



atlas

5

DIREITO CIVIL

Família

SÍLVIO DE SALVO **VENOSA**

17.^a edição

DIREITO CIVIL

Família



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em www.grupogen.com.br.

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo 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, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

5

DIREITO CIVIL

Família

SÍLVIO DE SALVO VENOSA

17.^a edição



■ A EDITORA ATLAS 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.

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 © 2017 by

EDITORA ATLAS LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Rua Conselheiro Nébias, 1384 – Campos Elíseos – 01203-904 – São Paulo – SP

Tel.: (11) 5080-0770 / (21) 3543-0770

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).

■ E-mail do autor: silvio@silviovenosa.com.br

■ Capa: Danilo Oliveira

■ Fechamento desta edição: 20.10.2016

■ Produção Digital: One Stop Publishing Solutions

■ CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

V575d

V. 5

Venosa, Sílvio de Salvo

Direito civil: família / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5)

Inclui bibliografia e índice

ISBN 978-85-97-00980-4

1. Direito de família. 2. Direito civil – Brasil. I. Título. II. Série.

*Para Eduardo,
o caçula,
com muito afeto.*

NOTA À 17ª EDIÇÃO

Esta edição de nossa obra Direito Civil apresenta-se com novidades gráficas e estruturais.

Com nova formatação, Teoria Geral das Obrigações e Responsabilidade Civil estão juntos em um mesmo tomo. Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie também foram colocados no mesmo volume, tendo em vista a homogeneidade da temática.

O livro Direito Empresarial constitui-se, agora, um volume independente da coleção, pois, sem dúvida, didática e tradicionalmente, é de tema à parte do bojo do direito civil, embora sua apresentação externa permaneça ligada a toda coleção.

A redação das matérias continua objetiva, mas profunda, com atualizações dos temas que se fizeram necessários. A pletora legislativa que enfrentamos nem sempre possibilita que leis de final de ano sejam inseridas na edição mais recente. Contudo, todos os esforços são feitos na busca desse desiderato.

Como sempre, temos contado com a colaboração dos leitores na correção de possíveis erros e lacunas, perfeitamente aceitáveis em obra tão volumosa.

Nesses dezessete anos de edições sucessivas e anuais destas obras, mais uma vez enfatizo o agradecimento pela ampla aceitação de nosso trabalho nos meios jurídicos universitários e profissionais do País, a quem realmente destino e dedico estes escritos.

O Autor.

silvio@silviovenosa.com.br

SUMÁRIO

1 Introdução ao Direito de Família

- 1.1 Compreensão
- 1.2 Lineamentos históricos
- 1.3 Família moderna. Novos Fenômenos Sociais
- 1.4 Natureza Jurídica da Família
- 1.5 Direito de família
 - 1.5.1 Características Peculiares
- 1.6 Direito de Família no Brasil. Constituição de 1988
- 1.7 Estado de Família
 - 1.7.1 Ações de Estado

2 Casamento e União Estável

- 2.1 Introdução. Justificação do Presente Título
- 2.2 Lineamentos Históricos
- 2.3 Casamento no Direito Brasileiro. Conceito
 - 2.3.1 Natureza Jurídica do Casamento
 - 2.3.2 Características do Casamento. Finalidades. Pressupostos
 - 2.3.3 Casamento Civil e Religioso
 - 2.3.4 Esponsais: Promessa de Casamento
 - 2.3.5 Corretagem Matrimonial
- 2.4 União de Fato. União estável. Concubinato
 - 2.4.1 Natureza Jurídica da União Estável. Conceito e Compreensão. Elementos Constitutivos
 - 2.4.2 União Estável e Casamento. Aspectos Legais da União Estável
- 2.5 Mosaico Familiar

3 Formalidades Preliminares. Habilitação para o Casamento

- 3.1 Lineamentos Históricos
- 3.2 Habilitação
- 3.3 Suprimento do Consentimento
- 3.4 Procedimento de Habilitação
 - 3.4.1 Dispensa de Proclamas

4 Impedimentos Matrimoniais. Causas de Anulação e Causas Suspensivas

- 4.1 Legitimação e Capacidade para o Casamento
- 4.2 Aspectos Gerais dos Impedimentos
- 4.3 Impedimentos no Código de 2002
- 4.4 Casamento Anulável. Impedimentos Relativos
- 4.5 Causas Suspensivas
- 4.6 Oposição de Impedimentos

5 Celebração e Prova do Casamento

- 5.1 Ritos Matrimoniais
- 5.2 Cerimônia do Casamento
 - 5.2.1 Suspensão da Cerimônia
 - 5.2.2 Casamento Perante Autoridade Diplomática
- 5.3 Casamento por Procuração
- 5.4 Casamento Sob Moléstia Grave. Casamento Nuncupativo
- 5.5 Casamento Religioso com Efeitos Cíveis
- 5.6 Prova do Casamento. Posse de Estado de Casado

6 Casamento Inexistente, Nulo e Anulável

- 6.1 Casamento Inexistente
- 6.2 Nulidade e Inexistência do Casamento
- 6.3 Nulidades do Casamento
 - 6.3.1 Legitimação para Arguir Nulidade
 - 6.3.2 Casos de Nulidade
- 6.4 Casamento Anulável. Legitimação. Prazos
 - 6.4.1 Hipóteses de Anulação. Coação
 - 6.4.2 Erro Essencial sobre a Pessoa
 - 6.4.3 Erro Quanto à Identidade, Honra e Boa Fama
 - 6.4.4 Ignorância de Crime
 - 6.4.5 Defeito Físico Irremediável ou Moléstia Grave. Doença Mental
 - 6.4.6 Prazos para Ação de Anulação
- 6.5 O Dolo não é Causa de Anulação

7 Casamento Putativo

- 7.1 Conceito
- 7.2 Condições do Casamento Putativo
 - 7.2.1 Erro de Direito e Erro de Fato no Casamento Putativo
- 7.3 Efeitos do Casamento Putativo

7.4 Declaração de Putatividade

8 Eficácia do Casamento. Direitos e Deveres dos Cônjuges. Introdução ao Direito Conjugal Patrimonial

8.1 Introdução

8.1.1 Eficácia do Casamento

8.1.2 Princípios Gerais do Direito Patrimonial entre os Cônjuges. Alteração de Regime

8.2 Deveres dos Cônjuges

8.3 Direitos e Deveres do Marido no Código de 1916. Os Direitos Homogêneos no Código de 2002

9 Separação e Divórcio

9.1 Introdução

9.2 Separação e Divórcio. Aspectos Legais Comparativos

9.2.1 Nome da Mulher. Nome dos Cônjuges

9.3 Separação Judicial. Modalidades (Leitura Complementar)

9.3.1 Processo de Separação, Divórcio por Mútuo Consentimento. Possibilidade de Realização por Escritura Pública

9.3.1.1 Alimentos. Renúncia aos alimentos na separação

9.3.1.2 Guarda e proteção dos filhos na separação e nas várias situações assemelhadas. Guarda compartilhada e suas particularidades

9.3.1.3 Partilha. Promessa de doação

9.3.2 Separação Litigiosa

9.3.2.1 O dano moral no rompimento da sociedade conjugal e no direito de família

9.3.2.2 Separação por conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento (leitura complementar)

9.3.2.3 Separação por ruptura da vida em comum (leitura complementar)

9.3.2.4 Separação por grave doença mental (leitura complementar)

9.3.2.5 Indeferimento da separação na forma do art. 6º da Lei nº 6.515/77. Cláusula de dureza. Dispositivo ausente no Código Civil de 2002 (leitura complementar)

9.3.2.6 Efeitos patrimoniais na forma do § 3º do art. 1.572 (leitura complementar)

9.3.2.7 Proteção à pessoa dos filhos na separação litigiosa e no divórcio. Guarda dos filhos. Direito de visitas

- 9.3.3 Reconciliação. Efeitos
- 9.3.4 Separação de Corpos e Outras Medidas Cautelares
- 9.4 Divórcio
 - 9.4.1 Modalidades de Divórcio. Processo
 - 9.4.2 Conversão da Separação Judicial em Divórcio
 - 9.4.2.1 Partilha no divórcio
 - 9.4.3 Divórcio Direto. Consensual e Litigioso
 - 9.4.4 Efeitos do Divórcio

10 Parentesco

- 10.1 Conceito e Compreensão
- 10.2 Modalidades de Parentesco
- 10.3 Contagem de Graus
- 10.4 Afinidade
- 10.5 Efeitos do Parentesco

11 Filiação

- 11.1 Conceito
- 11.2 Filiação Legítima. Paridade na Filiação
 - 11.2.1 Conceito de Filiação Legítima
 - 11.2.2 Provas de Paternidade. Os Filhos Provenientes de Inseminação Artificial. A Reprodução Assistida
 - 11.2.3 Biogenética e Paternidade
- 11.3 Ação de Filiação Legítima
 - 11.3.1 Ação Negatória de Maternidade

