a missão de criar os filhos se prorroga mesmo após o término do poder familiar, porém finda com a conclusão, pelo alimentado, de curso de graduação. A partir daí persistem as relações de parentesco que ainda possibilitam a busca de alimentos, desde que presente a prova da efetiva necessidade. Com essas e outras considerações, a Turma deu provimento ao recurso para desonerar o recorrente da obrigação de prestar alimentos à sua filha” (STJ, REsp 1.218.510/ SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.09.2011).

Por outra via, se o filho atingir a maioridade, mas for diagnosticado com graves problemas mentais incapacitantes, a obrigação alimentar deve subsistir, conforme reconheceu recente julgado superior. Conforme a sua ementa, confirmando muitas das premissas aqui expostas, “o advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, mas esses deixam de ser devidos em face do Poder Familiar e passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado. No entanto, quando se trata de filho com doença mental incapacitante, a necessidade do alimentado se presume, e deve ser suprida nos mesmos moldes dos alimentos prestados em razão do Poder Familiar” (STJ, REsp 1.642.323/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28.03.2017 *DJe* 30.03.2017). O acórdão está baseado no Estatuto da Pessoa com Deficiência, em

especial pelo que consta do seu art. 8.º, segundo o qual é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, entre outros.

Sem prejuízo de todos esses aspectos, estabelece o *caput* do art. 1.708 do Código Civil que o casamento, a união estável ou o concubinato do credor--alimentando faz cessar o dever de prestar alimentos. Como exposto, citando Maria Berenice Dias, o comando legal em questão fundamenta a tese de que são devidos os *alimentos pós-divórcio*.

Há um enunciado doutrinário do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça totalmente justo e lógico, previsto para essa ordem legal, o de número 265, que determina: “Na hipótese de concubinato, haverá necessidade de demonstração de assistência material pelo concubino a quem o credor de alimentos se uniu” (*III Jornada de Direito Civil*, do ano de 2004). Como se percebe, o próprio ordenamento jurídico acaba por reconhecer efeitos jurídicos para o concubinato, tratado pelo art. 1.727 do CC. O que o enunciado doutrinário ressalva é que a sua mera existência em relação ao credor de alimentos não tem o condão de gerar a extinção da obrigação alimentar. Por óbvio, é necessário provar o sustento por parte do concubino, caso, por exemplo, de um homem casado.

O parágrafo único do art. 1.708 do Código Privado tem redação muito interessante, com relação direta ao princípio da boa-fé objetiva, tema abordado no primeiro capítulo deste livro. Enuncia o comando legal em questão que: “Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver *procedimento indigno* em relação ao devedor” (com destaque).

A previsão a ser debatida é a destacada no texto citado, que faz cessar a obrigação alimentar. A grande dúvida é saber o que é *procedimento indigno*. Por óbvio, trata-se de uma cláusula geral, um conceito legal indeterminado a ser preenchido pelo aplicador do Direito caso a caso, de acordo com as circunstâncias que envolvem a lide. Por tal conceito aberto é que se percebe a relação direta entre o comando e a boa-fé objetiva.

Partindo para a prática, surgem entendimentos que pretendem interpretar

restritivamente a referida previsão. Nesse sentido, foi aprovado na *III Jornada de Direito Civil* o Enunciado n. 264, em que se estabelece: “Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incisos I e II do art. 1.814 do Código Civil”.

A partir desse enunciado doutrinário, interpretado restritivamente, apenas gerariam a extinção da obrigação alimentar o homicídio doloso, ou sua tentativa, praticado pelo credor contra o devedor, a calúnia ou outro crime contra a honra. É a exata previsão do art. 1.814, I e II, do CC: “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”. Por uma questão lógica, o inc. III do comando legal em comento foi excluído de aplicação pelo Enunciado n. 264 do CJF/STJ (“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”).

Outro dispositivo do Código Civil que também trata da indignidade de forma indireta, utilizando a palavra *ingratidão*, é o art. 557, que enuncia a revogação da doação se o donatário: *a)* atentar contra a vida do doador ou cometer crime de homicídio doloso contra ele; *b)* cometer ofensa física contra o doador; *c)* injuriar gravemente ou caluniar o doador; *d)* recusar-se a prestar alimentos ao doador, que deles necessitava. Substituindo as expressões *doador* por *credor* e *donatário* por *devedor*, defendem alguns autores a possibilidade de também aplicar esse comando legal a fim de complementar a previsão do art. 1.708, parágrafo único, do CC (CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários...*, 2004, p. 519).

Percebe-se que, basicamente, os casos são os mesmos tratados no art. 1.814 do CC/2002, com exceção do último deles. Vale citar que alguns doutrinadores entendem ser o rol constante do art. 557 do CC exemplificativo e não taxativo, ao contrário do que está previsto no art. 1.814 do mesmo Código (Enunciado n. 33 do CJF/STJ).

Pois bem, o objetivo de uma interpretação restritiva é impedir a aplicação do

parágrafo único do art. 1.708 do CC em hipóteses nas quais o ex-cônjuge ou ex-companheiro que recebe os alimentos tenha relacionamentos amorosos com outras pessoas após a dissolução da união com a pessoa que lhe paga os alimentos. Nessa linha, comenta Carlos Roberto Gonçalves que “Francisco Cahali mostra preocupação com a redação do mencionado parágrafo único do art. 1.708 do novo diploma, a merecer enorme dose de cautela para evitar perplexidade. Aguarda-se, neste contexto, complementa o autor: ‘seja prudente e razoável o aplicador da norma, para não transformar o conceito vago em perseguição do ex diante do ponderado exercício da liberdade afetiva do credor, valendo-se do permissivo legal apenas para evitar abusos, rechaçando, o quanto possível, eventual parasitismo possível de ser criado pelo recebimento da pensão’” (GONÇALVES, Carlos Roberto *Direito civil...*, 2005, p. 486, vol. VI).

Maria Berenice Dias ensina que o “conceito de indignidade deve ser buscado nas causas que dão ensejo à revogação da doação (557) ou à declaração de indignidade do herdeiro para afastar o direito à herança (1.814). O exercício da liberdade afetiva do credor não pode ser considerado postura indigna, a dar ensejo à exoneração da obrigação alimentar em favor do ex-cônjuge, mormente quando considerado que, com o término da relação, não mais persiste o dever de fidelidade” (*Manual...*, 2005, p. 496).

Com todo o respeito, seguindo outra corrente doutrinária, entendemos que em alguns casos deve-se ampliar a concepção de *procedimento indigno* de forma extensiva, principalmente em hipóteses de notória gravidade (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz *Código Civil...*, 2005, p. 874). Para tanto, entra em cena a boa-fé objetiva.

Imagine-se um caso concreto. Em uma pacata e pequena cidade do interior de Minas Gerais, onde uma ex-mulher paga cerca de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês a título de alimentos ao ex-marido, que vive exclusivamente com o montante que lhe é pago pela ex-esposa. O ex-marido não trabalha, bebe todos os dias, é viciado em jogo, boêmio notório, violeiro cantador e diz a todos, com ares de sarcasmo, que a *outra* é quem lhe mantém. Tem duas amantes e vive fazendo escândalos nos botecos da cidade. Nesse caso, não seria aplicado o art. 1.708, parágrafo único, do atual

Código Civil? Não cessaria o dever alimentar da credora? Acredita-se que sim, desde que seja formulado pedido exoneratório e seja construída a prova desse *comportamento indigno*. Nesse sentido, é pertinente destacar as palavras de Arnaldo Rizzardo, com quem se concorda de forma integral:

“O procedimento desrespeitoso se revela em vários matizes, ou se desdobra através de atos de cunho moral e pessoal negativo à pessoa do ex-cônjuge. Assim, os costumes desregrados; o indisfarçado e aberto relacionamento sexual com várias pessoas; a difamação da pessoa do ex-cônjuge ou de parentes próximos ao mesmo; a prostituição; o enveredar para a criminalidade; a dilapidação do patrimônio granjeado mais pela profissão e qualidades do ex-cônjuge; a agressão física ou moral e outros atos atentatórios à pessoa daquele que foi seu cônjuge arrolam-se como exemplos de situação aptas a desencadear a cessação dos alimentos” (RIZZARDO, Arnaldo *Direito...*, 2004, p. 777).

Para a caracterização desse procedimento desrespeitoso, entrará em cena a *tese dos deveres anexos*, a qual se relaciona com a boa-fé objetiva, particularmente no que toca ao dever de respeito, que igualmente deve estar presente após a dissolução da união estável, da sociedade conjugal ou mesmo do casamento. Desse modo, acredita-se que o art. 1.708, parágrafo único, do Código Civil está a apresentar uma espécie de *responsabilidade pós-negocial casamentária ou convivencial* ou *pós-contratual* – para aqueles que defendem a tese pela qual o casamento e a união estável são contratos –, decorrente da boa-fé que também é exigida em todas as fases do casamento, negócio jurídico por excelência.

Interessante deixar claro que a dissolução da sociedade conjugal e do casamento não põe fim aos deveres de mútua assistência, de sustento, guarda e educação dos filhos e ao dever de respeito e consideração mútuos. Os deveres de respeito e consideração por iguais são mantidos com a dissolução da união estável, o que constitui interpretação do art. 1.724 do CC. Tanto no casamento como na união estável esses últimos deveres não podem ser quebrados, sendo inerentes à eticidade

que regulamenta o Direito Privado, sob pena de caracterização do comportamento indigno e aplicação do art. 1.708, parágrafo único, do atual Código Civil.

Porém, deve ficar claro que é preciso prudência do magistrado quanto ao preenchimento da cláusula geral contida no comando legal em comento. Mero exercício de um direito afetivo ou amoroso, por si só, não gera a quebra da boa-fé. Como sempre, recomenda-se a análise caso a caso das relações familiares.

Além disso, saliente-se que o art. 1.708, parágrafo único, do atual CC pode gerar tanto a extinção total como parcial da obrigação alimentar, de modo a manter o patrimônio mínimo do credor. Nesse sentido, na *IV Jornada de Direito Civil*, foi aprovado o Enunciado n. 345 do CJF/STJ, com a seguinte redação: “O ‘procedimento indigno’ do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor”.

O citado enunciado doutrinário foi debatido em sede de acórdão do Tribunal Catarinense, que traz, ainda, interessante debate a respeito da caracterização do comportamento indigno. Consta de trecho de sua ementa:

“Não obstante o abandono material e moral da prole possa caracterizar o ‘procedimento indigno’ a que alude o parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, por analogia ao art. 1.638, II, também do Diploma Civil, não há falar na cessação da obrigação alimentar das filhas aos pais quando as particularidades do caso mitigam tal ausência, recomendando no caso apenas a limitação aos alimentos necessários, a teor do Enunciado n. 345 das Jornadas de Direito Civil. Demonstradas, ainda que minimamente, as necessidades do alimentando em razão da incapacidade laboral decorrente dos sérios problemas de saúde por que passou (principalmente o derrame cerebral), e as possibilidades das filhas alimentantes que, embora tenham gastos próprios relevantes, percebem pensão previdenciária em valor considerável, mostra-se razoável a fixação de alimentos em 7% (sete por cento) de tais proventos, de forma a garantir os alimentos necessários e preservar o pouco que resta da solidariedade familiar entre as partes” (TJSC).

Apelação Cível 2010.046709-8, Santo Amaro da Imperatriz, 5.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 16.08.2012, *DJSC* 05.09.2012, p. 126).

Ainda no estudo das formas de extinção dos alimentos, devidamente confrontado com o *caput* do último dispositivo estudado, o art. 1.709 da atual codificação privada determina que o novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio. Quando a sentença de divórcio determina o seu pagamento, nota-se a presença de *alimentos pós-divórcio* por imposição judicial. Isso comprova que o próprio sistema legal admite essa modalidade de alimentos, amplamente debatida no *meio familiarista* na atualidade.

Porém, vale dizer que uma alteração econômica diante desse novo casamento pode ser motivo para a revisão dos alimentos, de acordo com a análise do caso concreto. Se a mudança for drástica, caberá até exoneração dos alimentos, o que necessita de uma ação específica para tanto. Atente-se, contudo, na linha de recente aresto do Superior Tribunal de Justiça, que “a constituição de nova família pelo devedor de alimentos não acarreta, por si só, revisão da quantia estabelecida a título de alimentos em favor dos filhos advindos de anterior unidade familiar formada pelo alimentante, sobretudo se não houver prova da diminuição da capacidade financeira do devedor em decorrência da formação do novo núcleo familiar. Precedentes citados: REsp 703.318/PR, 4.^a Turma, *DJ* 1.^o.08.2005; e REsp 1.027.930/RJ, 3.^a Turma, *DJe* 16.03.2009” (STJ, REsp 1.496.948/ SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03.03.2015, *DJe* 12.03.2015).

A encerrar o estudo das normas do Código Civil em vigor, o seu art. 1.710 enuncia que as prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido. Como anotam Jones Figueirêdo e Mário Delgado, o comando legal em questão substitui o teor do art. 22 da Lei do Divórcio, que previa os índices das ORTNs para a atualização. Alertam esses doutrinadores que não há índice regularmente estabelecido como quer o Código, cabendo a fixação do índice de correção pelo juiz da causa (*Código Civil...*, 2005, p. 876).

Como se tornou comum, o salário mínimo é o índice geralmente aplicado para essa correção. Adotando esse caminho, a premissa número 17 da Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ, citando precedentes recentes: “é possível a fixação da pensão alimentícia com base em determinados números de salários mínimos”.

7.6 REGRAS PREVISTAS NA LEI 5.478/1968. ASPECTOS MATERIAIS E PROCESSUAIS ATUALIZADOS PERANTE O NOVO CPC

Além das normas previstas no Código Civil, importante também o estudo das regras constantes da Lei 5.478/1968, a Lei de Alimentos, cujo conteúdo é fundamental à prática familiarista. O presente estudo deve ser atualizado perante o tratamento constante do Novo CPC.

De início, adiante-se que as principais inovações processuais relativas aos alimentos dizem respeito ao sistema de cumprimento de sentença e de execução dos alimentos. Há um *duplo tratamento* dessa satisfação na nova legislação processual, tendo sido revogados expressamente os arts. 16 a 18 da Lei de Alimentos (Lei 5.478/1969), pelo art. 1.072, inciso V, do Novo CPC.

De toda sorte, antes de se adentrar em tais questões, é fundamental lembrar que o alimentando-credor, diante da conhecida presunção de vulnerabilidade, tem foro privilegiado para propor a ação de alimentos, segundo constava no art. 100, II, do CPC/1973; dispositivo repetido pelo art. 53, II, do CPC/2015, como antes destacado. A premissa é a mesma se a ação de alimentos estiver cumulada com a investigação de paternidade, conforme a outrora citada Súmula 1 do Superior Tribunal de Justiça, também mantida no sistema.

Quanto ao polo ativo da ação de alimentos, o menor de 16 anos (absolutamente incapaz) que pleiteia tais alimentos, deve ser representado, geralmente pela mãe. Quanto ao menor entre 16 e 18 anos (relativamente incapaz), este será assistido, também geralmente pela mãe. No caso de filho maior, este promove a demanda em nome próprio.

A ação de alimentos pode também ser proposta pelo Ministério Público em caso de criança ou adolescente. Nesse sentido, destaque-se a premissa número 3, publicada na Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ: “C Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação/execução de alimentos em favor de criança ou adolescente, nos termos do art. 201, III, da Lei 8.069/1990”.

Em relação aos alimentos do nascituro, considera-se, por analogia, como uma pessoa absolutamente incapaz, por ser menor de 16 anos, devendo o mesmo ser representado (TJMG, Acórdão 1.0024.04.377309-2/001, Belo Horizonte, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Duarte de Paula, j. 10.03.2005, *DJMG* 10.06.2005). De qualquer forma, surge a idêntica controvérsia que foi estudada quando do tratamento da ação de investigação de paternidade quanto a essa legitimidade. Vale ainda dizer que o ECA estabelece a competência do Ministério Público para promover e acompanhar ações de alimentos envolvendo menores (art. 201, inc. III), o que deve ser aplicado ao nascituro, na opinião deste autor.

Com exceção das revogações antes mencionadas, destaque-se que o Novo CPC procurou manter as regras especiais quanto a ação de alimentos, notadamente aquelas constantes da Lei 5.478/1968. Conforme o art. 693 do Estatuto Processual emergente primeiro dispositivo que trata dos procedimentos especiais a respeito das ações de alimentos, as normas nele previstas aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Porém, conforme o seu parágrafo único, a ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições especiais do Código de Processo Civil quando não conflitantes.

Feita tal importante anotação, dispõe o art. 1.º da Lei 5.478/1968 que a ação de alimentos é de rito especial, independentemente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade. Para que a ação de alimentos siga esse rito especial, é preciso a existência de prova pré-constituída da relação de parentesco ou casamento, pela certidão de nascimento ou casamento. Não havendo prova pré-constituída, o pedido de alimentos constará em ação que segue o rito ordinário, como se verifica, por exemplo, no caso da ação de investigação de paternidade cumulada

com alimentos. Como este tratamento consta em lei especial, continuará a ter aplicação, não tendo sido atingido, na essência, pelo Novo CPC.

Uma primeira dúvida pode surgir quanto à possibilidade de se pleitear alimentos pelo rito especial havendo uma prova escrita e pública da união estável, caso de um contrato de convivência celebrado por escritura pública. A jurisprudência vem entendendo que não há a possibilidade de ingresso de ação por esse rito especial em casos tais, cabendo somente os alimentos provisionais e não os provisórios. Nesse sentido:

“Agravado de instrumento. União estável. Alimentos. Decisão que indeferiu o arbitramento de alimentos provisórios. Inexistência de prova pré-constituída da união estável. Impossibilidade de fixação dos alimentos, nesta fase processual. Situação fática envolvida na espécie que demanda instrução probatória. Recurso não provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 631.504.4/1. Acórdão 3610340, Praia Grande, 2.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 28.04.2009, *DJESP* 28.05.2009).

“Tutela antecipada. Alimentos provisórios reclamados por companheira. Insuficiência da prova da existência de união estável. Medida negada. Exigência da Lei 5.478, de 1968, e a Lei 8.971, de 1994, prova pré-constituída da obrigação alimentar do devedor, para a concessão dos alimentos provisórios em favor da companheira” (TJSP, Agravo de Instrumento 264.149-4/0/SP, 6.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Ernani de Paiva, 06.02.2003, v.u.).

Com o devido respeito, este autor entende que, havendo prova robusta e confiável da existência da união estável, é plenamente possível seguir o rito especial da Lei de Alimentos. Cite-se a hipótese de existência de uma escritura pública válida e eficaz que reconhece a união estável entre as partes. Pensamos que tal documento pode fundamentar ação de alimentos com base no rito da lei, pois concluir o contrário representaria tratar a união estável como uma *família de segunda classe* no tocante aos alimentos, o que é inadmissível.

Em complemento, o Novo CPC parece dar amparo a essas afirmações Primeiro, pela repetida valorização da *desjudicialização*. Segundo, por ter procurado facilitar os procedimentos, deixando de lado o rigor formal em vários de seus institutos. Terceiro, por ter tutelado a pessoa humana, em especial no seu art. 8.º. Quarto, e principalmente, por ter equiparado a união estável ao casamento para todos os fins processuais.

Prosseguindo o estudo do tema, a distribuição da ação de alimentos será determinada posteriormente por ofício do juízo, inclusive para o fim de registro do feito (art. 1.º, § 1.º, da Lei 5.478/1968). A parte que não estiver em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, gozará do benefício da gratuidade. Basta, para tanto, uma simples afirmativa dessas condições perante o juiz (art. 1.º, § 2.º). A lei presume pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição (art. 1.º, § 3.º), presunção essa que é relativa ou *iuris tantum*. Havendo impugnação do direito à gratuidade, este não suspende o curso do processo de alimentos, sendo feito em autos apartados (art. 1.º, § 4.º). Essa não suspensão tem o objetivo justamente de não prejudicar a parte que está pleiteando os alimentos.

Todas as normas citadas visam a proteger o alimentando-credor, parte vulnerável da relação jurídica estabelecida. Este, 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 (art. 2.º da Lei 5.478/1968). Deverá também indicar seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe.

Estabelece o § 1.º desse último dispositivo que será dispensada a produção inicial desses documentos probatórios, nos seguintes casos:

- quando existentes em notas, registros, repartições ou estabelecimentos públicos e ocorrer impedimento ou demora em extrair certidões;
- quando estiverem em poder do obrigado, as prestações alimentícias ou de terceiro residente em lugar incerto ou não sabido.

Anotam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery que o rol constante desse dispositivo é taxativo (*numerus clausus*), não sendo admitida a dispensa de tais documentos em outros casos (*Código Civil comentado...*, 2005, p. 926). No entanto, em relação aos documentos públicos apresentados junto com a exordial, estes ficam isentos de reconhecimento de firma (art. 2.º, § 2.º, da Lei de Alimentos), o que visa à celeridade processual, diante da redução da burocracia, premissa confirmada pelo Novo CPC.

O valor da causa da ação de alimentos será correspondente a doze vezes o valor pleiteado pelo autor por mês, a título de alimentos provisórios ou definitivos (art. 292, III, do CPC/2015; correspondente ao art. 259, VI, do CPC/1973).

Se o credor comparecer pessoalmente e não indicar profissional que haja concordado em assisti-lo em juízo, ou seja, um advogado, o juiz designará desde logo quem o deva fazer (*advogado dativo*), que pode ser um procurador do Estado – nos Estados que ainda não tenham organizado a defensoria pública –, ou um defensor público.

O pedido de alimentos deverá ser apresentado por escrito, em três vias, e deverá conter a indicação do juiz a quem for dirigido, os elementos outrora expostos e um histórico sumário dos fatos (art. 3.º da Lei de Alimentos). Se um defensor houver sido designado pelo juiz para assistir o autor da ação, na forma antes analisada, formulará o designado, dentro de vinte e quatro horas da nomeação, o pedido, por escrito, podendo, se achar conveniente, indicar seja a solicitação verbal reduzida a termo (art. 3.º, § 1.º). Eventualmente, esse termo previsto também será apresentado em três vias, datadas e assinadas pelo escrivão (art. 3.º, § 2.º). Todos esses procedimentos, vistos até o presente momento, são mantidos sob a vigência do Novo CPC, sem qualquer interferência ou alteração legislativa.

Prescreve o tão aclamado art. 4.º da Lei de Alimentos que, ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita, hipótese em que se presume a sua desnecessidade.

Como se vê, trata-se da fixação dos *alimentos provisórios*, havendo prova pré-constituída da obrigação alimentar. Cite-se, mais uma vez, o entendimento anterior de

Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery, no sentido de que tais alimentos seriam fixados de ofício, tendo natureza de adiantamento da sentença de mérito, ou seja, de tutela antecipatória; enquanto os alimentos provisionais têm natureza cautelar (*Código Civil comentado*, ob. cit., p. 926). Conforme foi mencionado, os alimentos provisórios não se confundem com os provisionais, fixados em outras ações, em que não há a prova pré-constituída da obrigação alimentar, por meio de antecipação de tutela ou medida cautelar de alimentos provisionais, na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

Reafirme-se, quanto aos alimentos provisionais, não reproduziu as antigas regras dos arts. 852 a 854 CPC/1973, que tratavam dos alimentos provisionais, em sede de medida cautelar específica. Sendo assim, acreditamos que os alimentos provisionais estarão enquadrados em algumas das regras relativas à tutela provisória, entre os arts. 300 e 311 do CPC/2015. Somente a prática familiarista poderá demonstrar qual a categoria em que se situará o instituto. Entretanto, diante do costume jurisprudencial anterior, possivelmente o enquadramento se dará no procedimento cautelar de caráter antecedente, nos termos dos arts. 305 a 310 do Estatuto Processual emergente. Veremos, no futuro, como se comportará a jurisprudência.

No que diz respeito aos alimentos provisórios, sempre houve controvérsia entre os processualistas sobre a sua natureza, se constituem antecipação da tutela final ou se têm natureza cautelar. Alexandre Freitas Câmara, por exemplo, sempre entendeu que tanto os alimentos provisórios quanto os provisionais têm a mesma natureza, ou seja, de tutela antecipada (*Lições...*, 2006, p. 199-203). Também assim se posicionava Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem “a medida que concede os alimentos tem natureza satisfativa, antecipando os efeitos práticos de uma futura decisão condenatória definitiva ao pagamento dos alimentos” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual...*, 2009, p. 1.150). Concorde-se com esses últimos doutrinadores, devendo este entendimento ser adotado como majoritário, pois de melhor técnica, apesar da controvérsia existente.

Para a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a fixação dos alimentos provisórios não pode se dar de forma ilíquida, o que estaria vedado pelo

art. 491 do CPC/2015, correspondente ao art. 459, parágrafo único, do CPC/1973. Nos termos do comando instrumental em vigor, “a ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando: I – não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido; II – a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença”. A ementa destaca, com razão, a necessidade de se proferirem decisões e sentenças líquidas nas ações de alimentos, “para se atender às necessidades prementes do alimentando, principalmente quando se trata de menor”. Ao final, foi reconhecida a nulidade do acórdão de segundo grau, diante da iliquidez que ali foi estabelecida (STJ, REsp 1.442.975/PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 27.06.2017, *DJe* 01.08.2017).

Complementando, determina o parágrafo único do art. 4.º da referida lei especial que se os alimentos provisórios forem pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

O preceito está justificado na existência de um amplo condomínio entre os cônjuges, a englobar tanto os bens anteriores como os posteriores à união. De qualquer forma, constata-se a falta de atualização da norma, eis que o regime da comunhão parcial de bens passou a ser o legal ou supletório desde a entrada em vigor da Lei do Divórcio, em dezembro de 1977. Assim, talvez a norma precise ser alterada ou mesmo revogada, perdendo o Novo CPC a oportunidade de fazê-lo.

Ainda no tocante aos alimentos provisórios, após a sua fixação, também seguindo a ideia de *possibilidade/necessidade*, o escrivão, dentro de 48 horas, remeterá ao devedor a segunda via da petição ou do termo, juntamente com a cópia do despacho do juiz, e a comunicação do dia e hora da realização da audiência de conciliação e julgamento, que será una (art. 5.º da Lei 5.478/1968). Sobre a questão da citação e sua forma, o tema será explicado detalhadamente a seguir.

Na designação dessa audiência, o juiz fixará o *prazo razoável* que possibilite ao réu-devedor apresentar a contestação da ação proposta e, eventualmente, a citação por edital (art. 5.º, § 1.º, da Lei 5.478/1968). Comenta Fernanda Tartuce que a expressão *prazo razoável* não encontra parâmetro e costuma ser analisada em cada caso: “Sua delimitação é de extrema relevância porque a falta de prazo razoável entre a citação e a audiência de alimentos é causa de nulidade por ensejar cerceamento de defesa do réu. A jurisprudência, via de regra, utiliza o parâmetro de dez dias de lapso entre a citação e a audiência; para tanto, vale-se da analogia para chegar ao critério delineado na norma sobre o rito sumário previsto no CPC” (TARTUCE, Fernanda *Processo...*, 2012, p. 192). De toda sorte, vale lembrar que o Novo CPC não trata mais do antigo rito sumário, podendo surgir tese de afastamento desse prazo de dez dias.

Seguindo no estudo da norma, a comunicação do réu, que será feita mediante registro postal isento de taxas e com aviso de recebimento, importa em citação, para todos os efeitos legais (art. 5.º, § 2.º, da Lei 5.478/1968). Se o réu criar embaraços ou obstáculos ao recebimento da citação, ou não for encontrado, a diligência será repetida por intermédio do oficial de justiça, servindo de mandado a terceira via da petição ou do termo (art. 5.º, § 3.º, da Lei 5.478/1968).

Impossibilitada a citação do réu, por qualquer dos modos previstos, será ele citado por edital afixado na sede do juízo e publicado três vezes consecutivas no órgão oficial do Estado. Nesse último caso, as despesas para tanto correrão por conta do vencido ao final, sendo a conta juntada previamente aos autos, o que tende a proteger o alimentando vulnerável (art. 5.º, § 4.º). Esse edital de citação deverá conter um resumo do pedido inicial, a íntegra do despacho nele exarado, bem como a data e a hora da audiência (art. 5.º, § 5.º). O autor será notificado da data e hora da audiência no ato de recebimento da petição, ou da lavratura do termo, para que também possa a ela comparecer (art. 5.º, § 6.º, da Lei 5.478/1968).

Sendo o caso, o juiz, ao marcar a audiência, oficiará ao empregador do réu, ou, se o mesmo for funcionário público, ao responsável por sua repartição, solicitando o envio, no máximo até a data marcada para a audiência, de informações sobre o salário ou os vencimentos do devedor, sob as penas da lei (art. 5.º, § 7.º, da Lei de

Alimentos). Isso se faz para eventuais descontos do salário ou em folha de pagamento de funcionário público, para que o credor alimentando receba o que lhe for devido. Conforme a jurisprudência superior, a base de cálculo da pensão alimentícia fixada sobre o percentual do vencimento do alimentante abrange o décimo terceiro salário e o terço constitucional de férias, salvo disposição expressa em contrário (afirmação número 10 da Edição n. 65, da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ, publicada em 2016, Alimentos I).

Por fim, a citação do réu, mesmo no caso dos arts. 200 e 201 do CPC/1973 (carta precatória ou rogatória), será feita por via postal (art. 5.º, § 8.º, da Lei 5.478/1968), o que visa a acelerar os procedimentos. Onde se lê, no último comando especial, arts. 200 e 201 do CPC/1973, entenda-se arts. 236 e 237 do CPC/2015, seus correspondentes.

Após a citação, será designada a audiência de conciliação, instrução e julgamento e nesta deverão estar presentes autor e réu, independentemente de intimação e de comparecimento de seus representantes, conforme prevê o art. 6.º da Lei 5.478/1968.

Eventual não comparecimento do autor, que se denomina *contumácia*, determina o arquivamento do pedido, mas não a extinção do processo. De toda sorte, a jurisprudência tem afastado o rigor da lei em algumas situações, como naquelas em que o autor está em local remoto ou longínquo, não podendo chegar a tempo. Nessa linha, vejamos salutar decisão publicada no *Informativo* n. 471 do STJ:

“Alimentos. Audiência. Autor. Não comparecimento. A Turma negou provimento ao RHC por entender que o não comparecimento do autor da ação de alimentos à audiência de conciliação não determina, necessariamente, o arquivamento do pedido, conforme estabelece o art. 7.º da Lei n. 5.478/1968. Ressaltou-se que a peculiaridade do caso – menor residente fora do país – tem o condão de afastar a incidência do referido dispositivo. Consignou-se, ademais, que a alegação única de que o alimentante estava preso quando da intimação para cumprir voluntariamente a obrigação alimentícia não retira seu ônus de demonstrar a impossibilidade de adimpli-la. Para o Min. Relator, essa

circunstância, apesar de representar especial dificuldade, não obsta o dever de pagar o débito, tendo em vista a necessidade de subsistência do filho. Reiterou, ainda, que a atual situação de desemprego não basta para eximir o pai da obrigação e que cabe a ele comprovar a falta de patrimônio suficiente para saldar a dívida” (STJ, RHC 29.777/MG, Rel. Min. Paulo de Tars Sanseverino, j. 05.05.2011).

Por outra via, a ausência do réu importa em revelia, além de confissão quanto à matéria de fato (art. 7.º da Lei 5.478/1968). Segundo Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, a revelia também ocorrerá se o réu for à audiência sem advogado, a não ser que esteja advogando em causa própria (*Código Civil...*, 2005, p. 928). Ensinam os doutrinadores que mesmo havendo essa revelia, a audiência deve ser realizada. Pensamos que tais regras e posição doutrinária não sofreram qualquer interferência pelo Novo CPC.

Ainda no que concerne a essa importantíssima audiência, tanto o autor quanto o réu comparecerão acompanhados de suas testemunhas, três no máximo, apresentando, nessa ocasião, as demais provas que pretendam produzir, sob pena de preclusão (art. 8.º da Lei 5.478/1968). Isso porque a audiência é *una*, conforme antes apontado.

Aberta a audiência, e lida a petição, o termo e a resposta do réu, se houver, ou dispensada a leitura, o juiz ouvirá as partes litigantes e o representante do Ministério Público, propondo a conciliação entre as partes (art. 9.º, *caput*, da Lei de Alimentos). Segundo doutrina e jurisprudência ainda majoritárias, essa audiência é obrigatória; afirmação também a ser mantida. No entanto, aqui, no presente e no futuro, também deverá entrar em cena a mediação familiar interdisciplinar, incentivada pelo Novo CPC e regulamentada pela Lei 13.140/2015.

No que diz respeito ao Estatuto Processual emergente, merece destaque o seu art. 694, segundo o qual, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Em complemento, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem à mediação extrajudicial ou a

atendimento multidisciplinar. Pensamos que a mediação não só pode, como deve ser aplicada à ação de alimentos, diante da não regulamentação em lei específica.

Restará a discussão a respeito da aplicação do procedimento previsto no art. 695 do CPC/2015 para as ações de alimentos. Como visto, tal dispositivo enuncia que, recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação. Com o intuito de não acirrar os ânimos das partes, o mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo (§ 1.º). A citação ocorrerá com antecedência mínima de quinze dias da data designada para a audiência (§ 2.º). A citação será feita na pessoa do réu (§ 3.º). Por fim, está previsto que na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos (§ 4.º). Acreditamos que a tendência é que a norma não seja aplicada, pela existência de regras específicas, seguindo o que consta do art. 693, parágrafo único, do mesmo *Codex*.

Nessa audiência, voltando às regras específicas da Lei 5.478/1968, presente o acordo entre as partes, será lavrado o respectivo termo, que será assinado pelo juiz, escrivão, partes e representantes do Ministério Público (art. 9.º, § 1.º). Se não houver acordo, o juiz tomará o depoimento pessoal das partes e das testemunhas, ouvidos os peritos se houver, podendo julgar o feito sem a mencionada produção de provas, desde que as partes concordem (art. 9.º, § 2.º).

Mais uma vez demonstrando a unicidade da audiência, preconiza o art. 10 da Lei 5.478/1968 que esta será contínua. Contudo, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz marcará a sua continuação para o primeiro dia desimpedido, independentemente de novas intimações. Terminada a instrução, poderão as partes e o Ministério Público aduzir alegações finais, em prazo não excedente de dez minutos para cada um (art. 11 da Lei de Alimentos). Em seguida, o juiz renovará a proposta de conciliação, o que também é obrigatório, sob pena de nulidade (*RT* 511/243) e, não sendo aceita, ditará sua sentença, que conterá sucinto relatório do ocorrido na audiência.

Dessa sentença serão as partes intimadas, pessoalmente ou por meio de seus

representantes, na própria audiência, ainda quando ausentes, desde que intimadas de sua realização (art. 12 da Lei 5.478/1968).

Todo esse procedimento deve ser aplicado igualmente, no que couber, às ações de separação judicial, de nulidade e anulação de casamento, à revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções (art. 13, *caput*, da Lei 5.478/1968). A título de exemplo, todo esse procedimento deve subsumir às ações revisionais de alimentos, em que se busca aumentar o valor pleiteado.

Quanto à ação de separação judicial, prevê a antiga Súmula 226 do STF (com redação atualizada), que os alimentos são devidos desde a inicial e não da data da decisão que a concede. Mais uma vez, o dispositivo e a súmula devem ser vistos com ressalvas, diante da Emenda Constitucional 66/2010, que banuiu do sistema a separação judicial, na opinião deste autor. A afirmação é mantida, mesmo tendo sido a separação judicial tratada e regulada pelo Novo CPC. Assim, somente têm aplicação para as pessoas separadas antes da entrada em vigor da *Emenda do Divórcio*.

Aqui, surge uma dúvida atroz, que permanece na vigência do CPC/2015. Esses procedimentos citados do mesmo modo são aplicados à ação revisional de alimentos em que se busca a redução do valor pago e à ação de exoneração de alimentos?

De início, a resposta pode ser tida como negativa, pois todos esses procedimentos foram criados para proteger o credor-alimentante, parte vulnerável da relação jurídica estabelecida. Mas surge um argumento em contrário, pela sua aplicação, eis que quem pleiteia a revisão ou a exoneração o faz, pois também pode estar em situação de vulnerabilidade. A questão é respondida e esclarecida por Yussef Said Cahali, um dos grandes especialistas do assunto no Brasil, para quem devem ser aplicados os procedimentos previstos na lei especial a essas ações sempre que houver prova pré-constituída, sendo o fundamento desse entendimento justamente o já citado art. 13 da lei especial (*Dos alimentos...*, 1999, p. 956).

Para o renomado professor, em reforço, é possível a fixação de alimentos provisórios na ação revisional de alimentos que busca a diminuição do valor pago anteriormente, diante de mudança da situação econômica das partes e em situações excepcionais, observados os antigos requisitos do art. 273 do CPC/1973 (CAHALI

Yussef Said. *Dos alimentos...*, 1999, p. 963-965). Sob a égide do Novo CPC acreditamos que devem ser observados os requisitos da tutela provisória, tratados a partir do art. 300 do Novo CPC.

Isso é confirmado, em parte, pelo § 1.º do art. 13 da Lei 5.478/1968, segundo o qual “Os alimentos provisórios fixados na inicial poderão ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, mas o pedido será sempre processado em apartado”. Na verdade, o dispositivo trata da revisão dos alimentos provisórios fixados na própria ação de alimentos, mas por igual acaba por amparar a fixação de novos alimentos provisórios em ação revisional.

Ato contínuo, tratando-se de alimentos provisórios, a sua fixação retroage à data da citação do réu, tendo essa decisão eficácia *ex tunc* (art. 13, § 2.º, da Lei 5.478/1968). Esses alimentos serão devidos até a decisão final, inclusive em casos de julgamento de recurso extraordinário (art. 13, § 3.º).

Aplicando os dois últimos preceitos, aresto do Superior Tribunal de Justiça, publicado no seu *Informativo* n. 543, concluiu, com precisão:

“Os efeitos da sentença proferida em ação de revisão de alimentos – seja em caso de redução, majoração ou exoneração – retroagem à data da citação (art. 13, § 2.º, da Lei 5.478/1968), ressalvada a irrepetibilidade dos valores adimplidos e a impossibilidade de compensação do excesso pago com prestações vincendas” (STJ, EREsp 1.181.119/RJ). Ainda conforme se retir: do julgado, “os alimentos pagos presumem-se consumidos, motivo pelo qual não podem ser restituídos, tratando-se de princípio de observância obrigatória e que deve orientar e preceder a análise dos efeitos das sentenças proferidas nas ações de revisão de verbas alimentares. Ademais, convém apontar que o ajuizamento de ação pleiteando exoneração/revisão de alimentos não exime o devedor de continuar a prestá-los até o trânsito em julgado da decisão que modifica o valor da prestação alimentar ou exonerá-lo do encargo alimentar (art. 13, § 3.º, da Lei 5.478/1968). Da sentença revisional/exoneratória caberá apelação com efeito suspensivo e, ainda que a referida decisão seja confirmada em segundo grau, não haverá liberação da prestação alimentar se

for interposto recurso de natureza extraordinária. (...) Nesse passo, transitada em julgado a sentença revisional/exoneratória, se, por qualquer motivo, não tiverem sido pagos os alimentos, a exoneração ou a redução terá efeito retroativo à citação, por força do disposto no art. 13, § 2.º, da Lei 5.478/1968, não sendo cabível a execução de verba já afirmada indevida por decisão transitada em julgado” (STJ, EREsp 1.181.119/RJ, 2.ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, j. 27.11.2013 DJe 20.06.2014).

O *decisum* segue a linha de outros precedentes da mesma Corte Superior, analisando muito bem a natureza jurídica da verba alimentar e as correspondentes consequências para o campo processual. A propósito, tal posição se consolidou de tal forma na Corte que passou a fazer parte da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do Tribunal, conforme premissa n. 1, da sua Edição 77, publicada em março de 2017 (Alimentos II).

Determina o art. 14 da Lei de Alimentos que da sentença da ação de alimentos que segue esse rito especial caberá recurso de apelação somente no efeito devolutivo. Na esteira do entendimento de Yussef Cahali antes mencionado, o dispositivo também deve ser aplicado às ações revisionais e exoneratórias de alimentos.