12 Filiação fora do Casamento

- 12.1 Evolução Legislativa
- 12.2 Reconhecimento de Filiação
 - 12.2.1 Reconhecimento Voluntário. Lei nº 8.560/92. Atual Código
 - 12.2.2 Averiguação Oficiosa de Paternidade
 - 12.2.3 Oposição ao Reconhecimento
 - 12.2.4 Anulação do Reconhecimento
- 12.3 Investigação de Paternidade
 - 12.3.1 Provas Científicas de Paternidade
- 12.4 Efeitos do Reconhecimento
- 12.5 Investigação de Maternidade

13 Adoção

- 13.1 Conceito
- 13.2 Lineamentos Históricos
- 13.3 Natureza Jurídica
- 13.4 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Evolução Legislativa. A Lei da Adoção
- 13.5 Guarda
- 13.6 Adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei da Adoção. Requisitos
 - 13.6.1 Estágio de Convivência
 - 13.6.2 Adoção Internacional
 - 13.6.3 Sentença e Registro
 - 13.6.4 Efeitos da Adoção
 - 13.6.5 Cadastro de Crianças e Adolescentes para Adoção
- 13.7 Adoção: O Estatuto da Criança e do Adolescente e o Atual Código Civil. Lei da Adoção

14 Poder Familiar. Alienação Parental

- 14.1 Introdução. Lineamento Histórico. Compreensão
- 14.2 Titularidade do Poder Familiar. Sujeitos
- 14.3 Conteúdo do Poder Familiar ou da Autoridade Parental
- 14.4 Particularidades
- 14.5 Poder Familiar Quanto à Pessoa dos Filhos
- 14.6 Usufruto e Administração dos Bens de Filhos Menores
- 14.7 Suspensão, Perda e Extinção do Poder Familiar
- 14.8 Alienação Parental

15 Regimes de Bens

- 15.1 Introdução
- 15.2 Princípios Gerais. Requisitos do Pacto Antenupcial
 - 15.2.1 Separação Obrigatória de Bens
 - 15.2.1.1 Comunhão de aquestos na separação legal no sistema de 1916. O atual Código
 - 15.2.2 Redução a Termo. Escritura Pública
- 15.3 Comunhão parcial
 - 15.3.1 Bens Excluídos da Comunhão Parcial
 - 15.3.2 Bens que Ingressam na Comunhão
 - 15.3.3 Administração dos Bens na Comunhão Parcial
- 15.4 Comunhão Universal de Bens
 - 15.4.1 Bens Excluídos da Comunhão Universal

- 15.5 Regime de Participação Final nos Aquestos
- 15.6 Separação de Bens
- 15.7 Regime Dotal
- 15.8 Outros Regimes
- 15.9 Doações Antenupciais
- 15.10 Disciplina Patrimonial entre Companheiros ou Conviventes. Contrato de Convivência na União Estável

16 Alimentos

- 16.1 Introdução. Conceito. Origens
- 16.2 Pressupostos da Obrigação Alimentar
- 16.3 Modalidades. Características
- 16.4 Sujeitos da Obrigação Alimentícia
 - 16.4.1 Alimentos aos Filhos Menores. Alimentos à Mulher Gestante
 - 16.4.2 Alimentos aos Filhos Maiores, Pais e Irmãos
 - 16.4.3 Alimentos Decorrentes do Casamento
 - 16.4.4 Alimentos na União Estável
- 16.5 Transmissão da Obrigação Alimentar
- 16.6 Conteúdo e Condições da Prestação Alimentícia
- 16.7 Ação De Alimentos. Lei nº 5.478/68
 - 16.7.1 Execução de Alimentos. Prisão do Devedor

17 Bem de Família

- 17.1 Origem Histórica
- 17.2 Legislação. Conceituação. Natureza Jurídica
- 17.3 A Lei nº 8.009, de 29-3-90
- 17.4 Objeto e Valor do Bem de Família
- 17.5 Legitimação para a Instituição e Destinação do Bem
- 17.6 Requisitos
- 17.7 Inalienabilidade e Impenhorabilidade do Bem de Família. Aplicação na Lei nº 8.009/1990
- 17.8 Duração
- 17.9 Processo de Constituição
- 17.10 O Bem de Família no Código Civil de 2002

18 União Estável. Uniões Homoafetivas

- 18.1 União Estável e Direito de Família
- 18.2 Reconhecimento da União Estável

- 18.3 Apontamentos sobre a Polêmica Legislação
- 18.4 Convenções Entre os Conviventes
- 18.5 Contratos Afetivos
- 18.6 Dissolução da União Estável. Patrimônio
- 18.7 União de Pessoas do Mesmo Sexo. Homoafetividade e o Direito
 - 18.7.1 Introdução
 - 18.7.2 Escorço Histórico
 - 18.7.3 Aspectos
 - 18.7.4 Direitos
 - 18.7.5 Homoafetividade e União
 - 18.7.6 Homoafetividade e Adoção

19 Tutela

- 19.1 Introdução. Conceito. Origens
- 19.2 Particularidades da Tutela. Responsabilidade do tutor
- 19.3 Fontes da Tutela
 - 19.3.1 Requisitos da Tutela
- 19.4 Os Tutores. Tutela e Poder Familiar
 - 19.4.1 Nomeação de Casal para o Encargo de Tutores
- 19.5 Incapazes de Exercer a Tutela
 - 19.5.1 Proibições Legais
- 19.6 Escusa dos Tutores
- 19.7 Garantia da Tutela
- 19.8 Exercício da Tutela
- 19.9 Bens dos Órfãos
- 19.10 Prestação de Contas
- 19.11 Cessação da Tutela
- 19.12 Processo de Interdição

20 Curatela

- 20.1 Introdu o. Conceito
- 20.2 Princípios da curatela. Quem pode ser Curador
 - 20.2.1 Administra o Provisória
- 20.3 Pessoas com Deficiência
- 20.4 Aqueles que por Causa Transitória ou Permanente não Puderem Expressar sua Vontade
- 20.5  brios Habituais e Viciados em Tóxicos
- 20.6 Pródigos

- 20.7 Nascituros
- 20.8 Tomada de Decisão Apoiada. Mentores ou Preceptores
- 20.9 Legitimidade para Requerer a Interdição
- 20.10 Processo de Interdição
- 20.11 Sentença de Interdição
- 20.12 Levantamento de Interdição. Internamento

21 Ausência

- 21.1 Introdução
- 21.2 Curadoria do Ausente
- 21.3 Sucessão Provisória
- 21.4 Sucessão Definitiva
- 21.5 Consequências para o Direito de Família

Bibliografia

Índice Remissivo

INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1 COMPREENSÃO

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito. Assim, sua extensão não é coincidente no direito penal e fiscal, por exemplo. Nos diversos direitos positivos dos povos e mesmo em diferentes ramos de direito de um mesmo ordenamento, podem coexistir diversos significados de família. Por vezes, no mesmo sistema, a noção de família sofre um alargamento de natureza econômica, como ocorre na Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/91), ao proteger como sucessores do locatário as pessoas residentes no imóvel que viviam na dependência econômica do falecido (art. 11, I); em outras oportunidades, a lei restringe o alcance do conceito familiar apenas a pais e filhos (art. 47, III).

Como regra geral, porém, o Direito Civil moderno apresenta uma definição mais restrita, considerando membros da família as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco. As várias legislações definem, por sua vez, o âmbito do parentesco. O direito de família estuda, em síntese, as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, bem como daqueles que convivem em uniões sem casamento; dos filhos e das relações destes com os pais, da sua proteção por meio da tutela e da proteção dos incapazes por meio da curatela. Dentro do campo legal, há normas que tratam, portanto, das relações pessoais entre os familiares, bem como das relações patrimoniais, bem como de relações assistenciais entre os membros da família. O direito de família possui forte conteúdo moral e ético, em constante mutação. As relações patrimoniais nele contidas são secundárias, pois são absolutamente dependentes da compreensão ética e moral da família. O casamento ainda é o centro gravitador do direito de família, embora as uniões sem casamento tenham recebido parcela importante dos julgados nos tribunais, nas últimas décadas, o que se refletiu decididamente na legislação.

Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em *conceito restrito*, família compreende somente o

núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar. Nesse particular, a Constituição Federal estendeu sua tutela inclusive para a entidade familiar formada por apenas um dos pais e seus descendentes, a denominada família monoparental, conforme disposto no § 4º do art. 226: “*Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes*”.

O Código Civil de 2002 não se preocupou contudo com essa modalidade de família, algo que é feito pelo Projeto nº 2.285/2007, o contemporâneo e atualizado Estatuto das Famílias (orientado pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família), o qual definitivamente fará por abandonar os paradigmas da vetusta família patriarcal, insistentemente presente no mais recente Código de 2002. Aliás, o estatuto de 2002 perdeu excelente oportunidade de reger ou ao menos dar notícia de várias modalidades de agrupamentos familiares fora do casamento. Tanto que se defende a caracterização legal das famílias e não mais família no singular, em um estatuto ou microsistema, fora dos grilhões de um Código Civil, como faz o Projeto apresentado pelo IBDFAM.

Pode ainda ser considerada a família sob o *conceito sociológico*, integrada pelas pessoas que vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular. Essa noção, sempre atual e frequentemente reconhecida pelo legislador, coincide com a clássica posição do *pater familias* do Direito Romano, descrita no *Digesto* por Ulpiano. Temos clara noção dessa compreensão quando, por exemplo, o art. 1.412, § 2º, do atual Código, ao tratar do instituto do uso, dentro do livro de direitos reais, descreve que “*as necessidades da família do usuário compreendem as de seu cônjuge, dos filhos solteiros e das pessoas de seu serviço doméstico*”. Nem sempre, contudo, a família tem um titular varão ou varoa, nem sempre será o pai ou a mãe o condutor do ente familiar, podendo, por exemplo, ser um irmão mais velho. A realidade sempre se posta fora da lei e por vezes muito além da ficção, cabendo as soluções ao poder criador da jurisprudência.

O jurista Ulpiano, do terceiro século de nossa era, definiu família como o grupo plural de pessoas que, pela natureza ou pelo direito, vive sob o poder de outra. Como lembra Jean Carbonnier (1999:3), essa poderia ser a definição de uma monarquia ou de uma república autoritária, sendo a noção apresentada pelo Código de 1916. A noção atual de família nas civilizações ocidentais afasta-se cada vez mais da ideia de poder, principalmente de cunho econômico, colocando em supremacia a vontade de seus membros, igualando-se os direitos familiares. É fato, porém, que persiste a noção de poder e supremacia do chefe familiar em várias civilizações atuais, mais ou menos primitivas, inclusive naquelas nas quais as mulheres sofrem restrições de direito e de fato.

1.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS

Entre os vários organismos sociais e jurídicos, o conceito, a compreensão e a extensão de família são os que mais se alteraram no curso dos tempos. Neste século XXI, a sociedade de mentalidade urbanizada, embora não necessariamente urbana, cada vez mais globalizada pelos meios

de comunicação, pressupõe e define uma modalidade conceitual de família bastante distante daquela regulada pelo Código de 1916 e das civilizações do passado. Como uma entidade orgânica, a família deve ser examinada, primordialmente, sob o ponto de vista exclusivamente sociológico e afetivo, antes de o ser como fenômeno jurídico. No curso das primeiras civilizações de importância, tais como a assíria, hindu, egípcia, grega e romana, o conceito de família foi de uma entidade ampla e hierarquizada, retraindo-se hoje, fundamentalmente, para o âmbito quase exclusivo de pais e filhos menores, que vivem no mesmo lar.

Conforme descrição feita por Friedrich Engels (1997:31 ss), em sua obra sobre a origem da família, editada no século XIX, no estado primitivo das civilizações o grupo familiar não se assentava em relações individuais. As relações sexuais ocorriam entre todos os membros que integravam a tribo (endogamia). Disso decorria que sempre a mãe era conhecida, mas se desconhecia o pai, o que permite afirmar que a família teve de início um caráter matriarcal, porque a criança ficava sempre junto à mãe, que a alimentava e a educava. Caio Mário da Silva Pereira (1996:17) aponta que essa posição antropológica que sustenta a promiscuidade não é isenta de dúvidas, entendendo ser pouco provável que essa estrutura fosse homogênea em todos os povos. Posteriormente, na vida primitiva, as guerras, a carência de mulheres e talvez uma inclinação natural levaram os homens a buscar relações com mulheres de outras tribos, antes do que em seu próprio grupo. Os historiadores fixam nesse fenômeno a primeira manifestação contra o incesto no meio social (exogamia). Nesse diapasão, no curso da história, o homem marcha para relações individuais, com caráter de exclusividade, embora algumas civilizações mantivessem concomitantemente situações de poligamia, como ocorre até o presente. Desse modo, atinge-se a organização atual de inspiração monogâmica.

A monogamia, sustentada sempre pela Igreja, desempenhou um papel de impulso social em benefício da prole, ensejando o exercício do poder paterno. A família monogâmica converte-se, portanto, em um fator econômico de produção, pois esta se restringe quase exclusivamente ao interior dos lares, nos quais existem pequenas oficinas. Essa situação vai reverter somente com a Revolução Industrial, que faz surgir um novo modelo de família. Com a industrialização, a família perde sua característica de unidade de produção. Perdendo seu papel econômico, sua função relevante transfere-se ao âmbito espiritual, fazendo-se da família a instituição na qual mais se desenvolvem os valores morais, afetivos, espirituais e de assistência recíproca entre seus membros (Bossert-Zannoni, 1996:5).

Na Babilônia, por exemplo, a família fundava-se no casamento monogâmico, mas o direito, sob influência semítica, autorizava esposas secundárias. O marido podia, por exemplo, procurar uma segunda esposa, se a primeira não pudesse conceber um filho ou em caso de doença grave. Com a devida mitigação, essa permissão não difere muito do que hoje se admite para a procriação, como fecundação de proveta e úteros de aluguel. Naquela época histórica, a procriação surge como a finalidade principal do matrimônio (Gaudemet, 1967:35). Os pais têm papel importante no

casamento. Geralmente, são eles que dão a noiva em núpcias, como ainda ocorre em algumas culturas do planeta.

Em Roma, o poder do *pater* exercido sobre a mulher, os filhos e os escravos é quase absoluto. A família como grupo é essencial para a perpetuação do culto familiar. No Direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo de ligação entre os membros da família. Nem o nascimento nem a afeição foram fundamento da família romana. O *pater* podia nutrir o mais profundo sentimento por sua filha, mas bem algum de seu patrimônio lhe poderia legar (Coulanges, 1958, v. 1:54). A instituição funda-se no poder paterno ou poder marital. Essa situação deriva do culto familiar. Os membros da família antiga eram unidos por vínculo mais poderoso que o nascimento: a religião doméstica e o culto dos antepassados. Esse culto era dirigido pelo *pater*. A mulher, ao se casar, abandonava o culto do lar de seu pai e passava a cultuar os deuses e antepassados do marido, a quem passava a fazer oferendas. Por esse largo período da antiguidade, família era um grupo de pessoas sob o mesmo lar, que invocava os mesmos antepassados. Por essa razão, havia necessidade de que nunca desaparecesse, sob pena de não mais serem cultuados os antepassados, que cairiam em desgraça. Por isso, era sempre necessário que um descendente homem continuasse o culto familiar. Daí a importância da adoção no velho direito, como forma de perpetuar o culto, na impossibilidade de assim fazer o filho de sangue. Da mesma forma, o celibato era considerado uma desgraça, porque o celibatário colocava em risco a continuidade do culto. Não bastava, porém, gerar um filho: este deveria ser fruto de um casamento religioso. O filho bastardo ou natural não poderia ser o continuador da religião doméstica. As uniões livres não possuíam o *status* de casamento, embora se lhes atribuisse certo reconhecimento jurídico. O Cristianismo condenou as uniões livres e instituiu o casamento como sacramento, pondo em relevo a comunhão espiritual entre os nubentes, cercando-a de solenidades perante a autoridade religiosa. Era uma forma, também, de concentrar a economia no grupo familiar coeso.

Por muito tempo na história, inclusive durante a Idade Média, nas classes nobres, o casamento esteve longe de qualquer conotação afetiva. A instituição do casamento sagrado era um dogma da religião doméstica. Várias civilizações do passado incentivavam o casamento da viúva, sem filhos, com o parente mais próximo de seu marido, e o filho dessa união era considerado filho do falecido. O nascimento de filha não preenchia a necessidade, pois ela não poderia ser continuadora do culto de seu pai, quando contraísse núpcias. Reside nesse aspecto a origem histórica dos direitos mais amplos, inclusive em legislações mais modernas, atribuídos ao filho e em especial ao primogênito, a quem incumbiria manter unido o patrimônio em prol da unidade religioso-familiar.

“O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e para as canseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres no mesmo culto doméstico,

fazendo deles nascer um terceiro, apto para continuador desse culto” (Coulanges, 1958, v. 1:69).

Desaparecida a família pagã, a cristã guardou esse caráter de unidade de culto, que na verdade nunca desapareceu por completo, apesar de o casamento ser tratado na história mais recente apenas sob o prisma jurídico e não mais ligado à religião oficial do Estado. A família sempre foi considerada como a célula básica da Igreja. Recorda Diogo Leite Campos que a família se mostrou como a própria Igreja em miniatura, com sua hierarquia, seu local destinado ao culto, uma pequena capela, uma imagem ou um crucifixo ainda encontráveis em muitos lares (Teixeira, 1993:16).