A possibilidade de revisão ou mesmo de exoneração de alimentos, prevista no Código Civil é confirmada pelo art. 15 da lei especial, que tem a seguinte redação: “A decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado e pode a qualquer tempo ser revista, em face da modificação da situação financeira dos interessados”. Doutrina e jurisprudência majoritárias apontam que se trata da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* para a sentença da ação de alimentos, uma vez que, “Enquanto permanecerem as circunstâncias de fato e de direito da forma como afirmadas na sentença, esta permanece com sua eficácia inalterável. Modificadas as circunstância sob as quais foi proferida a sentença, é possível o ajuizamento de nova ação de alimentos (revisão ou exoneração)” (NERY, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código Civil...*, 2005, p. 931).

Apesar de ser esse o entendimento majoritário, com ele não se pode concordar.

Isso porque a cláusula *rebus sic stantibus* foi criada para o Direito Contratual (direito patrimonial), não sendo conveniente aplicá-la ao Direito de Família, que lida com o direito existencial.

Em complemento, conforme posição consolidada da jurisprudência superior, que tem o apoio deste autor, “a constituição de nova família pelo alimentante não acarreta a revisão automática da quantia estabelecida em favor dos filhos advindos de união anterior”. Essa a afirmação número 13, publicada na Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ, com citação de precedentes (por todos: AgRg no AREsp 452.248/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 16.06.2015, *DJE* 03.08.2015; REsp 1.496.948/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 03.03.2015 *DJE* 12.03.2015; e REsp 1.027.930/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 03.03.2009). Assim, deve a parte que pleiteia a revisão do valor a ser pago provar que a constituição dessa nova família gerou uma modificação substancial no *binômio* ou *trinômio alimentar*.

No que diz respeito aos arts. 16 a 18 da Lei 5.478/1968, aprofunde-se que foram revogados expressamente pelo art. 1.072, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015, que passou a trazer um tratamento duplo a respeito dos alimentos, concernentes ao *cumprimento de sentença* e de *execução dos alimentos*. Cabe transcrever tais normas revogadas, que tratavam da execução de alimentos, para os devidos fins didáticos e de esclarecimento:

“Art. 16. Na execução da sentença ou do acordo nas ações de alimentos será observado o disposto no artigo 734 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei n.º 6.014, de 27.12.1973)”.

“Art. 17. Quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentando ou por depositário nomeado pelo juiz.”

“Art. 18. Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença na forma dos artigos 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil. (Redação dada pela Lei n.º 6.014, de 27.12.1973.)”

Repise-se que, curiosamente, não foi revogada a regra do art. 19 da Lei de Alimentos, que trata da prisão civil, também regulamentada pelo Novo CPC. Voltemos à controvérsia que essa manutenção desperta, para os devidos fins de aprofundamento.

Por esse preceito, ainda vigente, o juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo relativo aos alimentos familiares, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias (*caput*). O cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas (§ 1.º). Ademais, da decisão que decretar a prisão do devedor caberá agravo de instrumento. Essa interposição do agravo de instrumento não suspende a execução da ordem de prisão (§ 3.º do art. 19 da Lei 5.478/1968). Esses preceitos devem *dialogar* com as novas normas processuais, que passam a ser analisadas.

Iniciaremos pelas regras que tratam do “cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos” (arts. 528 a 533 do Novo Código de Processo Civil).

Conforme o primeiro preceito relativo ao tema, no cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. Como se percebe, o prazo é bem reduzido, visando à agilização dos procedimentos. Tem-se entendido que o prazo conta-se em dias úteis, com o intuito de amenizar um pouco a situação do devedor de alimentos. Nessa linha, o Enunciado n. 146, aprovado na *II Jornada de Direito Processual Civil*, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2018. Conforme o seu teor, “c

prazo de 3 (três) dias previsto pelo art. 528 do CPC conta-se em dias úteis e na forma dos incisos do art. 231 do CPC, não se aplicando seu § 3.º”. Afasta-se a última norma, novamente pelo fato de colocar o devedor de alimentos em situação desprivilegiada, ao preceituar que, “quando o ato tiver de ser praticado diretamente pela parte ou por quem, de qualquer forma, participe do processo, sem a intermediação de representante judicial, o dia do começo do prazo para cumprimento da determinação judicial corresponderá à data em que se der a comunicação”.

Caso o executado, nesse prazo de três dias úteis, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, as mesmas regras do protesto de sentença transitada em julgado, constante do art. 517 do Novo CPC.

Assim, a primeira medida a ser tomada é o protesto judicial da sentença, o que ocasionará restrições creditícias ao devedor. Acredita-se que essa possibilidade de protesto ocasionará também a inscrição do devedor no *cadastro negativo*, como já vinham admitindo alguns Tribunais Estaduais (ver: TJSP, Agravo 990.10.152783-9/50000, Acórdão 4653433, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Adilson de Andrade, j. 17.08.2010, *DJESP* 09.09.2010; e TJSP, Agravo 990.10.088682-7/50000, Acórdão 4525237, São Paulo, 3.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 25.05.2010, *DJESP* 12.07.2010).

No mesmo sentido, aliás, aresto do STJ prolatado dias antes da entrada em vigor do Novo CPC, com o seguinte teor de destaque, mencionados o art. 43 do CDC e o Estatuto Processual emergente: “é possível, à luz do melhor interesse do alimentando, na execução de alimentos de filho menor, o protesto e a inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito. Não há impedimento legal para que se determine a negativação do nome de contumaz devedor de alimentos no ordenamento pátrio. O mecanismo de proteção que visa salvaguardar interesses bancários e empresariais em geral (art. 43 da Lei n.º 8.078/90) pode garantir direito ainda mais essencial relacionado ao risco de vida, que violenta a própria dignidade da pessoa humana e compromete valores superiores a mera higidez das atividades comerciais. O legislador ordinário incluiu a previsão de tal mecanismo

no Novo Código de Processo Civil, como se afere da literalidade dos artigos 528 e 782” (STJ, REsp 1.469.102/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 08.03.2016, *DJe* 15.03.2016). Destaque-se, em complemento, a premissa número 2 da Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ e do ano de 2016, a saber: “na execução de alimentos, é possível o protesto (art. 526, § 3.º, do NCPC) e a inscrição do nome do devedor nos cadastros de proteção ao crédito”.

Consigne-se a existência anterior de provimentos dos Tribunais Estaduais regulamentando a inscrição, caso dos Tribunais de Justiça de Pernambuco e de Goiás, o que deve ser ampliado nos próximos anos, na linha do último *decisum* e da última tese do Tribunal da Cidadania.

Como bem aponta o Desembargador do Tribunal Paulista Caetano Lagrasta Neto, um dos precursores da tese, “a insatisfação do credor, em geral filhos menores, ante a utilização de expedientes processuais colocados à disposição do devedor, com prejuízo aos princípios da rapidez e economia processuais, impede o regular acesso a uma ordem jurídica justa, ante a reiteração dos recursos, ao demonstrar a inviabilidade da ameaça à prisão (art. 733 do CPC) e forrar-se o devedor ao pagamento durante anos, com prejuízo à subsistência da família. Ao cabo, enfatiza-se a necessidade de cadastrar e dificultar movimentação do devedor de alimentos, equiparando-o a qualquer devedor da esfera cível” (LAGRASTA NETO, Caetano *Inserção...*, 2011, p. 311).

Para Lagrasta, o fundamento constitucional de tal possibilidade está no art. 6.º da Constituição Federal, que faz menção ao direito social e fundamental aos alimentos, por força da Emenda Constitucional 64. O magistrado idealizou projeto de lei sobre a possibilidade de inscrição, com Silvânio Covas, superintendente jurídico do SERASA. A proposição foi apresentada pelo então Senador Eduardo Suplicy, por meio do Projeto de Lei 405/2008. Talvez o projeto de lei ainda seja necessário para completar o sentido do que consta do Novo CPC, não deixando qualquer dúvida quanto à possibilidade de inscrição.

Seguindo no estudo do procedimento relativo à prisão civil, estabelece o § 1.º do art. 528 do Novo CPC que somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento. A título de exemplo,

pode ser citada a hipótese de um devedor doente, hospitalizado, com doença grave. Mencione-se, ainda, o desemprego absoluto do devedor, em momento de crise notória e generalizada. O bom senso do juiz e as máximas de experiência devem ser guias na aplicação desse comando.

Eventualmente, se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses (art. 528, § 3.º, do CPC/2015). Dessa forma, a prisão civil, prevista no art. 5.º, inciso LXVII, da Constituição Federal de 1988 permanece consagrada no Estatuto Processual, ampliada para os casos de cumprimento de sentença dos alimentos familiares.

Pontue-se que uma das discussões que permearam o então projeto de Novo CPC foi a sua retirada do sistema, na linha de alguns debates de convenções internacionais de direitos humanos, o que não acabou por prosperar. Um desses debates, sobre a extinção da prisão civil do devedor de alimentos, ocorreu quando da realização de oficina pela Escola da Defensoria Pública de São Paulo, sobre o Novo Código de Processo Civil e a assistência judiciária, em 3 de agosto de 2012. O evento foi realizado em convênio com a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, tendo sido convidados membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). O presente autor participou do evento representando o instituto, ao lado dos Professores Maria Berenice Dias, Christiano Cassettari e Viviane Girardi.

De imediato, apesar da contrariedade à prisão do depositário infiel, manifestada nos Volumes 3 e 4 desta coleção, este autor continua favorável, até o presente momento, à prisão do devedor de alimentos. *Primeiro*, por estar a obrigação alimentícia fundamentada em direitos da personalidade e na dignidade humana e decorrer diretamente do direito à vida. *Segundo*, porque não há vedação de tal prisão no Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos do qual nosso país é signatário.

De toda sorte, é forçoso concluir que a prisão deve sempre ser a *ultima ratio*, o último caminho a ser percorrido, o que parece ter sido adotado pelo Novo CPC, e na linha de várias manifestações doutrinárias e jurisprudenciais. A propósito,

conforme se retira de recente decisão superior:

“A prisão civil é medida coercitiva extrema, aplicável apenas em situações de débito de pensão alimentícia, em razão da premissa de que a liberdade do alimentante deve ser constrangida para garantir a sobrevivência do alimentando. Por isso, ao decretar a prisão civil do devedor de alimentos, devem-se considerar as peculiaridades do caso concreto, adequando-o à correta compreensão da norma jurídica. Deve-se considerar, nesse contexto, que, por ocasião do arbitramento dos alimentos provisórios, o binômio necessidade e possibilidade é examinado sumariamente, mediante análise de cognição perfunctória. Já na prolação da sentença, o referido binômio é apreciado sob um juízo cognitivo exauriente. Assim, a medida da prisão civil, por ser extrema, não se revela como a via executiva adequada (razoabilidade/proporcionalidade) para coagir o alimentante ao pagamento de um valor fixado em sede de cognição perfunctória e correspondente a montante superior ao arbitrado definitivamente em sentença, após ampla análise do conjunto probatório. Portanto, a prisão civil de devedor de alimentos, no caso de fixação pela sentença de alimentos definitivos em valor inferior aos provisórios, somente poderá ser admitida diante do não pagamento com base no novo valor estabelecido pela sentença. A diferença deve ser buscada nos termos do art. 732 do CPC” (STJ, HC 271.637/ RJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, 24.09.2013, publicada no seu *Informativo* n. 531).

Em verdade, apesar dos debates ao então projeto de lei, muito ao contrário, o Novo CPC passou a estabelecer, com mais rigidez em certo sentido e menos rigidez em outro, que a prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns (art. 528, § 4.º, do CPC/2015). No que diz respeito à possibilidade de prisão civil dos avós, quando da *VII Jornada de Direito Civil*, realizada em 2015, aprovou-se enunciado no sentido de se analisar a citada restrição de liberdade com parcimônia, diante da proteção constante do Estatuto do Idoso. Conforme a sua redação, “deve o magistrado, em sede de execução de alimentos

avoengas, analisar as condições do(s) devedor(es), podendo aplicar medida coercitiva diversa do regime fechado (prisão em regime aberto ou prisão domiciliar), se o executado comprovar situações que contraindiquem o rigor na aplicação desse meio coercitivo e o torne atentatório à sua dignidade, como corolário do princípio de proteção aos idosos e garantia à vida” (Enunciado n. 599).

No mesmo sentido, a premissa n. 4 publicada na Edição 77 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ, de março de 2017 (Alimentos II): “o cumprimento da prisão civil em regime semiaberto ou em prisão domiciliar é excepcionalmente autorizado quando demonstrada a idade avançada do devedor de alimentos ou a fragilidade de sua saúde” (precedentes: HC 327.445/SP, 3.^a Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 17.12.2015, *DJe* 03.02.2016; HC 320.216/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 18.06.2015, *DJe* 01.07.2015; e HC 312.800/ SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 02.06.2015, *DJe* 19.06.2015).

Também do ano de 2017, seguindo a mesma forma de pensar o Direito, destaque-se julgado do próprio Tribunal da Cidadania afastando a prisão civil e concluindo que, “havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida” (STJ, HC 416.886/SP 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 12.12.2017, *DJe* 18.12.2017).

Demonstradas essas ressalvas, reafirme-se que confrontando essa prisão com a que consta do art. 19 da Lei de Alimentos, constata-se a permanência de dois prazos distintos de prisão civil, a exemplo do que ocorria no sistema anterior, diante da regra do antigo art. 733 do CPC/1973. A Lei 5.478/1968 impõe prazo de prisão de até 60 dias; o Novo Código de Processo Civil, entre um a três meses. Anteriormente entendia-se que o prazo do antigo art. 733 teria incidência apenas para os *alimentos provisionais*, fixados no curso da lide, nos casos de ausência de prova pré-constituída para a sua fixação, especialmente de uma certidão de casamento ou de nascimento. Por outra via, para os alimentos provisórios – com a citada prova pré-constituída –,

ou definitivos, o prazo seria o da Lei de Alimentos.

Novamente, vejamos que no novo sistema, o prazo de prisão civil do CPC/2015 – reafirme-se, de um a três meses –, passa a ser aplicado aos alimentos definitivos e provisórios, por expressa previsão do seu art. 531, *caput*. Em relação aos alimentos provisionais, não há qualquer disposição no Estatuto Processual emergente, o que pode levantar dúvida de sua retirada do sistema. Todavia, em muitos casos, tais alimentos são utilizados para satisfazer os interesses de filhos não reconhecidos, que ainda não têm a prova pré-constituída da obrigação alimentar, ou seja, que ainda não têm a certidão de nascimento para a prova do vínculo de filiação.

Ora, reafirme-se que soaria inconstitucional a não possibilidade de prisão em casos tais, por infringência ao princípio da igualdade entre os filhos, retirado do art. 227, § 6.º, da Constituição Federal. Sendo assim, parece-nos que os alimentos provisionais continuam no sistema, aplicando-se para tais verbas a regra do art. 19 da Lei de Alimentos, especialmente pelo uso do termo *para a instrução da causa*. Em apurada síntese, a nosso ver, para os alimentos provisionais, a prisão deve ser de até 60 dias. Porém, como visto e na linha de julgados anteriores, continuará forte a tese de unificação dos prazos para a prisão civil do devedor, incidindo o prazo menor, no caso de até 60 dias, nos termos do *ainda sobrevivente* art. 19 da Lei de Alimentos.

Voltando ao art. 528 do Novo CPC, prescreve o seu § 5.º que o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas, ou seja, a prisão civil não tem o caráter de satisfazer a obrigação, gerando sua extinção, como já estava no antigo art. 733, § 2.º, do CPC/1973.

Por outra via, se for paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão, conforme o § 6.º do novo art. 528 do CPC/2015; reprodução do art. 733, § 3.º, da norma instrumental anterior, com a ressalva sempre importante de que essa última era incidente para os casos da então execução de sentença.

Nos termos do que estava na Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça, o § 7.º do art. 528 do CPC/2015 estatui que o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo. Vale lembrar que a citada

sumular teve sua redação original alterada pelo próprio Tribunal da Cidadania.

A alteração da redação se deu porque a súmula falava *em citação*, e não em *ajuizamento da execução*. Isso gerou contundentes críticas da doutrina, como no caso de Maria Berenice Dias, pois seria comum ao devedor furtar-se à citação para afastar a possibilidade de prisão futura, o que realmente acabaria por acontecer. Nesse contexto, graças à consciência dos Ministros daquele Tribunal, a súmula foi por bem alterada, e teve o seu texto modificado confirmado pelo Novo Código de Processo Civil. Para o próprio Superior Tribunal de Justiça, em decisão do ano de 2018, a norma tem aplicação imediata, inclusive para as execuções de alimentos iniciadas e processadas, em parte, na vigência do CPC/1973. Como consta do seu corpo, “a regra do art. 528, § 7.º, do CPC/15, apenas incorpora ao direito positivo o conteúdo da preexistente Súmula 309/ STJ, editada na vigência do CPC/73, tratando-se, assim, de pseudonovidade normativa que não impede a aplicação imediata da nova legislação processual, como determinam os arts. 14 e 1.046 do CPC/15” (STJ, RHC 92.211/SP 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 27.02.2018, *DJe* 02.03.2018).

Destaque-se outro julgado superior, do mesmo ano, no sentido de que o teor da Súmula 309 e também o do novo preceito processual têm incidência a qualquer verba alimentar, inclusive tratando-se de alimentos fixados entre os cônjuges e com caráter transitório. Nos seus termos, o que conta com o meu total apoio:

“O alimento devido entre cônjuges, decorrentes de obrigação na linha horizontal, tem como fundamento o princípio da solidariedade social e familiar (CF, art. 3.º, I) e, mesmo que transitórios, uma vez fixados pelo magistrado, depois da comprovação de sua necessidade, devem ser tidos, ao menos durante esse período, como indispensáveis à sobrevivência humana. Na execução de alimentos devidos entre cônjuges – mesmo quando estipulados na forma transitória – incide, de forma plena, a técnica executiva da coação prisional quando a verba alimentar se enquadrar na tipicidade normativa das 3 (três) prestações anteriores ao seu ajuizamento e das que se vencerem no curso do processo, já que se trata de alimentos legítimos e necessários. A restrição da execução aos valores das últimas três parcelas atrairia o efeito

deletério de obrigar o credor alimentar a ajuizar várias execuções paralelas pelo rito prisional, acarretando, inevitavelmente, a acumulação de prazos de prisão decretados em diversos processos distintos. A lei não faz distinção, para fins de prisão, entre a qualidade da pessoa que necessita de alimentos – maior, menor, capaz, incapaz, cônjuge, filho, neto –, mas, tão somente, se o débito é atual ou pretérito, até porque o que se mostra decisivo é a real necessidade do alimentado, mesmo que se trate de ex-consorte” (STJ, HC 413.344/SP, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 19.04.2018, *DJe* 07.06.2018).

Consigne-se que a jurisprudência tem determinado a prisão quando o devedor tem o costume de não pagar integralmente os alimentos devidos, sem deixar caracterizar os três meses de inadimplência, visando a furtar-se à prisão. É o caso, por exemplo, do devedor que costuma deixar de pagar dois meses consecutivos do valor devido, mas paga a dívida no terceiro mês. Para esses casos, vale transcrever o seguinte julgado do Tribunal Capixaba:

“*Habeas corpus*. Prisão civil. Alimentos. Débito atual e pretérito. Devedor contumaz. Circunstâncias do caso concreto. Constrangimento ilegal. Inocorrência. 1. O entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar o decreto de prisão civil com relação a dívida alimentar antiga, só se impondo a custódia do alimentando relativamente à falta de pagamento das três últimas pensões alimentícias, não constitui regra absoluta. 2. Inexiste constrangimento ilegal no decreto de prisão fundado em débito alimentar atual e pretérito, quando evidenciada a busca imediata da satisfação do seu crédito por parte do alimentado e a utilização de manobras para procrastinar o feito executório, por parte do alimentante, devedor contumaz” (TJES, Processo 100010015749, Vitória, 1.^a Vara de Família, 1.^a Câmara Cível, Des. Titular Annibal de Rezende Lima, j. 18.12.2002).

Para o presente autor, esse entendimento deve ser mantido sob a égide do Novo

Estatuto Processual. A contumácia do devedor, a reiteração de inadimplência alimentar, aliás, sempre foi motivo para novas prisões, conforme vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça: “Civil. Execução de alimentos. Prisão. Sessenta dias Cumprimento. Contumácia do devedor. Novo decreto. Possibilidade. Limite” (STJ RHC 17.541/RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.08.2005,*DJ* 26.09.2005, p. 378).

Seguindo, é preciso interpretar o novo preceito, na linha do que se fazia com a Súmula 309 do STJ, no sentido de não ser necessário que o devedor complete os três meses para que a prisão seja deferida. Um mês de inadimplência pode gerar a prisão do devedor, sendo os três meses apenas um *parâmetro* para a execução por meio da prisão. Nessa linha, cite-se a premissa número 6, publicada na recente Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* da Corte, no ano de 2016: “O atraso de uma só prestação alimentícia, compreendida entre as três últimas atuais devidas, já é hábil a autorizar o pedido de prisão do devedor, nos termos do artigo 528, § 3.º, do NCPC (art. 733, § 1.º, do CPC/73)”. No mesmo sentido, o Enunciado n. 147, aprovado na *Jornada de Direito Processual Civil* do Conselho da Justiça Federal, em setembro de 2018: “basta o inadimplemento de uma parcela, no todo ou em parte, para decretação da prisão civil prevista no art. 528, § 7.º, do CPC”.

O entendimento constante da sumular, aliás, sempre foi passível de várias críticas. Como bem resume Fernanda Tartuce, “Afirmam os precedentes que originaram a súmula que os alimentos antigos teriam perdido o caráter de urgência alimentar. Este entendimento, porém, merece ser submetido a certos questionamentos. Por que apenas o último trimestre de inadimplência autorizaria a pena de prisão? O débito perderia o caráter alimentar no quarto mês, por exemplo? Justifica-se que o intérprete faça tal distinção, se a lei não fez” (TARTUCE, Fernanda. *Processo civil...*, 2012, p. 206). A distinção, agora, foi feita pela lei, sendo interessante observar, no futuro, se as críticas persistirão ou não.

Prosseguindo no estudo do art. 528 do CPC de 2015, enuncia o seu § 8.º que o exequente pode optar por promover o cumprimento da obrigação alimentar por meio do capítulo relativo ao “cumprimento definitivo de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa” (arts. 523 a 527 do Novo CPC)

Uma das vantagens desse caminho é a incidência de multas, como a correspondente a dez por cento da dívida, em caso de não pagamento inicial, no prazo de quinze dias. Essa multa parece ser a mesma que estava prevista no art. 475-J do CPC/1973 existindo polêmica anterior de sua incidência quanto aos alimentos, agora aparentemente sanada.

A propósito, no sistema anterior, alguns processualistas sempre entenderam pela aplicação das regras de cumprimento de sentença para os alimentos (TARTUCE Fernanda. *Alimentos...*, 2007, v. II; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção *Reforma...*, 2006, p. 274). Para o último autor, “torna-se tal circunstância irrelevante diante das modificações legislativas, devendo o processo ou a fase procedimental de execução de alimentos passar a ser tratada como qualquer outro que tenha como objeto uma obrigação de pagar quantia certa, com a aplicação do art. 475-P, parágrafo único, do CPC”.

Realmente, sempre tiveram razão os jovens processualistas citados, que sustentavam a aplicação do art. 475-J do CPC/1973, equivalente ao art. 523 do CPC/2015, *in verbis*: “No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver. § 1.º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput*, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento. § 2.º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput*, a multa e os honorários previstos no § 1.º incidirão sobre o restante. § 3.º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação”.

Destaque-se que o pagamento parcial do valor devido não impede a prisão civil do devedor de alimentos. Nesse sentido, a premissa número 9 da Edição n. 65 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2016 (alguns precedentes: HC 350.101/MS, 3.ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 14.06.2016, *DJE* 17.06.2016; HC 312.551/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.04.2016, *DJE*

11.05.2016; e RHC 067.645/MG, 3.^a Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 23.02.2016 DJE 29.02.2016).

A incidência do regime de cumprimento de sentença também poderia ser justificada, no aspecto material, por ser mais interessante ao alimentando, parte vulnerável da relação jurídica. O Superior Tribunal de Justiça concluiu nessa linha, utilizando como fundamento complementar a celeridade processual. Vejamos, nesse ínterim, a publicação de julgado acórdão constante do *Informativo* n. 503 da Corte:

“Execução de alimentos. Aplicabilidade do art. 475-J do CPC. A Turma decidiu ser possível a cobrança de verbas alimentares pretéritas mediante cumprimento de sentença (art. 475-J do CPC). Sustentou-se que, após a reforma processual promovida pela Lei n. 11.232/2005, em que se buscou a simplificação do processo de execução, há de se conferir ao art. 732 do CPC – que prevê rito especial para a satisfação de créditos alimentares – interpretação consoante a urgência e a importância da execução de alimentos. Assim, tendo como escopo conferir maior celeridade à entrega na prestação jurisdicional, devem ser aplicadas às execuções de alimentos as regras do cumprimento de sentença estabelecidas no art. 475-J do CPC” (STJ, REsp 1.177.594/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 21.06.2012).

A questão restou pacificada pelo Novo CPC, como se nota. Todavia, ressalve-se que, havendo opção por esse caminho processual, não será admissível a prisão civil. Ademais, recaindo a eventual penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação do débito não obsta que o exequente levante mensalmente a importância da prestação, tendo em vista a natureza emergencial e satisfativa dos alimentos. Tudo isso consta do art. 528, § 8.º, do Novo *Codex*.

Por fim, quanto a esse comando, prevê o § 9.º do art. 528 do CPC/2015 que o exequente pode promover o cumprimento da sentença ou decisão que condena ao pagamento de prestação alimentícia no juízo de seu domicílio. Eis mais uma *vis atrativa* em favor do credor de alimentos, considerado vulnerável para esses fins.

O Novo CPC continua a elencar medidas administrativas para o recebimento

desse débito alimentar. Desse modo, na esteira do que estava no art. 734 do Estatuto Processual anterior, o novo art. 529 expressa que, quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. Conforme o seu § 1.º, ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício.

O novo preceito foi ampliado, inclusive quanto à menção ao crime de desobediência. Em verdade, o parágrafo único do art. 734 do CPC/1973 se resumia a prever que a comunicação seria feita à autoridade, à empresa ou ao empregador por ofício, de que constariam os nomes do credor, do devedor, a importância da prestação e o tempo de sua duração. O novo § 2.º do art. 529 do CPC/2015, seu correspondente também estendeu a necessidade de informações dessa comunicação, prescrevendo que “o ofício conterá o nome e o número de inscrição no cadastro de pessoas físicas do exequente e do executado, a importância a ser descontada mensalmente, o tempo de sua duração e a conta na qual deve ser feito o depósito”.

Como inovação, sem precedentes, o § 3.º do art. 529 do CPC/2015 consagra que, sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse *cinquenta por cento* de seus ganhos líquidos. O objetivo é a satisfação do credor, sem que isso atinja o *patrimônio mínimo* do devedor, seu *mínimo vital*. Mesmo com a revogação expressa do art. 17 da Lei de Alimentos é possível a satisfação sobre aluguéis recebidos pelo devedor, pois a nova norma menciona *rendas e rendimentos* do executado, sem qualquer ressalva.

Sobre a questão dos descontos, na *VI Jornada de Direito Civil*, evento promovido no ano de 2013, aprovou-se o Enunciado n. 572, estabelecendo que, “mediante ordem judicial, é admissível, para a satisfação do crédito alimentar atual, o levantamento do saldo de conta vinculada ao FGTS”. Conforme as justificativas da proposta, existem justos motivos para o citado levantamento, merecendo destaque o

seguinte trecho: “embora admitida a coerção pessoal, muitas vezes os alimentandos encontram dificuldades em receber o que lhes é de direito. Em algumas oportunidades, o próprio devedor resiste de boa-fé, por não possuir os recursos suficientes para adimplir a pensão. Em tal contexto, uma alternativa viável seria a retirada dos valores depositados na conta vinculada ao FGTS para a satisfação do crédito. Muitos princípios poderiam ser invocados em prol dessa solução. Inicialmente, ambas as partes terão a sua dignidade reconhecida, pois o credor receberá a pensão, enquanto o devedor se livrará do risco de prisão civil. A menor onerosidade da medida é nítida. A jurisprudência do STJ orienta-se pela admissão da orientação do enunciado: AgRg no RMS n. 34.708/SP, AgRg no RMS n. 35.010/SP, AgRg no RMS n. 34.440/SP”.

Acrescente-se que no mesmo sentido está a premissa n. 12, publicada na Edição 77 da ferramenta *Jurisprudência em Teses* do STJ: “admite-se, na execução de alimentos, a penhora de valores decorrentes do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, bem como do Programa de Integração Social – PIS (Alimentos II, c março de 2017). De todo modo, cumpre destacar que a mesma jurisprudência superior conclui que tais encargos trabalhistas não responderão pela dívida alimentar em caso de fixação em valores fixos e em sentença transitada em julgado.

Nesse contexto, merece destaque o seguinte aresto: “Os alimentos arbitrados em valor fixo devem ser analisados de forma diversa daqueles arbitrados em percentuais sobre ‘vencimento’, ‘salário’, ‘rendimento’, ‘provento’, dentre outros *ad valorem*. No primeiro caso, a dívida se consolida com a fixação do valor e periodicidade em que deve ser paga, não se levando em consideração nenhuma outra base de cálculo. O débito alimentar arbitrado em valor fixo – por sentença transitada em julgado – deve ser pago pelo montante e na exata periodicidade constante no título judicial, revelando-se ofensa à coisa julgada a determinação para que o valor arbitrado seja pago a propósito do recebimento de outras verbas pelo devedor” (STJ, REsp 1.091.095/RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.04.2013, DJe 25.04.2013). O julgado fica em xeque por adotar interpretação contrária ao alimentando, vulnerável da relação jurídica em apreço. Acreditamos que esse debate deve permanecer na vigência do Novo CPC.

Igualmente com o objetivo de obter a satisfação patrimonial, continua em vigor o art. 20 da Lei 5.478/1968, que deve *dialogar* com tais regras instrumentais emergentes, ao prescrever que as repartições públicas, civis ou militares, inclusive do Imposto de Renda, darão todas as informações necessárias à instrução das ações de alimentos e à execução do que for decidido ou acordado em juízo.

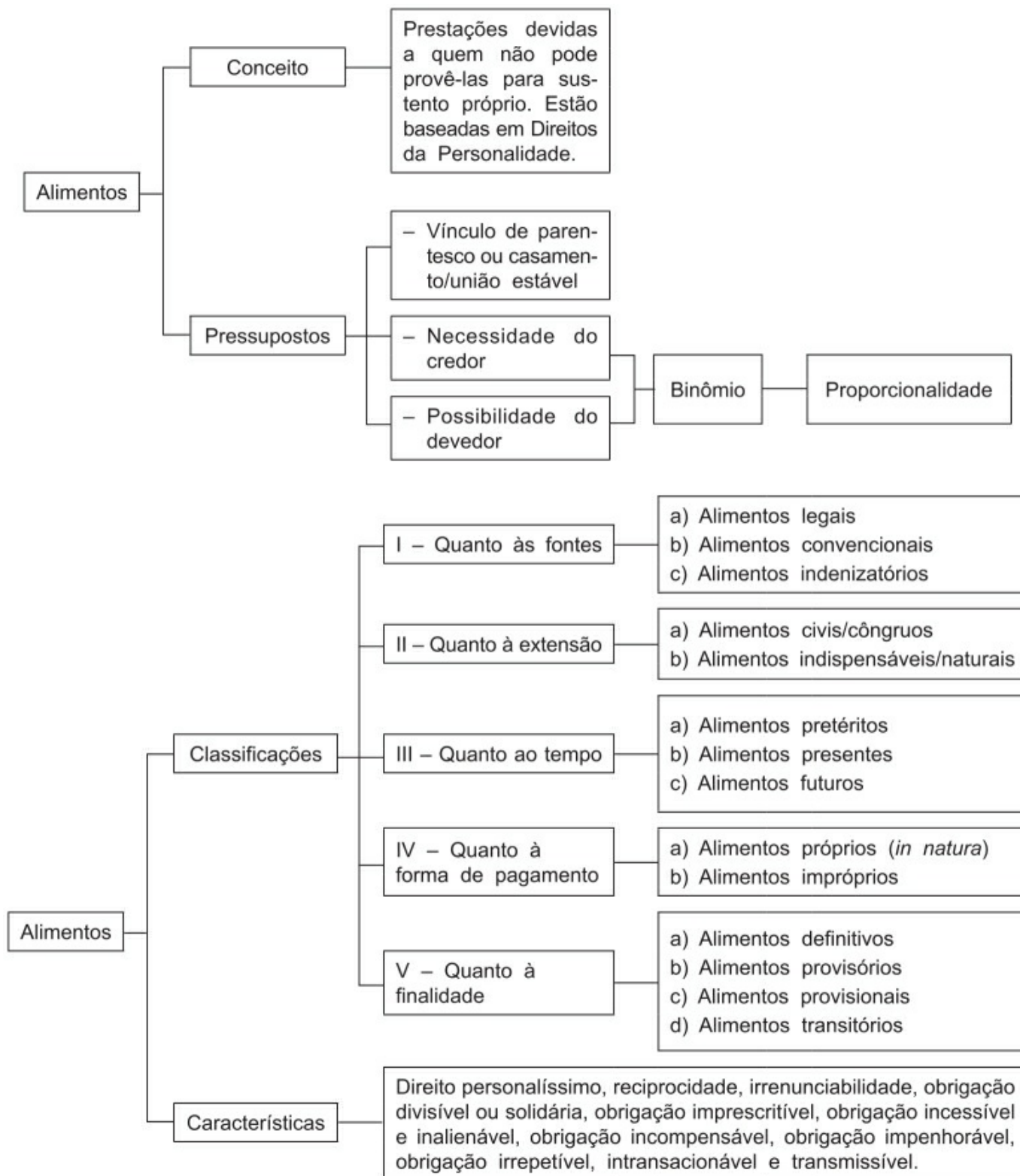
Seguindo no estudo do Novo Código de Processo Civil, determina o seu art 530 que, não sendo cumprida a obrigação, devem ser observadas as regras relativas à penhora, elencadas entre os seus arts. 831 e seguintes.

Em casos tais, incidirá o art. 833 do mesmo *Codex*, antes comentado. Como visto, todas essas regras de cumprimento de sentença são incidentes para os alimentos definitivos ou provisórios (art. 531, *caput*, do CPC/2015).

Em relação aos alimentos provisionais, mesmo com a sua retirada do Novo CPC – inclusive no tocante à antiga medida cautelar correspondente –, surgirá debate sobre sua persistência. A execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, se processa em autos apartados, o que visa a clarear a questão relativa aos procedimentos (art. 531, § 1.º, do CPC/2015).

Por outra via, e para encerrar o capítulo, o Estatuto Processual emergente determina que o cumprimento definitivo da obrigação de prestar alimentos será processado nos mesmos autos em que tenha sido proferida a sentença (art. 531, § 2.º, do CPC/2015). A regra é salutar, distante do rigor formal e em prol da efetividade do processo, nos termos do que consta do art. 8.º do Novo CPC.

7.7 RESUMO ESQUEMÁTICO



7.8 QUESTÕES CORRELATAS

01. (Magistratura/PE – FCC/2011) O direito à prestação de alimentos obedece às seguintes regras:

- I. É recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, recaiando a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros;
- II. Na falta de ascendentes e de descendentes, cabe a obrigação aos irmãos germanos, mas não aos unilaterais, salvo se apenas unilaterais houver;
- III. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato;
- IV. Na falta dos ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, independentemente da ordem de sucessão. V. Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Estão corretas APENAS:

- (A) I, II e III.
- (B) I, III e V.
- (C) I, IV e V.
- (D) II, III e IV.
- (E) III, IV e V.

02. (Juiz de Direito – TJRR 2008) Os alimentos serão devidos

- (A) se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, pelo outro cônjuge, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.
- (B) somente entre pais e filhos ou entre cônjuges.
- (C) entre irmãos germanos, mas não entre os unilaterais, nos casos previstos em lei.
- (D) pelos ascendentes, recaiando a obrigação independentemente do grau de proximidade.
- (E) sempre na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

03. (VUNESP/2010 – Analista de Promotoria – 2.ª fase) Na fixação dos alimentos, deve(m)-se considerar

- (A) as necessidades básicas do alimentando, principalmente quando estiver em idade tenra, independentemente das reais possibilidades do alimentante.
- (B) o grau de parentesco de quem deve alimentos em primeiro lugar, para que, se este não tiver condições de suportar o encargo, sejam chamados a concorrer os de grau imediato.
- (C) que a obrigação de pagar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor.
- (D) que não é possível os cônjuges ou companheiros pedirem uns aos outros, por não serem parentes entre si.
- (E) que o novo casamento do cônjuge devedor extingue a obrigação constante da sentença de divórcio.

04. (VUNESP – Magistratura/RJ – 2012) Assinale a alternativa correta no que diz respeito ao alimentos.

- (A) Os alimentos são prestados ao idoso na forma da lei civil e, em razão da solidariedade, poderá o idoso optar entre os prestadores, a quem demandar ou acionar a todos, e a dívida poderá ser exigida, por inteiro, de um dos coobrigados.
- (B) Sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. Se, por acaso, algum dos obrigados suportar o encargo, satisfazendo totalmente, o necessitado poderá exigi-lo dos outros, por ter a obrigação alimentar característica da solidariedade e da indivisibilidade.
- (C) O novo casamento do ex-cônjuge devedor extingue a obrigação constante da sentença de divórcio, assim como com o casamento, a união estável e o concubinato do credor cessa o dever de prestar alimentos.
- (D) Na falta dos ascendentes, cabe a obrigação alimentar aos descendentes, guardada a ordem de sucessão, e, faltando estes, aos colaterais até 4.º grau, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos.

05. (Juiz de Direito/TJSP – VUNESP – 2013) Acerca de alimentos, assinale a alternativa correta.

- (A) A lei permite que a mulher grávida postule alimentos, que compreendem os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto.
- (B) O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde definitivamente o direito de pleitear alimentos do outro cônjuge, ainda que não lhe reste qualquer outro meio de subsistência.
- (C) Os alimentos provisórios são aqueles postulados liminarmente, ao passo que os provisionais são aqueles concedidos definitivamente.
- (D) A obrigação de prestar alimentos é personalíssima, não se transmitindo aos herdeiros do devedor.

06. (DPE/RR – CESPE – 2013) Lucas, com dezoito anos de idade, procurou a DP com o objetivo de receber uma orientação jurídica. Afirmou que, quando possuía quatro anos de idade, seu genitor fora condenado a pagar alimentos mensais em seu favor, fixados em 30% do salário mínimo. No entanto, o alimentante nunca efetuou o pagamento de uma prestação alimentar sequer. Nesses termos, indagou do DP responsável pelo atendimento se poderia cobrar o montante integral em atraso.

À luz das disposições civilísticas a respeito dos institutos da prescrição e dos alimentos, assinale a opção correta com referência à situação hipotética acima.

- (A) De acordo com o Código Civil, a pretensão de cobrança do crédito alimentar prescreve em cinco anos, a partir do vencimento de cada prestação. Assim, Lucas somente poderá cobrar os alimentos que não tenham vencido há mais de cinco anos.

- (B) Segundo o disposto no Código Civil, prescreve em dois anos a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. Dessa maneira, Lucas somente poderá cobrar os alimentos que não tenham vencido há mais de dois anos.
- (C) Lucas poderá cobrar todas as prestações alimentares que lhe são devidas, pois a prescrição não corre contra os absolutamente incapazes.
- (D) Diante de sua natureza de direito personalíssimo, a pretensão de cobrança de crédito alimentar não se sujeita à prescrição. Dessa forma, poderiam ser cobradas todas as prestações alimentícias devidas pelo genitor de Lucas.
- (E) Lucas somente poderá cobrar os alimentos inadimplidos referentes aos últimos três meses, pois as demais prestações, segundo a jurisprudência do STJ, perderam sua natureza alimentar diante da inércia do credor de alimentos.

07. (MPE/SC – 2013) Julgue o seguinte item:

Se o parente que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

08. (DPE/SC – FEPESE – 2013) Assinale a alternativa correta de acordo com o Código Civil brasileiro.