A ciência do direito demonstrou nos últimos séculos o caráter temporal do casamento, que passou a ser regulamentado pelo Estado, que o inseriu nas codificações a partir do século XIX como baluarte da família.

1.3 FAMÍLIA MODERNA. NOVOS FENÔMENOS SOCIAIS

A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães.

Atualmente, a escola e outras instituições de educação, esportes e recreação preenchem atividades dos filhos que originalmente eram de responsabilidade dos pais. Os ofícios não mais são transmitidos de pai para filho dentro dos lares e das corporações de ofício. A educação cabe ao Estado ou a instituições privadas por ele supervisionadas. A religião não mais é ministrada em casa e a multiplicidade de seitas e credos cristãos, desvinculados da fé originais, por vezes oportunistas, não mais permite uma definição homogênea. Também as funções de assistência a crianças, adolescentes, necessitados e idosos têm sido assumidas pelo Estado.

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher, não sem superar enormes resistências, alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos. Estes passam mais tempo na escola e em atividades fora do lar. A longevidade maior decorrente de melhores condições de vida permite que várias gerações diversas convivam. Em futuro próximo, será comum a convivência de pais, avós, netos, bisnetos, o que gerará igualmente problemas sociais e previdenciários nunca antes enfrentados. Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões

tradicionais fazem aumentar o número de divórcios. As uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em muitas civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em toda a civilização ocidental, fez-se sentir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados formam uma simbiose de proles. O controle e o descontrole de natalidade são facetas do mesmo fenômeno. Quanto mais sofisticada a sociedade, maior o controle de natalidade. Com isso, agravam-se os problemas sociais decorrentes do mesmo fenômeno, aumentando a miséria das nações pobres e dificultando, com a retração populacional, a sustentação do Estado e da família nas nações desenvolvidas. Por isso, as emigrações étnicas para os países desenvolvidos criam novas células familiares, com novos valores, com dificuldade de assimilação para as primeiras gerações nas novas terras. Casais homoafetivos vão paulatinamente obtendo reconhecimento judicial e legislativo. Em poucas décadas, portanto, os paradigmas do direito de família são diametralmente modificados. O princípio da indissolubilidade do vínculo do casamento e a ausência de proteção jurídica aos filhos naturais, por exemplo, direito positivo em nosso ordenamento até muito recentemente, pertencem definitivamente ao passado e à História do Direito do nosso país. Atualmente, o jurista defronta-se com um novo direito de família, que contém surpresas e desafios trazidos pela ciência.

Nesse quadro, superficialmente traçado, há inexoravelmente novos conceitos desafiadores a incitar o legislador e o jurista, com premissas absolutamente diversas daquelas encontradas no início do século passado em nosso país, quando da promulgação do Código Civil de 1916. Basta dizer, apenas como introito, que esse Código, entrando em vigor no século XX, mas com todas as ideias ancoradas no século anterior, em momento algum preocupou-se com os direitos da filiação havida fora do casamento e com as uniões sem matrimônio, em um Brasil cuja maioria da população encontrava-se nessa situação. Era um Código tecnicamente muito bem feito, mas que nascera socialmente defasado, preocupado apenas com o individualismo e o patrimônio. Lembrando a magnífica e essencial obra de Gilberto Freyre, o Código Civil brasileiro de 1916 foi dirigido para a minoria da *Casa-Grande*, esquecendo da *Senzala*. Esse, de qualquer forma, era o pensamento do século XIX.

De outra face, o desenvolvimento tecnológico demonstra hoje ser possível a certeza da paternidade biológica, a fecundação artificial, a clonagem de seres humanos etc. em questões que superam as mais imaginosas ficções científicas de passado bem próximo.

Em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família. O reconhecimento da união estável como entidade familiar (art. 226, § 7º) representou um grande passo

jurídico e sociológico em nosso meio. É nesse diploma que se encontram princípios expressos acerca do *respeito à dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III). Nesse campo, situam-se os institutos do direito de família, o mais humano dos direitos, como a proteção à pessoa dos filhos, direitos e deveres entre cônjuges, igualdade de tratamento entre estes etc. Foi essa Carta Magna que também alçou a princípio constitucional da *igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros* (art. 226, § 5º) e *igualdade jurídica absoluta dos filhos*, não importando sua origem ou a modalidade de vínculo (art. 227, § 6º). Ainda, a Constituição de 1988 escreve o princípio da paternidade responsável e o respectivo planejamento familiar (art. 226, § 7º). O Código Civil de 2002 complementou e estendeu esses princípios, mas, sem dúvida, a verdadeira revolução legislativa em matéria de direito privado e especificamente de direito de família já ocorrera antes, com essa Constituição.

Não ousou, porém, o Código de 2002 abandonar arraigados princípios clássicos da família patriarcal, para compreender os novos fenômenos da família contemporânea, algo que o Estatuto das Famílias busca com sucesso (Projeto nº 2.285/2007).

A sociedade enfrenta doravante o posicionamento das chamadas relações homoafetivas. Discute-se nos tribunais o alcance dos direitos de pessoas do mesmo sexo que convivem. Sem dúvida, o século XXI traz importantes modificações em tema que cada vez mais ganha importância. A seu tempo, quando a sociedade absorver os reclamos desses direitos haverá a resposta legislativa e judicial adequada. Nesse sentido, o projeto do Estatuto das Famílias já se apresenta atual e adequado.

Como lembra Rolf Madaleno, tocando em ponto nevrálgico que atinge frontalmente os mais conservadores, há evidente equívoco “*imaginar pudesse o texto constitucional restringir sua proteção estatal exclusivamente ao citado trio de entidades familiares (casamento, união estável e relação monoparental), olvidando-se de sua função maior, de dar abrigo ao sistema democrático e garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes de qualquer arquétipo de ente familiar, lastreado na consecução do afeto, pois, como prescreve a Carta Política, a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) e um Estado Democrático de Direito tem como parte integrante de seu fundamento e existência a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III), que sob forma alguma pode ser taxada, restringida ou discriminada e prova disso foi a consagração do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como entidade familiar*” (2013:5).

Desse modo, não estão os tribunais impedidos de reconhecer, por exemplo, uniões estáveis concomitantes, como ocorre ora e vez, nem outras formas de convivência conjugal que só a realidade pode atestar.

Se, por um lado, a Constituição de 1988 começou a desconstruir a noção de poder patriarcal do Código de 1916, não trouxe em suas linhas, e certamente não era o caso de fazê-lo, outras manifestações de entidades familiares.

O afeto, com ou sem vínculos biológicos, deve ser sempre o prisma mais amplo da família, longe da velha asfixia do sistema patriarcal do passado, sempre em prol da dignidade humana. Sabido é que os sistemas legais do passado não tinham compromisso com o afeto e com a felicidade.

A família informal foi a resposta hodierna à evolução, não podendo mais ser tratada como uma família marginalizada. O concubinato, termo que a legislação moderna brasileira evita, cria essas relações informais. Na verdade, a Constituição de 1988 elevou a dignidade do concubinato, passando a denominá-lo união estável. Os tribunais, sem poder fugir a uma realidade sociológica, por vezes reconhecem uniões concomitantes, relacionamentos afetivos paralelos ou adulterinos, que no passado seriam tachados de concubinatos impuros. Como sempre afirmamos, a realidade sempre estará além da ficção. O caso concreto dará a solução, inclusive com repercussões no direito sucessório. Nem sempre a letra fria da lei socorrerá as surpresas da afetividade. Nunca se deve deixar de ter em mira, contudo, que a noção fundamental da família ocidental, célula menor do próprio Estado, é a *monogamia*. As exceções devem ser exclusivamente tratadas como tal.

A família *monoparental*, referida na Constituição (art. 226, § 4º), é aquela na qual um progenitor vive sem a presença do outro na convivência e criação dos filhos. Esse núcleo geralmente é formado pela mãe, mas não é estranho que seja conduzido pelo pai. São vários os fatores que fazem surgir esse fenômeno social, não se resumindo às situações das chamadas mães solteiras. O Código Civil e a legislação ordinária ignoraram simplesmente o aceno constitucional, embora o conjunto de normas de direito de família seja suficiente, em princípio, para dirimir as dificuldades práticas.

Rolf Madaleno refere-se também à *família anaparental*, aquela na qual estão ausentes o pai e a mãe, havendo convivência apenas entre irmãos. Essa entidade deve ser protegida da mesma forma que os demais núcleos familiares (2012:10).

Da mesma forma, a proteção do Estado deve ser dirigida às famílias reconstituídas, que com frequência abrangem filhos de duas estirpes, padrastos e madrastas, depois de uma nova união dos cônjuges. O Código Civil não traçou um desenho claro dessas famílias, cujas questões ficam a cargo dos tribunais que sempre devem ter em mira a afetividade e a dignidade da pessoa humana. Nosso direito não define as prerrogativas parentais dos padrastos, nem seu eventual dever alimentar ao enteado.