- (A) A obrigação de prestar alimentos extingue-se com a morte do devedor.
- (B) O novo casamento do cônjuge devedor extingue a obrigação de alimentos constante da sentença de divórcio.
- (C) Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na mesma proporção para as suas despesas.
- (D) 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.
- (E) Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

09. (Defensor Público/DPE/PB – FCC – 2014) Silvana tem 4 filhos, Rafael, Joaquim, Manoel e Serafim. Em grave situação financeira, sem saúde para trabalhar e já não possuindo mais ascendentes, pediu que seus filhos a auxiliassem a se manter. No entanto, seus filhos se negaram, afirmando tratar-se de pessoa maior de idade e casada em segundas núpcias com Gabriel, que vive em situação semelhante à dela. Não se conformando, Silvana ajuizou ação contra o filho mais velho, Rafael, que

- (A) é obrigado a pagar alimentos a Silvana, solidariamente com Joaquim, Manoel e Serafim, os quais não poderão ser chamados a integrar a lide, mas responderão em ação de regresso caso

Rafael arque com a totalidade da obrigação.

- (B) somente será obrigado a pagar alimentos a Silvana se Joaquim, Manoel e Serafim também o fizerem.
- (C) é obrigado a pagar alimentos a Silvana, na proporção de seus respectivos recursos, podendo chamar Joaquim, Manoel e Serafim a integrar a lide.
- (D) não é obrigado a pagar alimentos a Silvana, pois o casamento extingue o dever de alimentar.
- (E) é obrigado a pagar alimentos a Silvana, mesmo que seja privado do necessário a seu sustento, podendo postular perdas e danos contra Joaquim, Manoel e Serafim.

10. (TJSP – VUNESP – Juiz Substituto – 2015) Acerca dos alimentos, é correto afirmar que

- (A) considerando que se extingue o poder familiar pela maioria (art. 1.635 do Código Civil), cessando desde logo o dever de prestar alimentos, dispensada decisão judicial a esse respeito.
- (B) a obrigação alimentar dos ascendentes é subsidiária à obrigação alimentar entre irmãos, germanos ou unilaterais.
- (C) o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as prestações que se vencerem no curso do processo.
- (D) se o cônjuge declarado culpado pela separação judicial vier a necessitar de alimentos e não tiver aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, desde que inexistam parentes na condição de prestá-los, limitados ao quantum indispensável à sobrevivência.

11. (MPE/SP – Promotor de Justiça – 2015) Sobre as pessoas obrigadas a prestar alimentos, é correto afirmar que:

- (A) o alimentando poderá escolher livremente o parente que deverá prover o seu sustento.
- (B) somente pessoas que procedem do mesmo tronco ancestral devem alimentos, incluindo-se os afins.
- (C) na falta dos ascendentes, a obrigação alimentícia cabe aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, na falta destes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.
- (D) os tios poderão ser convocados a suprir alimentos em ação proposta pela sobrinha que deles necessitar.
- (E) os pais consanguíneos do adotado são obrigados a prestar-lhe alimentos, se o adotante não tiver recursos suficientes para tanto.

12. (TJRR – Juiz Substituto – 2015) O direito a alimentos que têm os filhos é

- (A) renunciável, se tiverem, comprovadamente, recursos financeiros decorrentes de sucessão hereditária.
- (B) irrenunciável, embora possam não exercê-lo, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.
- (C) irrenunciável, mas pode ser objeto de cessão, para atender a obrigações assumidas com sua educação ou tratamento de saúde.

- (D) renunciável, quando se tornarem relativamente incapazes, porque a partir dos dezesseis anos lhes é permitido o exercício de trabalho ou profissão.
- (E) irrenunciável e o respectivo crédito insuscetível de cessão, embora possa ser compensado com suas dívidas ao alimentante.

13. (TJGO – Juiz Substituto – 2015) Considere as proposições abaixo, a respeito dos alimentos:

- I. Cabe em regra ao credor escolher a forma como a prestação alimentícia será paga, se em dinheiro ou *in natura*.
 - II. Os cônjuges divorciados contribuirão sempre em partes iguais para a manutenção dos filhos.
 - III. Com o casamento do credor, cessa o dever do ex-cônjuge de pagar alimentos. Está correto o que se afirma em
- (A) I, II e III.
 - (B) II, apenas.
 - (C) III, apenas.
 - (D) I, apenas.
 - (E) I e III, apenas.

14. (MPE-GO – Promotor de Justiça Substituto – 2016) Sobre os alimentos, é incorreto afirmar:

- (A) Presentes os requisitos legais ínsitos à espécie, o direito de obter, judicialmente, o estabelecimento de pensão alimentícia não está sujeito a prazo prescricional.
- (B) Em se tratando de filho menor, ainda sob o poder familiar do genitor alimentante, fixados judicialmente os alimentos em seu favor, não haverá fluência do prazo prescricional para execução de parcelas vencidas e não pagas.
- (C) Como os alimentos destinam-se à manutenção do alimentando no tempo presente e futuro, não são exigíveis quanto ao passado.
- (D) Face a vedação constitucional do uso do salário mínimo como fator de indexação obrigacional, a pensão alimentícia não pode ser fixada pelo juiz com base no salário mínimo, seguindo a orientação da Súmula Vinculante 4 do STF.

15. (DPE-BA – FCC – Defensor Público – 2016) A respeito dos alimentos, é correto afirmar que:

- (A) por expressa disposição de lei, somente incidem sobre a gratificação natalina e o terço de férias se constar expressamente no título que estipulou o direito aos alimentos.
- (B) diante do inadimplemento do pai, a obrigação é transmitida imediatamente aos avós.
- (C) cessam automaticamente com a maioria do alimentando, salvo determinação judicial expressa em sentido contrário.
- (D) cessam com o casamento ou a união estável do credor, assim como no caso de o credor portar-se de maneira indigna contra o alimentante.
- (E) a prova do desemprego do devedor de alimentos é suficiente para afastar possibilidade de prisão.

civil.

16. (DPE-MT – UFMT – Defensor Público – 2016) Considerada a obrigação alimentar no ordenamento jurídico pátrio, analise as assertivas abaixo.

- I – É possível a imposição de obrigação alimentar aos parentes por afinidade em linha reta ou transversal, por expressa previsão legal. Doutrina e jurisprudência avalizam a regra codificada, ratificando a obrigação alimentar em tais casos.
- II – 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.
- III – Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter sucessivo, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo.
- IV – Os alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, mas corrigir e atenuar grave desequilíbrio econômico financeiro ou abrupta alteração de padrão de vida.
- V – A pensão alimentícia fixada em percentual sobre o salário do alimentante incide sobre o décimo terceiro salário e terço constitucional de férias.

- (A) II, III, IV e V, apenas.
- (B) I, II, III e IV, apenas.
- (C) II, III e V, apenas.
- (D) I e IV, apenas.
- (E) IV e V, apenas.

17. (MPE-SC – Promotor de Justiça – 2016) De acordo com a Lei n. 5.478/68 (Ação de Alimentos) na ação de alimentos, o Juiz ao despachar o pedido fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

- () Certo
- () Errado

18. (MPE-RS – Promotor de Justiça Substituto – Reaplicação – 2017) Assinale a alternativa INCORRETA quanto à obrigação alimentar.

- (A) Julgada procedente a investigação de paternidade, os alimentos são devidos a partir da citação, isso se os alimentos não forem fixados provisoriamente, por meio de tutela antecipada ou em cautelar de alimentos provisionais.
- (B) Se o alimentando for absolutamente incapaz, contra ele não corre a prescrição. Os alimentos fixados na sentença e vencidos só terão a prescrição iniciada quando o alimentando se tornar relativamente capaz. Todavia, sendo o pai ou a mãe os devedores dos alimentos, a prescrição, de dois anos, só se inicia quando o menor se tornar capaz, salvo se emancipado.
- (C) Paulo, com 52 anos de idade e necessitando de alimentos para viver, ingressou em juízo buscando alimentos de seus irmãos Maria e Sérgio. Não demandou contra seu outro irmão Marcos. Todavia, a cota de Marcos deve ser distribuída entre os outros dois irmãos. A cota de Sérgio pode ser superior à de Maria, se este dispuser de melhores condições econômicas para suportá-la.
- (D) Considerando as modalidades de alimentos, cabe ser dito que nem todas ensejam a prisão civil todavia, somente as três últimas prestações inadimplidas antes da execução e as que por ventura venham a vencer ensejam a decretação de prisão do devedor de alimentos.
- (E) A cessação da obrigação alimentar no procedimento indigno do credor não se limita unicamente às relações entre cônjuges e companheiros.

19. (MPE-MG – FUNDEP (Gestão de Concursos) – Promotor de Justiça Substituto – 201 Assinale a alternativa correta:

- (A) Na disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte, com objetivo altruístico, a vontade contrária dos familiares invalida a manifestação, em vida, do doador.
- (B) É solidária a obrigação alimentar devida ao idoso, que poderá optar pelo prestador.
- (C) A incapacidade relativa do agente é exceção arguível pela outra parte ou cointeressados para a anulação do negócio jurídico.
- (D) A fluência do prazo prescricional pode ser obstada por convenção das partes.

20. (Defensoria Pública do Mato Grosso – 2016 – UFMT). Considerada a obrigação alimentar n ordenamento jurídico pátrio, analise as assertivas abaixo.

I – É possível a imposição de obrigação alimentar aos parentes por afinidade, em linha reta ou transversal, por expressa previsão legal. Doutrina e jurisprudência avalizam a regra codificada, ratificando a obrigação alimentar em tais casos.

II – 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.

III – Observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter sucessivo, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo.

IV – Os alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, mas corrigir e atenuar grave desequilíbrio econômico financeiro ou abrupta alteração de padrão de vida.

V – A pensão alimentícia fixada em percentual sobre o salário do alimentante incide sobre o décimo terceiro salário e terço constitucional de férias.

Estão corretas as assertivas

- (A) II, III, IV e V, apenas.
- (B) I, II, III e IV, apenas.
- (C) II, III e V, apenas.
- (D) I e IV, apenas.
- (E) IV e V, apenas.

21. (Câmara Legislativa do Distrito Federal – Procurador Legislativo – FCC – 2018) Sentença judicial condenou o Distrito Federal a pagar gratificação a servidor público titular de cargo público, devida desde 2017, incidente sobre o total de sua remuneração. Para fins de determinação do valor devido, a sentença converteu a remuneração do servidor em 5 salários mínimos, ordenando que a vantagem fosse paga sobre essa base de cálculo. Esse mesmo servidor foi réu em ação de alimentos, em que foi proferida sentença condenando-o ao pagamento de pensão alimentícia em 2 salários mínimos a seu filho adolescente. Considerando as normas da Constituição Federal e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,

- (A) ambas as decisões estão juridicamente corretas, uma vez que o salário mínimo pode ser utilizado como indexador de vantagem que tenha natureza alimentícia.
- (B) ambas as decisões estão juridicamente corretas, uma vez que é apenas vedada a utilização do salário mínimo como indexador de obrigações contratuais.
- (C) ambas as decisões estão juridicamente incorretas, uma vez que é vedada a vinculação do salário mínimo para qualquer fim.
- (D) somente a vinculação ao salário mínimo imposta pela decisão condenatória no pagamento da gratificação está juridicamente correta, dada sua natureza remuneratória.
- (E) somente a vinculação ao salário mínimo imposta pela decisão condenatória no pagamento de pensão alimentícia está juridicamente correta, dado que tem por objetivo a preservação da subsistência humana e o resguardo do padrão de vida daquele que a percebe.

22. (TJ-MG – Juiz de Direito Substituto – CONSULPLAN – 2018) Quanto ao direito de família analise as afirmativas a seguir.

I. A guarda compartilhada não exclui a fixação do regime de convivência e não implica ausência do pagamento de pensão alimentícia.

II. Qualquer descendente possui legitimidade, por direito próprio, para propor o reconhecimento do vínculo de parentesco em face dos avós ou de qualquer ascendente de grau superior, ainda que o pai não tenha iniciado a ação de prova da filiação em vida.

III. A obrigação alimentar dos avós tem natureza subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total de seu cumprimento pelos pais.

IV. O cancelamento do pagamento de pensão alimentícia a filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos.

Estão corretas as afirmativas

- (A) I, II, III e IV.
- (B) I, II e III, apenas.
- (C) I, II e IV, apenas.
- (D) II, III e IV, apenas.

23. (FCC – 2018 – TRT – 2ª REGIÃO (SP) – Analista Judiciário – Área Judiciária) Em sede de ação de alimentos ajuizada pelos filhos em face do pai, a pensão alimentícia respectiva é fixada em 3 salários mínimos para cada um, por decisão de primeira, confirmada em segunda instância. Por discordar da fixação do valor de modo atrelado ao salário-mínimo, o pai deixa de efetuar o pagamento, por meses consecutivos, o que enseja o requerimento e consequente decretação de prisão pelo inadimplemento de obrigação alimentícia. Nesse caso, à luz dos elementos fornecidos e consideradas a disciplina constitucional e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinentes,

- (A) a fixação da pensão alimentícia deu-se de modo irregular, uma vez que a Constituição veda expressamente a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, embora seja lícita a decretação da prisão pelo inadimplemento de obrigação alimentar, por se tratar de hipótese de prisão civil expressamente admitida pela Constituição.
- (B) tanto a fixação da pensão alimentícia quanto a decretação da prisão pelo respectivo inadimplemento são legítimas, não havendo que se falar em coação à liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder.
- (C) a fixação da pensão alimentícia deu-se de modo irregular, uma vez que a Constituição veda expressamente a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim, razão pela qual é justificada a recusa ao pagamento e, consequentemente, ilícita a decretação da prisão pelo inadimplemento de obrigação alimentar, cabendo ao pai impetrar habeas corpus em face da decisão que a determinou.
- (D) apenas a decretação da prisão pelo inadimplemento da obrigação alimentícia é ilegítima, pois, apesar de ser hipótese de prisão civil admitida expressamente pelo texto constitucional, é considerada ilícita, pelo Supremo Tribunal Federal, em virtude de tratado internacional em matéria de direitos humanos do qual a República Federativa do Brasil é signatária, cabendo ao pai impetrar habeas corpus em face da decisão que a determinou.
- (E) apenas a decretação da prisão pelo inadimplemento da obrigação alimentícia é ilegítima, pois, apesar de ser hipótese de prisão civil admitida expressamente pelo texto constitucional, é considerada ilícita, conforme súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo ao pai ajuizar reclamação perante aquela Corte pelo seu descumprimento.

24. (MPE-AL – Analista do Ministério Público – Área Jurídica – FGV – 2018) Shirley e Henrique universitários, os dois com 19 anos, tiveram uma filha, fruto de um rápido namoro. Após o nascimento de Kátia, Shirley estabeleceu união estável com sua amiga de infância Carla próspera e jovem empresária, com quem reside junto com sua filha. Shirley, embora trabalhe, não aufera renda suficiente para o sustento de Kátia, que não recebe qualquer contribuição de Henrique, visto que desempregado. Inconformada por não contar com Henrique na divisão das despesas de Kátia, Shirley resolve propor ação de alimentos em face dos avós paternos da criança, já que não conta com a ajuda de seus falecidos pais. Quanto ao pedido de alimentos, assinale a afirmativa correta.

- (A) Procede a cobrança, uma vez que os avós são responsáveis subsidiários.
- (B) Deve ser acolhido, pois os avós são solidários com Henrique na dívida alimentar.
- (C) Não deve ser acolhido, uma vez que os avós não são os pais de Kátia.
- (D) Não tem cabimento, pois Carla deverá auxiliar nas despesas de Kátia.
- (E) Pode ser acolhido, desde que os alimentos sejam proporcionais ao auxílio prestado por Carla.

25. (FCC – 2018 – DPE-AM – Defensor Público – Reaplicação) Em relação a alimentos,

- (A) com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em favor do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte.
- (B) uma vez tendo o alimentante sido preso pelo inadimplemento das prestações alimentícias, estar isento de nova prisão por inadimplemento futuro, nesse caso sendo possível apenas penhora em bens de que seja proprietário ou possuidor.
- (C) o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recai a obrigação nos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, inclusive.
- (D) o inadimplemento de prestações alimentícias que justifica a prisão civil do alimentante é o que se refere aos últimos seis meses vencidos, em razão da finalidade do crédito, de resguardo à sobrevivência do alimentando.
- (E) ao completar 18 anos, pode o alimentante deixar de pagar automaticamente os alimentos, haja vista a maioridade atingida pelo alimentando, a quem caberá a prova da permanência da necessidade à pensão.

26. (TJ-CE – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provedor – IESDES – 2018) Sobre alimentos, responda:

- I. Com relação ao credor cessa o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.
- II. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.
- III. Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade

resultar de culpa de quem os pleiteia.

Assinale a correta:

- (A) Todas as assertivas são verdadeiras.
- (B) Apenas a assertiva II é verdadeira.
- (C) Apenas a assertiva I é verdadeira.
- (D) Apenas as assertivas I e III são verdadeiras.

27. (MPE-MS – Promotor de Justiça Substituto – MPE-MS – 2018) Assinale a alternativa incorreta

- (A) A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.
- (B) O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente, independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca.
- (C) Parentes colaterais são legitimados ativos para a ação de anulação de adoção proposta após o falecimento do adotante, em virtude da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil declarada pelo Supremo Tribunal Federal.
- (D) Se, no curso da ação de adoção conjunta, um dos cônjuges desistir do pedido e outro vier a falecer sem ter manifestado inequívoca intenção de adotar unilateralmente, não poderá ser deferido ao interessado falecido o pedido de adoção unilateral *post mortem*.
- (E) Ante o abandono do adotando pelo pai biológico e o estabelecimento de relação paterno-filial (vínculo afetivo) entre adotante e adotando, a adoção de pessoa maior de idade não pode ser refutada sem apresentação de justa causa por parte do pai biológico.

28. (TJSP – 2004/2005 – Exame oral) É possível transação de alimentos?

Resposta: Não. Os alimentos, por envolverem direitos da personalidade, são intransacionáveis, eis que a transação somente pode dizer respeito a direitos patrimoniais puros (art. 841 do CC). Cabe somente a revisão dos alimentos, determinada pelo juiz, havendo ação específica para tanto.

GABARITO

01 – B	02 – A	03 – B
04 – A	05 – A	06 – C
07 – CERTO	08 – D	09 – C

10 – D	11 – C	12 – B
13 – C	14 – D	15 – D
16 – A	17 – CERTO	18 – C
19 – B	20 – A	21 – E
22 – C	23 – B	24 – A
25 – A	26 – A	27 – C



DO BEM DE FAMÍLIA

Sumário: 8.1 Introdução. O bem de família na perspectiva civil-constitucional – 8.2 O bem de família convencional ou voluntário – 8.3 Bem de família legal – 8.4 Resumo esquemático – 8.5 Questões correlatas – Gabarito.

8.1 INTRODUÇÃO. O BEM DE FAMÍLIA NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

De imediato, informa-se que o assunto *Bem de Família* será mais uma vez abordado neste volume da coleção, sendo certo que o tema já foi estudado no Volume 1. A nova abordagem tem razões didáticas e metodológicas. Isso porque o tema é tanto solicitado em provas de graduação e em concursos públicos em que o Direito de Família faz parte do programa do curso e do edital como naqueles em que o Direito de Família não consta desses.

Ainda, é importante frisar que a matéria do bem de família era tratada pelo Código Civil de 1916 em sua Parte Geral, e pelo Código Civil de 2002 em seu livro de Direito de Família. Desse modo, alguns programas de cursos e editais que ainda seguem a ordem do revogado diploma alocam o tema junto à Parte Geral e não junto ao Direito de Família.

Justificado o porquê de estarmos estudando novamente sobre o tema, é de se lembrar que o Código Civil de 2002 traz um capítulo específico a tratar dos direitos da personalidade, o que não constitui qualquer novidade. Na verdade, o previsto nos arts. 11 a 21 da atual codificação material apenas reafirma a proteção da pessoa natural consolidada na Constituição Federal, particularmente nos seus arts. 1.º a 5.º, que consagram, respectivamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade *lato sensu*, também denominado princípio da isonomia. Esses são os princípios do direito civil constitucional, *novo caminho hermenêutico*, de interpretação dos institutos privados a partir do Texto Maior e dos princípios constitucionais (cf. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas.. Temas....*, 2004, p. 1).

Pontue-se que esse caminho de interpretação constitucional foi confirmado pelo Novo Código de Processo Civil que, além de expressar a dignidade humana como norte de aplicação do ordenamento jurídico (art. 8.º), estabelece que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (art. 1.º do CPC/2015). Acreditamos que a aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas seja incrementada nos próximos anos, diante desses mandamentos legais.

Atualmente percebe-se que o rol dos direitos da personalidade ganha outro cunho, recebendo a matéria um tratamento específico em dispositivos legais que regulamentam direitos eminentemente patrimoniais. Na *IV Jornada de Direito Civil*, no ano de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 274, prevendo que os direitos da personalidade estão elencados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, constituindo expressão da *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, contida no art. 1.º, III, da CF/1988.

No que concerne a essa proteção, que coloca os direitos da personalidade e os direitos patrimoniais no mesmo plano, é consultada obrigatória todo o trabalho doutrinário construído pelo Ministro do STF Luiz Edson Fachin, na sua tão aclamada obra *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, em que é apontada a tendência de *repersonalização do Direito Civil*, de valorização da pessoa humana como cerne do

Direito Privado (2001).

Sobre o tema, ensina o Ministro Fachin que “a ‘repersonalização’ do Direito Civil recolhe, com destaque, a partir do texto constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana. Para bem entender os limites propostos à execução à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, têm sentido verificações preliminares. A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das ideias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a ideia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata” (*Estatuto...*, 2001, p. 190).

A proteção do *homestead*, do bem de família, está apontada por Luiz Edson Fachin, na obra transcrita, como precursora dessa *personalização*. O jurista ensina que a impenhorabilidade do bem de família legal constitui uma previsão do Código Civil, fora da codificação, um “oásis no meio do transcurso” (*Estatuto...*, 2001, p. 141-165).

Destaque-se que a proteção do bem de família legal, constante na Lei 8.009/1990, nada mais é do que a proteção do direito social e fundamental à moradia (art. 6.º da CF/1988), seguindo a tendência de valorização da pessoa, bem como a solidariedade estampada no art. 3.º, I, da CF/1988.

Na opinião deste autor, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado a tese do “patrimônio mínimo”, ao reconhecer que o imóvel em que reside pessoa solteira estaria protegido pela impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 (Súmula 364 do STJ).

Assim, como foi exposto no capítulo introdutório da presente obra, compreende-se que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento atual pelo qual a impenhorabilidade do bem de família não visa a proteger a família em si. O objetivo da proteção é a pessoa humana, a premente necessidade do direito à moradia. Nesse contexto, valoriza-se a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social,

seguindo a aqui já citada tendência de “repersonalização” do Direito Civil.

A doutrina contemporânea manifesta-se com concordância em relação a esse posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como fazem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. Para os juristas baianos, “o conceito legal de entidade familiar não poderia ser tão duro, sob pena de se coroarem injustiças”. Assim, seriam “inatacáveis as palavras do culto Min. Luiz Vicente Cernicchiaro: ‘... a Lei 8.009/1990 não está dirigida a um número de pessoas. Mas à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal’” (*Novo curso...*, 2003, p. 290-291).

Filia-se integralmente às palavras transcritas, em prol da proteção da pessoa, tendência do *Direito Civil Contemporâneo* que emerge à luz do direito civil constitucional. Há uma nova dimensão dada à ideia de patrimônio, com vistas à proteção da pessoa, que está no centro do Direito Privado. Nesse sentido é que se verifica a *despatrimonialização* e a *personalização*.

Ainda ilustrando a respeito da célebre tese, o patrimônio mínimo foi mencionado expressamente pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgado que reconheceu que a proteção da Lei 8.009/1990 pode ser estendida a imóveis de propriedade de pessoas jurídicas:

“Processual civil. Embargos de terceiro. Execução fiscal movida em face de bem servil à residência da família. Pretensão da entidade familiar de exclusão do bem da execução fiscal. Possibilidade jurídica e legitimidade para o oferecimento de embargos de terceiro. É bem de família o imóvel pertencente à sociedade, dès que o único servil à residência da mesma. *Ratio essendi* da Lei 8.009/90. 1. A Lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos

familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida *cum granu salis* pelas instâncias locais. 3. Aferida à sociedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*. 4. *In casu*, a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que ‘A impenhorabilidade da Lei n.º 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios’ (FACHIN, Luiz Edson. ‘Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo’, Rio de Janeiro, Renovar 2001, p. 154). 6. Em consequência ‘(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, devem beneficiar-se da impenhorabilidade legal.’ [grifo nosso] 7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela Constituição Federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela *causa petendi* eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso especial provido” (STJ, REsp 621399/RS 1.ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 19.04.2005, DJU 20.02.2006, p. 207).

A propósito, mais recentemente, seguindo a mesma trilha fundada no patrimônio mínimo, o Tribunal da Cidadania concluiu que “a impenhorabilidade do

bem de família no qual reside o sócio devedor não é afastada pelo fato de o imóvel pertencer à sociedade empresária” (STJ, EDcl no AREsp 511.486/SC, Rel. Min. Raul Araújo, j. 03.03.2016, *DJe* 10.03.2016, publicado no seu *Informativo* n. 579).

Tradicionalmente, o bem de família pode ser conceituado como o imóvel utilizado como residência da entidade familiar, decorrente de casamento, união estável, entidade monoparental ou outra manifestação familiar, protegido por previsão legal específica. Cite-se, nesse contexto, a proteção das uniões homoafetivas, várias vezes citada no presente livro.

A esse propósito, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, a respeito da proteção legal, que “Norma que não excepciona nenhum devedor, colhendo todos, seja solteiro, casado, concubinato, em união estável, heterossexual ou homoafetiva. A lei é a mesma para todos; todos são iguais perante ela. Arts. 5.º, *caput*, e 6.º da Constituição Federal. Direito social. Direito à moradia. Direito natural que deve ser preservado com a exclusão da interpretação restritiva para colher tão só o devedor casado, em afronta à interpretação teleológica do seu art. 1.º” (TJSP, Apelação Cível 991.07.058288-3, Acórdão 4610251, Boituva, 19.ª Câmara de Direito Privado, Rel Des. Conti Machado, j. 30.06.2010, *DJESP* 20.08.2010).

Duas são as formas de bem de família previstas no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, podem os cônjuges ou entidade familiar (famílias decorrentes do casamento, uniões estáveis entre homem e mulher, uniões homoafetivas ou famílias monoparentais e outras), mediante escritura pública ou testamento, destinar fração de seu patrimônio para instituir o *bem de família convencional* (arts. 1.711 a 1.722 do CC).

Além do bem de família convencional, a Lei 8.009/1990, baseada no trabalho acadêmico do Professor Álvaro Villaça Azevedo, nosso mestre na Faculdade de Direito da USP, dispõe sobre a impenhorabilidade do *bem de família legal*, que passou a ser o imóvel residencial (rural ou urbano) próprio do casal ou da entidade familiar, protegido pela impenhorabilidade, independentemente de inscrição no Registro de Imóveis (*proteção automática*). Originariamente, ensina o Professor do Largo de São Francisco que “pode-se dizer, seguramente, que o bem de família

nasceu com tratamento jurídico específico, na República do Texas, sendo certo que, no Direito Americano, desponta ele como uma pequena propriedade agrícola, residencial, da família, consagrada à proteção desta” (AZEVEDO, Álvaro Villaça *Bem de Família...*, 1974, p. 19). Trata-se da proteção do *homestead*, o que significa *local do lar*.

Passa-se à análise das duas formas de imóveis protegidos pela lei, desse *tratamento dualista* do ordenamento jurídico brasileiro.

8.2 O BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL OU VOLUNTÁRIO

A matéria antes estava prevista na Parte Geral do Código Civil de 1916 (arts 70 a 73), estando agora inserida no livro que trata do Direito de Família (arts. 1.711 a 1.722). Isso porque o instituto mantém relação direta com o direito familiar, sendo tendência da proteção dos direitos da personalidade, a partir de uma concepção social e axiológica.

O bem de família convencional ou voluntário pode ser instituído pelos cônjuges, pela entidade familiar ou por terceiro, mediante escritura pública ou testamento, não podendo ultrapassar essa reserva um terço do patrimônio líquido das pessoas que fazem a instituição (art. 1.711 do CC). O limite estabelecido pela legislação visa a proteger eventuais credores. Também pelo que consta da parte final desse dispositivo, o bem de família convencional não revogou o bem de família legal, coexistindo ambos em nosso ordenamento jurídico. No caso de instituição por terceiro, devem os cônjuges aceitar expressamente a instituição.

Deve-se ter em mente que as regras constantes do Código Civil não se aplicam, pelo menos a princípio, ao bem de família legal, tratado especificamente pela Lei 8.009/1990. Invocando o *diálogo das fontes*, o diálogo é de exclusão ou de coerência, ou seja, aplica-se uma lei ou outra.

Em verdade, a modalidade em estudo é de pouca relevância prática, até porque a Lei 8.009/1990 consagra a impenhorabilidade automática do imóvel destinado para residência da família ou da pessoa. Assim sendo, desnecessária se torna a instituição por escritura pública ou testamento, o que gera gastos, inclusive de registro do bem de

família. Ademais, como se verá, o bem de família voluntário tem o inconveniente de ser inalienável, além de ser impenhorável. Diante de sua pouca relevância, o Projeto de Lei conhecido como *Estatuto das Famílias* do IBDFAM pretende suprimir a categoria e o duplo tratamento, o que conta com o apoio deste autor.

Pois bem, lembra Rodrigo da Cunha Pereira que “as entidades familiares constitucionalizadas não são *numerus clausus*. Portanto, devem ser consideradas também as entidades unipessoais” (*Código Civil...*, 2004, p. 1.184). Isso justifica a possibilidade de instituição do bem de família voluntário por membros de outras manifestações familiares, caso da *família anaparental*, constituída por parentes que não são ascendentes e descendentes e até da *família homoafetiva*, entre pessoas do mesmo sexo.

Para que haja a proteção prevista em lei, é necessário que o bem seja imóvel residencial, rural ou urbano, incluindo a proteção a todos os bens acessórios que o compõem, caso, inclusive, das pertenças (art. 1.712 do CC). A proteção poderá ainda abranger valores mobiliários, cuja renda seja aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Constituindo novidade, pelo art. 1.713 do CC tais valores mobiliários não poderão exceder o valor do prédio instituído, diante da sua flagrante natureza acessória. Tais valores, ademais, devem ser individualizados no instrumento de instituição do bem de família convencional (art. 1.713, § 1.º, do CC). Se se tratar de títulos nominativos, a sua instituição como bem de família também deverá constar dos respectivos livros de registro (art. 1.713, § 2.º, do CC). Eventualmente, o instituidor da proteção pode determinar que a administração desses valores seja confiada a uma instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento das rendas a todos os beneficiários (art. 1.713, § 3.º, do CC). Em casos tais, a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras previstas para o contrato de depósito voluntário (arts. 627 a 646 do CC).

A instituição do bem de família convencional deve ser efetuada por escrito e registrada no Cartório de Registro de Imóveis do local em que o mesmo está situado (art. 1.714 do CC). Em todos os casos, pela regra especial e expressa do art. 1.711 do CC, há necessidade de escritura pública ou testamento, não importando o valor do

imóvel. Assim, não merecerá aplicação o art. 108 do CC, que dispensa a elaboração de escritura pública nos negócios envolvendo imóveis com valor igual ou inferior a trinta salários mínimos.

Com a instituição do bem de família convencional ou voluntário, o prédio se torna inalienável e impenhorável, permanecendo isento de execuções por dívidas posteriores à instituição. Entretanto, tal proteção não prevalecerá nos casos de dívidas com as seguintes origens (art. 1.715 do CC):

- a) dívidas anteriores à sua constituição, de qualquer natureza;
- b) dívidas posteriores, relacionadas com tributos relativos ao prédio, caso do IPTU (obrigações *propter rem* ou ambulatorias);
- c) despesas de condomínio (outra típica obrigação *propter rem* ou *ambulatorias*), mesmo posteriores à instituição.

Como se percebe, são apenas *três* as exceções à impenhorabilidade do bem de família convencional. Essas previsões não se confundem com as *sete* exceções previstas para a impenhorabilidade do bem de família legal, o que merece a devida atenção pelo intérprete.

Talvez no tratamento das exceções estivesse a única vantagem de constituição do bem de família em apreço. De toda sorte, a referida instituição teria o intuito de fraudar o sistema jurídico, estando carregado de ilicitude, por lesão à boa-fé e aos bons costumes (art. 187 do CC).

Também pode ser arguida eventual ilicitude por fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC), o que depende da análise do caso concreto. Cite-se, a título de exemplo, o devedor de alimentos que constitui bem de família voluntário, antes do inadimplemento da dívida, visando de forma premeditada à proteção de imóvel determinado, o que não pode prevalecer. Como se nota, a previsão da exceção dos alimentos consta apenas da Lei 8.009/1990, e não do Código Civil de 2002, o que abre margem para manobras jurídicas indesejadas. A penhora deve ser admitida, pois a proteção teve como objetivo fraudar a norma de ordem pública que consagra o dever alimentar, no caso o art. 1.694 do CC.

O parágrafo único do art. 1.715 do CC/2002 está em sintonia com a proteção da pessoa, estabelecendo que, no caso de execução dessas dívidas, o saldo existente deva ser aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, a não ser que motivos relevantes aconselhem outra solução, a critério do juiz.

A inalienabilidade, como regra geral, está prevista no art. 1.717 do CC, sendo somente possível a alienação do referido bem mediante consentimento dos interessados (membros da entidade familiar), e de seus representantes, ouvido o Ministério Público. Como fica claro pelo dispositivo, a possibilidade de alienação depende de autorização judicial, sendo relevantes os motivos para tanto. A alienação do bem de família voluntário ou convencional, não havendo preenchimento dos requisitos legais, é nula, por fraude à lei imperativa (art. 166, inc. VI, do CC).

Eventualmente, comprovada a impossibilidade de manutenção do bem de família convencional, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação real de bens que o constituam em outros, ouvido o instituidor e o Ministério Público. Trata-se de uma hipótese de dissolução judicial do bem protegido (art. 1.719 do CC). De acordo com a jurisprudência, havendo sub-rogação, os efeitos são produzidos após o registro da substituição e não da instituição do bem anterior (TJMG, Apelação Cível 1.0024.07.775606-2/0011, Belo Horizonte, 18. Câmara Cível, Rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 19.08.2008, *DJEMG* 29.08.2008).

No que concerne à sua administração, salvo previsão em contrário, cabe a ambos os cônjuges, sendo possível a intervenção judicial, em caso de divergência (art. 1.720 do CC). Esse comando legal, que constitui novidade, está em total sintonia com a igualdade consagrada no art. 226 da CF/1988 e no art. 1.511 do CC. Traz também uma tendência de *judicialização dos conflitos conjugais*, pois o juiz irá decidir sobre a questão que interessa aos membros da entidade familiar. É importante a constatação de que essa tendência não é a atual, de *fuga do Judiciário*, o que pode ser captado pela leitura do Novo Código de Processo Civil, pela valorização da *desjudicialização* em vários de seus comandos.

No caso de falecimento de ambos os cônjuges, a administração caberá ao filho

mais velho, se este for maior. Caso contrário, a administração caberá a seu tutor (art. 1.720, parágrafo único, do CC).

A instituição dura até que ambos os cônjuges faleçam, sendo que, se restarem filhos menores de 18 anos, mesmo falecendo os pais, a instituição perdura até que todos os filhos atinjam a maioridade (art. 1.716 do CC). Mais uma vez se percebe a intenção do legislador de proteger a célula familiar. Todavia, a extinção do bem de família convencional não afasta a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990.

A dissolução da sociedade conjugal, seja por separação, divórcio, morte, inexistência, nulidade ou anulabilidade do casamento, não extingue o bem de família convencional. Dissolvida a sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção da proteção, se for o único bem do casal. É essa a redação do art. 1.721 do CC. É de se concordar com Rodrigo da Cunha Pereira quando lembra que tal dispositivo também se aplica, igualmente, aos conviventes, ou outras entidades familiares (*Código Civil...*, 2004, p. 1.189).

Porém, mais uma vez, a extinção do bem de família voluntário ou convencional não afasta a proteção da lei específica. Atualizando a obra, fica em dúvida a eficácia do dispositivo quando faz menção à separação jurídica e à correspondente dissolução da sociedade conjugal, eis que a *Emenda do Divórcio* (Emenda Constitucional 66/2010) extingue todas as modalidades de separação jurídica, incluindo a separação judicial e a extrajudicial, na opinião deste autor. No mesmo sentido é o parecer de Paulo Lôbo, com menção expressa ao comando relativo ao bem de família (LÔBO Paulo. Divórcio... Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 11 fev. 2010). Reafirme-se que essa nossa posição é mantida mesmo tendo o Novo CPC tratado da separação jurídica ou de direito em vários de seus comandos.

Por fim, determina o art. 1.722 do CC que se extingue o bem de família convencional com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos à curatela. Pela terceira vez, anote-se que essa extinção não impede a aplicação da proteção constante da Lei 8.009/1990, sobre a qual se começa a tratar.

8.3 BEM DE FAMÍLIA LEGAL

A Lei 8.009/1990 traça as regras específicas quanto à proteção do bem de família legal, prevendo o seu art. 1.º que “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas na lei”. Trata-se de importante norma de ordem pública que protege tanto a família quanto a pessoa humana.

Isso justifica a Súmula 205 do STJ, segundo a qual a Lei 8.009/1990 tem eficácia retroativa, atingindo as penhoras constituídas antes da sua entrada em vigor. A hipótese é do que denominamos *retroatividade motivada ou justificada*, em prol das normas de ordem pública, justificadas na *justiça social* e na dignidade humana.

Sendo norma de ordem pública, cabe o reconhecimento de ofício dessa impossibilidade de penhora (entre os numerosos julgados: STJ, AgRg no AREsp 140.598/SP, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24.06.2014, *DJe* 01.08.2014; TJDF, Recurso 2012.00.2.001863-5, Acórdão 584.350, 3.ª Turma Cível Rel. Des. Mario-Zam Belmiro, *DJDFTE* 11.05.2012, p. 157; TJRS, Agravo de Instrumento 185133-28.2011.8.21.7000, Porto Alegre, 1.ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, j. 20.07.2011, *DJERS* 23.08.2011; TJMG, Apelação Cível 5393636-72.2008.8.13.0702, Uberlândia, 6.ª Câmara Cível, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. 09.11.2010, *DJEMG* 19.11.2010; TJSP, Apelação sem Revisão 772.559.5/4, Acórdão 3237978, São Bernardo do Campo, 15.ª Câmara de Direito Público B, Rel. Des. Paulo Roberto Fadigas Cesar, j. 15.08.2008, *DJESP* 01.10.2008; TJSP, Apelação 1104728-2, Acórdão 2723519, Barretos, 15.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Edgard Jorge Lauand, j. 08.07.2008, *DJESP* 06.08.2008 e TRT 9.ª R., Proc. 17606-2001-651-09-00-6, Ac. 34972-2007, Seção Especializada Rel. Des. Marlene Teresinha Fuverki Suguiumatsu, *DJPR* 27.11.2007).

De toda sorte, nos termos do Novo CPC, antes do conhecimento de ofício, o julgador deve ouvir as partes, instaurando o contraditório. Como é notório, o art. 10 do CPC/2015 veda as chamadas *decisões-surpresa* em prol da boa-fé objetiva

processual, estabelecendo que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Ato contínuo de estudo, antes de arrematação do bem, a alegação de impenhorabilidade cabe por simples petição, não sendo o caso de preclusão processual (STJ, AgRg no REsp 292.907/RS, 3.^a Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 18.08.2005, *DJ* 12.09.2005, p. 314). Como se percebe, a jurisprudência nacional vem entendendo que o bem de família legal acaba por quebrar alguns paradigmas processuais, premissa que deve ser mantida com a emergência do Novo CPC, especialmente pela regra contida no seu art. 8.^o, que determina ao julgador levar em conta a dignidade da pessoa humana ao aplicar o ordenamento jurídico. Ora, reafirme-se que uma das aplicações desse princípio constitucional nas relações privadas diz respeito à proteção do bem de família.