Da família homoafetiva cuidaremos mais adiante neste trabalho.

1.4 NATUREZA JURÍDICA DA FAMÍLIA

No passado, defendeu-se a ideia de que a família constituía uma pessoa jurídica. Essa personalidade seria conferida à família, tendo em vista ser ela detentora de direitos extrapatrimoniais, como o nome, o pátrio poder, hoje poder familiar no vigente Código, e direitos patrimoniais, como a propriedade de bem de família, sepulcros. Essa posição foi prontamente superada pela imprecisão do conceito.

Em nosso direito e na tradição ocidental, a família não é considerada uma pessoa jurídica, pois lhe falta evidentemente aptidão e capacidade para usufruir direitos e contrair obrigações. Os pretensos direitos imateriais a ela ligados, o nome, o poder familiar, a defesa da memória dos mortos, nada mais são do que direitos subjetivos de cada membro da família. Com maior razão, da mesma forma se posicionam os direitos de natureza patrimonial. A família nunca é titular de direitos. Os titulares serão sempre seus membros individualmente considerados.

Defendeu-se também que a família constituía um organismo jurídico. Contudo, apresenta-se como um dado sociológico e biológico de caráter natural reconhecido pelo Estado. O direito imposto pelo Estado não pode abstrair o fenômeno natural da família, que é preexistente.

A doutrina majoritária, longe de ser homogênea, conceitua família como *instituição*. Embora essa conclusão seja repetida por muitos juristas, trata-se de conceito por demais vago e impreciso. Essa teoria foi enunciada na França por Maurice Hauriou e desenvolvida em seguida. Como instituição, a família é uma coletividade humana subordinada à autoridade e condutas sociais. Uma instituição deve ser compreendida como uma forma regular, formal e definida de realizar uma atividade. Nesse sentido, família é uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale a sociedade para regular a procriação e educação dos filhos (Belluscio, 1987, v. 1:10). Sob a perspectiva sociológica, família é uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos. Desse modo, como sociologicamente a família é sem dúvida uma instituição, o Direito, como ciência social, assim a reconhece e a regulamenta. Recordemos que as instituições jurídicas são um universo de normas de direito organizadas sistematicamente para regular direitos e deveres de determinado fenômeno ou esfera social. Não sem muita controvérsia, esse o sentido da família como instituição jurídica.

Ao estudarmos as pessoas jurídicas, ressaltamos que existem entidades com muitas características das pessoas morais, mas que não chegam a receber personalidade. Faltam-lhes os requisitos imprescindíveis à personificação, embora, na maioria das vezes, tenham representantes processuais, isto é, podem agir no processo ativa e passivamente (Venosa, *Direito civil: parte geral*, seção 14.5). Denominamos essas entidades de *grupos com personificação anômala*, incluindo a família. No entanto, ao contrário de outras situações transitórias patrimoniais, como a massa falida, a herança jacente e o espólio, a família, como instituição, nem mesmo possui representação processual, tendo em vista que essa atividade deve ser exercida por seus membros. Não há interesse em atribuir personalidade à família, tendo em vista que suas atividades jurídicas, de natureza patrimonial ou não, podem ser realizadas sem esse atributo.

1.5 DIREITO DE FAMÍLIA

Beviláqua (1937:6) definiu de forma perene:

“Direito de família é o complexo das normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela”.

Faltou ao mestre, na época, referir-se às uniões sem casamento que o imitam e representam um vasto campo jurídico e sociológico. A colonização brasileira foi feita em torno da união informal. A família, como vimos, é um fenômeno fundado em dados biológicos, psicológicos e sociológicos regulados pelo direito. Na definição do grande Beviláqua há que se acrescentar, hoje, as normas reguladoras das uniões sem casamento. É interessante observar que no passado qualquer referência jurídica à família tomava por base o casamento. Só mais recentemente a família foi observada pelos juristas sob prisma de instituição, abrangendo as uniões sem casamento e até mesmo as chamadas famílias monoparentais. A Constituição de 1988 ampliou, entre nós, o conceito de família, para reconhecer *“como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”*, bem como a união estável entre o homem e a mulher (art. 226). Destarte, como visto, a família é um gênero que comporta várias espécies (Pereira, 2003:8).

O casamento, tal como o conhecemos, somente se estrutura na História quando o homem atinge determinado grau de cultura. A família preexiste à estruturação jurídica.

Como o Direito e o legislador agem diretamente sobre os fenômenos derivados da família, é inseparável do Direito qualquer estudo da família. Durante muitos séculos acreditou-se que esses dados biológicos eram imutáveis. No entanto, o século XX demonstrou o contrário, com a evolução da ciência genética, bem como com questões geradas pelo transexualismo, homossexualismo etc.¹

O direito canônico, ou sob inspiração canônica, que regulou a família até o século XVIII e inspirou as leis civis que se seguiram, não era um direito civil na acepção técnica do termo. O direito de família canônico era constituído por normas imperativas, inspiradas na vontade de Deus ou na vontade do monarca. Era constituído por cânones, regras de convivência impostas aos membros da família e sancionadas com penalidades rigorosas. O casamento, segundo os cânones, era a pedra fundamental, ordenado e comandado pelo marido:

“O pai/marido transforma-se, assim, numa verdadeira fonte de criação de Direito, de normas de organização interna da família que se impõem aos dependentes. A vontade do pai é lei” (Diogo Leite de Campos. In: Teixeira, 1993:20).

Nesses preceitos, o casamento tinha caráter de perpetuidade com o dogma da indissolubilidade do vínculo, tendo como finalidade a procriação e criação dos filhos. A desvinculação do matrimônio da Igreja abriu caminho para a revisão dessa dogmática.

O direito de família, ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo

conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social. Originalmente, em nosso país, o direito de família vinha regulado exclusivamente pelo Código Civil. Princípios constitucionais e numerosas leis complementares derrogaram parcialmente vários dispositivos do Código de 1916, além de disciplinar outros fenômenos e fatos jurídicos relacionados direta ou indiretamente com a família. O Código Civil de 2002 procura fornecer uma nova compreensão da família, adaptada ao novo século, embora tenha ainda com passos tímidos nesse sentido. Seguindo o que já determinara a Constituição de 1988, o atual estatuto procura estabelecer a mais completa igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros, do homem e da mulher. Da mesma forma, o vigente diploma civil contempla o princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, independentemente de sua origem. Nesse diapasão, não mais se refere o Código ao pátrio poder, denominação derivada do caudilhesco *pater familias* do Direito Romano, mas ao *poder familiar*, aquele que é exercido como um poder-dever em igualdade de condições por ambos os progenitores. O organismo familiar passa por constantes mutações e é evidente que o legislador deve estar atento às necessidades de alterações legislativas que devem ser feitas no curso deste século. Não pode também o Estado deixar de cumprir sua permanente função social de proteção à família, como sua célula *mater*, sob pena de o próprio Estado desaparecer, cedendo lugar ao caos. Daí porque a intervenção do Estado na família é fundamental, embora deva preservar os direitos básicos de autonomia. Essa intervenção deve ser sempre protetora, nunca invasiva da vida privada.

Desse modo, o direito de família, por sua própria natureza, é ordenado por grande número de normas de ordem pública. Essa situação, contudo, não converte esse ramo em direito público. Parte da doutrina procurou situar o direito de família como integrante do direito público. As normas de ordem pública no direito privado têm por finalidade limitar a autonomia de vontade e a possibilidade de as partes disporem sobre suas próprias normas nas relações jurídicas. A ordem pública resulta, portanto, de normas imperativas, em contraposição às normas supletivas. Isso não significa, contudo, que as relações assim ordenadas deixem de ser de direito privado.

No direito de família, a ordem pública prepondera dispondo sobre as relações pessoais dos cônjuges, relações entre pais e filhos, regimes matrimoniais, celebração e dissolução do casamento etc. Tal se deve ao interesse permanente do Estado no direcionamento da família como sua célula básica, dedicando-lhe proteção especial (art. 226, *caput*, da CF). Por outro lado, esse ramo também possui normas supletivas que permitem, por exemplo, acordos entre cônjuges no divórcio a respeito de seu patrimônio, visita e guarda de filhos etc.