Em regra, a impenhorabilidade somente pode ser reconhecida se o imóvel for utilizado para residência ou moradia permanente da entidade familiar, não sendo admitida a tese do simples domicílio (art. 5.^o, *caput*, da Lei 8.009/1990). O Superior Tribunal de Justiça, contudo, vem entendendo que, no caso de locação do bem, utilizada a renda do imóvel para a manutenção da entidade familiar, a proteção permanece, conforme o teor da ementa a seguir transcrita:

“Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Bem de família. Locação a terceiros. Renda que serve a aluguel de outro que serve de residência ao núcleo familiar. Constrição. Impossibilidade. Lei 8.009/1990, art. 1.^o. Exegese. Súmula 7-STJ. I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado. II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula 7 do STJ. III. Agravo improvido” (STJ, AGA 385692/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 09.04.2002, *DJ* 19.08.2002, p. 177. Veja: STJ, REsp 114.119/RS

302.781/SP, 159.213/ES (RDR 15/385) e 183.042/AL).

Filia-se plenamente ao julgado transcrito, pois, na verdade, ele nada mais faz do que proteger a moradia de forma indireta, conforme ordena o art. 6.º da CF/1988. A situação pode ser denominada como do *bem de família indireto*. A questão consolidou-se de tal forma que, em 2012, foi editada a Súmula 486 do STJ, *in verbis*: “É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família”. Ato contínuo, entendeu-se, ainda, que a premissa igualmente vale para o caso de único imóvel do devedor que esteja em usufruto, para destino de moradia de sua mãe, pessoa idosa (STJ, REsp 950.663/SC, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.04.2012). No último *decisum*, além da proteção da moradia, julgou-se corretamente com base no sistema de tutela constante do Estatuto do Idoso.

Tal tendência de ampliação da tutela da moradia também pode ser retirada de aresto mais recente, publicado no *Informativo* n. 543 do STJ, de 2014, ao deduzir que “constitui bem de família, insuscetível de penhora, o único imóvel residencial do devedor em que resida seu familiar, ainda que o proprietário nele não habite”. Nos termos da publicação desse acórdão, que conta com o total apoio deste autor, “deve ser dada a maior amplitude possível à proteção consignada na lei que dispõe sobre o bem de família (Lei 8.009/1990), que decorre do direito constitucional à moradia estabelecido no *caput* do art. 6.º da CF, para concluir que a ocupação do imóvel por qualquer integrante da entidade familiar não descaracteriza a natureza jurídica do bem de família” (STJ, EREsp 1.216.187/SC, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 14.05.2014). O excelente julgado menciona, ainda, a proteção constitucional da família, encartada no art. 226, *caput*, do mesmo Texto Maior.

Na mesma esteira, igualmente dando uma interpretação extensiva à tutela da moradia, entende o Tribunal da Cidadania que “o fato do terreno encontrar-se desocupado ou não edificado são circunstâncias que sozinhas não obstam a qualificação do imóvel como bem de família, devendo ser perquirida, caso a caso, a finalidade a este atribuída” (tese número 10, publicada na ferramenta *Jurisprudência em Teses*, Edição n. 44). Trata-se do que se pode denominar *bem de família vazio*.

A análise de um dos acórdãos que gerou a afirmação jurisprudencial resumida merece ser depurada. Nos termos do julgamento constante do Recurso Especial 825.660/SP, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 1.º.12.2009, “ocorreram danos no imóvel causados pelo transbordamento das águas da rede de águas pluviais. A referida ação foi julgada procedente, e a Prefeitura Municipal de Osasco foi condenada: a) a providenciar o desvio da rede canalizada e a reparar o imóvel; b) a reembolsar despesas com correspondências e aluguéis; e c) a pagar danos morais. A impenhorabilidade do bem de família serve para assegurar a propriedade da residência da entidade familiar de modo a assegurar-lhe uma existência digna. Verifica-se, no caso, que os devedores tiveram que desocupar o imóvel em razão do dano causado por fato de terceiro que o tornou inabitável. Ora, não se pode afastar a impenhorabilidade do imóvel em razão de os devedores nele não residirem por absoluta ausência de condições de moradia. A parte recorrida não teve opção. A desocupação do imóvel era medida que se impunha. Não pode agora os devedores sofrerem a perda de seu único imóvel residencial, quando já estão sendo privados de utilizá-lo em razão de fato de terceiro. Assim, incabível a penhorabilidade de imóvel, quando os devedores, por fato alheio a sua vontade, deixam de nele residir em razão da falta de serviço estatal”.

De fato, não se pode impor a penhorabilidade em casos semelhantes ou próximos ao do julgamento, pois o fato de o imóvel encontrar-se vazio, desocupado, inabitado, não é imputável à conduta do devedor, mas a ato ou omissão da administração pública. Sendo assim, a impenhorabilidade é medida que se impõe, com vistas à proteção de um direito à moradia potencial, que se encontra dormente no momento da discussão da penhora, mas que pode voltar a ter incidência concreta a qualquer momento.

Como outra hipótese de interpretação extensiva da norma jurídica para a tutela da moradia, o Superior Tribunal de Justiça concluiu ser impenhorável o imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, em financiamento que ainda está sendo pago pelo devedor. Nos seus termos, que contam com o meu apoio:

“A regra da impenhorabilidade do bem de família legal também abrange o

imóvel em fase de aquisição, como aqueles decorrentes da celebração do compromisso de compra e venda ou do financiamento de imóvel para fins de moradia, sob pena de impedir que o devedor (executado) adquira o bem necessário à habitação da entidade familiar. Na hipótese, tratando-se de contrato de alienação fiduciária em garantia, no qual, havendo a quitação integral da dívida, o devedor fiduciante consolidará a propriedade para si, deve prevalecer a regra de impenhorabilidade” (STJ, REsp 1.677.079/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 25.09.2018, *DJe* 01.10.2018).

Seguindo no estudo do tema, a residência da entidade familiar pode ser comprovada pela juntada de comprovantes de pagamento de contas de água, luz, gás e telefone, sendo certo que outros meios probatórios podem conduzir o magistrado ao reconhecimento da penhorabilidade ou não (TJRS, AC 70006884670, Torres, 18.ª Câmara Cível, Rel. Des. Mario Rocha Lopes Filho, j. 11.12.2003).

Consigne-se que o STJ tem entendimento reiterado, segundo o qual é irrelevante o valor do bem para a devida proteção. Todavia, conclui-se pela possibilidade de penhora parcial do imóvel em casos de bem de alto valor, desde que possível o seu desmembramento. Por todas as decisões, transcreve-se a seguinte, publicada no *Informativo* n. 455 daquele Tribunal Superior:

“Bem de família. Elevado valor. Impenhorabilidade. A Turma, entre outras questões, reiterou que é possível a penhora de parte ideal do imóvel caracterizado como bem de família quando for possível o desmembramento sem que, com isso, ele se descaracterize. Contudo, para que seja reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, de acordo com o art. 1.º da Lei n. 8.009/1990, basta que o imóvel sirva de residência para a família do devedor, sendo irrelevante o valor do bem. O referido artigo não particulariza a classe, se luxuoso ou não, ou mesmo seu valor. As exceções à regra de impenhorabilidade dispostas no art. 3.º da referida lei não trazem nenhuma indicação no que se refere ao valor do imóvel. Logo, é irrelevante, para efeito de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto

padrão. Assim, a Turma conheceu em parte do recurso e, nessa extensão, deu-lhe provimento. Precedentes citados: REsp 326.171/GO, *DJ* 22.10.2001; REsp 139.010/SP, *DJ* 20.05.2002, e REsp 715.259/SP, *DJe* 09.09.2010” (STJ, REsp 1.178.469/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 18.11.2010).

De toda sorte, em setembro de 2016, o Ministro Luis Felipe Salomão levantou divergência sobre essa posição anterior da Corte, quando do julgamento do Recurso Especial 1.351.571/SP. Segundo o julgador, “o princípio da isonomia se vê afrontado por situação que privilegia determinado sujeito sem a corresponde razão que justifica esse privilégio. A questão exige muito mais que a simples interpretação literal da norma legal”. E mais: “a proposta é de afastamento da absoluta impenhorabilidade, e da possibilidade de ser afastada diante do caso concreto e da ponderação dos direitos em jogo. Não a imposição de nova sistemática. Se o objetivo da lei é garantir a dignidade humana e direito à moradia, acaso deferida, os bens jurídicos manterão incólumes. Ela continua morando em local com dignidade, superior à média”.

Todavia, por maioria, o Tribunal da Cidadania acabou por confirmar a posição anterior, tendo votado pela manutenção da impenhorabilidade do bem de família de alto valor os Ministros Marco Buzzi, Raúl Araújo, Maria Isabel Gallotti e Antonio Carlos Ferreira.

No caso de a pessoa não ter imóvel próprio, a impenhorabilidade recai sobre os bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam da propriedade do locatário (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990).

Por outra via, os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos estão excluídos da impenhorabilidade (art. 2.º). Em complemento à previsão dos veículos de transporte, o STJ editou no ano de 2010 a Súmula 449, prevendo que “a vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família para efeito de penhora”. A ementa merece críticas, pois, diante do *princípio da gravitação jurídica* (o acessório segue o principal), se a impenhorabilidade atinge o imóvel, do mesmo modo deve atingir a vaga de garagem. Em reforço, lembre-se que a falta de vaga de garagem pode tirar a *funcionalidade* do imóvel, caso de um apartamento localizado em uma grande cidade. Além disso, a

sumular dá uma interpretação restritiva à proteção da moradia, na contramão de todos os arestos antes destacados, que seguem o caminho totalmente inverso.

Nos casos de imóvel locado, a impenhorabilidade atinge também os bens móveis do locatário, quitados, que guarneçam a sua residência (art. 2.º, parágrafo único, da lei específica). Leciona Theotonio Negrão que, de acordo com a Lei 8.009/1990, a jurisprudência tem considerado impenhoráveis, quando guarnecem a residência do devedor, os seguintes bens: aparelhos de som e de televisão; armários de cozinha; dormitório; estofados; fogão; *freezer* e geladeira; guarda-roupas; jogo de jantar; máquina de lavar louças e roupas; passadora e secadora de roupas; micro-ondas, microcomputador, teclado musical (*Código de Processo Civil...*, 39. ed., 2007, p. 1.310).

Por outro lado, são considerados penhoráveis: aparelho de ar-condicionado, telefone sem fio, filmadora, máquina fotográfica, aparelhos elétricos e eletrônicos sofisticados, bicicletas e piscina de fibra de vidro. Alguns desses bens são reputados como *bens suntuosos* pela jurisprudência.

Os posicionamentos jurisprudenciais variam de Tribunal a Tribunal. De qualquer forma, as referências do saudoso processualista paulista servem como base segura, inclusive porque a sua obra é usualmente utilizada pelos magistrados.

Em complemento sobre o tema, o que se deve levar em conta, em todos os casos, é a manutenção de um padrão normal no nível de vida. Nesse sentido, cabe destacar a premissa número 3, publicada na Edição n. 44 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ: “A proteção contida na Lei n. 8.009/1990 alcança não apenas o imóvel da família, mas também os bens móveis indispensáveis à habitabilidade de uma residência e os usualmente mantidos em um lar comum”.

Nos termos de um dos precedentes que gerou a tese, “o aparelho de televisão e outros utilitários da vida moderna atual, em regra, são impenhoráveis quando guarnecem a residência do devedor, exegese que se faz do art. 1.º, parágrafo único, da Lei n. 8.009/90” (STJ, (REsp 875.687/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 09.08.2011, *DJe* 22.08.2011). Ou ainda, também servindo como ilustração, tratando da possibilidade de penhora de bens que estão em duplicidade: “Os bens que

guarnecem a residência são impenhoráveis, a teor da disposição da Lei 8.009/90, excetuando-se aqueles encontrados em duplicidade, por não se tratar de utensílios necessários à manutenção básica da unidade familiar” (STJ, AgRg no REsp 606.301/RJ, 4.^a Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 27.08.2013, *DJe* 19.09.2013).

Pois bem, o art. 3.º da Lei 8.009/1990 consagra exceções à impenhorabilidade, a saber, de forma detalhada, atualizada e comentada:

- a) O inciso I do preceito tratava dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Aqui, deveriam ser incluídos os empregados domésticos e empregados da construção civil, no caso de aumento da área construída do imóvel, desde que houvesse vínculo de emprego. Não havendo tal vínculo, o STJ já entendeu que a exceção não se aplicaria: “Processual civil. Bem impenhorável. Artigo 3.º, inciso I, da Lei 8.009/1990. Mão de obra empregada na construção de obra. Interpretação extensiva. Impossibilidade. A impenhorabilidade do bem de família, oponível na forma da lei à execução fiscal previdenciária, é consectário do direito social à moradia. Consignada a sua eminência constitucional, há de ser restrita a exegese da exceção legal. Consectariamente, não se confundem os serviços da residência, com empregados eventuais que trabalham na construção ou reforma do imóvel, sem vínculo empregatício, como o exercido pelo diarista, pedreiro, eletricista, pintor, vale dizer, trabalhadores em geral. A exceção prevista no artigo 3.º, inciso I, da Lei 8.009, de 1990, deve ser interpretada restritivamente. Em consequência, na exceção legal da ‘penhorabilidade’ do bem de família não se incluem os débitos previdenciários que o proprietário do imóvel possa ter, estranhos às relações trabalhistas domésticas (STJ, REsp 644.733/SC, 1. Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 20.10.2005, *DJ* 28.11.2005, p. 197). Cabe destacar que esse dispositivo foi revogado expressamente pelo art. 46 da Lei Complementar 105/2015, que regulamentou os direitos trabalhistas dos trabalhadores domésticos.

Na opinião deste autor, a inovação veio em boa hora, pois a tutela da moradia deve, de fato, prevalecer sobre os créditos trabalhistas de qualquer natureza.

- b) Pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos decorrentes do contrato. A exceção se justificaria pelo fato de a dívida ter origem na própria existência da coisa.
- c) Pelo credor de pensão alimentícia, seja ela decorrente de alimentos convencionais, legais (de Direito de Família) ou indenizatórios (nos termos do art. 948, II, do CC). A respeito dos alimentos indenizatórios como exceção à proteção do bem de família, do STJ, veja-se: AgRg-Ag 772.614/ MS, 3.^a Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 13.05.2008, *DJE* 06.06.2008; e REsp 1.186.228/RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 04.09.2012, publicado no seu *Informativo* n. 503. Cumpre anotar, ainda, que o STJ não inclui entre tais débitos alimentares os honorários advocatícios, conforme se extrai de julgado publicado no seu *Informativo* n. 469, de abril de 2011 (STJ, REsp1.1826.108/MS, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 12.04.2011). Mais uma vez atualizando a obra, esse inciso foi alterado pela Lei 13.144, de 6 de julho de 2015, passando a mencionar a proteção dos direitos, sobre o bem de família, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida. Em suma, em casos tais as dívidas alimentares não tem o condão de quebrar a impenhorabilidade do bem de família. Fica em xeque a necessidade da nova lei, pois essa proteção da meação do cônjuge e do companheiro já era retirada das regras relativas ao regime de bens.
- d) Para a cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em relação ao imóvel familiar. Quando há menção às contribuições relativas ao imóvel, segundo a remota jurisprudência superior, estão incluídas as dívidas decorrentes do condomínio, eis que esse inciso trata das obrigações *propter rem* ou ambulatorias (*RSTJ*

107/309). Esse entendimento foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o caso é de *interpretação declarativa* e não extensiva: “Bem de Família: Despesas Condominiais e Penhorabilidade A Turma negou provimento a recurso extraordinário em que se sustentava ofensa aos artigos 5.º, XXVI, e 6.º, ambos da CF, sob a alegação de que a penhorabilidade do bem de família prevista no art. 3.º, IV, da Lei 8.009/1990 não compreenderia as despesas condominiais (‘Art. 3.º: A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:... IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar’). Entendeu-se que, no caso, não haveria que se falar em impenhorabilidade do imóvel, uma vez que o pagamento de contribuição condominial (obrigação *propter rem*) é essencial à conservação da propriedade, isto é, à garantia da subsistência individual e familiar – dignidade da pessoa humana. Asseverou-se que a relação condominial tem natureza tipicamente de uma relação de comunhão de escopo, na qual os interesses dos contratantes são paralelos e existe identidade de objetivos, em contraposição à de intercâmbio, em que cada parte tem por fim seus próprios interesses, caracterizando-se pelo vínculo sinalagmático” (STF, RE 439.003/SP, Rel. Eros Grau, j. 06.02.2007, *Informativo* n. 455, 14 de fevereiro de 2007). Realmente, se o caso fosse de interpretação extensiva, a exceção não se aplicaria, pois não se pode sacrificar a moradia, valor constitucional, com tal técnica de interpretação. Nessa trilha, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a exceção não se aplica no caso de dívidas de associações de moradores em condomínios fechados de casas, hipótese não abarcada na previsão em comento, não cabendo a ampliação do texto legal em casos tais, até porque a norma é de exceção (STJ, REsp 1.324.107/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.11.2012, publicado no seu *Informativo* n. 510). Porém, ainda mais recentemente, entendeu-se na Corte que o bem de família dos condôminos deve responder por dívidas relativas à

responsabilidade civil do condomínio, quando este último não tiver bens suficientes para a satisfação da obrigação. Nos termos do aresto, que cita este autor, “as despesas condominiais, inclusive as decorrentes de decisões judiciais, são obrigações *propter rem* e, por isso, será responsável pelo seu pagamento, na proporção de sua fração ideal, aquele que detém a qualidade de proprietário da unidade imobiliária ou seja titular de um dos aspectos da propriedade (posse, gozo, fruição), desde que tenha estabelecido relação jurídica direta com o condomínio, ainda que a dívida seja anterior à aquisição do imóvel. Portanto, uma vez ajuizada a execução em face do condomínio, se inexistente patrimônio próprio para satisfação do crédito, podem os condôminos ser chamados a responder pela dívida, na proporção de sua fração ideal. O bem residencial da família é penhorável para atender às despesas comuns de condomínio, que gozam de prevalência sobre interesses individuais de um condômino, nos termos da ressalva inserta na Lei n. 8.009/1990 (art. 3º, IV)” (STJ, REsp 1.473.484/RS, 4.^a Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.06.2018, *DJe* 23.08.2018).

- e) Para a execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar. O STJ tem afastado a penhora do bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro da entidade familiar, visando a garantir dívida de sua empresa individual e apenas no seu interesse: “Agravo regimental. Bem de família. Impenhorabilidade. Dívida contraída pela empresa familiar. A exceção do inciso V do art. 3.º da Lei 8.009/1990 deve se restringir às hipóteses em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso sob apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag 597.243/GO, 4.^a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 03.02.2005, *DJ* 07.03.2005, p. 265). A interpretação, assim, é que a exceção somente se aplica se a hipoteca for constituída no interesse de ambos os cônjuges ou

de toda a entidade familiar. Na mesma linha, a Corte Superior, dando interpretação restritiva à exceção, concluiu que a norma não alcança os casos em que a pequena propriedade rural é dada como garantia de dívida. Sustentou-se que tal propriedade encontra proteção contra a penhora no art. 5.º, inc. XXVI, da CF/1988, dispositivo que deve prevalecer na espécie, não sendo o caso de incidir a norma excepcional ora em estudo (STJ, REsp 1.115.265/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 24.04.2012, *Informativo* n. 496). Para o mesmo STJ, a exceção aplica-se mesmo se a hipoteca não estiver registrada: “a ausência de registro da hipoteca em cartório de registro de imóveis não afasta a exceção à regra de impenhorabilidade prevista no art. 3.º, V, da Lei n. 8.009/1990, a qual autoriza a penhora de bem de família dado em garantia hipotecária na hipótese de dívida constituída em favor de entidade familiar”. Isso porque, “se a ausência de registro da hipoteca não a torna inexistente, mas apenas válida *inter partes* como crédito pessoal, a ausência de registro da hipoteca não afasta a exceção à regra de impenhorabilidade prevista no art. 3.º, V, da Lei n.º 8.009/1990” (STJ, REsp 1.455.554/RN, Rel. Mir João Otávio de Noronha, j. 14.06.2016, *DJe* 16.06.2016, publicado no seu *Informativo* n. 585). De todo modo, se a hipoteca for dada em garantia de dívida de pessoa jurídica da qual ambos os cônjuges são os únicos sócios, presume-se o interesse de ambos no gravame, aplicando-se a exceção. Em resumo, consolidou-se na Segunda Seção do Tribunal da Cidadania que: “a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos” (STJ, EAREsp 848.498/ PR, 2.ª Seção, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.04.2018, *DJe* 07.06.2018).

- f) No caso de o imóvel ter sido adquirido como produto de crime ou para a

execução de sentença penal condenatória de ressarcimento, indenização (inclusive por ato ilícito ou abuso de direito) ou perdimento de bens. Consigne-se que, conforme decisões anteriores do STJ, haveria a necessidade de uma expressa e prévia sentença penal condenatória para que a indenização por ato ilícito quebre com a proteção do bem de família (por todas: STJ, REsp 711.889/ PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 22.06.2010, *Informativo* n. 440 do STJ). Todavia, em 2016 foi publicado *decisum* em sentido diverso quanto ao bem adquirido como produto de crime, deduzindo que, “à incidência da norma inserta no inciso VI do art. 3.º da Lei n.º 8.009/1990, isto é, da exceção à impenhorabilidade do bem de família em virtude de ter sido adquirido com o produto de crime, forçoso reconhecer a dispensa de condenação criminal transitada em julgado, porquanto inexistente determinação legal neste sentido. Afinal, caso fosse a intenção do legislador exigir sentença penal condenatória para a exceção prevista na primeira parte do inciso VI, teria assim feito expressamente, como o fez com a segunda parte do referido dispositivo. Logo, não havendo determinação expressa na lei no sentido de que a exceção (bem adquirido com produto de crime) exija a existência de sentença penal condenatória, temerário seria adotar outra interpretação, sob pena de malograr o propósito expressamente almejado pela norma, direcionado a não estimular a prática ou reiteração de ilícitos. Assim, o cometimento de crime e o fato de o imóvel ter sido adquirido com seus proveitos é suficiente para afastar a impenhorabilidade do bem de família” (STJ, REsp 1.091.236/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 15.12.2014, *DJe* 1.º.02.2016).

- g) Por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação de imóvel urbano, exceção que foi introduzida pelo art. 82 da Lei 8.245/1991.

Em relação a essa última exceção (art. 3.º, inc. VII, da Lei 8.009/1990) sempre divergiram doutrina e jurisprudência a respeito de sua suposta

inconstitucionalidade. Contudo, sempre prevaleceu no Superior Tribunal de Justiça, salvo alguns poucos julgados, o entendimento pela penhorabilidade, tese também acolhida em São Paulo pelo extinto Segundo Tribunal de Alçada Civil em sua maioria. Nesse sentido, vale transcrever:

“Locação. Fiança. Penhora. Bem de família. Sendo proposta a ação na vigência da Lei 8.245/1991, válida é a penhora que obedece seus termos, excluindo o fiador em contrato locatício da impenhorabilidade do bem de família. Recurso provido” (STJ, REsp 299663/RJ, 5.^a Turma, Rel. Min. Feli Fischer, j. 15.03.2001, *DJ* 02.04.2001, p. 334).

“Execução. Penhora. Bem de família. Fiador. Inconstitucionalidade do art 3.º, inciso VII, da Lei 8.009/1990. Não reconhecimento. Não é inconstitucional a exceção prevista no inciso VII do art. 3.º, da Lei 8.009/1990, que autorizou a penhora do bem de família para a satisfação de débitos decorrentes de fiança locatícia” (2.º TACSP, Ap. c/ Rev. 656.658-00/9, 1.^a Câ., Rel. Juiz Vanderci Álvares, j. 27.05.2003, Anotação no mesmo sentido: *JTA (LEX)* 149/297, AI 496.625-00/7, 3.^a Câ., Rel. Juiz João Saletti, j. 23.09.1997, Ap. c/ Rev. 535.398-00/1, 3.^a Câ., Rel. Juiz João Saletti, j. 09.02.1999, Ap. c/ Rev. 537.004-00/2, 4.^a Câ., Rel. Juiz Mariane Siqueira, j. 15.06.1999, Ap. c/ Rev. 583.955-00/9, 12.^a Câ., Rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 29.06.2000, Ap. c/ Rev. 593.812-00/1, 10.^a Câ., Rel. Juiz Soares Levada, j. 07.02.2001, Ap. c/ Rev. 605.973-00/3, 8.^a Câ., Rel. Juiz Renzo Leonardi, j. 26.04.2001, Ap. c/ Rev. 621.136-00/1, 10.^a Câ., Rel. Juiz Irineu Pedrotti, j. 12.12.2001, Ap. c/ Rev. 621.566-00/7, 10.^a Câ., Rel. Juiz Soares Levada, j. 12.12.2001, AI 755.476-00/1, 6.^a Câ., Rel. Juiz Lino Machado, j. 16.10.2002, Ap. c/ Rev. 628.400-00/7, 3.^a Câ., Rel. Juiz Ferraz Felisardo, j. 26.11.2002, Ap. c/ Rev. 760.642-00/0, 9.^a Câ., Rel. Juiz Claret de Almeida, j. 27.11.2002, AI 777.802-00/4, 3.^a Câ., Rel. Juiz Ribeiro Pinto, j. 11.02.2003, AI 780.849-00/0, 12.^a Câ., Rel. Juiz Arantes Theodoro, j. 27.02.2003).

Contudo, parte da doutrina, principalmente formada por civilistas da nova geração, sustenta ser essa previsão inconstitucional, por violar a isonomia. Isso porque o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra, devedor subsidiário) pode suportar a constrição.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho assim concluem, sustentando que: “À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5.º da CF, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação” (*Novo...*, 2003, v. I, p. 289). No mesmo sentido, esse é o posicionamento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvale (Direito civil... *Teoria geral...*, 2006, p. 357). Mais uma vez filia-se a essa tese minoritária, que, infelizmente, não prevalece em nossos tribunais.

Mas esse entendimento minoritário foi reconhecido pelo Ministro Carlos Velloso, ora aposentado, em decisão monocrática pronunciada em sede de recurso extraordinário em curso perante o Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

“Em trabalho doutrinário que escrevi ‘Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil’, texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.03.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6.º, CF, é um direito fundamental de 2.ª geração – direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000”.

O bem de família – a moradia do homem e sua família – justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/1990, art. 1.º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei

8.245, de 1991, inciso VII do art. 3.º, feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo do inciso VII do art. 3.º, acrescentado pela Lei 8.245/1991, não foi recebido pela EC 26, de 2000” (STF, RE 352940/SP Rel. Min. Carlos Velloso, j. 25.04.2005, pendente de publicação).

Portanto, a tese defendida já na primeira edição do Volume 1 desta coleção ganhou força, tendo sido a questão amplamente discutida no meio jurídico nacional no ano de 2005. Vale citar que há julgado do TJSP adotando parcialmente a tese, entendendo que o imóvel de residência do fiador, no caso de fiança prestada em locação não residencial, não pode ser penhorado (Processo 789.652.0/6. Rel. Des. Lino Machado, decisão de 2005).

Esclareça-se que o principal argumento para a inconstitucionalidade do dispositivo é a lesão à isonomia e à proporcionalidade. O fiador perde o bem de família e, em direito de regresso, não conseguirá penhorar o imóvel de residência do locatário, que é o devedor principal.

Mas, infelizmente, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou a questão no dia 8 de fevereiro de 2006. Por maioria de votos, o STF entendeu ser constitucional a previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990. Segundo o relator da decisão, Ministro Cezar Peluso, a lei do bem de família é clara ao prever a possibilidade de penhora do imóvel de residência de fiador de locação de imóvel urbano, sendo esta regra inafastável. Entendeu, ainda, que a pessoa tem plena liberdade de querer ou não assumir a condição de fiadora, devendo subsumir a norma infraconstitucional se assim o faz, não havendo qualquer lesão à isonomia constitucional. Por fim, alegou que a norma protege o mercado imobiliário, devendo ainda ter aplicação, nos termos do art. 170 da CF/1988. Votaram com ele os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

A votação não foi unânime, pois entenderam pela inconstitucionalidade os Ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Mello. Em seu voto, o Ministro Eros Grau ressaltou a grande preocupação dos civilistas em defender os preceitos

constitucionais, o que é o nosso caso, apontando que a previsão do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 viola a isonomia constitucional. Isso, vale repetir, porque a fiança é um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

Resumindo, o debate jurídico parece ter sido encerrado com a decisão do STF, cuja ementa é a seguinte:

“Fiador. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6.º da CF. Constitucionalidade do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990, com a redação da Lei 8.245/1991. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3.º, VII, da Lei 8.009 de 23 de março de 1990, com a redação da Lei 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6.º da Constituição da República” (STF, RE 407688/SP, São Paulo, Recurso Extraordinário, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 08.02.2006).

Ledo engano. Não se deve entender dessa forma, o que pode ser percebido pela divergência gerada no próprio STF. Em reforço, cumpre destacar que existem proposições legislativas de revogação do inc. VII do art. 3.º da Lei 8.009/1990, norma essa que é totalmente incompatível com a Constituição Federal.

Ademais, não obstante a decisão do STF, alguns Tribunais Estaduais, caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, têm entendido pela inconstitucionalidade da previsão, pela flagrante lesão à isonomia e à proteção da moradia. Cumpre destacar essa corajosa decisão:

“Agravado de instrumento. Embargos à execução julgados improcedentes. Apelação. Efeito suspensivo. Penhora. Imóvel do fiador. Bem de família. Direito à moradia. Violação aos princípios da dignidade humana e igualdade. Irrenunciabilidade. A partir da Emenda Constitucional 26/2000, a moradia foi

elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Em respeito ao princípio da igualdade, deve ser assegurado tanto ao devedor fiador quanto ao devedor principal do contrato de locação o direito à impenhorabilidade do bem de família. Por tratar-se de norma de ordem pública, com *status* de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família” (TJMG, Processo 1.0480.05.076516-7/002(1), Rel. D. Viçoso Rodrigues, Rel. do acórdão Fabio Maia Viani, j 19.02.2008, Publicação 13.03.2008).

Merecem destaque os argumentos do Des. Elpídio Donizetti, terceiro juiz no julgamento acima transcrito:

“Por razões ético-sociais e até mesmo humanitárias, houve por bem o legislador brasileiro prever algumas hipóteses em que, embora disponíveis, certos bens pertencentes ao patrimônio do devedor não são passíveis de penhora.

Assim, a Lei 8.009/1990, ao dispor sobre bem de família, vedou a penhora não apenas do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar, mas também definiu como impenhoráveis os móveis que guarneçam a residência. Desse modo, desde que não constituam adornos suntuosos, são impenhoráveis os bens necessários à regular utilização da moradia.

Todavia, o mesmo diploma normativo, Lei 8.009/1990, retira, no seu art. 3.º, a garantia de impenhorabilidade dos citados bens em algumas situações específicas. É o caso dos objetos que garantem obrigação decorrente de fiança prestada em contrato de locação, conforme inciso acrescentado ao art. 3.º pela Lei 8.245/1991, senão vejamos: (...).

Com base em tal dispositivo legal, o entendimento que tem prevalecido nos tribunais é de que, em se tratando de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, deve-se afastar a impenhorabilidade dos bens de família prevista pelo art. 1.º da Lei 8.009/1990.

Conforme decidiu recentemente o STF, no RE 407.688/SP, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, o bem de família pertencente ao fiador em contrato de locação é passível de ser penhorado, ao fundamento de que não existe violação ao direito social à moradia, previsto no art. 6.º da CF, porquanto este não se confunde com o direito à propriedade imobiliária. Ademais, a possibilidade de penhora do bem de família do fiador estimula e facilita o acesso à habitação arrendada, porquanto afasta a necessidade de garantias mais onerosas. Conquanto o próprio STF tenha decidido, conforme já ressaltado, pela aplicação do art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990, penso que a solução deva se dar em sentido oposto.

Em primeiro lugar, verifica-se que a Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, incluiu a moradia entre os direitos sociais previstos no art. 6.º da CF/1988, o qual constitui norma ordem pública. Ora, ao proceder de tal maneira, o constituinte nada mais fez do que reconhecer o óbvio: a moradia como direito fundamental da pessoa humana para uma vida digna em sociedade.

Com espreque na alteração realizada pela Emenda Constitucional n. 26 e no próprio escopo da Lei 8.009/1990, resta claro que as exceções previstas no art. 3.º dessa lei não podem ser tidas como irrefutáveis, sob pena de dar cabo, em alguns casos, à função social que exerce o bem de família, o que não pode ser admitido. Na esteira de tal entendimento, já se pronunciou o STJ:

‘Recurso especial. Processual civil e constitucional. Locação. Fiador. Bem de família. Impenhorabilidade. Art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990. Não recepção. Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 não foi recepcionado pelo art. 6.º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional n

26/2000). Recurso desprovido' (STJ, 5.^a Turma, REsp 699837/RS, Rel. Mir Félix Fischer, j. 02.08.2005).

Ademais, a prevalecer o entendimento segundo o qual o direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária, o que se verá é o insensato desalojamento de inúmeras famílias ao singelo argumento de que subsiste o direito à moradia arrendada, como se a ordem econômica excludente sob a qual vivemos não trouxesse agruras bastantes à classe média. Em outras palavras, com efeito, facilita-se a moradia do locatário e subtrai-a do fiador.

Não se olvida que a penhorabilidade do bem de família do fiador, além de afrontar o direito à moradia, fere os princípios constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Isso devido ao fato de que não há razão para estabelecer tratamento desigual entre o locatário e o seu fiador, sobretudo porque a obrigação do fiador é acessória à do locatário, e, assim, não há justificativa para prever a impenhorabilidade do bem de família em relação a este e vedá-la em relação àquele.

Por derradeiro, insubsistente é o argumento de que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador estimula e facilita o acesso à habitação arrendada. É que, diante tal possibilidade, poucos se aventurarão a prestar fiança, o que dificultará sobremaneira o cumprimento de tal requisito por parte do locatário, que terá a penosa tarefa de conseguir um fiador.

Destarte, entende-se que a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3.º, VII, da Lei 8.009/1990 não deve ser aplicada ao caso sob julgamento”.

O voto sintetiza com precisão como deve ser encarada a proteção da moradia que consta do art. 6.º da CF/1988 nas relações privadas. Destaque-se que no mesmo sentido foram encontrados acórdãos de outros Tribunais Estaduais concluindo do mesmo modo. Nessa linha, há decisões do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (TJMS, Agravo Regimental 2011.019868-4/0001-00, Campo Grande, 5.^a Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, *DJEMS* 08.09.2011, p. 34; e TJMS,

Acórdão 2008.025448-7/0000-00, Campo Grande, 5.^a Turma Cível, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva, *DJEMS* 08.06.2009, p. 36), do Tribunal de Sergipe (TJSE, Agravo de Instrumento 010208597, Acórdão 7899/2010, Rel. Juíza Conv. Iolanda Santos Guimarães, *DJSE* 24.08.2010, p. 34; e TJSE, Agravo de Instrumento 2008203947, Acórdão 3.245/2009, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. Cláudio Dinart Dédê Chagas, *DJSE* 11.05.2009, p. 11), do Tribunal de Santa Catarina (TJSC, Embargos de Declaração 2006.027903-6, Blumenau, 2.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Salet Silva Sommariva, *DJSC* 19.03.2008, p. 139), do Tribunal do Paraná (TJPR, Agravo de Instrumento 352151-1, Acórdão 4.269, Curitiba, 16.^a Câmara Cível, Rel. Des. Maria Mercis Gomes Aniceto, j. 16.11.2006, *DJPR* 1.^o.12.2006) e do Tribunal do Rio Grande do Sul (TJRS, Apelação Cível 251772-57.2013.8.21.7000, Porto Alegre, 15.^a Câmara Cível, Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. 11.09.2013, *DJERS* 18.09.2013).

Ao final de 2014, o Superior Tribunal de Justiça julgou a questão em sede de incidente de recursos repetitivos, diante dessa tendência dos Tribunais Estaduais em não seguir a decisão do STF. Conforme publicação constante do *Informativo* n. 552 daquela Corte:

“É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3.^o, VII, da Lei 8.009/1990. A Lei 8.009/1990 institui a proteção legal do bem de família como instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da entidade familiar e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna. Nos termos do art. 1.^o da Lei 8.009/1990, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável e não responderá pela dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no art. 3.^o da aludida norma. Nessa linha, o art. 3.^o excetua, em seu inciso VII, a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel – considerado bem de família – de propriedade do fiador de contrato locatício. Convém ressaltar que o STF assentou a constitucionalidade do art. 3.^o, VII, da Lei 8.009/1990

em face do art. 6.º da CF, que, a partir da edição da Emenda Constitucional 26/2000, incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais (RE 407.688/AC, Tribunal Pleno, *DJ* 06.10.2006 e RE 612.360/RG, Tribunal Pleno, *DJe* 03.09.2010)” (STJ, REsp 1.363.368/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 12.11.2014).

Em outubro de 2015, também infelizmente, tal posição foi resumida na Súmula n. 549 da Corte, segundo a qual “é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação”.

Com a última sumular, a questão parecia ter sido resolvida mais uma vez, pois o Novo CPC estabelece que as decisões ementadas do Superior Tribunal de Justiça vinculam os advogados (art. 332, inciso I) e os juízes de primeira e segunda instância (art. 489, § 1.º, VI). Porém, nota-se a presença no nosso sistema de uma súmula que dá fundamento a um dispositivo totalmente ilógico e inconstitucional, criticado por toda a doutrina contemporânea, formada pela nova geração de civilistas.

A demonstrar toda a instabilidade jurisprudencial a respeito do tema, em 2018 surgiu nova decisão do Supremo Tribunal Federal concluindo pela inconstitucionalidade da previsão a respeito da penhora do bem de família do fiador, em caso de locação não residencial e retomando os argumentos do Ministro Carlos Velloso. A ementa é da Primeira Turma do Tribunal, tendo sido prolatada por maioria e assim publicada no *Informativo* n. 906 da Corte Suprema:

“Impenhorabilidade do bem de família e contratos de locação comercial. Não é penhorável o bem de família do fiador, no caso de contratos de locação comercial. Com base neste entendimento, a Primeira Turma, por maioria e em conclusão de julgamento, deu provimento a recurso extraordinário em que se discutia a possibilidade de penhora de bem de família do fiador em contexto de locação comercial. Vencidos os Ministros Dias Toffoli (relator) e Roberto Barroso que negaram provimento ao recurso. Ressaltaram que o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento sobre a constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador por débitos decorrentes do contrato de

locação. A lógica do precedente é válida também para os contratos de locação comercial, na medida em que – embora não envolva o direito à moradia dos locatários – compreende o seu direito à livre-iniciativa. A possibilidade de penhora do bem de família do fiador – que voluntariamente oferece seu patrimônio como garantia do débito – impulsiona o empreendedorismo, ao viabilizar a celebração de contratos de locação empresarial em termos mais favoráveis. Por outro lado, não há desproporcionalidade na exceção à impenhorabilidade do bem de família (Lei n.º 8009/1990, art. 3.º, VII). C dispositivo legal é razoável ao abrir a exceção à fiança prestada voluntariamente para viabilizar a livre-iniciativa” (STF, RE 605.709/SP, Rel Min. Dias Toffoli, Red. p/ ac. Min. Rosa Weber, j. 12.06.2018, *Informativo* n. 906 do STF).

Por todo esse panorama de dúvidas e incertezas no âmbito da jurisprudência, a melhor solução para a temática, de fato, é que a norma seja revogada, resolvendo-se definitivamente a questão e afastando-se a grande instabilidade que existe sobre o tema. Da minha parte, continuarei a criticar duramente o dispositivo que prevê a penhora do bem de família do fiador na locação imobiliária e o entendimento jurisprudencial superior supostamente consolidado, até que o primeiro seja revogado ou a citada súmula do STJ seja cancelada.

Superada a análise dessa instigante discussão, preceitua o art. 4.º da Lei 8.009/1990 que “não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga”. Em casos tais, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese (art. 4.º, § 1.º). Já quando a residência familiar for imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis e, nos casos do art. 5.º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural (§ 2.º do art. 4.º da Lei 8.009/1990). Nota-se que a norma visa a punir aquele que age de má-fé, preservando a proteção da pequena propriedade rural.

Ainda no que concerne ao bem de família legal, se o casal ou entidade familiar for possuidor de vários imóveis, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor (art. 5.º, parágrafo único, da Lei 8.009/1990), norma essa que protege o credor. Aplicando o preceito, destaque-se: “a jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que a Lei n.º 8.009/1990 não retira o benefício do bem de família daqueles que possuem mais de um imóvel. O parágrafo único do artigo 5.º da Lei n.º 8.009/1990 dispõe expressamente que a impenhorabilidade recairá sobre o bem de menor valor na hipótese em que a parte possuir vários imóveis utilizados como residência, o que não ficou demonstrado nos autos” (STJ, REsp 1.608.415/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 02.08.2016, *DJe* 09.08.2016).