Desse modo, embora o direito de família se utilize majoritariamente de normas imperativas para ordenar as relações entre seus membros, como afirma Guillermo A. Borda (1993, v. 1:9), a pretensão de deslocar a família do direito privado representa um contrassenso. Não se pode conceber nada mais privado, mais profundamente humano do que a família, em cujo seio o homem nasce, vive, ama, sofre e morre. O direito de família visto como direito público prepara o terreno para um

intervencionismo intolerável do Estado na vida íntima, como tantos que ocorrem ordinariamente. Acrescenta o autor, com propriedade, ser sintomático que os únicos regimes que trataram da família como direito público foram os falecidos e não saudosos regimes comunistas da Rússia, Iugoslávia, Bulgária e a extinta Tchecoslováquia. Desse modo, não há como se admitir o direito de família como direito público em um Estado democrático, porque cabe a ele tutelar e proteger a família, intervindo de forma indireta apenas quando essencial para sua própria estrutura.

Levando em conta suas particularíssimas características, talvez seja melhor considerar, no futuro bem próximo, o direito de família como um microssistema jurídico, integrante do denominado direito social, embora essa denominação seja redundante, na zona intermediária entre o direito público e o privado, possibilitando a elaboração de um Código ou Estatuto da Família ou das Famílias, como em outras legislações. Daí por que legislativamente seria melhor, já atualmente, que tivéssemos um estatuto próprio da família, que albergasse todos os seus princípios, bem como regulasse também o direito sucessório, intimamente ligado à família, e o direito do menor e institutos correlatos. Não foi a posição do Código de 2002 que manteve o compartimento dedicado a esse campo jurídico. De qualquer forma, sente-se na atualidade que o Direito de Família desgarrar-se cada vez mais do Direito Civil, ganhando autonomia de estudos e consequentemente de especialistas. Como regra geral, os novos mestres e autores de direito de família em nosso país, a exemplo do que já ocorria em países estrangeiros, tendem a especializar-se exclusivamente nesse campo, não se dedicando mais aos outros campos do direito privado. A essa situação agrega-se o fato de que o juiz de uma Corte de família deve ter vocação e preparo emocional diverso do magistrado que decide questões exclusivamente patrimoniais. Daí porque, sempre que possível, a organização judiciária dos Estados cria varas especializadas em direito de família, com serviços auxiliares de ordem sociológica e psicológica. A mediação e conciliação, com profissionais habilitados, devem ganhar amplo espaço, evitando-se contendas processuais inúteis e depreciativas da honra de membros da família, e converter-se no grande palco de soluções para os problemas da família.

Conciliação, mediação e arbitragem, embora tenham origens e vertentes comuns, apresentam características próprias. A conciliação possui longa tradição em nosso direito processual. Nesta, polarizam-se os pontos controversos em busca de um consenso, acordo ou transação. O acordo, com ou sem transação, é o ponto que se busca na conciliação. A mediação é algo mais flexível, que se apresenta com característica e linguagem própria. A mediação permite a argumentação ampla, que por vezes extrapola o conflito que primitivamente a motivou. O mediador deve ser uma pessoa neutra e treinada que procura despertar soluções pessoais entre os envolvidos. Não haverá necessariamente um acordo na mediação.

“O mediador não decide pelos mediandos, já que a essência dessa dinâmica é permitir que as partes envolvidas em conflito ou impasse fortaleçam-se, resgatando a responsabilidade por suas próprias escolhas” (Águida Arruda Barbosa, in Pereira,

Na arbitragem existe uma lide ou conflito de interesses. Nesse caso, as partes se valem do compromisso para permitir que julgadores não togados, os árbitros, decidam as pendências substituindo o juiz. É muito restrito o âmbito da arbitragem no direito de família uma vez que não pode ser utilizada para direitos indisponíveis e a maioria dos direitos no campo ora visto o são. Não fica totalmente afastada, porém. Nada impede que os interessados requeiram ao juízo arbitral a fixação do *quantum* de alimentos, por exemplo. Veja o que falamos sobre a arbitragem em nossa obra dedicada aos contratos.

Sem sombra de dúvida, na mediação, conciliação e arbitragem reside um dos fatores mais importantes para a tão decantada reforma do Judiciário.

1.5.1 Características Peculiares

O direito de família, por sua natureza, apresenta características que o afastam dos demais ramos do direito privado, como já apontamos. A sociedade procura regular e tutelar a família da forma mais aceitável possível no tempo e no espaço. O Estado intervém na estrutura da família em prol da preservação da célula que o sustenta, em última análise.

Ainda, cabe a ele estruturar os meios assistenciais e judiciais, legais e materiais para o acesso à Justiça, a fim de que o ideal da família seja obtido nas situações de conflito. Há, de plano, necessidade de especialização. O juiz e os tribunais de família devem possuir um perfil absolutamente diverso das cortes destinadas a dirimir conflitos patrimoniais. Como sabemos, os conflitos sociais e os de família são os mais sensíveis; não se resolvem com um decreto judicial, que somente pode advir como último escolha. Mais do que em qualquer outro campo do processo, os conflitos de família podem compor-se tecnicamente pela sentença, mas com ela não se solucionam. Pelo contrário, com frequência o comando judicial, muitas vezes, agrava um problema sem resolvê-lo. Avulta a importância nesse campo do mediador e da mediação, do juiz conciliador e dos corpos profissionais auxiliares das cortes, pedagogos, psicólogos, sociólogos e assistentes sociais. Toda essa estrutura requer pesados investimentos para dotar os organismos de eficiência, o que infreqüentemente é atendido pelo Estado. Não apenas os órgãos do Estado devem ser vocacionados para os conflitos de família, mas também do advogado é exigido perfil nesse árduo campo. O tradicional papel do advogado litigante cede lugar ao do advogado conciliador e negociador, o qual juntamente com o juiz conciliador aponta ao interessado o modo mais conveniente para obter a solução do conflito que o aflige.

“O advogado, nesse caso, deve esforçar-se para fazer entender a quem se enfrenta por ocasião de um conflito familiar, que muito mais eficaz será o que as partes concordam

Deve sempre ser lembrado pelo juiz e pelo advogado, bem como pelo membro do Ministério Público, que toda sentença decorrente de um conflito de família é parte de um trágico drama. Deve ser criado um amplo espaço de atuação para os mediadores e conciliadores.

Por outro lado, nenhum outro campo do Direito exige mais do jurista, do legislador, do juiz, do Ministério Público e do advogado uma mentalidade aberta e um perfil próprio, suscetíveis para absorver prontamente as modificações e pulsações sociais que os rodeiam. Quem não acompanha a evolução social certamente se conduzirá em desarmonia com as necessidades de seu tempo. A jurisprudência deve dar pronta e apropriada resposta aos anseios da sociedade. Exige-se do operador do Direito que seja pleno conhecedor da sociedade e do meio em que vive. Neste Brasil, não há como dirimir o conflito familiar da mesma natureza com idênticas soluções no meio rural e no meio urbano, na região norte e na região sul, nas pequenas e nas grandes comunidades etc. As questões de família abrem palco para o advogado e o juiz conciliador e mediador.

Do mesmo modo, as facilidades de comunicação geram atualmente problemas de difícil solução, que implicam utilização de normas externas e de cooperação internacional, situação que ainda é absolutamente anacrônica sob o sofisma de uma hoje discutível soberania e não acompanha os avanços tecnológicos. Depender de uma carta rogatória, com a série de entraves burocráticos que ela apresenta, para obter uma medida de urgência é a própria negação da Justiça. O direito internacional de família é um desafio para este milênio. Há necessidade de métodos mais realistas e menos abstratos. Tratados e acordos bilaterais já existentes ainda não alteraram o quadro pessimista. As codificações nacionais estão ainda distantes de uma harmonização.

Como relatamos, trata-se do campo do direito mais bafejado e influenciado por ideias morais e religiosas. Os chamados direitos de família constituem na verdade um complexo de direitos e deveres, como o pátrio poder ou poder familiar. O direito de família está centrado nos deveres, enquanto nos demais campos do direito de índole patrimonial o centro orientador reside nos direitos, ainda que também orientados pelo cunho social, como a propriedade.

Por conseguinte, o papel da vontade é mais restrito, pois quase todas as normas de família são imperativas. Com frequência, a vontade limita-se à mera expressão de um consentimento, sem condição ou termo, com todas as consequências dessa manifestação expressas em lei, como acontece no casamento, na adoção e no reconhecimento de filiação.

Como outro corolário, os direitos de família puros, regulados por norma cogente, são irrenunciáveis, como o direito a alimentos. Nos alimentos, a transação se limitará a seu valor.

No mesmo diapasão, como veremos, os direitos derivados do estado de família são imprescritíveis. Assim, não prescrevem os direitos de pleitear alimentos e de pedir o reconhecimento de filiação, por exemplo.

O direito de família disciplina a relação básica entre os cônjuges, se casados, ou entre companheiros, na ausência de núpcias. A sociedade conjugal tem proteção do Estado com ou sem casamento, nos termos de nossa Constituição de 1988. Essas relações absorvem vários aspectos pessoais e patrimoniais. Delas decorrem também os direitos relativos à filiação e ao parentesco direto (membros de um mesmo tronco), ou por afinidade (relação do cônjuge com os parentes do outro cônjuge). Como modalidade de filiação, a adoção sofreu no curso de nossa história legislativa lenta, mas gradual, evolução. Além dessa regulamentação direta, a lei também se preocupa com normas de caráter protetivo da família, bem como previdenciárias, estas de direito público.

Outra característica presente dos direitos de família, quando examinados sob o prisma individual e subjetivo, é sua natureza personalíssima. Esses direitos são, em sua maioria, intransferíveis, intransmissíveis por herança e irrenunciáveis. Aderem indelevelmente à personalidade da pessoa em virtude de sua posição na família durante toda a vida. Desse modo, o pátrio poder ou poder familiar e o estado de filiação são irrenunciáveis: ninguém pode ceder o direito de pedir alimentos, ninguém pode renunciar ao direito de pleitear o estado de filiação.

1.6 DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL. CONSTITUIÇÃO DE 1988

Os Códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época. Os filhos submetiam-se à autoridade paterna, como futuros continuadores da família, em uma situação muito próxima da família romana.

O Estado, não sem muita resistência, absorve da Igreja a regulamentação da família e do casamento, no momento em que esta não mais interfere na direção daquele. No entanto, pela forte influência religiosa e como consequência da moral da época, o Estado não se afasta muito dos cânones, assimilando-os nas legislações com maior ou menor âmbito. Manteve-se a indissolubilidade do vínculo do casamento e a *capitis deminutio*, incapacidade relativa, da mulher, bem como a distinção legal de filiação legítima e ilegítima.

No direito brasileiro, a partir da metade do século XX, paulatinamente, o legislador foi vencendo barreiras e resistências, atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição de 1988, que não mais distingue a origem da filiação, equiparando os direitos dos filhos, nem mais considera a preponderância do varão na sociedade conjugal. A Lei nº 4.121, de 27-8-62, Estatuto da Mulher Casada, que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, inaugura entre nós a era da igualdade entre os cônjuges, sem que, naquele momento, a organização familiar deixasse de ser

preponderantemente patriarcal, pois muitas prerrogativas ainda foram mantidas com o varão.

A batalha legislativa foi árdua, principalmente no tocante à emenda constitucional que aprovou o divórcio. O atual estágio legislativo teve que suplantar barreiras de natureza ideológica, sociológica, política, religiosa e econômica. Muito ainda, sem dúvida, será feito em matéria de atualização no campo da família. Nessa ebulição social, mostrava-se custosa uma codificação, tanto que o Projeto de 1975 que redundou no Código Civil de 2002 dormitou por muitos anos no Congresso.

A Emenda Constitucional nº 66/2010 finalmente extinguiu o sistema de separação judicial prévia, restando somente o divórcio em nosso ordenamento para desfazimento da sociedade conjugal.

Novos temas estão hoje a desafiar o legislador, como as várias modalidades de famílias, as inseminações e fertilizações artificiais, os úteros de aluguel, as cirurgias de mudança de sexo, os relacionamentos afetivos entre pessoas do mesmo sexo, a clonagem de células e de pessoas etc. A ciência evolui com rapidez e por saltos e hoje se esperam respostas mais rápidas do Direito, o que não ocorria no passado, quando as alterações eram quase exclusivamente de ordem sociológica, e, portanto, gradativas. Nesse avanço tecnológico e jurídico, o legislador pátrio promulgou, por exemplo, a Lei nº 9.263, de 12-1-96, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição, que trata do planejamento familiar, entendendo como tal

“o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal” (art. 1º).²

Essa norma complementa a disposição constitucional pela qual cabe à pessoa natural a livre decisão sobre planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, cabendo ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para operacionalizar a norma, estando proibida qualquer atividade coercitiva de instituições oficiais ou privadas. Essa posição legislativa seria inimaginável apenas algumas décadas passadas, quando ainda era ponderável a pressão de alguns setores da Igreja. Nesse mesmo sentido, o art. 1.513 do presente Código Civil estatui que *“é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”*.

A Constituição de 1988 consagra a proteção à família no art. 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento, como a união de fato, a família natural e a família adotiva. De há muito, o país sentia necessidade de reconhecimento da célula familiar independentemente da existência de matrimônio:

“A família à margem do casamento é uma formação social merecedora de tutela constitucional porque apresenta as condições de sentimento da personalidade de seus

membros e à execução da tarefa de educação dos filhos. As formas de vida familiar à margem dos quadros legais revelam não ser essencial o nexo família-matrimônio: a família não se funda necessariamente no casamento, o que significa que casamento e família são para a Constituição realidades distintas. A Constituição apreende a família por seu aspecto social (família sociológica). E do ponto de vista sociológico inexistente um conceito unitário de família” (Francisco José Ferreira Muniz. In: Teixeira, 1993:77).

Por outro lado, além da igualdade dos filhos, a igualdade de tratamento constitucional do marido e da mulher é elevada à condição de princípio normativo fundamental no direito de família.

José Sebastião de Oliveira (2002:273) apresenta rol de princípios constitucionais do direito de família na atual Constituição Federal, advertindo que não é exaustivo, pois outros podem ser inferidos de princípios gerais ou implícitos:

“proteção de todas as espécies de família (art. 226, caput); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, caput, I, e art. 226, 5º); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º); assistência do estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º); respeito recíproco entre pais e filhos; enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF)”.

Ressaltemos, por fim, a grande influência do direito de família sobre outros campos do direito privado e público, mormente no que toca à estrutura dos graus de parentesco e ao vínculo conjugal e da união estável.

Como observamos, o Código Civil de 1916 de há muito já não retratava o panorama atual da família, derogado em grande parte por inúmeras leis complementares, que dificultavam sobremaneira o estudo sistemático da matéria.

De qualquer modo, para fins didáticos, é conveniente observar, por ora, tanto quanto possível a ordem de fenômenos tratada por nosso projecto estatuto. Nesta obra, procuramos sempre estabelecer um paradigma de comparação do mais recente Código com o direito anterior, que por muito tempo ainda vai deixar reflexos.

O Código de 1916 disciplinava o direito de família no Livro I, Parte Especial. Não era a melhor colocação didática e técnica, pois a matéria deveria ser estudada não somente após a parte geral, mas sim depois de conhecidos os princípios dos direitos reais e das obrigações, que antecede o direito das sucessões. O direito de família pressupõe o conhecimento dessas outras áreas. Essa, aliás, a ordem lógica de estudo do Direito Civil para os iniciantes na ciência jurídica, adotada pelo Código de 2002 e pela maioria das codificações mais recentes. O Código de 1916 versava sobre três grandes temas: a primeira parte regulava o casamento, a segunda, as relações de parentesco, e a terceira, os denominados direitos protetivos (tutela, curatela e ausência). Essa mesma estrutura, com inúmeras inovações, é mantida pelo atual Código Civil.

Lembre-se, por último, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13-7-90). A proteção à criança é questão preocupante para todos os povos. A ONU já aprovara em 1959 a “Declaração Universal dos Direitos da Criança”, visando à conscientização global. Esse organismo internacional aprovou em 1989 a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, ratificada pelo Brasil em 1990.

Nossa Constituição de 1988 dispunha, no art. 227, sob a forma de norma programática, proteção à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente veio regulamentar com minúcias esse dispositivo constitucional, no âmbito de proteção e assistência, substituindo a lei anterior (Código de Menores, Lei nº 6.697/79). A mais recente lei representou uma mudança de filosofia com relação ao menor. Desaparece a conceituação do “*menor infrator*”, substituída pela ideia de “*proteção integral à criança e ao adolescente*”, presente em seu art. 1º. Esse diploma, em 267 artigos, regula extensivamente a problemática assistencial social e jurídica do menor, inclusive vários institutos originalmente tratados exclusivamente pelo Código Civil, como a perda e suspensão do pátrio poder, tutela e adoção, que serão aqui examinados.

1.7 ESTADO DE FAMÍLIA

No Direito Romano, o *status familiae* (o estado familiar), ao lado do *status civitatis* e *status libertatis* (estado de cidadania e estado de liberdade), era importante para estabelecer direitos e obrigações. *Sui iuris* era o *pater familias*, o que não possuía ascendentes masculinos e estava livre do pátrio poder. *Alieni iuris* eram todas as demais pessoas sujeitas ao poder do *pater* que não tinham direitos próprios nem podiam adquiri-los. Nesse mesmo conceito clássico, entende-se como estado das pessoas o conjunto de qualidades que a lei leva em consideração para atribuir-lhes efeitos jurídicos. Estado de família é a posição e a qualidade que a pessoa ocupa na entidade familiar. No direito civil, portanto, o Estado considera a pessoa em si mesma e com relação à família. Disso decorre a definição do maior capaz, menor incapaz, casado, solteiro etc. Sob aspecto genérico, a profissão também pode ser considerada um atributo do Estado.