Seguindo no estudo da matéria, vejamos a polêmica hipótese fática do *bem de família ofertado*. Melhor explicando, imagine-se o caso em que um devedor, executado, ainda sem advogado constituído ou que lhe oriente, ofereça o próprio bem de família, imóvel de sua residência, à penhora. Depois, devidamente orientado por seu procurador, o próprio devedor opõe embargos à penhora, alegando tratar-se de um imóvel impenhorável, por força da Lei 8.009/1990.

Surgem duas correntes bem definidas em relação ao tema.

Para uma primeira corrente, os embargos opostos pelo devedor devem ser rejeitados de imediato.

O primeiro argumento que surge está relacionado com aquela antiga regra pela qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, corolário da boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano psicológico, intencional (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Como reforço para esse primeiro argumento, surge a tese pela qual se deve dar interpretação restritiva à Lei 8.009/1990. Entre os doutrinadores que propõem essa interpretação restritiva, pode ser citado Daniel Amorim Assumpção Neves. É até interessante a simbologia por ele utilizada:

“Há aspecto ainda pior; penhorado o bem, abre-se discussão sobre sua impenhorabilidade em sede de embargos de execução ou mesmo ‘exceção de pré-executividade’, o que pode significar anos de debates para que no fim se determine que o credor deve voltar a ‘estaca zero’, já que aquele bem que

garantia o juízo era impenhorável. A tristeza e melancolia com que o credor recebe tal informação de seu patrono só são comparáveis às perplexas faces dos torcedores derrotados em final de campeonato com gol impedido e de mão nos descontos” (Impenhorabilidade de bens..., Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Daniel_impenhorabil.doc>. Acesso em: 17 out. 2007).

O segundo argumento utilizado por aqueles que sustentam que os embargos do devedor devem ser rejeitados se houver o oferecimento do bem de família e posterior insurgência está fundado na alegação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), que também mantém relação com a boa-fé, mas aquela de natureza objetiva, que existe no plano da lealdade dos participantes da relação negocial. Esse entendimento chegou a ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para que os embargos do devedor fossem repelidos: “Civil. Bem de família. Lei 8.009, de 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1.º da Lei 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 554.622 RS, 3.ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 17.11.2005, DJ 01.02.2006, p. 527).

Da ementa transcrita, aliás, decorre o terceiro argumento para se penhorar o *bem de família ofertado*, o de que a proteção constante da Lei 8.009/1990 é passível de renúncia, pois está na parte disponível dos direitos pessoais (no mesmo sentido: STJ, REsp 249.009/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. 16.08.2001, DJ 17.03.2003, p. 225). Em suma e em outras palavras, trata-se de um justo e legal exercício da autonomia privada a renúncia à impenhorabilidade do bem de família, o que ocorre quando o devedor o oferece à excussão.

Apesar dos notáveis esforços para amparar esses três argumentos, não há como com eles concordar, em hipótese alguma. E a premissa basilar para a tese contrária é aquela pela qual o *bem de família legal* envolve um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia.

Muito se tem dito a respeito da dignidade humana como propulsora da tendência de constitucionalização do Direito Civil e da possibilidade de aplicação

das normas constitucionais protetivas da pessoa nas relações privadas (*eficácia horizontal*). Em realidade, parece-nos que um dos modos de especializar essa máxima proteção se dá justamente pela proteção da moradia como ocorre nos casos envolvendo o *Bem de Família Ofertado*. A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, *concretizando o Texto Constitucional* (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição...*, 2000).

Assim, nos dizeres de Ingo Sarlet, um dos atributos da dignidade é o de dotar a pessoa de direitos mínimos (As dimensões..., *Dimensões da dignidade...*, 2005, p. 37).

Do ponto de vista *constitucional*, esse feixe de *direitos mínimos* ou *mínimo existencial* mantém relação com o direito à moradia, previsto no art. 6.º da Constituição, um direito social e fundamental. Sob o prisma *civil*, esse feixe de direitos representa o direito à *propriedade mínima*: o direito ao imóvel próprio como um direito mínimo para o livre desenvolvimento da pessoa. Como se sabe, nos meios populares, o *sonho da casa própria* povoa a mente de milhões de brasileiros. É na casa própria que a pessoa humana se concretiza, se aperfeiçoa e se relaciona; é *nela* que exerce plenamente a sua dignidade.

A partir dessa ideia, que serve como *tronco fundamental*, decorrem os contra-argumentos ao que antes foi exposto, para gerar a conclusão de que os embargos à penhora devem ser acolhidos na hipótese do oferecimento do *bem de família*.

Como *primeiro contra-argumento*, quanto à alegação de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, não se pode atribuir má-fé presumida àquele que oferece o bem de família à penhora. O Direito, em certo sentido, acaba por ser uma *ciência endêmica*, que surge para solucionar conflitos humanos. Sendo assim, não se pode presumir que as mentes das pessoas também estão doentes. Ademais, o argumento de torpeza, baseado na boa-fé subjetiva e, por isso, essencialmente privado, não pode prevalecer sobre a proteção do *bem de família legal*, que envolve ordem pública (STJ, AgRg no REsp 813.546/DF, 1.ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 10.04.2007, DJ 04.06.2007, p. 314).

Segundo, a prevalência do direito à moradia sobre a boa-fé também serve para afastar o argumento de aplicação da vedação do comportamento contraditório (*venire*

contra factum proprium). A partir da ideia de *ponderação* ou *pesagem*, deve-se entender que o primeiro direito tem prioridade e prevalência sobre a boa-fé objetiva.

Terceiro contra-argumento e por fim, não restam dúvidas de que a renúncia a o *bem de família legal* é inválida e ineficaz, pois constitui um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor. Eis aqui mais um exemplo possível de dirigismo negocial nas relações subjetivas. Desse modo, a suposta *renúncia* não afasta a possibilidade de ser arguir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel de residência. Nesse sentido vem entendendo, felizmente, o Superior Tribunal de Justiça:

“Bem de família. Impenhorabilidade. Negativa de prestação jurisdicional. Inocorrência. Violação à coisa julgada. Inocorrência. Renúncia ao benefício assegurado pela Lei n. 8.009/90. Impossibilidade. Destinação residencial dada ao imóvel posteriormente à penhora. Determinação de remessa dos autos à origem para análise da questão à luz da jurisprudência desta Corte. (...) Esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia ao privilégio pelo devedor, constituindo princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada, que se tem por viciada *ex vi legis* (REsp 805.713/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.^a Turma, j. 15.03.2007, *DJ* 16.04.2007 p. 210). (...)” (STJ, REsp 714.858/RS, 3.^a Turma Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 08.11.2011, *DJe* 25.11.2011).

“Agravado regimental. Ausência de argumentos capazes de infirmar os fundamentos da decisão agravada. Execução. Bem de família. Indicação à penhora. Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. O fato de o executado oferecer à penhora o imóvel destinado à residência da família não o impede de arguir sua impenhorabilidade (Lei 8.009/1990)” (STJ, AgRg no REsp 888.654/ES, 3.^a Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 03.04.2007, *DJ* 07.05.2007, p. 325).

“Recurso especial. Embargos de terceiro. Desconstituição da penhora do imóvel no qual residem os embargantes. Legitimidade ativa *ad causam*. Membros integrantes da entidade familiar. Nomeação à penhora do bem de família. Inexistência de renúncia ao benefício previsto na Lei 8.009/1990. Medida cautelar. Efeito suspensivo a recurso especial. Julgamento deste. Perda de objeto. Prejudicialidade. Extinção do processo sem exame de mérito. 1. Os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei 8.009/1990, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes (REsp 345.933/RJ e 151.238/SP). 2. Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei 8.009/1990. Precedentes (REsp 526.460/RS, 684.587/TO 208.963/PR e 759.745/SP). 3. Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r. sentença. 4. Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo. 5. Prejudicada a Medida Cautelar 2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos” (STJ, REsp 511.023/PA, 4.ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 333).

A impossibilidade de renúncia, destaque-se, consta da premissa número 17 da Edição n. 44 da ferramenta *Jurisprudência em Teses*, do STJ: “a impenhorabilidade do bem de família é questão de ordem pública, razão pela qual não admite renúncia pelo titular”.

Servem como sustento para a afirmação as palavras de Jorge Miranda e Rui

Medeiros, para quem “a dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege” (MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, R. *Constituição portuguesa...*, 2005, t. I, p. 53). Essa dignidade humana é que ampara a proteção da habitação como um direito fundamental e social no sistema português.

A conclusão deve ser a mesma no sistema brasileiro, pois interesses essenciais ao desenvolvimento social do nosso país devem prevalecer sobre interesses formais, antenados à rigidez do processo. O dogma da *justiça segura* cede espaço à *justiça justa*. Com essa ideia de justiça está se construindo o Direito Contemporâneo, sempre a partir de um diálogo interdisciplinar (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Sobre peixes...*, *Anais do V Congresso...*, 2006, p. 426).

Encerrando o estudo do instituto do bem de família, cumpre relevar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a boa-fé deve sim ser levada em conta na análise da tutela do bem de família, o que representa mitigação parcial da última conclusão exposta a respeito da penhora do bem de família ofertado.

Em julgado do ano de 2012, entendeu a Corte que a impenhorabilidade não prevalece nas hipóteses em que o devedor atua de má-fé, alienando todos os seus bens e fazendo restar apenas o imóvel de residência. Conforme voto da Ministra Nancy Andrighi, “Não há, em nosso sistema jurídico, norma que possa ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. Todas as disposições jurídicas, notadamente as que confirmam excepcionais proteções, como ocorre com a Lei 8.009/1990, só têm sentido se efetivamente protegerem as pessoas que se encontram na condição prevista pelo legislador. Permitir que uma clara fraude seja perpetrada sob a sombra de uma disposição legal protetiva implica, ao mesmo tempo, promover uma injustiça na situação concreta e enfraquecer, de maneira global, todo o sistema especial de proteção objetivado pelo legislador” (STJ, REsp 1.299.580/RJ, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.03.2012). A premissa tem sido confirmada em decisões posteriores, uma vez que “deve ser afastada a impenhorabilidade do único imóvel pertencente à família na hipótese em que os devedores, com o objetivo de proteger o seu patrimônio, doem em fraude à execução o bem a seu filho menor impúbere após

serem intimados para o cumprimento espontâneo da sentença exequenda” (STJ, REsp 1.364.509/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 10.06.2014, publicada no seu *Informativo* n. 545).

Ou, ainda mais recentemente: “a regra de impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei 8.009/90 deve ser examinada à luz do princípio da boa-fé objetiva, que, além de incidir em todas as relações jurídicas, constitui diretriz interpretativa para as normas do sistema jurídico pátrio. Nesse contexto, caracterizada fraude à execução na alienação do único imóvel dos executados, em evidente abuso de direito e má-fé, afasta-se a norma protetiva do bem de família, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação dos devedores em desconformidade com o cânone da boa-fé objetiva. Precedentes” (STJ, REsp 1.575.243/DF, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.03.2018, *DJe* 02.04.2018).

Como se pode observar, os últimos acórdãos superiores abrem mais uma exceção, além do rol previsto no art. 3.º da Lei 8.009/1990, tratado como meramente exemplificativo. As decisões são sociológicas, apesar de encontrarem obstáculo da antiga máxima segundo a qual as normas de exceção não admitem interpretação extensiva. O tema fica em aberto para as devidas reflexões.

8.4 RESUMO ESQUEMÁTICO

Bem de Família Voluntário ou Convencional	Bem de Família Legal
Previsto nos arts. 1.711 a 1.722 do CC.	Previsto na Lei 8.009/1990.
Instituído por ato voluntário de membros da entidade familiar.	Proteção automática.
Máximo: 1/3 do patrimônio.	Não há limites fixados em lei, por regra. Proteção do único imóvel em que reside a entidade familiar.
	Exceções – casos de penhorabilidade listados no art. 3.º da norma específica:

Exceções – casos de penhorabilidade:

- a) dívidas anteriores à instituição;
- b) dívidas de impostos prediais;
- c) dívidas de condomínio.

- a) pelo titular do crédito decorrente de financiamento destinado à construção ou aquisição do imóvel;
- b) pelo credor de pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;
- c) para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em relação ao imóvel familiar, inclusive despesas de condomínio;
- d) para a execução de hipoteca sobre o imóvel, oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;
- e) no caso do imóvel ter sido adquirido como produto de crime ou para a execução de sentença penal condenatória;
- f) por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação urbana.

Obs. Foi revogado o inciso I do art. 3.º da Lei 8.009/1990, que previa como exceção o crédito de trabalhadores da própria residência.

8.5 QUESTÕES CORRELATAS

01. (MP/MG XLVI) Assinale a alternativa INCORRETA.

- (A) A lei não condiciona o divórcio à prévia partilha de bens na separação, podendo aquela ser exercida em ação ordinária, específica para esse fim.
- (B) A instituição do bem de família, feito pelo pai a favor de filho solteiro, visa protegê-lo de infortúnio:

no casamento e previne a perda do bem doado.

- (C) O mandatário responde pelo excesso das obrigações assumidas em dissonância com os poderes conferidos, mas ao mandante pertencem todas as vantagens auferidas pelo mandatário.
- (D) A nulidade absoluta do negócio pode ser alegada pelo MP, visando resguardar o interesse público, do menor ou de incapaz.
- (E) O testamento particular, escrito pelo testador no cativo, sem testemunhas, pode ser validado pelo juiz, a seu critério.

02. (Magistratura/DF – 2011) Bem de família obrigatório ou legal é aquele que resulta diretamente da lei, de ordem pública, que tornou impenhorável o imóvel residencial, próprio do casal, ou da entidade familiar, daí por que não poderá ser objeto de penhora por dívida de natureza civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, salvo nas hipóteses expressamente previstas nos artigos 2.º e 3.º, I a VII, da Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990. Assim, considere as proposições abaixo, assinalando a incorreta:

- (A) ao solteiro, não obstante resida e ocupe o imóvel sozinho, aplica-se esta mesma regra;
- (B) ao viúvo, ao contrário, não se aplica tal regra, máxime quando seus descendentes hajam constituído outras famílias;
- (C) é entendimento assente que a Lei n.º 8.009/1990 tem aplicabilidade mesmo nos casos em que a penhora for anterior à sua vigência;
- (D) todos os residentes do imóvel, sujeitos do bem de família, portanto beneficiários da regra da impenhorabilidade, têm em seu favor esse direito, ou seja, a lei confere-lhes o poder de não ver constrita a casa onde moram.

03. (Magistratura/AC – CESPE/2012) No que se refere ao enfrentamento jurisprudencial do bem de família, assinale a opção correta.

- (A) A vaga de garagem com matrícula própria no registro de imóveis constitui bem de família para efeito de penhora.
- (B) O terreno não edificado não caracteriza bem de família, pois não serve à moradia familiar.
- (C) É inconstitucional a penhora de bem de família do fiador em contrato de locação.
- (D) Não faz jus aos benefícios da lei que regulamenta o bem de família o devedor que não resida no único imóvel que lhe pertença, só utilizando o valor obtido com a locação desse bem para complementar a renda familiar.
- (E) A execução de dívida oriunda de pensão alimentícia não pode ensejar a penhorabilidade do bem de família.

04. (TRE/MS – CESPE/2013) Em relação ao direito de família, assinale a opção correta.

- (A) Em razão do caráter personalíssimo, o direito a alimentos é insuscetível de cessão mas admite-se a compensação.

- (B) Se o imóvel residencial for o único bem da família e estiver locado, não perderá o atributo da impenhorabilidade, desde que a renda auferida seja destinada à moradia e subsistência do núcleo familiar.
- (C) Quando feito em testamento, o reconhecimento de filho pode ser revogado.
- (D) A declaração de nulidade do casamento possui efeitos *ex nunc*, produzindo efeitos a partir da data da sentença que a pronunciar.
- (E) O concubinato e a união estável são institutos jurídicos que se equivalem.

05. (Juiz de Direito/TJSP – VUNESP – 2013) No que concerne ao bem de família, assinale resposta correta consoante a Lei n.º 8.009 e a jurisprudência do STJ.

- (A) A vaga de garagem, ainda que possua matrícula própria no registro de imóveis, constitui bem de família para efeito de penhora.
- (B) O conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange as benfeitorias de qualquer natureza: equipamentos, inclusive veículos de transporte, móveis que guarnecem a casa e obras de arte.
- (C) O conceito de impenhorabilidade do bem de família não abrange o imóvel pertencente a pessoas solteiras, viúvas e separadas.
- (D) É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

06. (Titular de Serviços de Notas e de Registros/TJPI – CESPE/2013) Assinale a opção correta respeito do bem de família.

- (A) Por ostentar natureza protetiva da entidade familiar, a legislação atinente ao bem de família é suscetível de interpretação extensiva.
- (B) O STJ admite a constrição sobre bem de família dado em hipoteca como garantia de dívida contraída por terceiro.
- (C) O bem de família no qual resida a entidade familiar pode ter sua indisponibilidade decretada em ação de improbidade administrativa.
- (D) O fato de a entidade familiar não utilizar o único imóvel como residência o descaracteriza automaticamente como bem de família.
- (E) A impenhorabilidade do bem de família será oponível ainda que o empréstimo que tenha dado origem à penhora tenha sido revertido em proveito da entidade familiar.

07. (Promotor de Justiça/MPE/PR – 2014) Não é súmula do Superior Tribunal de Justiça:

- (A) A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração de promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.
- (B) O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.
- (C) Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.
- (D) O conceito de impenhorabilidade do bem de família abrange também o imóvel pertencente a

pessoas solteiras, separadas e viúvas.

- (E) A vaga de garagem que possui matrícula própria no registro de imóveis constitui bem de família para efeito de penhora.

08. (TJRO – IESES – Titular de Serviços de Notas e de Registro – 2012) Sobre o bem de família pode-se afirmar que:

- (A) É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.
- (B) O bem de família, instituído por força da lei, torna-se impenhorável, inclusive, por dívidas trabalhistas incidentes sobre o imóvel.
- (C) O bem de família, instituído por escritura pública, torna-se impenhorável em qualquer hipótese, exceto por dívida tributária.
- (D) Apenas admite-se a impenhorabilidade de bem imóvel.

09. (TRT-SE – FCC – Juiz do Trabalho – 2012) Sobre o bem de família, é INCORRETO afirmar:

- (A) Salvo disposição em contrário do ato de instituição, sua administração compete a ambos os cônjuges, resolvendo o juiz em caso de divergência.
- (B) É isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributo relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio.
- (C) Quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu Título no Registro de Imóveis.
- (D) Não poderá abranger valores mobiliários.
- (E) Poderá ser instituído por terceiro por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

10. (MPE/MG – Promotor de Justiça – 2012) Quanto ao bem de família, é INCORRETO afirmar que

- (A) o bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, destinando-se em ambos os casos a domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.
- (B) o bem de família, quer instituído pelos cônjuges ou por terceiro, constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis.
- (C) comprovada a impossibilidade da manutenção do bem de família nas condições em que foi instituído, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens que o constituem em outros, ouvidos o instituidor e o Ministério Público.
- (D) a dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio extingue o bem de família.

11. (TJPA – IESES – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provedor – 2016) O bem de família convencional:

- (A) Não é requisito essencial para a instituição a condição de titular de domínio, com título aquisitivo

devidamente registrado.

- (B) Não se exige que o bem esteja a salvo de ônus e gravames.
- (C) Diante da nova dimensão do conceito de entidade familiar, pode ser instituído pelos cônjuges, pelo separado judicialmente ou de fato, pelo viúvo ou por solteiro.
- (D) É possível a constituição por condômino, qualquer que seja a modalidade de condomínio.

12. (TJAM – CESPE – Juiz Substituto – 2016) A respeito do direito de família, assinale a opção correta.

- (A) Dos nubentes que optam pelo regime de comunhão universal de bens não se exige a formulação de pacto antenupcial, ato solene lavrado por escritura pública.
- (B) É considerado bem de família, insuscetível de penhora, o único imóvel residencial do devedor no qual resida seu familiar, ainda que ele, proprietário, não habite no imóvel.
- (C) O fato de um casal de namorados projetar constituir família no futuro caracteriza a união estável se houver coabitação.
- (D) O casamento putativo não será reconhecido de ofício pelo juiz.
- (E) Se não houver transação em sentido contrário, as verbas indenizatórias integram a base de cálculo da pensão alimentícia.

13. (TJSP – VUNESP – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2016) instituição do bem de família sobre um terço do patrimônio líquido, por ato de vontade, nos moldes do Código Civil,

- (A) deverá ser formalizada necessariamente por escritura pública, levada a registro no Registro de Imóveis.
- (B) afasta as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecidas em lei especial.
- (C) produz efeitos temporalmente ilimitados, salvo se novo título for levado ao Registro, modificando o conteúdo anterior.
- (D) terá forma solene e dependerá do registro do título no Registro de Imóveis para sua constituição

14. (IESES – 2018 – TJ-CE – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimento) Sobre instituição do bem de família, responda as questões:

- I. O terceiro poderá instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.
- II. Dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal.
- III. Extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioria dos filhos, desde que não sujeitos a curatela.

Assinale a correta:

- (A) Apenas a assertiva II é verdadeira.
- (B) Apenas as assertivas I e II são verdadeiras.

- (C) Todas as assertivas são verdadeiras.
(D) Todas as assertivas são falsas.

15. (STJ – Analista Judiciário – Judiciária – CESPE – 2018) Em relação ao direito de família e ao direito das sucessões, julgue o item subsequente.

O bem de família é constituído voluntariamente e visa proteger o ente familiar, de maneira que, se dissolvida a sociedade conjugal, fica extinto o bem de família.

- () Certo
() Errado

16. (CFO-DF – Quadrix – Procurador Jurídico – 2017) Julgue o item subsecutivo com base em conhecimentos relativos ao direito civil.

Apesar das disposições legais sobre a impenhorabilidade do bem de família, o STJ enunciou que é válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação.

GABARITO

01 – B	02 – B	03 – B
04 – B	05 – D	06 – C
07 – E	08 – A	09 – D
10 – D	11 – C	12 – B
13 – D	14 – B	15 – ERRADO
16 – CORRETO		



DO DIREITO ASSISTENCIAL – DA TUTELA, DA CURATELA E DA GUARDA. ESTUDO ATUALIZADO PERANTE O NOVO CPC E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Sumário: 9.1 Introdução – 9.2 Da tutela – 9.3 Da curatela – 9.4 Da guarda – 9.5 Resumo esquemático – 9.6 Questões correlatas – Gabarito.

9.1 INTRODUÇÃO

Encerrando o estudo do Direito de Família, é preciso discorrer a respeito do que se denomina *direito assistencial*, ou seja, sobre os institutos jurídicos criados pela lei visando à proteção pessoal e patrimonial de determinadas pessoas. No presente capítulo, serão estudadas as categorias da tutela (arts. 1.728 a 1.766 do CC), da curatela (arts. 1.767 a 1.783 do CC) e da guarda regida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, existente fora do exercício do poder familiar.

Antes de mais nada, mesmo havendo em tais institutos um flagrante conteúdo patrimonial, é interessante perceber que, em sua análise, não se pode perder de vista a proteção máxima da pessoa humana prevista no Texto Maior (art. 1.º, inc. III), bem

como outros princípios relativos ao Direito Civil Constitucional.

A diferença substancial entre as duas figuras é que a tutela resguarda os interesses de menores não emancipados, não sujeitos ao poder familiar, com o intuito de protegê-los. Por seu turno, a curatela é categoria assistencial para a defesa dos interesses de maiores incapazes, devidamente interditados. Vejamos, no presente capítulo, as regras materiais fundamentais dos dois institutos e o necessário *diálogo* com o Novo CPC, ao tratar da interdição. Ademais, frise-se que o art. 1.072, II, do CPC/2015 revogou expressamente os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil, que tratavam da curatela.

Curioso também perceber que a recente Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), alterou artigos do Código Civil sobre a matéria. Todavia, alguns desses dispositivos foram revogados pelo Código de Processo Civil, em um verdadeiro *cochilo do legislador* que gerou o *atropelamento* de uma norma jurídica por outra.

A priori, parece-nos que tais normas do citado Estatuto tiveram vigência por curto período de tempo, a partir da sua entrada em vigor, no início do mês de janeiro de 2016, até o dia 18 de março de 2016, quando passou a vigorar o Novo CPC. Pensamos que é necessário um trabalho legislativo para sanar tal impasse, não pensado pelas autoridades competentes do Legislativo e do Executivo quando da elaboração do EPD. Nesse sentido, o Projeto de Lei 757/2015, em originário do Senado Federal, pretende adequar o Novo CPC ao EPD, contando com o parecer e o apoio parcial deste autor.

Ademais, sem qualquer *atropelamento legislativo*, cabe lembrar e aprofundar que o citado Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou de forma substancial o tratamento relativo aos absolutamente e relativamente incapazes, previstos nos arts. 3.º e 4.º do Código Civil. O objetivo foi a plena inclusão social das pessoas que apresentem algum tipo de deficiência.

Quanto aos absolutamente incapazes, passaram a ser apenas os menores de 16 anos, não havendo mais menção aos enfermos e deficientes mentais sem discernimento para a prática dos atos da vida civil (antigo inc. II do art. 3.º do Código Civil). Além disso, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir

vontade deixaram de compor o inciso III do art. 3.º, e agora constam do art. 4.º, inc. III, como relativamente incapazes. Em suma, não existem mais pessoas maiores que são incapazes. Pontue-se que o Projeto de Lei 757/2015 pretendia originalmente retomar a regra a respeito de pessoas absolutamente incapazes que não têm qualquer condição de exprimir vontade, sem que isso tenha relação com a deficiência, o que tem o apoio deste autor. Cite-se, a título de exemplo, a pessoa que se encontra em coma profundo.

Porém, destaque-se que no parecer final originário do Senado Federal a proposta de retorno de regra a respeito de maiores absolutamente incapazes acabou por não prosperar, infelizmente. Conforme constou do relatório da então Senadora Lídice da Mata, “as tentativas presentes no PLS 757 de se retomar o critério da ‘ausência ou insuficiência de discernimento’ (previsto na redação original do Código Civil), em detrimento do critério da ‘impossibilidade de manifestação de vontade’ (eleito pelo EPD), representam um grave retrocesso no tocante ao direito de fazer as próprias escolhas. Sim, é possível que o discernimento de certas pessoas com deficiência seja bem diferente ou até questionável diante de padrões comuns, mas isto não significa que o discernimento não exista e que a vontade manifestada possa ser ignorada”. Acompanharemos o trâmite desta projeção na Câmara dos Deputados, sendo fundamental e necessário o retorno de alguma regra a respeito da incapacidade absoluta das pessoas sem qualquer discernimento para exprimir vontade.

Em relação às pessoas com deficiência, reafirme-se que são plenamente capazes, em especial para atos existenciais de natureza familiar. Conforme o art. 6.º da Lei 13.146/2015, a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: *a)* casar-se e constituir união estável; *b)* exercer direitos sexuais e reprodutivos; *c)* exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; *d)* conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; *e)* exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e *f)* exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Esse novo tratamento legislativo a respeito dos atos familiares, sem dúvida, é

impactante. Entretanto, como afirmou a professora e magistrada uruguaia Mara del Carmen Díaz Sierra, quando do Congresso Euro-americano de Direito de Família realizado em São Paulo em agosto de 2017, não é a pessoa com deficiência quem deve se adaptar à sociedade, mas vice-versa.

Eventualmente, para negócios jurídicos mais complexos, de cunho patrimonial, a pessoa com deficiência poderá fazer uso da *tomada de decisão apoiada*, instituto que ainda será aqui estudado, igualmente incluído pela Lei 13.146/2015. A nomeação de curador – ou interdição – somente será possível em casos excepcionais. Nesse sentido, cabe trazer à colação alguns julgados, já prolatados sob a égide do Estatuto da Pessoa com Deficiência:

“Ação de interdição. Pretensão do genitor em face da filha. Sentença de improcedência. Apela o autor sustentando haver laudo apresentando anomalia ou anormalidade psíquica da ré; não tem como gerir a sua vida e os atos da vida civil. Descabimento. Não caracterizada a incapacidade. Ausentes requisitos do artigo 84, § 3.º, do Estatuto da Pessoa com Deficiência e artigo 1.767 do Código Civil. A apelada se encontra apta a praticar os atos da vida civil e capacidade de administrar sua vida e seus bens. Recurso improvido” (TJSP, Apelação 0002366-75.2013.8.26.0642, Acórdão 9667362, Ubatuba, 5.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. James Siano, j. 06.08.2016, *DJESP* 20.09.2016).

“Civil e processo civil. Interdição. Curatela. Medida excepcional Aplicação restrita. Atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Novas diretrizes principiológicas. 1. A proteção à dignidade da pessoa humana se materializa na concessão de tratamento isonômico a todos os indivíduos, excepcionando-se esse padrão somente quando não restar outra alternativa para garantir a igualdade e a dignidade humana, de modo que somente se admite o rompimento da igualdade jurídico-formal quando se objetivar a garantia da igualdade material. 2. O Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei n.º 13.146/15, em seus artigos 84 e seguintes, disciplina a

curatela e seu exercício, estabelecendo sua adoção como medida protetiva extraordinária e que afeta, tão somente, os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. 3. Estando, pois, a r. Sentença de acordo com as novas diretrizes principiológicas adotadas pelo Código Civil e Estatuto da Pessoa com Deficiência, negou-se provimento ao recurso” (TJDF, Apelação 2015.06.1.010882-8, Acórdão 964.739, 3.^a Turma Cível, Rel. Des. Flávio Renato Jaquet Rostirola, j. 31.08.2016, *DJDFTE* 14.09.2016).

“Agravado de instrumento. Curatela. Pedido de nomeação de curador provisório. Inexistência de prova inequívoca acerca da relevância e urgência da submissão do demandado à curatela provisória. Indeferimento do pleito. De acordo com o art. 87 da Lei n.º 13.146/2015 – o Estatuto da Pessoa com Deficiência – e os arts. 749 e 750 do CPC/15, somente em casos de relevância e urgência, e a fim de proteger os interesses da pessoa com deficiência em situação de curatela, é cabível a nomeação de curador provisório, competindo à parte autora especificar os fatos que demonstram a necessidade de sujeição da parte requerida à curatela, bem como juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações, ou mesmo informar a impossibilidade de fazê-lo. Não havendo prova inequívoca que respalde a pretensão de nomeação de curador provisório, porquanto o único documento que instrui a petição inicial apenas indica as enfermidades que acometem o requerido e refere a necessidade de tratamento com psicofármacos, é de rigor o indeferimento do pleito. Negaram provimento. Unânime” (TJRS, Agravo de Instrumento 0100740-97.2016.8.21.7000, Canoas, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasi Santos, j. 11.08.2016, *DJERS* 17.08.2016).

No que diz respeito aos relativamente incapazes, repise-se que não houve alteração nos incisos I (menores entre 16 e 18 anos) e IV (pródigos) do art. 4.º do CC/2002. Porém, foi retirada a menção às pessoas com discernimento mental reduzido do seu inciso II. Agora somente estão expressos na norma os ébrios habituais (alcoólatras) e os viciados em tóxicos. Ademais, não há previsão quanto aos

excepcionais sem desenvolvimento completo (inciso III do art. 4.º, o que tinha aplicação ao portador de *Síndrome de Down*. O preceito passou a mencionar as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir sua vontade, conforme antes estava no art. 3.º, III, da codificação material. Eventualmente, com qualquer outra pessoa, o deficiente poderá até se enquadrar em qualquer um desses incisos do art. 4.º da codificação material. Todavia, em regra, é considerado como plenamente capaz para os atos civis.

Na linha dessa reafirmação da capacidade como premissa geral, sobre a pessoa de idade avançada, que sofreu acidente vascular cerebral, cabe trazer a lume outra recente decisão do Tribunal Paulista, igualmente prolatada sob a vigência do EPD:

“Curatela. Interditanda idosa, deficiente física, com sequelas de AVC. Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade. Laudo pericial que aponta pela habilidade de prática dos atos da vida civil. Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela. Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima. Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados à pretensão da filha sobre a genitora e gestão de seus negócios. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP, Apelação 0006290-33.2013.8.26.0242, Acórdão 9478873, Igarapava, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 02.06.2016; *DJESP* 02.08.2016).

E, ainda, sobre a pessoa cega, por conta de doença crônica, igualmente afastando o enquadramento como relativamente incapaz e também sob a vigência da nova lei:

“Curatela. Interditando cego, em decorrência de *diabete mellitus*.

Ausência de incapacidade permanente ou transitória que afete a manifestação da vontade. Laudo pericial que aponta pelo discernimento do periciando. Caso em que não se verifica incapacidade relativa, o que desautoriza o estabelecimento de curatela. Limitação de direitos da pessoa sobre sua própria gestão que, com a introdução das alterações realizadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, se tornou medida excepcionalíssima. Termo de curatela de beneficiário com deficiência que não mais pode ser exigido pelo INSS. Art. 110-A da Lei n.º 8.213/91. Hipótese em que outros meios jurídicos, como o mandato ou tomada de decisão apoiada, se mostram mais adequados. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP, Apelação 0056408-81.2012.8.26.0554, Acórdão 9479530, Santo André, 6.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Eduardo Sá Pinto Sandeville, j. 02.06.2016 DJESP 06.07.2016).

Em suma, houve uma verdadeira *revolução na teoria das incapacidades*, o que repercute diretamente nos institutos de direito assistencial, em especial para a curatela. Percebemos, pela leitura de textos publicados na *internet* em 2015, que duas correntes se formaram a respeito da norma. A primeira – à qual estão filiados José Fernando Simão e Vitor Kümpel – condena as modificações, pois a dignidade de tais pessoas deveria ser resguardada por meio de sua proteção como vulneráveis (*dignidade-vulnerabilidade*). A segunda vertente – liderada por Joyceane Bezerra, Paulo Lôbo, Nelson Rosendal, Jones Figueirêdo Alves, Rodrigo da Cunha Pereira Pablo Stolze – aplaude a inovação, pela tutela da *dignidade-liberdade* das pessoas com deficiência, evidenciada pelos objetivos de sua inclusão.

Entre uma ou outra visão, *a priori*, estamos alinhados aos segundos juristas citados. Porém, vemos graves problemas no Estatuto, que devem ser resolvidos. A propósito, cabe lembrar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência regulamenta a Convenção de Nova York, tratado de direitos humanos do qual o Brasil é signatário, e que gera efeitos como emenda constitucional (art. 5.º, § 3.º, da CF/1988 e Decreto 6.949/2009). Assim sendo, não é possível sustentar que o EPD é inconstitucional, mas muito ao contrário.

Nos termos do seu art. 1.º, o propósito da Convenção “é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

Todavia, ressalte-se que somente o tempo e a prática poderão demonstrar se o melhor caminho é mesmo a *dignidade-liberdade*, ao invés da anterior *dignidade-vulnerabilidade*. Ademais, alguns reparos precisam ser feitos na lei, como propõe o citado Projeto de Lei 757/2015, aqui comentado em alguns de seus aspectos.

Feitas tais considerações, vejamos, então, o estudo dos institutos assistenciais, tendo em vista a emergência do Novo Código de Processo Civil e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

9.2 DA TUTELA

Começando pela *tutela*, reafirme-se que o seu grande objetivo é a administração dos bens patrimoniais do menor. Enuncia o art. 1.728 do Código Civil que os filhos menores são postos sob tutela com o falecimento dos pais, ou sendo estes julgados ausentes ou em caso de os pais decaírem do poder familiar. Conforme leciona Maria Helena Diniz, há na tutela um *munus* público, ou seja, uma atribuição imposta pelo Estado para atender a interesses públicos e sociais (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2010, p. 1.229).

Sem prejuízo do que consta do CC/2002, o ECA (Lei 8.069/1990) consagra no seu art. 28 que a tutela é uma das formas de inserção da criança e do adolescente em família substituta. São partes da tutela: o *tutor*, aquele que exerce o *munus* público; e o *tutelado* ou *pupilo*, menor a favor de quem os bens e interesses são administrados.

Como é notório, não se pode confundir a tutela com a *representação* e a *assistência*. A tutela tem sentido genérico, sendo prevista para a administração geral dos interesses de menores, sejam eles absolutamente (menores de 16 anos, art. 3.º, do CC) ou relativamente incapazes (menores entre 16 e 18 anos, art. 4.º, inciso I, do CC).

Por outra via, a *representação* é o instituto que busca atender aos interesses dos menores de 16 anos em situações específicas, para a prática de determinados atos

da vida civil. Assim também o é a *assistência*, mas em relação aos menores entre 16 e 18 anos. Premissa fundamental que deve ser sempre reafirmada é a conclusão de que a tutela e o poder familiar não podem coexistir, eis que a tutela visa justamente substituí-lo.

Quanto à origem, a tutela é dividida em três categorias. A primeira delas é *tutela testamentária*, instituída por ato de última vontade, por testamento, legado ou mesmo por codicilo (art. 1.729, parágrafo único, do CC/2002). Essa nomeação de tutor compete aos pais, em conjunto, devendo constar em testamento ou em qualquer outro documento autêntico. Há nulidade absoluta da tutela testamentária se feita por pai ou mãe que não tinha o poder familiar no momento da sua morte (art. 1.730 do CC).

Como segunda categoria, a *tutela legítima* é a concretizada na falta de tutor nomeado pelos pais, nos termos do art. 1.731 do CC/2002; incumbe-a aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem: 1.º) aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto; 2.º) aos colaterais até o terceiro grau (irmãos, tios e sobrinhos), preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços. Em uma dessas situações, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor, tendo em vista o princípio do melhor ou maior interesse da criança.

Por fim, há a *tutela dativa*, presente na falta de tutela testamentária ou legítima e preceituando o art. 1.732 do Código Civil que o juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor. Essa mesma forma de tutela é prevista para os casos de exclusão do tutor, escusa da tutela ou quando removidos os tutores legítimos ou testamentários por não serem idôneos.

Em todas as situações expostas, havendo irmãos órfãos, dar-se-á um só tutor comum (art. 1.733 do CC), o que representa a consolidação do *princípio da unicidade da tutela*. No entanto, se for nomeado mais de um tutor por disposição testamentária e sem indicação de precedência dos irmãos, entende-se que a tutela foi cometida ao primeiro que constar no testamento. Os demais lhe sucederão pela ordem de nomeação, se ocorrer morte, incapacidade, escusa do tutor ou qualquer outro impedimento (art. 1.733, § 1.º, do CC).

Além da instituição testamentária, é possível também nomear o menor como herdeiro ou legatário, pelo próprio testamento ou legado de nomeação. Nesse diapasão, caberá ainda a nomeação de um *curador especial* para os bens deixados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou mesmo sob tutela (art. 1.733, § 2.º, do CC).

O art. 1.734 do CC/2002 tratava, na redação original, da *tutela do menor abandonado*, que teria *tutor dativo*, ou seja, nomeado pelo juiz. Sendo impossível a nomeação desse tutor dativo, o menor abandonado seria recolhido a estabelecimento público para esse fim destinado. Na falta desse estabelecimento, o menor ficaria sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregariam da sua criação, havendo uma inserção em família substituta. O dispositivo foi alterado pela Lei 12.010, de 2009, então conhecida como *Nova Lei da Adoção*, passando a prescrever que as crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (*família substituta*). Em suma, não se menciona mais o *menor abandonado*, substituindo-se a expressão por outras mais amplas e genéricas.

Seguindo no estudo do tema, o Código Civil de 2002, assim como o seu antecessor, continua prevendo aqueles que são incapazes de exercer tutela (art. 1.735), bem como aqueles que podem escusá-la, ou seja, não a aceitar ou pedir dispensa (art. 1.736).

Pelo primeiro dispositivo, não podem ser tutores e serão exonerados da tutela:

- a) aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens, como no caso dos menores ou dos pródigos;
- b) aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem demanda contra o menor;
- c) os inimigos do menor, ou de seus pais, ou aqueles que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;
- d) os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena;
- e) as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso

em tutorias anteriores, cabendo análise caso a caso; e *f*) aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela, caso de um juiz, de um promotor de justiça ou de um delegado de polícia. Sobre a previsão relativa aos condenados por crime, o Enunciado n. 636, aprovado na *VIII Jornada de Direito Civil* (2018), admite a sua mitigação, o que conta com o meu apoio. Nos seus termos, “o impedimento para o exercício da tutela do inc. IV do art. 1.735 do Código Civil pode ser mitigado para atender ao princípio do melhor interesse da criança”.

As hipóteses expostas, como se pode perceber, são de *falta de legitimação* para o ato, para o exercício da tutela. Por outra via, as hipóteses de *escusa*, a seguir demonstradas, são situações em que a dispensa pode ou não ocorrer, havendo um direito potestativo das pessoas elencadas. O procedimento de escusa corre perante a Vara da Infância e da Juventude, se houver. Não havendo esse juízo especializado, a competência será da Vara da Família ou da Vara Cível, pela ordem.

De acordo com o art. 1.736 do CC/2002, podem *escusar-se* da tutela, inicialmente, as mulheres casadas. Há proposta de revogação do dispositivo, conforme o Enunciado n. 136 do CJF/STJ, da *Jornada de Direito Civil*. Isso porque “não há qualquer justificação de ordem legal para legitimar que mulheres casadas, apenas por essa condição, possam se escusar da tutela”. Realmente, é de se concordar com a proposta, pois o dispositivo parece ser herança da perversa distinção entre homens e mulheres, que não mais existe.

Também cabe a escusa da tutela aos maiores de 60 anos. Igualmente nesse ponto há que se discutir se a norma é ou não discriminatória, assim como acontece com o art. 1.641, inciso II, do CC/2002, que continua a discriminar o idoso, impondo-lhe o regime da separação obrigatória de bens, agora com 70 anos de idade.

Segundo, o inciso III do art. 1.736 do Código Civil estabelece que podem escusar-se da tutela aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos. A ideia é que há um excesso de responsabilidades nessas hipóteses, o que pode fundamentar a declinação do *munus*. Por fim, existem outras situações que dizem respeito a motivos relevantes nos quatro últimos incisos do preceito material. Assim é o caso dos impossibilitados por enfermidade; daqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela; daqueles que já exercem uma tutela ou curatela e dos

militares em serviço (art. 1.735, incisos IV a VII, do CC/2002).

Ainda no que diz respeito à escusa, aquele que não for parente do menor não poderá ser obrigado a aceitar a tutela, se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la (art. 1.737 do CC). Trata-se de mais uma situação de dispensa pessoal, o que a doutrina denomina como *recusa da tutela por estranho* (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2010, p. 1.235).

O art. 1.738 da codificação material de 2002 consagra prazo decadencial de dez dias, contados da sua designação, para a manifestação da escusa pelo tutor. Não havendo essa manifestação expressa, deve-se entender que a parte renunciou ao direito potestativo de alegar essa dispensa pessoal. No entanto, se o motivo escusatório ocorrer depois de aceita a tutela, os dez dias serão contados a partir do momento em que sobrevier esse motivo.

O prazo para a manifestação da escusa era de cinco dias, conforme o art. 1.192 do CPC/1973. Pelo mesmo dispositivo, contar-se-ia o prazo: *a)* antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; *b)* depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa. Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido neste artigo, reputar-se-ia renunciado o direito de alegá-la (art. 1.192, parágrafo único, do CPC/1973).

Como o Código Civil de 2002 regulamentou igual e inteiramente a matéria relativa ao prazo de escusa na tutela, este autor sempre sustentou que prevaleceria o seu art. 1.738 em relação ao CPC de 1973. Todavia, a norma processual ainda prevaleceria no seguinte ponto, por não ter sido tratada pelo Código Civil: o juiz deveria decidir de plano esse pedido de escusa. Se não a admitisse, exerceria o nomeado a tutela ou curatela enquanto não fosse dispensado por sentença transitada em julgado (art. 1.193 do CPC/1973).

Pois bem, o Novo Código de Processo Civil tratou do tema no seu art. 760 estabelecendo que “o tutor ou o curador poderá eximir-se do encargo apresentando escusa ao juiz no prazo de 5 (cinco) dias contado: I – antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; II – depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa. § 1.º Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido neste artigo, considerar-se-á renunciado o direito de alegá-la. § 2.º O

juiz decidirá de plano o pedido de escusa, e, não o admitindo, exercerá o nomeado a tutela ou a curatela enquanto não for dispensado por sentença transitada em julgado”. Como a norma é posterior e mais especial do que o Código Civil, parece que sobre ela prevalece, havendo uma revogação tácita, nos termos do art. 2.º da Lei de Introdução, notadamente por tratar inteiramente da mesma matéria. Como aspecto de organização do dispositivo, sem modificação de conteúdo, o teor do antigo art. 1.193 do Estatuto Processual de 1973 passou a compor um parágrafo do novo preceito. No mais, os conteúdos foram mantidos, devendo agora prevalecer.

Por fim no que concerne à escusa, se o juiz não a admitir, o nomeado exercerá a tutela enquanto o recurso interposto não tiver provimento (art. 1.739 do CC/2002). Além disso, responderá desde logo pelas perdas e danos o tutor nomeado que não atua nesse lapso temporal, como determina a lei, em relação aos prejuízos que o menor venha a sofrer.

Voltando ao Código de Processo Civil emergente, ele continua a estabelecer que o tutor ou curador será intimado a prestar compromisso no prazo de cinco dias contados: *a)* da nomeação feita na conformidade da lei civil; e *b)* da intimação do despacho que mandar cumprir o testamento ou o instrumento público que o houver instituído. Trata-se do novo art. 759 do CPC/2015, reprodução integral do art. 1.187 do CPC/1973.

O Código de Processo Civil anterior cuidava da *hipoteca legal* quando da nomeação do tutor, categoria que foi extinta pelo CC/2002, o que trazia – e ainda traz – a dedução de que tais normas anteriores foram totalmente prejudicadas (arts. 1.188 a 1.191 do CPC/1973). O Novo Código de Processo Civil não cuidou dessa hipoteca imposta pela norma, o que não poderia ser diferente. Em verdade, a citada hipoteca legal foi substituída por uma *caução*, regulamentada pelo Código Civil, como ainda será exposto neste capítulo.

A hipoteca legal constava da mesma forma dos arts. 37 e 38 do ECA (Lei 8.069/1990). Todavia, tais dispositivos foram alterados pela Lei 12.010/2009, passando a tratar de procedimentos da tutela testamentária. É a redação atual do art. 37 do ECA: “O tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de

2002 – Código Civil, deverá, no prazo de 30 dias após a abertura da sucessão, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observando o procedimento previsto nos arts. 165 a 170 desta Lei. Parágrafo único. Na apreciação do pedido, serão observados os requisitos previstos nos arts. 28 e 29 desta Lei, somente sendo deferida a tutela à pessoa indicada na disposição de última vontade, se restar comprovado que a medida é vantajosa ao tutelando e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumi-la”.

Feitas tais considerações, nota-se que o Código Civil possui normas que disciplinam o exercício da tutela. A primeira delas é o art. 1.740, que traz as incumbências do tutor no exercício do seu *munus* público, a saber: *a)* dirigir a educação do menor, defendê-lo e lhe prestar os alimentos, conforme os seus haveres e condição; *b)* reclamar do juiz que tome as providências necessárias para a correção do menor, caso essa seja necessária; e *c)* cumprir com os demais deveres que normalmente cabem aos pais, sempre ouvida a opinião do menor, se este já contar 12 anos de idade. Sem prejuízos desses deveres, que serão exercidos sem a inspeção judicial, incumbe ao tutor, agora sob a referida intervenção do juiz, administrar os bens do tutelado, sempre em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé (art. 1.741 do CC/2002).

Tendo em vista a fiscalização dos atos do tutor, o CC/2002 admite a nomeação pelo juiz de um *protutor* (art. 1.742), que igualmente assumirá um *munus* público, norteado pelas mesmas atribuições que tem o tutor, inclusive guiado pela boa-fé e pela eticidade. Anotam Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado que se trata de uma “forma de inspeção judicial delegada, no sentido de monitoramento da tutela, em sua função de proteger o menor tutelado” (ALVES, Jones Figueirêdo; DELGADO, Mário Luiz. *Código Civil...*, 2005, p. 894. Aplicando o preceito, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal admitiu a nomeação de padrasto como protutor, “no objetivo de resguardar o melhor interesse da criança, nomeia-se seu pai afetivo (ex-companheiro da sua mãe) protutor para ajudar na administração de seus bens” (TJDF, Recurso 2009.05.1.006057-5, Acórdão 586.569, 2.^a Turma Cível, Rel. Des. Sérgio Rocha DJDFTE 17.05.2012, p. 89).

De acordo com o art. 1.743 da norma material geral, se os bens e os interesses

administrativos exigirem conhecimentos técnicos, forem complexos, ou realizados em lugares distantes do domicílio do tutor, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outras pessoas físicas ou jurídicas o exercício parcial da tutela. Como comenta Maria Helena Diniz, o poder do tutor é uno e *indivisível*, sendo o encargo pessoal. Entretanto, isso não obsta a cessão da tutela, uma concessão parcial do encargo, o que se denomina *tutela parcial* ou *cotutória* (DINIZ, Maria Helena *Código Civil...*, 2010, p. 1.238). Como se percebe, a última hipótese não se confunde com a atuação do *protutor*, pois aqui a tutela é exercida de forma concomitante, nos limites do que for determinado pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude.

O Código Civil de 2002, a exemplo do anterior, continua trazendo a responsabilidade do juiz quanto à tutela havendo prejuízos ao tutelado, podendo essa responsabilidade ser direta ou subsidiária em relação ao tutor (art. 1.744 do CC).

A responsabilidade do juiz será direta e pessoal quando não tiver nomeado o tutor ou não o houver feito oportunamente. Por outra via, essa responsabilidade do magistrado será subsidiária quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito. Nos dois casos, exige-se apenas culpa do juiz, e não o dolo, que era regra geral contida no art. 133 do CPC/1973, repetida pelo art. 143 do CPC/2015.

Há quem entenda que a norma civil está prejudicada, tendo sido revogada taticamente pelo último comando instrumental, uma vez que a responsabilidade civil do juiz é sempre subsidiária pelo Estatuto Processual em vigor. Nesse sentido, as palavras, de Fernando Gajardoni, para quem, “seguindo a tendência jurisprudencial formada a partir da interpretação antes existente do art. 133 do CPC/1973, e do art. 49 e incisos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (art. 49 da LC 35/1979), o art. 143 do CPC/2015 explicita que a responsabilização do magistrado se dá, apenas, de modo regressivo (STF, 2.^a T., RE 228.977-2/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, j 05.03.2002, *DJ* 12.04.2002). Trata-se de interpretação que objetiva, à luz das garantias constitucionais da magistratura (art. 95 da CF), proteger os juízes contra investidas temerárias das partes e advogados, eventualmente prejudicados por decisões proferidas. Exigindo-se que, primeiramente, a ação civil de responsabilização seja dirigida contra a União (magistrados federais e do Distrito

Federal) e Estados (magistrados estaduais), na forma do art. 37, § 6.º, da CF/1988, tem-se um filtro que possibilita aos juízes julgarem com independência, cientes de que só serão responsabilizados civilmente caso o Poder Público tenha condições de afirmar que a conduta se enquadra nas duas situações do art. 143 do CPC/2015). Note-se, assim, que o art. 1.744 do CC (que responsabiliza o juiz, direta e pessoalmente, quando não houver nomeado tutor), está superado” (GAJARDON] Fernando de Fonseca. *Comentários...* In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAME (Coord.), 2015, p. 266).

Parece-nos que, de fato, o objetivo do legislador foi de consagrar uma responsabilidade regressiva, subsidiária e excepcional do juiz. Porém, tal opção é altamente prejudicial aos direitos das vítimas, diante das comuns dificuldades de demandar o Estado. Os casos de reconhecimento do dever de indenizar de magistrados são raríssimos, especialmente diante da adoção de um modelo fundado em atos dolosos dos julgadores. De todo modo, em relação ao art. 1.744 do Código Civil, entendemos ainda estar em vigor, diante de seu caráter excepcional, aplicável à tutela.

Ainda no que tange ao exercício do *munus*, os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado desses bens e seus valores, mesmo que os pais o tenham dispensado, o que se denomina *inventário de bens* (art. 1.745 do CC).

Entretanto, se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de uma *caução* bastante para tanto, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade (art. 1.745, parágrafo único, do CC). Como exposto anteriormente, essa caução substituiu a hipoteca legal que era conferida ao tutelado ou curatelado em razão dos bens imóveis do tutor ou curador, nos termos do art. 827, inc. IV, do CC/1916.

Tanto isso é verdade que o art. 2.040 do CC/2002, norma de direito intertemporal, enuncia que “a hipoteca legal dos bens do tutor ou curador, inscrita em conformidade com o inciso IV do art. 827 do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1.º de janeiro de 1916, poderá ser cancelada, obedecido o disposto no parágrafo único do art. 1.745 deste Código”. Em suma, todas essas hipotecas legais devem ser substituídas pela caução, sob pena de não mais valerem, o que também pode atingir a

validade da própria tutela.

Se o menor possuir bens, será sustentado e educado a expensas desses bens existentes, arbitrando o juiz, para tal fim, as quantias que lhe pareçam necessárias (art. 1.746 do CC). Por conseguinte, o juiz deve considerar o rendimento da fortuna do pupilo quando o seu pai ou a sua mãe não as houver fixado.

Além daquelas atribuições constantes do art. 1.740 da norma geral material, no seu art. 1.747, o Código Civil de 2002 traz outras funções do tutor que também independem de autorização judicial, a saber.

A primeira delas é a de representar o menor, até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte. Deve também o tutor receber as rendas e pensões do menor e as quantias a ele devidas, sempre guiado pela boa-fé nesse recebimento. O tutor tem, ainda, a atribuição de fazer as despesas de subsistência e educação em proveito do menor, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens. Pode, também, alienar os bens do menor destinados à venda. Por fim, cabe ao tutor promover, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz, ou seja, dos imóveis do menor que possam ser locados.

Enquanto nos casos anteriormente listados a autorização judicial não se faz necessária, o art. 1.748 do CC/2002 consagra outras incumbências, que necessitam da anuência do juiz.

O primeiro inciso prevê a hipótese de pagamento das dívidas do menor, o que tem natureza onerosa, justificando essa fiscalização. Compete também ao tutor, com autorização do juiz, aceitar pelo menor as heranças, os legados ou as doações, ainda que com encargos (doações modais, de caráter oneroso). A ele cabe, com chancela judicial, transigir, ou seja, celebrar contratos visando à extinção de dívidas. O mesmo se diga quanto ao ato de vender os bens móveis do menor, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido. Por fim, a última atribuição do tutor que necessita de autorização do juiz é a de propor em juízo as ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos.

As últimas hipóteses apontadas são de *outorga judicial*, e a falta desta gera a *ineficácia* do ato, até que ocorra a confirmação posterior (art. 1.748, parágrafo único,

do CC). Anote-se que a opção legislativa, aqui, não foi pela invalidade do ato, como ocorre com a outorga conjugal, geradora de sua nulidade relativa (arts. 1.647 e 1.649 do CC/2002).

Sem prejuízo dessas situações, há atos que o tutor não pode praticar mesmo com autorização judicial, sob pena de sua nulidade absoluta, conforme disciplina o art. 1.749 do Código Civil. O primeiro deles é de adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor. A segunda vedação diz respeito a dispor dos bens do menor a título gratuito. Ao tutor, por fim, é vedado constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor. Como os casos são de nulidade absoluta, cabe reconhecimento de ofício da nulidade e a ação correspondente é imprescritível (art. 169 do CC/2002), de acordo com a corrente seguida por este autor.

Em relação aos bens imóveis dos menores sob tutela, estes podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem ao menor, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz, por meio de alvará judicial (art. 1.750 do CC/2002). Havendo a venda sem essa vantagem e aprovação do juiz, o negócio jurídico é nulo de pleno direito, pois a situação é de *nulidade virtual*, eis que a lei acaba proibindo o ato de forma inversa, sem, contudo, cominar sanção (art. 166, inciso VII, segunda parte, do CC/2002). A ilustrar, imagine-se uma situação concreta em que o menor mudou sua residência, estando em local diverso daquele onde está o imóvel de sua propriedade. Nessa outra cidade, vive ele de aluguel, havendo interesse plausível para a venda do seu imóvel, para que os seus representantes comprem outro naquele lugar onde agora mora o incapaz.

Antes de assumir a tutela, e diante do dever de informar anexo à boa-fé objetiva, o tutor declarará tudo o que o menor lhe deva, sob pena de não lhe poder cobrar, enquanto exerça a tutoria, salvo provando que não conhecia o débito quando a assumiu (art. 1.751 do CC/2002). Se o tutor não cumprir esse seu dever em momento oportuno, perderá um direito de cobrança, o que é aplicação do conceito de *supressio*, relacionado à boa-fé, constituindo esta a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo. Todavia, é importante ressaltar que esse último dispositivo é aplicado aos casos excepcionais em que o tutor é credor do

tutelado, cabendo um aditivo ou adendo do inventário dos bens do menor, com a inclusão das dívidas em relação ao tutor.

Ainda a respeito do exercício da tutela, dispõe o art. 1.752 do Código Civil que o tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado (responsabilidade civil subjetiva). Consigne-se, contudo, que pelo ato do tutelado a responsabilidade do tutor é objetiva, notadamente se houver prejuízo a terceiros, pelo que consta dos arts. 932, inciso II, e 933 do CC/2002. Há, assim, uma *responsabilidade objetiva indireta ou impura*, que depende da prova de culpa do tutelado. Por outra via, o tutor tem direito a ser pago pelo que despende no exercício do *munus*, o que é um direito de reembolso, salvo nos casos descritos no art. 1.734 do CC/2002, diante da sua flagrante atuação por liberalidade ou gentileza.

Além desse direito de reembolso, o art. 1.752 do Código de 2002 consagra a favor do tutor um montante pela sua atuação, proporcional ao valor dos bens administrados. Quanto ao *protutor*, o *tutor do tutor*, será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada (art. 1.752, § 1.º, do CC). Como alerta Maria Helena Diniz, e com razão, essa gratificação do tutor não é uma contraprestação pela sua atuação, mas sim uma espécie de indenização ou compensação diante da sua atuação (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2010, p. 1.244).

Em complemento, determina o § 2.º do art. 1.752 do CC/2002 que são solidariamente responsáveis pelos prejuízos às pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor e as que concorreram para o dano. Essa hipótese de solidariedade legal, a respeito dos danos de qualquer natureza – materiais e morais, nos termos da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça –, atinge o protutor, o juiz ou qualquer pessoa que tenha concorrido culposamente para o prejuízo, o que é subsunção da regra do art. 942 do CC/2002.

O Código Civil, ainda quanto à tutela, traz também regras quanto aos bens do tutelado e a prestação de contas pelo tutor. De início, em relação aos bens dos tutelados, os tutores não podem conservar em seu poder dinheiro dos tutelados além do necessário para as despesas ordinárias com o seu sustento, a sua educação e a administração de seus bens (art. 1.753). Havendo necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após

autorização judicial, alienados, e o seu produto convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União ou dos Estados (art. 1.753, § 1.º, do CC).

Nesses casos, deve-se atender preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicados na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz. Esse mesmo destino terá o dinheiro proveniente de qualquer outra procedência, caso de bens recebidos pelo tutelado por herança (art. 1.753, § 2.º). A lei enuncia ainda que os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores antes referidos, pagando os juros legais desde o dia em que deveriam dar esse destino, o que não os exime da obrigação, que o juiz fará efetiva, da referida aplicação (art. 1.753, § 3.º).

No que concerne aos valores que existirem em estabelecimento bancário oficial, na forma do que estatui o art. 1.754 do CC/2002, estes não poderão ser retirados senão com autorização judicial e somente para as seguintes destinações: *a)* para as despesas com o sustento e educação do tutelado, ou a administração de seus bens; *b)* para a compra de bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1.º do art. 1.753; *c)* para o emprego em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado, havendo, por exemplo, uma doação com encargo; e *d)* para a entrega a órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros.

O diploma material em questão trata do levantamento das quantias depositadas durante o exercício da tutela. O pedido de tal levantamento deve ser bem fundamentado, sendo certo que meras alegações genéricas, sem qualquer prova, não dão ensejo ao deferimento do requerido. Essa tem sido a melhor conclusão jurisprudencial (TJSP, Agravo de Instrumento 528.683.4/0, Acórdão 2606430, São Paulo, 10.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Ana de Lourdes, j. 08.04.2008 *DJESP* 06.06.2008).

No que tange à prestação de contas, trata-se de um dever decorrente da tutela, conforme reconhece o art. 1.755 do Código Civil, e que subsiste mesmo que haja uma disposição em contrário feita pelos pais, quando, por exemplo, da tutela testamentária. A prestação de contas visa justamente àquilo que busca o *munus*, qual

seja, a proteção do tutelado ou pupilo. A lei exige nessa prestação de contas um *balanço anual* (art. 1.756 do CC), a ser apresentado pelo tutor ao juiz, que deverá aprová-lo, anexando aos autos do inventário dos bens do menor. Sem prejuízo disso, os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente (art. 1.757 do CC).

Essas contas serão prestadas em juízo e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, títulos, obrigações ou letras, na forma daquele já comentado § 1.º do art. 1.753 do CC/2002. A prestação de contas será processada em juízo, nos próprios autos em que ocorreu a nomeação do tutor (Vara da Infância, da Família ou Cível, pela ordem, se houver). Há necessidade de intervenção do MP, diante do interesse de incapazes.

Havia um procedimento especial para a ação de prestação de contas entre os arts. 914 a 919 do Código de Processo anterior. Como visto em capítulo anterior, o Novo CPC trata apenas, entre os procedimentos especiais, da ação de se exigir contas, a favor daquele que pode exigí-las (arts. 550 a 553). Nas situações envolvendo o que tem obrigação de prestá-las, essa medida segue o procedimento comum e não mais o especial.

Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação do menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, permanecendo integral, até então, a responsabilidade do tutor (art. 1.758 do CC/2002). Nos casos de morte, ausência, ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representantes (art. 1.759 do CC/2002). Serão levadas a crédito do tutor todas as despesas justificadas e reconhecidamente proveitosas ao menor (art. 1.760 do CC/2002), devendo as despesas com a prestação das contas ser pagas pelo tutelado (art. 1.761 do CC/2002).

O art. 1.762 da Norma Geral Privada trata do *alcance do tutor*, que vem a ser “a diferença para menos verificada na prestação de contas do exercício da tutela” (ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado *Código...*, 2008, p. 1.925). Tanto esse *alcance* quanto o saldo contra o tutelado são considerados pelo dispositivo como

dívidas de valor, vencendo juros legais e correção monetária pelo índice oficial desde o julgamento definitivo das contas.

Para encerrar o estudo da tutela, os arts. 1.763 a 1.766 do Código Civil em vigor tratam das situações de *extinção da tutela*.

A primeira delas é relacionada com a maioridade ou a emancipação do menor, uma vez que cessa a sua condição de incapaz. Essas hipóteses independem de intervenção judicial. A tutela é igualmente extinta ao cair o menor sob o poder familiar, na hipótese de reconhecimento de paternidade, maternidade ou adoção (parentesco civil), o que também independe de atuação do juiz. A terceira hipótese é relativa ao termo final da tutela, em que era obrigado a servir o tutor, sem que haja ação judicial. Como quarta situação, a tutela é extinta havendo escusa legítima prevista nas situações especificadas em lei, conforme decisão do juiz. Por derradeiro, ocorrerá o seu fim havendo remoção do tutor pelo juiz, caso não exerça a tutoria como estatui a lei.

No que concerne ao termo final, o prazo para a atuação do tutor é de dois anos, cabendo exoneração após esse lapso temporal (art. 1.765 do CC/2002). Entretanto, pode o tutor continuar no exercício da tutela, além desse prazo, desde que o queira e o juiz entenda que isso é conveniente ao menor, tendo como parâmetro os princípios do melhor interesse e da proteção integral do menor (art. 1.765, parágrafo único, do CC/2002).

A remoção ou destituição do tutor cabe quando este for negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade (art. 1.766 do CC/2002). Esse procedimento de remoção pode ter iniciativa do MP ou de quem tenha justo interesse. No Código de Processo Civil de 1973, tal procedimento específico constava entre os arts. 1.194 a 1.198. No Novo CPC, essas antigas regras correspondem aos arts. 761 a 763, com modificações, especialmente porque não há mais um tópico especial a respeito do processo.

Nos termos do art. 761 do Novo *Codex*, “incumbe ao Ministério Público ou a quem tenha legítimo interesse requerer, nos casos previstos em lei, a remoção do tutor ou do curador. Parágrafo único. O tutor ou o curador será citado para contestar a arguição no prazo de 5 (cinco) dias, findo o qual observar-se-á o procedimento

comum”. O prazo de cinco dias já estava no art. 1.195 do CPC/1973. O art. 1.196 do CPC/1973 estabelecia a incidência de regras relativas a cautelar ao final do prazo. Assim, a conversão ao procedimento comum é inovação.

Na linha do que enunciava o antigo art. 1.197 do CPC/1973, o art. 762 do Novo CPC estatui que, em caso de extrema gravidade, o juiz poderá suspender o tutor ou o curador do exercício de suas funções, nomeando substituto interino. Igualmente, sem qualquer novidade. Aqui não houve qualquer modificação substancial.

Por derradeiro, conforme o art. 763, *caput*, do Novo CPC, correspondente ao art. 1.198 do CPC antigo, cessando as funções do tutor ou do curador pelo decurso do prazo em que era obrigado a servir, ser-lhe-á lícito requerer a exoneração do encargo. Não o fazendo dentro dos dez dias seguintes à expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo se o juiz o dispensar (art. 763, § 1.º, do Novo CPC). A única inovação, que já era exigida na prática, consta do § 2.º do novo preceito, pelo qual, cessada a tutela ou curatela, é indispensável a prestação de contas pelo tutor ou curador, na forma da lei civil.

9.3 DA CURATELA

Vistas as regras a respeito da tutela, a *curatela* igualmente é instituto de direito assistencial, para a defesa dos interesses de maiores incapazes. Assim como ocorre com a tutela, há um *munus* público, atribuído pela lei. São partes da curatela o *curador* e o *curatelado*. A curatela também é conceituada como um instituto que visa à representação de maiores incapazes, havendo um “encargo público cometido, por lei, a alguém para reger e defender uma pessoa e administrar os bens de maiores incapazes, que, por si sós, não estão em condições de fazê-lo, em razão de enfermidade ou deficiência mental” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2005, p. 1.444). A categoria é tratada tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Processo Civil, cujas regras serão aqui analisadas.

Estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. Como visto, não existem mais absolutamente incapazes maiores, por força das alterações que foram feitas no art. 3.º do Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Sendo

assim, a curatela somente incide para os maiores relativamente incapazes que, na nova redação do art. 4.º da codificação material, são os ébrios habituais (no sentido de alcoólatras), os viciados em tóxicos, as pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade e os pródigos. Como antes exposto, não há mais a menção às pessoas com discernimento mental reduzido e aos excepcionais, tidos agora como plenamente capazes pelo sistema.

Apesar dessas constatações, fica a dúvida se não seria interessante retomar alguma previsão a respeito de maiores absolutamente incapazes, especialmente para as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir vontade e que não são necessariamente pessoas deficientes. Reitere-se que o presente autor entende que sim, havendo proposição nesse sentido no texto original do Projeto de Lei 757/2015, com o nosso apoio e parecer, o que infelizmente acabou por não ser adotado no parecer final da proposição legislativa. Cite-se, novamente e a esse propósito, a pessoa que se encontra em coma profundo, sem qualquer condição de exprimir o que pensa. No atual sistema, será enquadrada como relativamente incapaz, o que parece não ter sentido jurídico. Justamente por isso acompanharemos o seu trâmite legislativo na Câmara dos Deputados, com o fim de incluir previsão nessa linha.

De toda sorte, reafirme-se, como dito quanto à tutela, que a curatela não se confunde com a representação e com a assistência, por ser instituto geral de administração de interesses de outrem. A curatela também não se confunde com a tutela, pois a última visa à proteção de interesses de menores; enquanto a primeira, à proteção dos maiores.

Entretanto, pontue-se a existência de posição anterior, segundo a qual ocorrendo a interdição de menor, em razão de certas doenças, por exemplo, este passaria a ser sujeito à curatela, o que seria melhor para a defesa dos interesses do vulnerável (nesse sentido, ver: TJRJ, Acórdão 6.043/1997, Duque de Caxias, 4. Câmara Cível, Rel. Des. Wilson Marques, j. 15.06.1999). Todavia, a questão já não era pacífica, pois existiam julgados que entendem serem melhores caminhos o poder familiar e a tutela para o menor interditado (TJMG, Acórdão 1.0000.00.304048-2/000, Uberlândia, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Pedro Henriques, j. 27.12.2002 *DJMG* 30.05.2003). Trata-se, portanto, de questão polêmica. Anote-se que, na nova

teoria das incapacidades, somente caberá tal discussão em caso de interdição relativa, pois os únicos absolutamente incapazes são os menores de 16 anos.

O art. 1.767 do CC/2002 traz o rol taxativo dos *interditos*, ou seja, daqueles que estão sujeitos à curatela. Como não poderia ser diferente, a norma foi modificada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, diante da revolução que atingiu a teoria das incapacidades. Curioso perceber que a Lei 13.146/2015 traz a ideia não de interdição, mas de uma ação judicial em que haverá a nomeação de um curador. Por outra via, o Novo CPC está todo baseado no processo de interdição. O Projeto de Lei 757/2015 pretende reparar esse conflito, introduzindo uma expressão única não só no Novo CPC, mas em toda a legislação, que passa a ser *ação de pedido de curatela*.

Constata-se que o citado Estatuto altera o art. 1.768 do Código Civil, deixando de mencionar que “a interdição será promovida”; e passando a enunciar que “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. O grande problema é que esse dispositivo material foi revogado expressamente pelo art. 1.072, II, do CPC/2015. Sendo assim, a norma ficou em vigor por pouco tempo, entre janeiro e março de 2016, quando o Estatuto Processual passou a ter vigência.

Pensamos que será necessária uma nova norma, no caso o PL 757/2015, que deve ser aprovado, fazendo com que o dispositivo trazido pelo EPD volte a vigorar, afastando-se esse *primeiro atropelamento legislativo*. Até que isso ocorra, uma alternativa viável para fazer prevalecer o *espírito* do Estatuto é a utilização das suas regras com alento doutrinário na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos que tem força de Emenda à Constituição.

De qualquer modo, reafirme-se que só a edição de uma terceira norma apontando qual das duas deve prevalecer não basta, pois o Novo CPC é inteiramente estruturado no processo de interdição, como se nota do tratamento constante entre os seus arts. 747 a 758. Sendo assim, parece-nos que será imperiosa uma reforma considerável do CPC/2015, deixando-se de lado a antiga possibilidade da interdição e substituindo-a pelos termos antes propostos. A propósito da superação desse tradicional modelo, pontua Paulo Lôbo que “não há que se falar mais de ‘interdição’, que, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a

mediação de seu curador. Cuidar-se-á, apenas, de curatela específica, para determinados atos” (LÔBO, Paulo. Com os avanços legais... Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 21 ago. 2015).

Feitas tais considerações fundamentais, e voltando ao art. 1.767 do Código Civil, o seu inciso I mencionava aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para os atos da vida civil, tendo sido alterada, pois equivalia ao art. 3.º, inciso II, da própria norma material, ora revogado. Agora passou a mencionar as pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não puderem exprimir vontade, tidas como relativamente incapazes no novo sistema. Como consequência, foi revogado o inciso II do art. 1.767, que mencionava as últimas. Continuam podendo ser citadas as situações dos surdos--mudos, que não têm qualquer condição de exprimir sua vontade, e das pessoas que se encontram em coma profundo.

Os ébrios habituais (alcoólatras viciados) e os toxicômanos (viciados em tóxicos) igualmente são, em tese, interditados por força do art. 1.767, inciso III, do Código Civil, ora alterado, pois não há mais a previsão a respeito das pessoas com desenvolvimento reduzido. Também não se interditam mais os excepcionais sem completo desenvolvimento mental, caso do acometido por Síndrome de Down, tendo sido revogado o art. 1.767, inciso IV, do CC).

Julgado anterior do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2014, entendeu que essa previsão englobaria o *sociopata*, que também poderia ser interditado:

“A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1.767, III, do CC/2002). Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física, sendo também *ratio* não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo

social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim que, não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de autolesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porque a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata” (STJ, REsp 1.306.687, 3.^a Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j 18.03.2014).

Todavia, com as mudanças ocorridas no sistema, esse entendimento parece ter caído por terra, devendo tais pessoas ser consideradas plenamente capazes para o Direito Civil, em especial para os atos existenciais familiares.

Aliás, aqui pode ser feita uma crítica em relação ao novo sistema de interdição inaugurado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Isso porque, não só o sociopata como também o psicopata, anteriormente enquadrados como absolutamente incapazes, deveriam continuar a ser interditados ou sujeitos à curatela. Por isso, opinamos quando da tramitação do Projeto de Lei 757/2015 do Senado Federal que é necessária a volta de dispositivo tratando como absolutamente incapazes as pessoas que não têm qualquer condição de exprimir sua vontade.

Ora, com a mudança engendrada pela Lei 13.146/2005, reafirme-se que somente são absolutamente incapazes os menores de 16 anos, não sendo possível enquadrar tais pessoas no rol dos relativamente incapazes do art. 4.º do CC/2002. Err summa, serão tais pessoas plenamente capazes, para os fins civis, o que não parece fazer sentido. Infelizmente, o legislador pensou apenas na pessoa com deficiência, deixando de lado outras situações concretas.

Em relação aos pródigos, pessoas que gastam de maneira destemperada o

próprio patrimônio, o que pode levá-los à penúria, são os últimos interditos, expressos no art. 1.767, inciso V, do CC/2002. Em relação à sua interdição relativa, enuncia o art. 1.782 do próprio Código Civil que esta só os privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Nesse contexto, o pródigo pode, livremente, casar-se – sem a imposição de qualquer regime legal ou obrigatório –, fazer testamento, reconhecer filhos e ser empregado.

Como última anotação sobre o art. 1.767 do CC/2002, o polêmico Enunciado n. 637, aprovado na *VIII Jornada de Direito Civil*, realizada no ano de 2018, preceitua que “admite-se a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade”. A proposta doutrinária causa perplexidade, uma vez que não existem mais restrições para atos existenciais familiares, como está previsto no arts. 6.º e 83 do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim, por entrar em colisão com o texto legal, voltamos contrariamente ao seu conteúdo quando daquele evento.

Sabe-se que a incapacidade não se presume, havendo a necessidade do referido processo de interdição, para dele decorrer a curatela. Sendo assim, é fundamental o estudo das regras relativas a esse processo, constantes do Código de Processo Civil, confrontadas com a Lei 13.146/2015.

Iniciando-se pelos legitimados para a demanda, o art. 1.768 do Código Civil foi expressamente revogado pelo art. 1.072, inciso II, do Novo Código de Processo Civil. Previa esse comando: “A interdição deve ser promovida: I – pelos pais ou tutores; II – pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III – pelo Ministério Público”. O motivo de revogação foi o de concentrar os legitimados para a ação de interdição no Estatuto Processual. Ademais, a expressão *deve* era criticada por ser peremptória, tendo sido substituída pelo termo *pode*.

Conforme o art. 747 do Novo CPC, que unificou o tratamento do tema, “a interdição pode ser promovida: I – pelo cônjuge ou companheiro; II – pelos parentes ou tutores; III – pelo representante da entidade em que se encontra abrigado c

interditando; IV – pelo Ministério Público. Parágrafo único. A legitimidade deverá ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial”. Vejamos a confrontação desse comando com o antigo art. 1.177, seu correspondente na codificação instrumental anterior.

O inciso I do art. 747 do CPC/2015 menciona o cônjuge ou companheiro enquanto o inciso II do art. 1.177 apenas expressava o cônjuge. Como visto, o Novo CPC procurou dar um tratamento uniforme ao casamento e à união estável, o que, em regra, veio em boa hora. Existia proposta no antigo projeto de Ricardo Fiúza (PI 699/2011) de inclusão expressa da convivente, o que acabou prejudicado. A jurisprudência já vinha seguindo essa lógica (nessa linha: TJMG, Embargos de Declaração 1.0024.06.033131-1/0031, Belo Horizonte, 2.^a Câmara Cível, Rel. Des. Brandão Teixeira, j. 23.09.2008, *DJEMG* 22.10.2008; e TJRJ, Acórdão 4.035/1993, Rio de Janeiro, 1.^a Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Sergio Fabião, j. 20.09.1994).

O inciso II do art. 747 do CPC/2015 reconhece a legitimidade aos parentes e tutores. Existe, desse modo, correspondência ao art. 1.177, incisos I e II, que expressava o pai, a mãe, o tutor e algum parente próximo. Deve-se entender pela inclusão de todas as formas de parentesco, seja por consanguinidade (todos os ascendentes e descendentes, colaterais até quarto grau, inclusive), por afinidade (sogra, sogro, nora, genro, enteado, enteada, padrasto, madrastra) ou em decorrência de parentesco civil (adoção, inseminação heteróloga e parentalidade socioafetiva).

Ainda no que diz respeito ao art. 1.768 do Código Civil, consigne-se que ele foi alterado pela Lei 13.146/2015, com a inclusão da possibilidade de interdição pela própria pessoa com deficiência (*autointerdição* ou *autocuratela*). Ademais, o dispositivo não trata propriamente de um processo de interdição, mas de uma demanda em que se nomeia um curador. Como estamos aqui demonstrando, o Novo CPC, adotando outro caminho, está todo estruturado na ação de interdição, na contramão do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Todavia, pelo menos *a priori*, como o dispositivo foi revogado pelo Novo CPC, somente teve aplicação a redação renovada entre a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (janeiro de 2016), até a vigência do CPC/2015 (18 de março). Esperamos que esse problema de direito intertemporal seja definitivamente

solucionado com a emergência de uma nova norma, no caso originário do PL 757/2015, até porque vemos com bons olhos essa possibilidade de *autointerdição*. Nesse sentido foi o nosso parecer dado no Senado Federal quanto à última proposição, que acabou por ser acatado parcialmente e agora segue para debates na Câmara dos Deputados.

Em reforço, a nova norma será necessária para esclarecer se cabe a ação de interdição ou uma demanda com nomeação de um curador (*pedido de curatela*), como antes exposto. De toda sorte, pensamos mais uma vez que, doutrinariamente, enquanto a nova norma não surge para resolver o dilema, pode-se sustentar que a autointerdição ou autocuratela é viável juridicamente, diante da força constitucional da Convenção de Nova York, e por estar de acordo com o *espírito* do EPD. Adotando tal caminho, na *I Jornada de Direito Processual Civil*, em agosto de 2017, aprovou-se o Enunciado n. 57, segundo o qual a própria pessoa a ser curatelada tem legitimidade para promover a medida. A proposta doutrinária contou com o total apoio deste autor, devendo ser seguida pela jurisprudência.

Em relação à legitimidade do Ministério Público, esse órgão somente promoveria a interdição em caso de doença mental grave, se não existisse ou não requeresse a interdição alguma das pessoas designadas pela lei ou, ainda, se existindo tais pessoas, fossem elas incapazes. Essa era a regra do art. 1.769 do CC/2002, revogada expressamente pelo Novo Código de Processo Civil (art. 1.072, inciso II do CPC/2015).

Aperfeiçoando a redação do art. 1.178 do CPC/1973, o art. 748 do Novo *Codex* passou a estabelecer que o Ministério Público só promoverá interdição em caso de doença mental grave: *a)* se as pessoas designadas nos incisos I, II e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; e *b)* se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747. O que se percebe é que a legitimidade do MP é somente *subsidiária* e *extraordinária*, funcionando como substituto processual. Pontue-se que a matéria passou a ser concentrada somente no estatuto processual.

Mais uma vez, nota-se um *atropelamento legislativo* do Novo CPC em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência. Diante da Lei 13.146/2015, o art. 1.769 do

Código Civil passou a prever que o Ministério Público somente promoverá o processo que define os termos da curatela: *a)* nos casos de deficiência mental ou intelectual; *b)* se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo 1.768; e *c)* se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas no inciso antecedente. Novamente, será necessária uma norma emergente para apontar qual terá prevalência. Se isso não ocorrer, parece-nos que prevalecerá o Novo CPC.

Estabelecia o art. 1.770 do Código Civil que, sendo a interdição promovida pelo MP, o juiz nomearia um defensor ao suposto incapaz, que era denominado *curador especial*. No mesmo sentido era a norma do art. 1.179 do CPC anterior. Todavia, o último preceito não foi reproduzido pelo Estatuto Processual emergente, que revogou também o dispositivo material (art. 1.072, II, do CPC/2015).

Desse modo, parece estar prejudicado o nosso entendimento anterior, segundo o qual, nos demais casos, ou seja, sendo a interdição promovida pelas outras pessoas elencadas pela lei, o próprio MP seria o defensor do interdito. Isso porque o art. 752, § 1.º, do Novo CPC passou a determinar que o Ministério Público intervirá como *fiscal da ordem jurídica* nas ações de interdição que não propõe. No sistema anterior, alguns doutrinadores defendiam, pelo menos em parte, essa tese, pela desnecessidade de atuação do Ministério Público em casos tais. Nesse sentido, Euclides de Oliveira comentava decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que assim concluiu:

“Interdição. Pedido do Ministério Público para nomeação de curador especial para defesa dos interesses do interditando. Não possibilidade de a função ser exercida pelo MP, sob pena de conflito de interesses, se o caso. Agravo acolhido” (TJSP, Agravo de Instrumento 485.078-4/8, agravante o Ministério Público, agravada JGS, 4.ª Câmara de Direito Privado, recurso provido por maioria, Rel. José Geraldo de Jacobina Rabello, j. 19.07.2007).

São as conclusões do jurista e doutrinador, demonstrando interessante contraponto ao entendimento que antes era majoritário:

“Em suma, lembrando que o Ministério Público tem sua atuação pautada pela defesa de interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como ao zelo dos interesses sociais, coletivos ou difusos, resta imprópria sua investidura para tarefas de outra ordem, especialmente quando conflitantes com sua necessária intervenção como fiscal da lei. É o que sucede nos processos de interdição com objetivo de curatela de pessoa declarada incapaz para a regência de sua pessoa e para a administração de seus bens. Servirá outro, e não o Ministério Público, como curador especial do interditando, conforme bem reconhecido no acórdão da lavra do eminente Des. José Geraldo de Jacobina Rabello, que tem apoio na correta exegese do perfil institucional daquele órgão e da sua relevante atuação no encargo de fiscalizar o exato cumprimento da lei” (OLIVEIRA, Euclides de. Decisão comentada.. p. 83, out.-nov. 2007).

Os argumentos são louváveis e fizeram o presente autor refletir profundamente sobre a questão no passado. Em certo sentido, parece ter sido essa a lógica adotada pelo Novo CPC, em seu art. 752, § 1.º, e pela revogação do antigo art. 1.770 do Código Civil. A propósito dessa conclusão, em julgado do ano de 2017, o Superior Tribunal de Justiça acabou por concluir que, “diante da incompatibilidade entre o exercício concomitante das funções de *custos legis* e de curador especial, cabe à Defensoria Pública o exercício de curadoria especial nas ações de interdição” (STJ REsp 1.651.165/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19.09.2017). No que concerne aos procedimentos de interdição, o art. 749 do CPC/2015 preceitua que incumbe ao autor, na petição inicial, especificar os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou. Não há mais necessidade de prova da legitimidade, conforme estava no art. 1.180 do CPC/1973, presumindo-se esta das condições pessoais descritas pelo novo art. 747 do CPC/2015.

Como inovação louvável, a Norma Instrumental passou a estabelecer que, justificada a urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a

prática de determinados atos (art. 749, parágrafo único, do CPC/2015). Cite-se, por exemplo, a necessidade de um curador para gerir a empresa do interditando.

Além disso, no que concerne a uma prova inicial mínima, o art. 750 do Novo CPC passou a determinar que o requerente deverá juntar laudo médico para fazer prova de suas alegações, ou, pelo menos, informar a impossibilidade de fazê-lo, dentro dos ditames de boa-fé e de colaboração processual, comentados no primeiro capítulo deste livro.

Seguindo nos procedimentos, o interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil. As perguntas e respostas devem ser reduzidas a termo (art. 751, *caput*, do Novo CPC).

No mesmo sentido, previa o art. 1.771 do CC/2002 que, antes de pro-nunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinaria pessoalmente o arguido de incapacidade. Todavia, esse último comando material também foi revogado expressamente pelo art. 1.072, II, do CPC/2015; estando a matéria concentrada no estatuto processual. Pontue-se que o dispositivo processual emergente é mais minucioso do que o art. 1.181 do CPC anterior, seu correspondente, ao fazer menção às preferências, aos laços familiares e afetivos.

Mais uma vez, será necessário adaptar o Novo CPC frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou o art. 1.771 do Código Civil, passando este a prever que “antes de se pronunciar acerca dos termos da curatela, o juiz, que deverá ser assistido por equipe multidisciplinar, entrevistará pessoalmente o interditando”.

Aliás, afastando a possibilidade dessa entrevista, justamente por conta da revogação feita pelo CPC/2015, do Tribunal paulista: “Ação de interdição. Pretensão à realização de entrevista multidisciplinar com fundamento no art. 1.771 do Código Civil, reformado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. Dispositivo expressamente revogado pelo inciso II do art. 1.072 do CPC/2015 (Lei posterior). Inexistência de determinação legal à realização de entrevista multidisciplinar. Recurso desprovido” (TJSP, Agravo de Instrumento 2087238-67.2016.8.26.0000, Acórdão 9667462,

Limeira, 1.^a Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 07.08.2016, *DJESP* 12.08.2016).

De toda sorte, há julgado do STJ, de setembro de 2017, que considera que a entrevista – chamada no aresto de *interrogatório* –, é essencial para o processo de interdição, e a sua falta gera a nulidade do procedimento. Como consta da sua ementa, “a questão que exsurge nesse recurso é julgar se a ausência de nomeação de curador à lide e de interrogatório do interditando dão ensejo à nulidade do processo de interdição. A participação do Ministério Público como *custos legis* em ação de interdição não supre a ausência de nomeação de curador à lide, devido à antinomia existente entre as funções de fiscal da lei e o representante dos interesses do interditando. O interrogatório do interditando é medida que garante o contraditório e a ampla defesa de pessoa que se encontra em presumido estado de vulnerabilidade. São intangíveis as regras processuais que cuidam do direito de defesa do interditando, especialmente quando se trata de reconhecer a incapacidade e restringir direitos” (STJ, REsp 1.686.161/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a Turma, j. 12.09.2017, *DJe* 15.09.2017). Porém, o acórdão leva em conta a realidade legislativa antes do CPC/2015, na vigência dos arts. 1.181 do CPC/1973 e 1.771 do CC/2002, ora revogados.

Como outra inovação, prescreve o § 1.^o do art. 751 do Novo CPC que, não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. Esse deslocamento já ocorria na prática, sendo costume no Poder Judiciário, inclusive em demanda da qual este autor participou no passado, como advogado. Ademais, como outra nova previsão na lei instrumental, prevê o § 2.^o do art. 751 do CPC/2015 que a entrevista poderá ser acompanhada por especialista. Essa última regra era retirada do art. 1.771 do CC/2002.

Outra novidade é que, durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas (art. 751, § 3.^o, do Novo CPC). Imagine-se, por exemplo, o caso de um interditando que não consegue falar, mas sim digitar em um computador, podendo fazer uso deste.

Por fim, estabelece o art. 751 do CPC/2015, em seu § 4.^o, que, a critério do

juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e pessoas próximas, o que também era praxe, mas não estava expressamente regulamentado no preceito instrumental.

Após todos esses trâmites legais, dentro do prazo de 15 dias, contado da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido (art. 752, *caput*, do CPC/2015). Como antes visto, o Ministério Público intervirá como *fiscal da ordem jurídica* (art. 752, § 1.º, do CPC/2015). Ademais, o interditando poderá constituir advogado para defender-se. Não tendo sido constituído advogado pelo interditando, nomear-se-á curador especial (art. 752, § 2.º, do CPC/2015). Caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente (art. 752, § 3.º, do CPC/2015).

Confrontando o novel artigo com o seu correspondente no Código de Processo Civil de 1973 (art. 1.182), algumas modificações podem ser observadas. O interditando seria representado nos autos pelo órgão do Ministério Público ou, quando este fosse o requerente, pelo curador especial especificamente designado. Agora, o MP passa a atuar como *fiscal da ordem jurídica*. Sem prejuízo disso, o interditando poderia constituir advogado para formular a sua defesa, não havendo menção anterior ao curador especial. Ademais, qualquer parente sucessível poderia constituir-lhe advogado, com os poderes judiciais que o interditando teria transmitido, respondendo esse parente pelos correspondentes honorários advocatícios. No novel preceito apenas se menciona o cônjuge ou companheiro, atuando como assistentes.

Decorrido esse prazo de 15 dias do art. 752 do CPC/2015, estabelece a norma seguinte que o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil (*caput* do art. 753 do Novo CPC). A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar (§ 1.º). O laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela (§ 2.º).

Mais uma vez são notadas mudanças perante o art. 1.183 do CPC/1973. Essa norma previa que, decorrido o prazo de cinco dias mencionado no *caput* do art. 1.182 do antigo CPC, o juiz nomearia um perito, um especialista, para proceder ao exame do interditando. Apresentado o laudo, o juiz designaria a audiência de instrução e julgamento. Pelo parágrafo único do próprio art. 1.183, sendo decretada a interdição,

o juiz nomearia *curador definitivo* ao interdito. Como se observa, os procedimentos foram aperfeiçoados para a devida cautela que deve ser tomada na interdição.

A menção à formação interdisciplinar é louvável, apesar de já ocorrer na prática da interdição. Também deve ser elogiada a referência expressa aos limites da curatela constante do novo art. 753 do CPC/2015, especialmente no seu § 2.º, segundo o qual, “o laudo pericial indicará especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela”.

Isso porque, como se sabe, nos casos de interdição de relativamente incapazes, como a interdição é relativa, deve o juiz determinar os limites da curatela, ou seja, da *curatela parcial*. Essa era a regra retirada do art. 1.772 do CC/2002; também revogada pelo art. 1.072, II, do CPC/2015. Todavia, o objetivo da revogação foi apenas de concentrar o tema no diploma instrumental, sendo esse o mesmo sentido do art. 753, § 2.º, do CPC/2015.

De novo, será imperioso compatibilizar o Novo CPC frente ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou o art. 1.772 do CC/2002, passando este a enunciar que “o juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador. Parágrafo único. Para a escolha do curador, o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando, a ausência de conflito de interesses e de influência indevida, a proporcionalidade e a adequação às circunstâncias da pessoa”. A principal novidade diz respeito à inclusão do parágrafo único, o que vem em boa hora, dando preferência à vontade da pessoa com deficiência. Assim, espera-se, como nos casos anteriores, que esse problema de direito intertemporal seja solucionado com a edição de uma nova norma, originária do Projeto de Lei 757/2015, em curso inicial no Senado Federal.

A propósito, conforme já prescrevia o excelente Enunciado n. 574 do CJF/STJ, aprovado na *VI Jornada de Direito Civil*, em 2013, a decisão judicial de interdição deverá fixar os limites da curatela para todas as pessoas a ela sujeitas, sem distinção, a fim de resguardar os direitos fundamentais e a dignidade do interdito. A proposta foi formulada pela Professora Célia Barbosa Abreu, da Universidade Federal Fluminense, sendo uma das premissas fundamentais defendidas em sua tese de

doutorado (ABREU, Célia Barbosa. *Curatela...*, 2009).

As justificativas do enunciado doutrinário explicam muito bem o seu conteúdo, contando com o total apoio anterior deste autor, o que acabou sendo previsto no Novo CPC e no Estatuto da Pessoa com Deficiência:

“O CC/2002 restringiu a norma que determina a fixação dos limites da curatela para as pessoas referidas nos incisos III e IV do art. 1.767. É desarrazoado restringir a aplicação do art. 1.772 com base em critérios arbitrários. São diversos os transtornos mentais não contemplados no dispositivo que afetam parcialmente a capacidade e igualmente demandam tal proteção.

Se há apenas o comprometimento para a prática de certos atos, só relativamente a estes cabe interdição, independentemente da hipótese legal específica. Com apoio na prova dos autos, o juiz deverá estabelecer os limites da curatela, que poderão ou não ser os definidos no art. 1.782.

Sujeitar uma pessoa à interdição total quando é possível tutelá-la adequadamente pela interdição parcial é uma violência à sua dignidade e a seus direitos fundamentais. A curatela deve ser imposta no interesse do interdito, com efetiva demonstração de incapacidade. A designação de curador importa em intervenção direta na autonomia do curatelado.

Necessário individualizar diferentes estatutos de proteção, estabelecer a graduação da incapacidade. A interdição deve fixar a extensão da incapacidade, o regime de proteção, conforme averiguação casuística da aptidão para atos patrimoniais/extrapatrimoniais”.

Feita tal importante consideração quanto à ordem para nomeação do curador, dispõe o *caput* do art. 1.775 do Código Civil que o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, o curador do outro, quando interdito (*curador legal legítimo*). Sendo o curador o cônjuge e o regime de bens do casamento o de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial (art. 1.783 do CC). A norma é especial e não se aplica aos

demais casos de regime de bens e à união estável.

Ainda de acordo com o art. 1.775 do CC/2002, na falta do cônjuge ou do companheiro, será curador legítimo o pai ou a mãe. Na ausência destes, será nomeado como curador o descendente que se demonstrar mais apto. Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos. Finalmente, na falta das pessoas mencionadas neste artigo, compete ao juiz a escolha do *curador dativo*, que deve ser pessoa capaz e idônea para exercer a função.

Deve-se entender que a ordem descrita não é obrigatória, prevalecendo sempre o melhor interesse do curatelado. Nessa linha, concluiu julgado do Tribunal Gaúcho que “ex-cunhado e irmãos concorrendo para o exercício do múnus. Prevalência do melhor interesse do interditado. No que se refere à nomeação do curador, sabido é que esta deve recair na pessoa do cônjuge ou companheiro e, na falta desses, ascendentes ou descendentes (art. 1.775, §§ 1.º e 2.º do Código Civil). Caberá ao juiz, ainda, a escolha de um terceiro como curador (art. 1.775, § 3.º, do Código Civil), quando da impossibilidade daqueles contidos nos parágrafos anteriores. Elementos de prova que indicam que o curador nomeado de forma provisória vem exercendo de forma responsável o encargo, desmerecendo qualquer alteração. Sentença reformada. Apelação cível provida” (TJRS, Apelação Cível 70059203711, 7.ª Câmara Cível Rel. Jorge Luís Dall’Agnol, j. 28.05.2014). Essas posições devem ser mantidas com a emergência do Novo Código de Processo Civil, conforme consta do Enunciado n.º 638, aprovado na *VIII Jornada de Direito Civil* do ano de 2018: “a ordem de preferência de nomeação do curador do art. 1.775 do Código Civil deve ser observada quando atender ao melhor interesse do curatelado, considerando suas vontades e preferências, nos termos do art. 755, II, e § 1.º, do CPC”.

Além disso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, agora sem qualquer atropelamento legislativo pelo Novo CPC, incluiu o art. 1.775-A na codificação material, segundo o qual, na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer *curatela compartilhada* a mais de uma pessoa.

A norma segue a linha de alguns julgados anteriores. Vejamos, a título de ilustração, o conteúdo de dois arestos, que viabilizam tal forma de curatela, visando a atender aos interesses da pessoa com deficiência.

“Apelação cível. Curatela compartilhada. Interdição. Nomeação de curador. Interdito portador de Síndrome de Down. Pretensão dos genitores do interdito de exercer a curatela de forma compartilhada. Possibilidade. Medida que se coaduna com a finalidade precípua do instituto da curatela. Proteção dos interesses do incapaz. Precedentes. 1. A curatela, assim como a tutela, é um *munus* público a ser exercido na proteção dos interesses do curatelado e de seus bens, incumbindo aos curadores, por exemplo, o dever de defesa, sustento e representação do interdito. Assim, a designação de curador deve se pautar pela prevalência dos interesses do incapaz. 2. Nessa perspectiva, revela-se possível o exercício da curatela compartilhada, conforme postulado pelos autores, que são pais do interdito, considerando que, embora não haja regra expressa que a autorize, igualmente não há vedação à pretensão. Em situações como a dos autos, em que expressamente requerido o exercício da curatela compartilhada e que não há, sob qualquer perspectiva, conflito entre os postulantes, nada obsta que seja ela concedida, notadamente por se tornar, na espécie, uma verdadeira extensão do poder familiar e da guarda – que, como sabido, pode ser compartilhada. 3. Além de se mostrar plausível e conveniente, no caso, a curatela compartilhada bem atende à proteção do interdito, tratando-se de medida que vai ao encontro da finalidade precípua do instituto da curatela, que é o resguardo dos interesses do incapaz, razão pela qual é de ser deferido o pleito” (TJRS, Apelação Cível 70054313796 Pelotas, 8.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 1.^o.08.2013).

“Curatela compartilhada. Interdição. Interdito portador de Síndrome de Down. Inexistência de bens. Para o desenvolvimento do portador da Síndrome de Down, e sua inserção na sociedade e no próprio mercado de trabalho, exige-se muito mais do que vencer o preconceito e a discriminação, mas a dedicação incansável de pais e irmãos na educação e estimulação, desde o nascimento, e o acompanhamento em cursos e atividades especiais, e os cuidados perenes, havendo atualmente sobrevida até os 50 anos, mas com uma

série de problemas, como o Mal de Alzheimer, de forma, até a recomendar, no caso específico, que a curatela seja compartilhada entre os genitores, e, eventualmente, pelos irmãos. Divergências podem surgir, como, também, ocorrem no exercício do poder familiar e da guarda compartilhada, e se for necessário, caberá ao juiz dirimir a questão. Ausência de vedação legal, recomendando-a a experiência no caso concreto. Recurso parcialmente provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 0089340-38.2012.8.26.0000, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j 02.10.2012).

De toda sorte, cabe observar que os acórdãos dizem respeito a portadores de Síndrome de Down, pessoas que não são mais relativamente incapazes pelo Código Civil, pelo menos em regra, justamente pelas alterações que foram feitas pelo citado Estatuto da Pessoa com Deficiência. Em complemento, já prolatado na vigência da nova legislação do Tribunal paulista, destaque-se:

“Agravo de instrumento. Interdição. Curatela provisória. Possibilidade de nomeação simultânea de mais de um curador. Precedentes. Art. 1.775-A do CC, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que reforça a possibilidade de curatela compartilhada. Compartilhamento do encargo entre as duas irmãs que parece já ocorrer de fato, bem como, por ora, consta atender ao melhor interesse do interditando. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP, Agravo de Instrumento 2191636-02.2015.8.26.0000, Acórdão 9172666, Barueri, 1.ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Claudio Godoy, j 16.02.2016, *DJESP* 26.02.2016).

Regulamentando a decisão de interdição, houve revogação expressa, mais uma vez pelo art. 1.072, inciso II, do Novo CPC, do art. 1.773 do Código Civil, cuja redação era a seguinte: “a sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso”. Esse também era o sentido do art. 1.184 do CPC anterior, igualmente sem mais aplicação. A norma processual ainda estabelecia que

essa sentença seria inscrita no Registro de Pessoas Naturais e publicada pela imprensa local e pelo órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição e os limites da curatela.

Em verdade, o sistema relativo à sentença de interdição foi aperfeiçoado pelo Novo Estatuto Processual. De início, passou o seu art. 754, mais didaticamente, a enunciar que, apresentado o laudo, produzidas as demais provas e ouvidos os interessados, o juiz proferirá sentença.

Nessa decisão, o juiz deve atender a alguns requisitos que estão previstos no art. 755 do CPC/2015. Assim, deverá, inicialmente, nomear curador, que poderá ser o requerente da interdição. O magistrado também fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito. Em complemento, conforme o inciso II do comando, o julgador considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências, o que serve para a determinação de uma *curatela parcial*, como antes se expôs. A curatela deve ser atribuída a quem melhor possa atender aos interesses do curatelado, o principal interessado, que merece a devida proteção (art. 755, § 1.º, do CPC/2015).

Eventualmente, havendo, ao tempo da interdição, pessoa incapaz sob a guarda e a responsabilidade do interdito, o juiz atribuirá a curatela a quem melhor puder atender aos interesses do interdito e do incapaz, ao mesmo tempo (art. 755, § 2.º, do CPC/2015). Na verdade, essa regra já era retirada, pelo menos parcialmente, do art. 1.778 do CC/2002, segundo o qual, a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, observados os casos de emancipação.

O dispositivo foi repetido e ampliado pelo Novo CPC, consoante o seu art. 757, que não constava na lei processual anterior, *in verbis*: “A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado ao tempo da interdição, salvo se o juiz considerar outra solução como mais conveniente aos interesses do incapaz”. Constata-se, dessa forma, uma *unicidade da curatela* nessas situações e como premissa geral, assim como ocorre com a tutela, por dicção do art. 1.733 do Código Civil. De qualquer modo, nota-se pelos comandos transcritos que essa regra pode ser quebrada para

atender aos interesses do incapaz.

Na linha parcial do que estava na lei processual anterior, rege o § 3.º do art. 755 do CPC/2015 que a sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores, no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por seis meses. Essas formas de comunicação do público são inovações que vêm em boa hora. A norma continua a mencionar, ainda, a publicação na imprensa local, uma vez, e no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

Pois bem, como se percebe, tanto pelo dispositivo material revogado expressamente (art. 1.773 do CC/2002) quanto pelo processual anterior (art. 1.184 do CPC/1973), os efeitos da sentença de interdição, cuja natureza é predominantemente constitutiva, seriam *ex nunc*, o que não dependia de qualquer ato de publicidade. Isso porque as normas expressavam que a sentença de interdição produziria efeitos desde logo. Essas previsões sempre geraram muita polêmica, o que parece ter sido solucionado pelo Novo CPC, silente a respeito desses efeitos, e deixando a sua determinação nas mãos do julgador. Vejamos.

No sistema anterior, existia uma séria dúvida quanto aos atos praticados pelo interditado antes da interdição, ou seja, se estes permaneciam válidos ou se deveriam ser tidos como nulos. Na doutrina, a questão quanto aos efeitos da sentença de interdição sempre foi muito bem explicada por Maria Helena Diniz:

“Após sua prolatação, por confirmar a suposição da incapacidade, nulos ou anuláveis serão os atos praticados pelo interdito (*RT* 468:112) conforme a gradação da sua interdição, sendo que os atos anteriores àquela sentença serão apenas anuláveis se se comprovar, judicialmente, que sua incapacidade já existia no momento da realização do negócio (*RF* 81:213 e 152:176; *RT* 539:149 e 183, 537:74, 506:75, 503:93, 436:74, 280:252, 365:93, 415:358, 483:71, 489:75 e 505:82; *RTJ* 102:359), caso em que produz efeito *ex tunc*.

Durante a pendência do recurso interposto válidos serão os atos praticados entre o curador e terceiros, mesmo que a sentença venha a ser reformada em instância superior” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil...*, 2010, p. 1.258).

O entendimento constante dos julgados citados era tido como clássico e majoritário. Entretanto, levando-se em conta a eticidade e a valorização da boa-fé, marcos teóricos importantes do Direito Civil Contemporâneo, ficava a dúvida se os anteriores negócios celebrados pelo interditado com terceiros de boa-fé deveriam ou não permanecer válidos. Este autor sempre entendeu que, em regra, a boa-fé deveria prevalecer, sendo tendência do CC/2002 – e agora do Novo CPC – a proteção de terceiros guiados por uma boa conduta.

Cite-se, por oportuno e no sistema material, a previsão do art. 167, § 2.º, do CC, que consagra *inoponibilidade do ato simulado perante terceiros de boa-fé*, bem como a não prevalência do casamento nulo perante negócios celebrados com boa-fé (art. 1.563 do CC). No campo processual, podem ser mencionadas as mudanças realizadas quanto à caracterização da fraude de execução, presumindo-se a boa-fé dos terceiros adquirentes. De fato, se terceiro que negociou com o incapaz antes de sua interdição não percebeu nem poderia perceber a incapacidade, o negócio deve ser tido como válido.

Concluía-se, portanto, que aquele entendimento anterior tenderia a ser alterado, o que parece, ocorrerá na vigência do Novo CPC. Adotando em parte a tese por nós seguida e defendida, o Superior Tribunal de Justiça postergou a decretação de nulidade, justamente para proteger terceiro que agiu de boa-fé na realização do negócio jurídico.

“Nulidade de ato jurídico praticado por incapaz antes da sentença de interdição. Reconhecimento da incapacidade e da ausência de notoriedade. Proteção do adquirente de boa-fé. Precedentes da Corte. 1. A decretação da nulidade do ato jurídico praticado pelo incapaz não depende da sentença de interdição. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência da incapacidade, impõe-se a decretação da nulidade, protegendo-se o adquirente

de boa-fé com a retenção do imóvel até a devolução do preço pago, devidamente corrigido, e a indenização das benfeitorias, na forma de precedente da Corte. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 296.895/ PR, 3.^a Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j 06.05.2004, *DJ* 21.06.2004, p. 214; Veja: Incapaz. Ato praticado antes da interdição. Prova: STJ, REsp 9.077/RS; Compra e venda. Incapaz. Boa-fé d outra parte: STJ, REsp 38.353/RJ – *LEXSTJ* 144/63).

Aguardemos qual será a posição jurisprudencial no futuro, havendo otimismo por parte deste autor, que acredita ter sido muito boa a alteração engendrada pelo Estatuto Processual emergente em tal ponto da matéria.

Seguindo no estudo do tema, previa o art. 1.777 do CC/2002 que os enfermos, deficientes mentais, ébrios habituais, toxicômanos e excepcionais sem desenvolvimento completo, devidamente interditados, deveriam ser tratados em estabelecimento apropriado, desde que não fosse possível o seu convívio doméstico.

Esse dispositivo também foi alterado pela Lei 13.146/2015, passando a estabelecer que as pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 – aquelas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade –, receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio.

Como já defendiam alguns, e essa também era a nossa posição, a internação em estabelecimento especializado passou a ser claramente uma exceção, inclusive pela ordem nominada no novo comando. A esse propósito, aliás, cabe trazer a lume aresto do Superior Tribunal de Justiça, publicado no *Informativo* n. 533 do STJ, de 2013, “é claro o caráter excepcional da medida, exigindo-se, portanto, para sua imposição, laudo médico circunstanciado que comprove a necessidade da medida diante da efetiva demonstração de insuficiência dos recursos extra-hospitalares. A internação compulsória deve, quando possível, ser evitada, de modo que a sua adoção apenas poderá ocorrer como última opção, em defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade. Nesse contexto, resguarda-se, por meio da interdição civil com internação compulsória, a vida do próprio interditando e, secundariamente, a

segurança da sociedade. Além disso, deve-se ressaltar que não se pretende, com essa medida, aplicar sanção ao interditado seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança, haja vista que a internação compulsória em ação de interdição não tem caráter penal, não devendo, portanto, ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa” (STJ, HC 169.172/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 10.12.2013). Essa mudança não sofreu qualquer *atropelamento legislativo* do Novo CPC, não havendo qualquer problema de direito intertemporal quanto a ela.

Por outra via, previa o art. 1.776 do CC/2002 que havendo meios de recuperar o interdito, o curador promoveria o seu tratamento em estabelecimento apropriado. Esse dispositivo foi revogado expressamente pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Todavia, a lógica do seu conteúdo foi adotada pelo novo art. 758 do CPC/2015, preceito claramente material, segundo o qual o curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito. Esses tratamentos não podem perder de vista a dignidade da pessoa humana, ao contrário do que muito ocorre na prática. O tratamento também pode ser efetuado na própria residência do interditado, junto à sua família, o que é até preferível, não sendo a última regra obrigatória. (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Comentários...*, 2003, v. XX, p. 495). Eis aqui mais um problema de colisão de normas que deverá ser resolvido nos próximos anos, pois o Estatuto da Pessoa com Deficiência não alterou ou revogou qualquer comando do Estatuto Processual emergente.

Havendo a recuperação do interdito, ocorreria o *levantamento da interdição*, agora tratada como *levantamento da curatela*, uma vez que cessada a causa que a determinou. Existiram também alterações a respeito do tema, sendo interessante a confrontação dos seguintes comandos:

Código de Processo Civil de 2015	Código de Processo Civil de 1973
“Art. 756. Levantar-se-á a curatela quando cessar a causa que a determinou.	“Art. 1.186. Levantar-se-á a interdição, cessando a causa que a determinou.
	§ 1.º O pedido de levantamento poderá ser feito pelo interditado e será apensado

§ 1.º O pedido de levantamento da curatela poderá ser feito pelo interdito, pelo curador ou pelo Ministério Público e será apensado aos autos da interdição.	aos autos da interdição. O juiz nomeará perito para proceder ao exame de sanidade no interditado e após a apresentação do laudo designará audiência de instrução e julgamento.
§ 2.º O juiz nomeará perito ou equipe multidisciplinar para proceder ao exame do interdito e designará audiência de instrução e julgamento após a apresentação do laudo.	
§ 3.º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e determinará a publicação da sentença, após o trânsito em julgado, na forma do art. 755, § 3.º, ou, não sendo possível, na imprensa local e no órgão oficial, por 3 (três) vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no registro de pessoas naturais. § 4.º A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil.”	§ 2.º Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o trânsito em julgado, pela imprensa local e órgão oficial por três vezes, com intervalo de 10 (dez) dias, seguindo-se a averbação no Registro de Pessoas Naturais.”

Confrontando-se as regras, além da alteração das denominações no *caput*, nota-se que o Ministério Público poderá requerer o citado levantamento, o que não estava antes previsto, apesar de teses que admitiam a hipótese. Conforme o Enunciado n. 57, aprovado na *I Jornada de Direito Processual Civil*, antes destacado, a pessoa sob curatela também tem o direito de fazer esse levantamento, apesar de não constar expressamente na lei. Mais uma vez, repise-se, a afirmação está amparada no *espírito* do Estatuto da Pessoa com Deficiência e da Convenção de Nova York, sendo um interessante caminho de solução prática.

Além disso, atualmente há menção a uma equipe interdisciplinar para analisar

o interdito, visando torná-lo incapaz. Por fim, como passou a ser possível a *curatela parcial*, admite-se, agora, o *levantamento parcial da interdição*, para determinados atos, o que demandará análise casuística.

E como fica a situação das pessoas que já se encontravam interditadas na entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência? Na doutrina, existem duas correntes sobre o tema, havendo uma grande estabilidade jurídica sobre o assunto no momento.

Para a primeira corrente, tais pessoas, especialmente os portadores de deficiência, passam a ser plenamente capazes com a emergência do EPD. Nessa esteira, opina José Fernando Simão: “todas as pessoas que foram interditadas em razão de enfermidade ou deficiência mental passam, com a entrada em vigor do Estatuto, a ser consideradas plenamente capazes. Trata-se de lei de estado. Ser capaz ou incapaz é parte do estado da pessoa natural. A lei de estado tem eficácia imediata e o levantamento da interdição é desnecessário. Ainda, não serão mais considerados incapazes, a partir da vigência da lei, nenhuma pessoa enferma, nem deficiente mental, nem excepcional (redação expressa do artigo 6.º do Estatuto)” (SIMÃO, José Fernando. *Estatuto...* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-6/jose--simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 26 maio 2016).

De outra banda, posiciona-se Pablo Stolze Gagliano no sentido de ser necessária uma ação de levantamento da interdição com tais fins. De acordo com as suas palavras: “não sendo o caso de se intentar o levantamento da interdição ou se ingressar com novo pedido de tomada de decisão apoiada, os termos de curatela já lavrados e expedidos continuam válidos, embora a sua eficácia esteja limitada aos termos do Estatuto, ou seja, deverão ser interpretados em nova perspectiva, para justificar a legitimidade e autorizar o curador apenas quanto à prática de atos patrimoniais. Seria temerário, com sério risco à segurança jurídica e social, considerar, a partir do Estatuto, ‘automaticamente’ inválidos e ineficazes os milhares – ou milhões – de termos de curatela existentes no Brasil. Até porque, como já salientei, mesmo após o Estatuto, a curatela não deixa de existir” (GAGLIANO, Pablo Stolze. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil>>. Acesso em: 31 out. 2016).

Estamos perfiados com os argumentos desenvolvidos por Pablo Stolze Gagliano, os quais subscrevemos. Assim sugerimos a introdução do seguinte dispositivo no Código Civil, em parecer dado perante o Projeto de Lei 757/2015 originário no Senado Federal, com tal finalidade. A propósito, analisando a necessidade do levantamento da interdição e ressaltando o caráter excepcional da medida, do Tribunal Gaúcho:

“Apelação cível. Levantamento de interdição. Descabimento. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Reconhecimento da incapacidade relativa, e não mais absoluta, do apelante. Limites da curatela. Diante das alterações feitas no Código Civil pelo estatuto da pessoa com deficiência (Lei n.º 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. A sua patologia psiquiátrica – Cid 10 f20.0, esquizofrenia – configura hipótese de incapacidade relativa (arts. 4.º, inciso III, e 1.767, inciso I, do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência), não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde. Deram parcial provimento” (TJRS, Apelação Cível 0181562-73.2016.8.21.7000 Sapucaia do Sul, 8.ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 15.09.2016 *DJERS* 21.09.2016).

No mesmo sentido, aliás, enunciado doutrinário proposto por este autor e aprovado no XI Congresso de Direito das Famílias e Sucessões do IBDFAM, no final de outubro de 2017: “Enunciado 25 – Depende de ação judicial o levantamento da curatela de pessoa interdita antes da vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência”.

Seguindo no estudo da curatela, em situações de dúvidas, o Código Civil de 2002 continua determinando a aplicação residual à curatela das regras previstas para

a tutela (art. 1.774 do CC), particularmente a respeito do seu exercício, com as devidas restrições (art. 1.781 do CC). A título de exemplo, pode-se dizer que o curador também é obrigado a prestar contas, salvo a já analisada hipótese do curador cônjuge casado pelo regime da comunhão universal com o interditado (art. 1.783 do CC).

Além disso, é importante salientar que a grande novidade trazida pelo Código Civil de 2002 no tocante à curatela referia-se a novas formas de *curatela especial* previstas nos arts. 1.779 e 1.780 do CC. Não houve qualquer alteração provocada pelo Novo Código de Processo Civil a respeito dessas categorias. Todavia, o art. 1.780 do Código Civil acabou por ser revogado pela Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

O primeiro dispositivo trata da *curatela do nascituro*, possível se o seu suposto pai falecer e estando grávida a mulher, esta não possui o poder familiar. Eventualmente, se a mulher estiver interditada, seu curador será também o do nascituro (art. 1.779, parágrafo único, do CC). O dispositivo reforça a *teoria concepcionista*, pela qual o nascituro é pessoa, seguida por este autor. Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil de 2002 dá a este o tratamento de uma pessoa absolutamente incapaz.

A outra forma de *curatela especial* era a deferida a favor do enfermo ou portador de deficiência física, mediante o seu expresso requerimento (art. 1.780 do CC). Não sendo possível esse requerimento, poderia ele ser formulado por qualquer pessoa elencada no art. 1.768 do CC, ou seja, pelos pais, pelos tutores, pelo cônjuge, por qualquer outro parente ou pelo Ministério Público. Porém, essa modalidade não é mais possível, substituída que foi pela *tomada de decisão apoiada*.

No passado, ilustrava-se essa curatela com o caso de um portador de deficiência física que necessitava da nomeação de um curador visando a administrar uma empresa de sua propriedade, que se encontrava em local de difícil acesso ao deficiente. Em casos tais, seria possível a nomeação de um curador, por seu próprio pedido.

Essa curatela era denominada por alguns julgadores de *curatela-mandato*, bastando a atribuição de poderes para a mera administração dos negócios e dos bens

do curatelado. Também segundo algumas decisões, seria dispensável a “autorização para a transferência ou renúncia de direitos, o que continuará dependendo da expressa manifestação de vontade da curatelada” (TJMG, Apelação Cível 10024096395116001, 7.^a Câmara Cível, Rel. Peixoto Henriques, j. 15.10.2013) Reafirme-se que a figura desapareceu do sistema, diante da emergência do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Para encerrar o estudo do tema, além de todas essas alterações e confusas revogações, o art. 115 do Estatuto da Pessoa com Deficiência determinou que o Título IV do Livro IV, da Parte Especial do Código Civil passe a vigorar com a seguinte redação: “Da Tutela, da Curatela e da Tomada de Decisão Apoiada”. Com isso, foi acrescentado um art. 1.783-A no Código Civil, tratando dos procedimentos relativos a essa *tomada de decisão apoiada*. A categoria visa ao auxílio da pessoa com deficiência para a celebração de atos mais complexos, caso dos contratos. Foi ela inspirada na *amministratore di sostegno*, da Itália, e na *Betreuung*, da Alemanha.

De início, conforme o *caput* da norma, a tomada de decisão apoiada é o processo judicial pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. A este autor parece que a tomada de decisão apoiada tem a função de trazer acréscimos ao antigo regime de incapacidades dos maiores, sustentado pela representação, pela assistência e pela curatela.

Esclareça-se que, havendo falta de discernimento da pessoa, não é possível a opção pela tomada da decisão apoiada. Nesse sentido, recente julgado do Tribunal do Paraná que afastou a sua possibilidade fática. Como consta de sua ementa, “tomada de decisão apoiada que só pode ser requerida por pessoa com plena capacidade e discernimento, porém vulnerável por alguma circunstância pessoal, física, psíquica ou intelectual. Agravada que sofre do mal de Alzheimer e não comprovou, ao menos neste momento, que a doença não afetou seu discernimento. Necessidade de investigação mais aprofundada pela equipe multidisciplinar e por médicos psiquiatras. Decisão nomeando dois apoiadores revogada” (TJPR, Agravo de

Instrumento 1688539-5, Curitiba, 11.^a Câmara Cível, Rel. Des. Sigurd Robert Bengtsson, j. 28.02.2018, *DJPR* 15.03.2018, p. 118). Na mesma linha, o Enunciado n. 640, aprovado na *VIII Jornada de Direito Civil*, de 2018: “a tomada de decisão apoiada não é cabível, se a condição da pessoa exigir aplicação da curatela”. A ementa doutrinária também traz em si a conclusão pela inviabilidade de cumulação da tomada de decisão apoiada e da curatela.

Nos termos do § 1.º do novo art. 1.783-A da codificação material, para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores. Desse termo devem constar, ainda, o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar.

O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a o prestarem (art. 1.783-A, § 2.º, do CC/2002). Essa iniciativa não pode ser atribuída a outrem, havendo legitimidade exclusiva apenas da própria pessoa com deficiência, conforme consta do Enunciado n. 639, também da *VIII Jornada de Direito Civil*. Nos seus exatos termos, “a opção pela tomada de decisão apoiada é de legitimidade exclusiva da pessoa com deficiência”. A ementa também admite que a pessoa que requer o apoio manifeste antecipadamente a sua vontade de que um ou ambos os apoiadores se tornem, em caso de curatela, seus curadores.

Há, claramente, um procedimento judicial para tanto, pois o preceito seguinte determina que antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar e após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (art. 1.783-A, § 3.º, do CC/2002). Como reconheceu acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a medida não pode ser instituída de ofício pelo julgador. Nos seus exatos termos, “tomada de decisão apoiada que não pode ser aplicada de ofício. Necessário que o pedido seja formulado pela própria pessoa a ser apoiada, com a nomeação daqueles que ela eleger. Inteligência do art. 1.783-A do CC. Ausência, no mais, de elementos capazes de convencer acerca da necessidade de interdição. Interditando que, segundo

consta dos autos, tem plenas condições de exercer sozinho os atos da vida civil. Sentença reformada. Apelação do réu provida, prejudicado o recurso adesivo interposto pela autora” (TJSC, Apelação Cível 0001812-05.2004.8.24.0031, Indaial 3.^a Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa RittaDJSC 25.05.2017, p. 72).

A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado (art. 1.783-A, § 4.º, do CC/2002). Assim, presente a categoria, desaparece toda aquela discussão aqui exposta a respeito da validade e eficácia dos atos praticados por incapazes, como vendas de imóveis, frente a terceiros de boa-fé. Havendo uma *tomada de decisão apoiada*, não se cogitará mais sua nulidade absoluta, nulidade relativa ou ineficácia, o que vem em boa hora, na opinião deste autor.

Em complemento, o terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (art. 1.783-A, § 5.º, do CC/2002). Isso para que não parem dúvidas sobre a idoneidade jurídica do ato praticado, o que tem relação direta com o princípio da boa-fé objetiva.

Entretanto, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante a qualquer uma das partes, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão (art. 1.783-A, § 6.º, do CC/2002). Eventualmente, poderá ele suprir a vontade de uma parte discordante.

Além disso, se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz, especialmente com o intuito de evitar a prática de algum negócio jurídico que possa lhe trazer prejuízo (art. 1.783-A, § 7.º, do CC/2002). Se o ato for praticado, é possível cogitar a sua invalidade.

Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e, se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio (art. 1.783-A, § 8.º, do CC/2002). A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada, inclusive para

os fins de tomada de novas decisões, de acordo com a sua autonomia privada (art. 1.783-A, § 9.º, do CC/2002).

O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria (art. 1.783-A, § 10, do CC/2002). Por derradeiro, está previsto que se aplicam à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela (art. 1.783-A, § 11, do CC/2002).

A norma é cheia de detalhes e desperta muitas dúvidas práticas nos aplicadores do Direito, notadamente quanto à sua efetividade. Como há um processo judicial de nomeação de apoiadores, com burocracias e entraves, fica em xeque a possibilidade fática de uma pessoa com deficiência percorrer tal caminho, havendo outros disponíveis, como uma procuração firmada em Cartório ou mesmo por instrumento particular. Assim, até o presente momento, a categoria parece ser de pouca utilidade prática.

Como se pode notar, grandes são os desafios que o Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência traz para os aplicadores e intérpretes do Direito Privado. Sem dúvidas, o principal deles tem relação com a compatibilidade com as novas normas processuais emergentes, o que deve ser solucionado nos próximos anos.

9.4 DA GUARDA

Além da guarda exercida sob o poder familiar, antes analisada, é preciso aqui comentar, como instituto de direito assistencial, a guarda existente fora do âmbito familiar, tratada nos arts. 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Alguns comandos relativos ao assunto foram alterados pela Lei 12.010, de 2009 (Nova Lei da Adoção).

De imediato, prescreve o art. 28 do ECA que a guarda é uma das formas de colocação da criança e do adolescente em *família substituta*, possível quando a família, por algum motivo, “desintegra-se, colocando em risco a situação de crianças e adolescentes” (LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...*, 2003, p. 30). Esse procedimento de guarda tramita perante a Vara da Infância e da Juventude, seguindo

as regras de jurisdição voluntária. Para a devida tutela dos vulneráveis, o Superior Tribunal de Justiça editou, em junho de 2009, a Súmula 383, prevendo que “A competência para processar e julgar ações conexas de interesse do menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor de sua guarda”. Consigne-se que essa competência se aplica tanto para as questões de regulamentação da guarda quanto para a adoção.

Nessa guarda, sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada (art. 28, § 1.º, do ECA). A menção à equipe multidisciplinar é a novidade na previsão introduzida pela Nova Lei da Adoção.

Como outra novidade, a Lei 12.010/2009 introduziu a previsão de que, em se tratando de maior de doze anos de idade, será necessário seu consentimento, colhido em audiência (art. 28, § 2.º, do ECA). A nova regra foi introduzida para que a guarda siga o mesmo procedimento previsto para a adoção.

Além disso, na apreciação do pedido, levar-se-á em conta o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida (art. 28, § 3.º, do ECA). O próprio ECA reconhece a afetividade como elemento essencial para uma boa convivência, tendo como base a proteção integral da criança, ou seja, o seu melhor interesse (art. 227 da Constituição Federal).

Pois bem, a Lei 12.010, por igual, introduziu outras inovações importantes a respeito da família substituta, que podem ser aplicadas, além da adoção, à guarda.

Assim, o art. 28, § 4.º, do ECA passou a prever que os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa. Deve-se procurar, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. Desse modo, procura-se valorizar os vínculos de sangue, deferindo-se uma guarda composta.

Ademais, a colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua preparação gradativa e acompanhamento posterior, realizados pela

equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com o apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar (art. 28, § 5.º, do ECA).

Mais uma vez, deve-se elogiar a menção à equipe multidisciplinar, o que vem em boa hora em tempos pós-modernos de hipercomplexidade, em que o aplicador do direito não pode, sozinho, resolver as questões e contendas atuais. Destaque-se que a visão multidisciplinar para as questões familiares é defendida há tempos pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), relevando-se os trabalhos de Águida Arruda Barbosa e Giselle Câmara Groeninga. O Novo CPC e o Estatuto da Pessoa com Deficiência também valorizam essa atuação multidisciplinar em vários de seus dispositivos.

Outra norma elogiável, porque tutela os vulneráveis, é a introduzida no § 6.º do art. 28 do ECA, pelo qual, em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório, na determinação da família substituta:

- a) Que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais reconhecidos pelo próprio ECA e pela Constituição Federal.
- b) Que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia.
- c) A intervenção e oitiva de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, no caso de crianças e adolescentes indígenas, e de antropólogos, perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso.

Superada a abordagem de tais inovações, a guarda não será deferida a favor de pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado. É o que determina o art. 29 do ECA também baseado nessa proteção integral. Justamente por isso, ao assumir a guarda ou

a tutela, o responsável prestará compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos (art. 32 do ECA). Essa colocação em família substituta também não admitirá transferência da criança ou adolescente a terceiros ou a entidades governamentais ou não governamentais, sem a devida autorização judicial (art. 30 do ECA). Nos casos de colocação da criança ou adolescente em família substituta estrangeira, trata-se de medida excepcional, somente admissível na modalidade de adoção e nunca por meio da guarda (art. 31 do ECA). Todas essas normas não sofreram qualquer alteração pela Lei 12.010, de agosto de 2009.

Regulamentando especificamente essa guarda especial, enuncia o art. 33 da Lei 8.069/1990 que ela 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. Aqui está consagrado o exercício de verdadeiro poder familiar, devendo o detentor da guarda fazê-lo como fariam os pais, tendo como norte a manutenção da dignidade humana.

A guarda destina-se a regularizar a posse de fato da criança ou adolescente, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto nos processos de adoção por estrangeiros (art. 33, § 1.º, do ECA).

Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados (art. 33, § 2.º, do ECA).

A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (art. 33, § 3.º, do ECA).

Além dessas previsões, a Lei 12.010/2009 introduziu uma nova regra, no sentido de que, salvo expressa e fundamentada determinação em contrário da autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais. Além disso, a guarda não impede o dever de prestar alimentos, que será objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público. Ao se reconhecer o direito de visita aos pais, ampara-se um direito fundamental à convivência, se ainda houver interesse. A

menção aos alimentos visa à proteção da dignidade humana, que constitui o seu principal fundamento.

O Poder Público estimulará, por meio de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. Essa é a regra do art. 34, *caput*, do ECA, que traz, segundo a doutrina, uma forma de *guarda especial*, destinada a crianças e adolescentes de difícil colocação, excluídos ordinariamente da adoção e da tutela (LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários...*, 2003, p. 32). A Lei 12.010/2009 procurou regulamentar essa guarda especial.

De início, a inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida (art. 34, § 1.º, do ECA). Em casos tais, a pessoa ou casal cadastrado no programa de acolhimento familiar poderá receber a criança ou adolescente mediante guarda, observado o disposto a respeito da inclusão em família substituta (art. 34, § 2.º, do ECA). A prioridade dada ao programa de acolhimento familiar é outra inovação elogiável, pois no afeto da família a criança ou o adolescente se sente melhor do que em uma instituição. Além disso, procura-se dar uma função social da família incontestável, atendendo às suas finalidades coletivas.

Por fim, sem qualquer alteração, determina o art. 35 da Lei 8.069/1990 que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público, sempre tendo como parâmetro o princípio de proteção integral ou de melhor interesse da criança. Justamente por isso é que a jurisprudência tem apontado que a decisão quanto à guarda não faz coisa julgada material. A título de exemplo, transcreve-se, para encerrar o capítulo:

“Guarda de menores. Agravo de instrumento. Inocorrência de coisa julgada. Comprovação de circunstância diversa da indicada pelo autor. Reforma da decisão anteriormente concedida. I – Concessão de antecipação de tutela em ação cautelar de guarda de menores pleiteada pelo genitor. Agravo de instrumento que mantém a decisão não faz coisa julgada material,

tornando-a imutável. II – Audiência de instrução com oitiva de testemunhas. Pedido de reforma da decisão que concedeu a antecipação fundada em situação fática diversa. Possibilidade de reforma daquela decisão nos termos do art. 273, § 4.º, do CPC. III – Agravo improvido” (TJDF, Processo: Agravo de Instrumento 20040020053033AGI/DF, Acórdão 204773, 4.ª Turma Cível 04.11.2004, Rel. Vera Andrighi, *DJ* 16.12.2004, p. 64).

9.5 RESUMO ESQUEMÁTICO

Tutela	Curatela	Guarda do ECA
Munus público existente para a administração de interesses de menores absoluta ou relativamente incapazes. O Código Civil em vigor disciplina o instituto com detalhes quanto à capacidade para exercer o encargo, o seu exercício, a prestação de contas, a administração, entre outros efeitos jurídicos.	Munus público existente para a administração de interesses de maiores incapazes (ébrio habitual, toxicômano, pessoas que por causa transitória ou definitiva não puderem exprimir vontade e pródigos, na redação atual do art. 4.º do Código Civil). O Código Civil de 2002 criou também a curatela do nascituro e do deficiente físico. A curatela do deficiente físico foi extinta pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015). Atentar para as mudanças engendradas por esta lei e pelo Novo Código de Processo Civil.	Além da guarda exercida sob o poder familiar, temos ainda a guarda como instituto de direito assistencial, existente fora do âmbito familiar, tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990). Prevê o art. 28 do ECA que a guarda é uma das formas de colocação da criança e do adolescente em família substituta, possível quando a família se desintegrou por algum motivo.

9.6 QUESTÕES CORRELATAS

01. (Magistratura Rondônia – PUC/PR – 2011) Assinale a única alternativa CORRETA.

- (A) no regime da comunhão parcial entram na comunhão as obrigações provenientes de atos ilícitos quando reverterem em proveito do casal, e os sub-rogados.
- (B) podem os pais, independentemente de autorização judicial, alienar imóveis dos filhos menores quando demonstrada necessidade ou evidente interesse da prole.
- (C) para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata a Lei 8.009/1990, se o casal é possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, ainda que outro tenha sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis.
- (D) em regra, a tutela cede lugar à curatela quando o tutelado cai sob poder familiar ou atinge a maioridade.
- (E) os tutores são obrigados a prestar contas da sua administração ainda que os pais dos tutelados tenham disposto em contrário.

02. (Delegado de Polícia/GO – UEG – 2013) Em relação aos institutos da Tutela e da Curatela, o Código Civil dispõe o seguinte:

- (A) em se tratando do falecimento dos pais, restando apenas herdeiros menores de 12 anos, de acordo com o Código Civil, estes menores incapazes serão postos em curatela, pois ainda não possuem discernimento necessário para conviver em sociedade.
- (B) os bens do menor serão entregues aos cuidados do tutor mediante termo especificado deles e seus valores, ainda que os pais o tenham dispensado.
- (C) se os bens do menor constituírem valor considerável, o juiz, em prol do interesse do hipossuficiente, deverá dirimir o exercício da tutela à prestação de caução regular e indispensável, mesmo tratando-se de tutor com reconhecida idoneidade.
- (D) as regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, pois são institutos que se complementam de forma interdisciplinar, tratando-se de incapazes ou relativamente capazes.

03. (MPE-AC – FMP-RS – 2013) Com base no disposto no Código Civil acerca da tutela e da curatela, assinale a alternativa correta.

- (A) Os filhos menores são postos em tutela em caso de os pais decaírem do poder familiar.
- (B) Podem escusar-se da tutela as mulheres maiores de 55 anos, desde que casadas.
- (C) Os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado deles e seus valores, salvo se os pais os tenham dispensado.
- (D) O tutor pode dispor dos bens do menor a título gratuito, desde que o faça mediante prévia autorização judicial.
- (E) Dar-se-á curador ao nascituro, sempre que o pai falecer, estando grávida a mulher.

04. (Promotor de Justiça/MPE/AC – CESPE/2014) Assinale a opção correta a respeito da tutela.

- (A) Aquele que, não sendo parente do menor, seja nomeado, por sentença, tutor, é obrigado a aceitar a tutela, sob pena de crime de desobediência, ainda que haja parentes idôneos, consanguíneos ou afins, em condições de exercê-la.
- (B) Os tutores são obrigados a prestar contas de sua administração, podendo ser dispensados desse dever pelos pais do tutelado, em testamento, ou pelo juiz, por decisão judicial.
- (C) O tutor poderá delegar a outra pessoa, física ou jurídica, o exercício total da tutela.
- (D) Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante ou dispensá-la, se for o tutor de reconhecida idoneidade.
- (E) A tutela testamentária é válida ainda que o nomeante, no momento de sua morte, não tenha pleno exercício do poder familiar.

05. (MPE/GO – MPE/GO – Promotor de Justiça Substituto – 2014) Assinale a alternativa correta:

- (A) A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.
- (B) A cessação da condição de tutelado somente ocorre com a maioria, já que o tutor não pode emancipar o menor.
- (C) Os imóveis pertencentes aos menores sob tutela ou aos interditados somente podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, prescindível de autorização do juiz quando avaliados por três avaliadores oficiais e registrados os documentos no Cartório de Registro de Imóveis.
- (D) Com a autorização judicial, poderá o tutor adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor.

06. (MPE/SC – MPE/SC – Promotor de Justiça – 2014) O Código Civil ao tratar do exercício da curatela determina que a interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. Também estipula que quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial.

- () Certo.
- () Errado.

07. (TRF – 4.ª Região – Juiz Federal Substituto – 2016) Assinale a alternativa correta.

A respeito da capacidade civil, levando em conta a Lei n.º 13.146/2015:

- (A) O direito ao recebimento de atendimento prioritário da pessoa com deficiência não abrange a tramitação processual e os procedimentos judiciais em que for parte ou interessada.
- (B) A pessoa com deficiência – assim entendida aquela que tem impedimento de longo prazo de

natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas – é considerada capaz para casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos e conservar sua fertilidade, mas não para exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção.

- (C) A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil. Contudo, a incapacidade cessará, para os menores, dentre outras hipóteses legalmente elencadas, pelo desempenho de funções inerentes a cargo público comissionado ou de provimento efetivo.
- (D) Qualquer pessoa com mais de dezesseis anos pode casar, independentemente de autorização de seus pais e representantes legais.
- (E) A curatela de pessoas com deficiência afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, isto é, sua definição não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

08. (DPE-SC – FCC – Defensor Público Substituto – 2017) Sobre tutela, curatela e tomada de decisão apoiada, é correto afirmar:

- (A) caso algum ascendente do menor se recuse a exercer a sua tutela, o juiz sempre poderá nomeá-lo com ou sem a sua anuência.
- (B) o tutor pode, com autorização judicial, dispor de bens do menor a título gratuito.
- (C) a curatela é instituto social de proteção dos absolutamente incapazes para a prática de atos da vida civil.
- (D) a tomada de decisão apoiada pode ser requerida pela pessoa com deficiência ou por qualquer das pessoas legitimadas para promover a interdição.
- (E) para que o apoiador seja desligado a seu pedido do processo de tomada de decisão apoiada, é imprescindível a manifestação judicial sobre o pedido.

09. (TJRO – IESES – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Remoção – 2017) Tutela é encargo atribuído pela Justiça a um adulto capaz, para que proteja, zele, guarde, oriente, responsabilize-se e administre os bens de crianças e adolescentes cujos pais são falecidos ou estejam ausentes até que completem 18 anos de idade. A este respeito é correto afirmar:

- (A) O direito de nomear tutor compete a qualquer um dos pais, separadamente.
- (B) Aos irmãos órfãos dar-se-ão tantos tutores quanto bastarem.
- (C) É anulável a nomeação de tutor pelo pai ou pela mãe que, ao tempo de sua morte, não tinha o poder familiar.
- (D) As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar.

10. (MPE-MG – FUNDEP (Gestão de Concursos) – Promotor de Justiça Substituto – 201 Assinale a alternativa correta:

- (A) Em caso de necessidade, a pessoa capaz, com deficiência, pode sujeitar-se à curatela relativamente aos atos patrimoniais e negociais.
- (B) A prestação de contas das fundações ao Ministério Público poderá ser suprida pelo juiz, a requerimento do interessado.
- (C) A confissão feita pelo representante obriga necessariamente o representado.
- (D) A contestação da paternidade fundada em erro é privativa do pai registral.

11. (ITJ-AM – Titular de Serviços de Notas e de Registros – Provimento – ESES – 2018) A respeito da curatela, responda:

- I. Não corre prescrição entre curatelados e seus curadores, durante a curatela.
- II. Há impedimento matrimonial entre o tutor e os seus descendentes, ascendentes, irmãos cunhados ou sobrinhos, com a pessoa curatelada, enquanto não cessar a curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas.
- III. Quando o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for de comunhão universal não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial.

Assinale a correta:

- (A) Apenas as assertivas I e III são verdadeiras.
- (B) Apenas a assertiva II é verdadeira.
- (C) Todas as assertivas são verdadeiras.
- (D) Apenas as assertivas I e II são verdadeiras.

12. (MPE-SP – Promotor de Justiça Substituto – MPE-SP – 2017) Com relação à capacidade para o exercício da tutela, a legislação civil brasileira estabelece que não poderão ser tutoras, ou serão da tutela exoneradas, algumas pessoas que estejam ou que venham a estar em determinadas situações consideradas impeditivas para o exercício de tal atribuição. Para qual grupo de pessoas a seguir haveria a possibilidade de exercício de tutela?

- (A) Pessoas que não sejam probas.
- (B) Pessoas exercendo função pública incompatível com a administração da tutela.
- (C) Pessoas que não tenham a livre administração de seus bens.
- (D) Pessoas sob investigação em inquérito policial.
- (E) Pessoas que estejam constituídas em obrigação para com o menor.

13. (TJ-PE – Analista Judiciário – Função Judiciária – BFC – 2017) Sobre os institutos da tutela da curatela, assinale a alternativa que contém a resposta incorreta: (A) A tutela se verifica quando da decadência do poder familiar.

- (B) Na falta de tutor legítimo, o juiz nomeará um tutor idôneo residente no domicílio do menor. (C)

Aos irmãos órfãos serão estabelecidos mais de um tutor.

(D) Os ébrios habituais e os viciados em tóxico estão sujeitos a curatela.

(E) A autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado.

GABARITO

01 – E	02 – B	03 – A
04 – D	05 – A	06 – CERTO
07 – E	08 – E	09 – D
10 – A	11 – A	12 – D
13 – C		



BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Célia Barbosa. *Curatela e interdição civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944. t. I.
- _____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1944. t. II.
- AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JR., Walsir Edson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Trattato di diritto privato*. Obbligazione e contratti. Torino: UTET, Ristampa, 1987.
- ALVES, Jones Figueirêdo. Abuso de direito no direito de família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006.
- _____; DELGADO, Mário. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2005.
- ALVES, Leonardo Barreto Moreira. O fim da culpa na separação judicial. *Temas Atuais de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. Procriação medicamente assistida e relação de paternidade. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando

(Coord.). *Direito de família e das sucessões*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2009.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. *Código Civil comentado*. Coordenação: Ricardo Fiuza e Regina Beatriz Tavares da Silva. 6. ed. São Paulo Saraiva, 2008.

_____. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA, Ricardo. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
_____. Emenda Constitucional do Divórcio. Disponível em <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/villaca_emenda.doc>. Acesso em: 10 jan. 2011.

_____. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

_____. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. _____. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: instrumento para a reforma do Judiciário. Congresso Brasileiro de Direito de Família, IV, Belo Horizonte *Anais*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDIN Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Manual de direito civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 4.

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: principais operacionais. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=86>>. Acesso em: 20 mar. 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

- _____. *Direito da família*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1916.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Regime de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRITO, Leila Torraca de. *Paternidades contestadas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BRITO, Rodrigo Toscano de. Compromisso de compra e venda e as regras de equilíbrio contratual do CC/2002. In: DINIZ, Maria Helena *Atualidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2004, n. 5.
- BUENO, Cassio Scarpinella. Chamamento ao processo. In: DIDIER JR., Fredi WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2004.
- BUNAZAR, Maurício. Pelas portas de Villela: um ensaio sobre a pluriparentalidade como realidade sociojurídica. *Revista IOB de Direito de Família*, n. 59, p. 63-73, abr.-maio 2010.
- CAHALI, Francisco José. A Súmula 377 e o novo Código Civil e a mutabilidade de regime de bens. *Revista do Advogado*. Homenagem ao professor Silvio Rodrigues, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n. 76, jun. 2004.
- _____. *Contrato de convivência*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.
- _____. _____. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *Família e sucessões no Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2004.
- _____. _____. São Paulo: RT, 2005. v. II.
- _____. *Separação e divórcio*. 11. ed. São Paulo: RT, 2005.
- CALDERON, Ricardo Lucas. O percurso construtivo do princípio da afetividade no Direito de Família Brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos. Disponível em <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/26808/dissertacao%20FINAL%2018-11-2011%20pdf.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 set. 2012.
- _____. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. III.

CAMARGO NETO, Mário de Carvalho. Lei 12.133 de 17 de dezembro de 2009 – Habilitação para o Casamento e o Registro Civil. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=570>>. Acesso em: 12 fev. 2010.

CANEZIN, Claudete Carvalho. Da culpa no direito de família. In: TARTUCE, Flávio CASTILHO, Ricardo. *Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial*. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Hironaka. São Paulo: Método, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 3. reimpr. Coimbra: Almedina.

CANUTO, Érica Verícia de Oliveira. A mutabilidade do regime patrimonial de bens no casamento e na união estável. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

CARVALHO NETO, Inácio de. A recusa do tabelião em lavrar escritura de separação ou de divórcio. *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007.

_____. A Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal e o novo Código Civil, ano IV, n. 49, dez. 2004. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 11 jan. 2005.

_____. *Abuso do direito*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Incapacidade e impedimentos matrimoniais no novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 2.

_____. *Responsabilidade civil no direito de família*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

_____; FUGIE, Érica Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*. Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2002. v. VI.

CARVALHO SANTOS, João Manuel. *Código Civil brasileiro interpretado*. 2. ed.

Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1937. v. 6.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. Efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. *Separação, divórcio e inventário por escritura pública: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2007.

CERQUEIRA, Thales Tácito de Pontes Luz de Pádua. A Lei 11.106 de 2005 polêmicas. Disponível em: <<http://www.ammmp.com.br/headerCanal.php?IdCanal=MjM&id=Mg=>>. Acesso em: 6 mar. 2006.

CHINELLATO, Silmara Juny. *A tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2001. _____ . Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para se alterar o *caput* do artigo 1.621 do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. 1.

_____. (Coord.). *Código Civil interpretado*. Artigo por Artigo. Parágrafo por Parágrafo. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

_____. *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

_____. *Direito de autor e direitos da personalidade: reflexões à luz do Código Civil*. Tese para concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2008.

_____. ; HERKENHOFF, Henrique Geaquinto. A recusa do tabelião em lavra escritura de separação ou de divórcio. *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007.

CHIRONI, G. P. *La colpa nel diritto civile odierno*. Colpa contrattuale. 2. ed. Torino: Fatelli Bocca, 1925.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. XVII.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Violência doméstica – Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 2. ed. São

Paulo: RT, 2008.

CZAPSKI, Aurélia Lizete Barros. *Código Civil interpretado*. Silmara Juny Chinellato (Coord.). 3. ed. São Paulo: Manole.

DELGADO, Mário Luiz. A nova redação do § 6.º do art. 226 da CF/1988: por que separação de direito continua a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz (Coord.).

Separação, divórcio, partilha e inventários extrajudiciais. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. 2. ed. São Paulo: Método, 2011.

DIAS, Maria Berenice. Direito das famílias: um ano sem grandes ganhos. Disponível em: <www.professorflaviotartuce.blogspot.com>. Acesso em: 12 fev. 2010.

_____. *Divórcio já!* São Paulo: RT, 2010.

_____. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. _____. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. _____. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. Síndrome da alienação parental: o que é isso? Disponível em: <www.intelligentiajuridica.com.br>, ano IV, n. 64, out. 2006. Acesso em: 27 mar. 2007.

DIDIER JR., Fredie. *Regras processuais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. _____. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

_____. _____. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

_____. _____. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

_____. _____. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

_____. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. Direito à convivência familiar. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricard

- Direito civil. Direito patrimonial. Direito existencial. Estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka.* São Paulo: Método, 2006.
- _____. *Manual de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. *O estado atual do biodireito.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável no novo Código Civil. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILI, Ives Gandra da Silva. *O novo Código Civil.* Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.
- DONNINI, Rogério Ferraz. Dissolução do vínculo conjugal: Divórcio e suas modalidades – A proposta de Emenda à Constituição para extinção da separação. *Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e Relações de consumo*, São Paulo: Fiúza, v. 4, out.-dez. 2009.
- DUARTE, Nestor. *Código Civil comentado.* Coord. Ministro Cezar Peluso. 4. ed. São Paulo: Manole, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado.* In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003. v. XV.
- FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz. Quais as consequências da não intervenção do advogado? *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais.* Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A desnecessidade de procedimento judicial para as ações de separação e divórcio consensuais e a nova sistemática da Lei 11.441/2007: o bem vencendo o mal. Disponível em: <www.juspodivm.com.br>. Acesso em: 13 mar. 2007.
- _____. Direito constitucional à família – ou famílias sociológicas *versus* famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional. *Direito e processo de família.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento. Congresso

Brasileiro de Direito de Família. IV, Belo Horizonte. *Anais*. Belo Horizonte: IBDFAM, Del Rey, 2004.

_____; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. Famílias. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 6.

_____; _____. *Direito civil*. Teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; _____. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RÖRHMANN, Konstanze. . famílias pluriparentais ou mosaicos. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Direito civil*. Direito de família. Orientação: Giselda M F. Novaes Hironaka. São Paulo: RT, 2008. v. 7.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões
Disponível em:
<http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/pablo_pecdiv.doc>. Acesso em: 13 jul. 2010.

_____. Contrato de namoro. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>, Seção artigos de convidados. Acesso em: 31 dez. 2012.

_____. *É o fim da interdição?* Disponível em: <<http://flaviotartuce.jusbrasil>>. Acesso em: 31 out. 2016.

_____; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

_____; _____. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. VI. Direito de Família.

_____; _____. *Novo curso de direito civil*. Direito de família. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GAJARDONI, Fernando de Fonseca. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil*. Família. São Paulo: Atlas,

2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. De acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. O divórcio tornou-se potestativo. In: FERRAZ, Caroli Valença; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão (Coord.) *O novo divórcio no Brasil*. Salvador: Juspodivm, 2011.

GROENINGA, Giselle Câmara. A razão tem razões que a própria razão desconhece. In: *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)* Belo Horizonte, ano 10, n. 64, set.-out. 2010.

_____. *Direito civil*. Direito de família. Orientação: Giselda M. F. Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008. v. 7.

_____. Sem mais desculpas – é tempo de responsabilidade. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das Famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: IBDFAM-RT, 2010.

GURGEL, Fernanda Pessanha do Amaral. *Direito de família e o princípio da boa-fé objetiva*. Curitiba: Juruá, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. *Revista Magister de Direito Civil e Direito Processual Civil*, Porto Alegre: Magister, n. 50, set.-out. 2012. Edição eletrônica para assinantes.

_____. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva nas relações entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10 ago. 2006.

_____. Sobre peixes e afeto – um devaneio sobre a ética no Direito de Família. Família e dignidade humana. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé

postmoderne. *Recueil des Corus de l'Académie de Droit International de la Haye*. Haia: Kluwer, 1995.

LAGRASTA NETO, Caetano. Inserção do nome do devedor de alimentos nos órgão de proteção ao crédito. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávi SIMÃO, José Fernando. *Direito de família*. Novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Registro do nascimento a alimentos gravídicos. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família*. Novas tendências e julgamentos emblemáticos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado*. São Paulo: RT, 2005. v. 5. _____ . *Famílias monoparentais*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

LÉPORE, Paulo Eduardo; ROSSATO, Luciano Alves. *Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 2.

_____. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 22.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 34.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 37.

_____. *Instituições de direito civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LIPTON, Judith Eve; BARASH, David. *O mito da monogamia*. Lisboa: Sinais de Fogo Publicações, 2002.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. Direito de família e das sucessões. 3. ed. São Paulo: RT, 2004. v. 5.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

_____. Novo CPC não recriou ou restaurou a separação judicial. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/processo-familiar-cpc-nao-recriou-ou-restaurou-separacao-judicial>>. Acesso em: 9 nov. 2015.

_____. Com os avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais

incapazes. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>>. Acesso em: 21 ago. 2015.

_____. Divórcio: Alteração constitucional e suas consequências. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=629>>. Acesso em: 15 fev. 2010.

_____. Divórcio e separação convencionais. *Boletim do IBDFAM* 42, ano 7, jan.-fev. 2007.

_____. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Princípio jurídico da afetividade na filiação. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=109>>. Acesso em: 24 jan. 2006.

LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.

MADALENO, Rolf. A união (ins)estável (relações paralelas). Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 10 abr. 2006.

_____. Conduta conjugal culposa. *Direito de família*. Aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. O fantasma processual da separação. In: TARTUCE, Fernanda; MAZZEIRO, Rodrigo; CARNEIRO, Sérgio Barradas (Coord.) *Família e sucessões*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RAMOS, Glauco Gumerato; SHIMURA, Sérgio. *Atualidades do processo civil de conhecimento*. São Paulo: RT, 2006. No prelo em julho de 2008.

_____. Litisconsórcio sucessivo: breves considerações. In: DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.) *Processo e direito material*. Salvador: JusPodivm,

2009.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez, 1898.

MIRANDA, Adriana Augusta Telles de. *Adoção de Embriões Excedentários à Luz do Direito Brasileiro*. São Paulo: Método, 2005.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. t. I.

MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Adoção, esquadrinhando o instituto à luz do sistema vigente. Disponível em: <www.flavioarturce.adv.br>. Acesso em: 12 maio 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A família democrática. *Anais do V Congresso Brasileiro do IBDFAM*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 2006.

_____. Danos morais e relações de famílias. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETO, Vicente. *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. BARBOZA, Heloísa Helena; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

MORAIS, Ezequiel. O procedimento extrajudicial previsto na Lei 11.441/2007, para as hipóteses de que trata, é obrigatório ou facultativo? Poderão ou deverão? In: DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Separação, divórcio, partilhas e inventário extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007.

MOREIRA, Fernanda de Souza. O direito a alimentos do nascido do banco de sêmen e a legitimação passiva do doador na inseminação artificial heteróloga: uma colisão de direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e*

das Sucessões, Porto Alegre: Magister, ano XII, n. 15, abr.-maio 2010.

MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto. O Ministério Público nas Ações de Separação e Divórcio. *Revista De Jure* – Ministério Público de Minas Gerais. Disponível em:

<<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/242/ensaio%20sequence=1>>. Acesso em: 23 dez. 2014.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2005.

NAMUR, Cássio S. É possível praticar o ato mediante procuração? In: DELGADO, Mário Luiz; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. *Separação, divórcio, partilhas e inventário extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007.

NASCIMENTO, Carlos Valder. *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NEGRÃO, Theotônio. *Código Civil e legislação civil em vigor*. Theotônio Negrão, José Roberto F. Gouvêa e Luis Guilherme A. Bondioli. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Código de Processo Civil anotado*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; GOUVÊA, José Roberto F. *Código Civil e legislação em vigor*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Código Civil comentado*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Competência no processo civil*. São Paulo: Método, 2005.

_____. Impenhorabilidade de bens. Análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigos/flaviotartuce_daniel_impenhorabil.doc>. Acesso em: 17 out. 2007.

_____. *Novo CPC comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Método, 2009.

- _____. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.
- NICOLAU, Gustavo Rene. *União estável e casamento*. Diferenças práticas. São Paulo: Atlas, 2011.
- OLIVEIRA, Euclides de. A escalada do afeto no Direito de Família: ficar, namorar, conviver, casar. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006.
- _____. Alteração do regime de bens no casamento. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003. v. 1.
- _____. Decisão comentada. Ministério Público na Interdição *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: IBDFAM-Magister, Edição de Lançamento, n. 00, out.-nov. 2007.
- _____. Separação extrajudicial: partilha de bens, alimentos e outras cláusulas obrigatórias. *Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007.
- _____. *União estável – Do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- _____; HIRONAKA, Giselda M. F. N. Distinção jurídica entre união estável e concubinato. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2004. v. 3.
- PAPA DOS SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva. *Reparação civil na separação e no divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. *Efeitos contratuais perante terceiros*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 20. ed. atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. I. _____. _____. 20. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. V.
- _____. *Responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- _____. *Comentários ao novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo

Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XX.

_____. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. *Divórcio*. Teoria e Prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PERLINGIERI, Pietro *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIANOVISK, Carlos Eduardo. Famílias simultâneas e monogamia. In: PEREIRA Rodrigo da Cunha (Coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Belo Horizonte, IBDFAM, 2006.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. II.

_____. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III.

_____. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. IV.

_____. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. V.

_____. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. IX.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi *Multiparentalidade*. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*: aspectos da lógica da decisão judicial. 2. ed. Campinas: Millenium, 2003.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1. (Biblioteca de Direito Civil – Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale.

RIOS, Roger Raupp. Adoção por casais homossexuais: admissibilidade. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, jun. 2009. Matéria de capa. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=4233>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

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

RODRIGUES, Silvio *Comentários ao Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 17.

_____. *Direito civil*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

- _____. *Direito civil. Direito de família*. 27. ed. atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.
- _____. _____. 28. ed. atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.
- _____. _____. 28. ed. 3. tir. atual. por Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Código das Famílias comentado*. Coord. Leonardo Barreto Moreira Alves. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2011.
- ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção – Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009*. São Paulo: RT, 2009.
- SANDEL, Michael. *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2011.
- SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001.
- SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *Emenda do Divórcio: cedo para comemorar*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=648>>. Acesso em: 15 dez. 2010.
- SANTOS, Romualdo Baptista dos. *A aplicabilidade da Lei 11.441/2007 aos pedidos de divórcio por conversão. Separação, divórcio, partilhas e inventários extrajudiciais*. Questionamentos sobre a Lei 11.441/2007. São Paulo: Método, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- _____. _____. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SARTORI, Fernando. *A invalidade do casamento. Casamento nulo e anulável*. In

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO José Fernando (Coord.). *Direito de famílias e das sucessões*. Temas atuais. São Paulo: Método, 2009.
- SCHREIBER, Anderson. *A proibição do comportamento contraditório*. Tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.
- _____. O princípio da boa-fé objetiva no Direito de Família. *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*, 2006.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Novo Código Civil comentado*. In: FIUZA Ricardo. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *A Emenda Constitucional do Divórcio*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SIMÃO, José Fernando. A PEC do Divórcio e a culpa: impossibilidade. *Jornal Carta Forense*. São Paulo: fev. 2010, p. B-28.
- _____. Efeitos patrimoniais da união estável. In: _____; CHINELLATO, Silmar Juny de Abreu; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; ZUCCHI, Maria Cristina (Coord *Direito de família no novo milênio: estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-6/jose-simao-estatuto--pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>. Acesso em: 26 maio 2016.
- _____. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprovação do PL 117/2013. Disponível em: <www.professorsimao.com.br>. Acesso em: 28 nov. 2014.
- _____. Poligamia, casamento homoafetivo, escritura pública e dano social: uma reflexão necessária. Disponível em: <www.cartaforense.com.br>.
- _____. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____; RODRIGUES, Silvio *Direito civil*. Direito de família. 28. ed. 3. tir. São Paulo: Saraiva, v. 6.
- TARTUCE, Fernanda. Alimentos via cumprimento de sentença: novo regime de execução? In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio *Execução civil e cumprimento de sentença*. São Paulo: Método, 2007. v. 2.

- _____. *Mediação dos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.
- _____. *Mediação dos conflitos civis*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.
- _____. *Processo civil aplicado ao direito de família*. São Paulo: Método, 2012.
- TARTUCE, Flávio. A boa-fé objetiva no direito de família. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 35, abr. 2006.
- _____. A PEC do Divórcio e a culpa: possibilidade. *Jornal Carta Forense*, São Paulo: fev. 2010, p. A-28.
- _____. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no Direito Brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2007. v. 6.
- _____. As verdades parentais e a ação vindicatória de filho. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e das Sucessões*, Porto Alegre: Magister, n. 4, p. 29-49, 2008.
- _____. *Direito civil*. Lei de introdução e parte geral. 14. ed. São Paulo: Forense 2019. v. 1.
- _____. *Direito civil*. Direito das obrigações e responsabilidade civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2.
- _____. *Direito civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 3.
- _____. *Direito civil*. Direito das coisas. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 4.
- _____. *Direito civil*. Direito das sucessões. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019 v. 6.
- _____. *Função social dos contratos*. Do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil. São Paulo: Método, 2005.
- _____. *Manual de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Método, 2019. Volume único.
- _____. *Manual de responsabilidade civil*. São Paulo: Método, 2018. Volume único.
- _____. *O Novo CPC e o direito civil*. Impactos, diálogos e interações. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.
- _____; ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Manual de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Método, 2019. Volume único.
- _____; SALOMÃO, Luis Felipe (Coord.) *Direito civil. Diálogos entre a doutrina*

e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018.

_____; OPROMOLLA, Mário Araújo. Direito civil e Constituição. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal – 15 anos*. São Paulo: Método, 2003.

_____; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Direito das coisas. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 4.

_____; _____. *Direito civil*. Direito das coisas. 3. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 4.

_____; _____. *Direito civil*. Direito das sucessões. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 6.

_____; _____. *Direito civil*. Direito das sucessões. 3. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 6.

_____; _____. *Direito civil*. Direito de família. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 5.

_____; _____. *Direito civil*. Direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Método, 2011. v. 6.

_____; TARTUCE, Fernanda. Lei 11.441/2007: Diálogos entre direito civil e direito processual civil quanto à separação e ao divórcio extrajudiciais. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 2 jul. 2008.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____; RODRIGUES, Renata de Lima. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; _____. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. v. IV.

VELOSO, Zeno. Casal quer afastar a Súmula 377. Disponível em <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/333986024/casal-quer-afastar-a-sumula-377--artigo-de-zeno-veloso>>. Acesso em: 15 maio 2016.

_____. *Direito brasileiro da filiação e paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Uma nota crítica. Disponível em <<http://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/338456458/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-uma-nota-critica>>. Acesso em: 20 maio 2015.

_____. *Invalidade do negócio jurídico*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. Novo casamento do cônjuge do ausente. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Acesso em: 5 fev. 2006.

_____. União estável e o chamado namoro qualificado no Brasil – equiparação entre cônjuge e companheiros. *Direito civil – Temas*. Belém: Anoreg/PA, 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito civil*. Direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. _____. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. VI.

_____. _____. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. VI.

VILELLA, João Baptista. Art. 1.601. Monólogo apresentado no III Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Anais do III Congresso do IBDFAM*. Disponível para os associados em: <www.ibdfam.com.br>. Acesso em: 10 jun. 2006.

_____. Desbiologização da paternidade. Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, ano XXVII n. 21 (nova fase), maio 1979. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=150>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

_____. *Jornal Carta Forense*: Emenda do Divórcio. Outras impressões. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=6075>>. Acesso em: 15

dez. 2010.

VON TUR, A. *Tratado de las obligaciones*. Traduzido para o espanhol por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934. t. I.

WELTER, Belmiro Pedro. *Coisa julgada na investigação de paternidade*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

ZAMUMER, Luiz Augusto. A Lei 11.106/2005, de 28 de março de 2005, e o art 1.520 do Código Civil. Disponível em: <www.flaviotartuce.adv.br>. Seção Artigos de Convidados. Acesso em: 7 fev. 2006.

ZARZUELA, José Lopes *Enciclopédia Saraiva de Direito*. In: LIMONGI FRANÇA, Rubens. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 34.