O estado de família é um dos atributos da personalidade das pessoas naturais. É atributo

personalíssimo. É conferido pelo vínculo que une uma pessoa às outras: casado, solteiro. Também pode ser considerado sob o aspecto negativo: ausência de vínculo conjugal, familiar, filho de pais desconhecidos.

Esses vínculos jurídicos familiares são de duas ordens: vínculo conjugal, que une a pessoa com quem se casou, e vínculo de parentesco, que a une com as pessoas de quem descende (parentesco em linha reta), com as que descendem de um ancestral comum (parentesco colateral), com os parentes do outro cônjuge (parentesco por afinidade), além de com o parentesco adotivo. Desse estado de família decorrem deveres e direitos disciplinados pelo direito de família com reflexos em todos os campos jurídicos (processual, penal, tributário, previdenciário etc.).

O estado de família apresenta características distintas que se traduzem em:

1. *intransmissibilidade*: esse *status* não se transfere por ato jurídico, nem entre vivos nem por causa da morte. É personalíssimo, porque depende da situação subjetiva da pessoa com relação à outra. Como consequência da intransmissibilidade, o estado de família também é intransigível;
2. *irrenunciabilidade*: ninguém pode despojar-se por vontade própria de seu estado. O estado de filho ou de pai depende exclusivamente da posição familiar. Ninguém pode renunciar ao pátrio poder, agora denominado poder familiar, por exemplo;
3. *imprescritibilidade*: o estado de família, por sua natureza, é imprescritível, como decorrência de seu caráter personalíssimo. Não se pode adquirir por usucapião, nem se perde pela prescrição extintiva;
4. *universalidade*: é universal porque compreende todas as relações jurídico--familiares;
5. *indivisibilidade*: o estado de família é indivisível, de modo que será sempre o mesmo perante a família e a sociedade. Não se admite, portanto, que uma pessoa seja considerada casada para determinadas relações e solteira para outras;
6. *correlatividade*: o estado de família é recíproco, porque se integra por vínculos entre pessoas que se relacionam. Desse modo, ao estado de marido antepõe-se o de esposa; ao de filho, o de pai, e assim por diante;
7. *oponibilidade*: é oponível pela pessoa perante todas as outras. O casado assim é considerado perante toda a sociedade.

A definição de estado de família tem grande importância, principalmente para estabelecer a capacidade e os vícios do casamento.

Como regra geral, prova-se o estado de família com o título formal do registro público, oponível *erga omnes*. Contudo, pode ser provado por outros meios, na falta de título hábil, inclusive por ação judicial. Tem importância no aspecto probatório a posse de estado de família. Tal é o caso de alguém que se diz filho, mas não possui título. Nesse caso, dizemos que há posse de estado, que

poderá ter reflexos em vários aspectos das relações jurídicas familiares, mormente a posse de estado de casado, como trataremos neste volume. A união estável é uma situação de fato e admite prova por todos os meios permitidos.

1.7.1 Ações de Estado

As denominadas ações de Estado são aquelas nas quais a pretensão é de obtenção de um pronunciamento judicial sobre o estado de família de uma pessoa. Podem ser positivas, para se obter um estado de família diverso do atual, ou negativas, para excluir determinado estado. Por exemplo, as ações de investigação de paternidade e negatória de filiação. Desse modo, as ações de estado são todas as que buscam proteger o estado de família de forma positiva ou negativa. Podem controverter a relação filial, conjugal ou de parentesco em geral. A denominada família socioafetiva ganha corpo nessa área e nunca mais poderá ser descartada.

As ações de Estado puras não se confundem com as que visam ao exercício do estado de família. A ação de alimentos, por exemplo, exercita o direito do estado de filiação ou conjugal, mas não é uma ação de estado. Assim também as ações de guarda e regulamentação de visitas de filhos. Também não são ações de estado as de mera retificação do registro civil.

Decorrentes do estado de família, essas ações de estado guardam as mesmas características de intransmissibilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, sendo também personalíssimas.

¹ Sobre o tema: VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Mudança de sexo*: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos. São Paulo: Santos, 1996. Atualmente já existe vasta bibliografia sobre a matéria.

² “Apelação / Reexame necessário – Pedido de realização de cirurgia – Vasectomia – Pedido de liminar indeferido – Sentença de procedência – O planejamento familiar é livre decisão do casal – § 7º do art. 226 da CRFB/88 – Presença das condições previstas no art. 10, I, da Lei 9.236/96 – Astreintes – Fixação de ‘astreintes’ com intuito de ser cumprida a obrigação o mais breve possível, nos termos do art. 461, § 4º, do Código de Processo Civil. Cabimento – Honorários Advocatícios fixados em 10% do valor da causa, montante razoável, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, para a digna remuneração do trabalho profissional desenvolvido pelo patrono da apelada, e não devem ser reduzidos – Recursos voluntários e reexame necessário não providos (TJSP – Ap 0002223-77.2012.8.26.0236, 18-4-2016, Rel. Antonio Celso Faria).

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL

2.1 INTRODUÇÃO. JUSTIFICAÇÃO DO PRESENTE TÍTULO

O legislador do Código Civil de 1916 ignorou a família ilegítima, aquela constituída sem casamento, fazendo apenas raras menções ao então chamado concubinato unicamente no propósito de proteger a família legítima, nunca reconhecendo direitos à união de fato. O estágio social da época impedia o legislador de reconhecer que a grande maioria das famílias brasileiras era unida sem o vínculo do casamento. O estudioso tradicional de nosso direito de família no passado sempre evitou tratar do casamento ao lado da união concubinária. Muitos foram os que entenderam, até as últimas décadas, que a união sem casamento era fenômeno estranho ao direito de família, gerando apenas efeitos obrigacionais. O grande Pontes de Miranda (1971, v. 7:211) chegou a afirmar textualmente:

“O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de direito de família. A maternidade e a paternidade ilegítimas o são. Isso não quer dizer que o direito de família e outros ramos do direito civil não se interessem pelo fato de existir, socialmente, o concubinato.”

Washington de Barros Monteiro sempre declinou sua posição de repulsa à proteção legislativa do concubinato, reafirmando o que com candor prelecionava, em suas saudosas aulas, nas tradicionais Arcadas, que a indulgência com as uniões ilegítimas concorria indiretamente para a desagregação da família legítima. Concluiu, porém, Monteiro (1996:19):

“inegável, todavia, a generalização do fato social, que terminou por ser reconhecida juridicamente, embora sem definição precisa dos deveres correspondentes aos direitos introduzidos”.

Sílvio Rodrigues, outro renomado mestre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, contemporâneo de Barros Monteiro, sempre se mostrara mais indulgente com o fenômeno da união livre, quiçá por sua diuturna prática de advocacia nesse campo. Ao comentar o dispositivo do art. 226, § 3º, da Constituição de 1988, observa Rodrigues (1999:268):

“a despeito da indiferença do legislador no passado, a família constituída fora do casamento de há muito constituía uma realidade inescandível”.

Pois com a dicção constitucional de 1988, reconhecendo o Estado a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, e com a legislação ordinária que se seguiu outorgando direito de alimentos e sucessórios aos companheiros (Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96), devem ser superadas as ideias que nortearam parte de nossa dogmatizada doutrina por tantas décadas, ainda ligada às origens culturais de nosso Código Civil. Como recorda Caio Mário da Silva Pereira (1996:44), a Constituição Federal retirou da união estável o aspecto estigmatizante, no momento em que a colocou sob “*proteção do Estado*”.

Se, por um lado, o casamento ainda guarda posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio, não é menos verdadeiro que a entidade familiar sem casamento goza do beneplácito da sociedade e de proteção constitucional, o que enseja o estudo paralelo que o título deste capítulo sugere.

Recorde-se ainda de que o legislador constitucional, traduzindo um quadro social cada vez mais frequente, foi mais além ao reconhecer também sob proteção do Estado a chamada família monoparental no § 4º do art. 226, qual seja a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Código de 2002 traça dispositivos que visam regular a entidade familiar sem matrimônio, tanto no direito de família, como no direito das sucessões, nem sempre com a eficiência necessária, tanto que já se acenava com modificações nesse campo, durante o período de *vacatio legis*. É o que sugeriu o Projeto nº 6.960/2002, e certamente outros que se seguirão. Não é o melhor dos mundos do Direito para nós, mas é o que os nossos legisladores conseguiram até aqui no universo jurídico pátrio.

O Projeto do Estatuto das famílias (nº 2.285/2007) organizado pelo IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, faz o que o atual Código Civil nem mesmo tentou, isto é, disciplina em capítulos apropriados e bem colocados o reconhecimento da união estável e da união homoafetiva e a dissolução da entidade familiar, incluindo a dissolução dessas duas formas de união.

É fato que a entidade familiar contemporânea pode tomar as mais variadas formas e matizes, desde a união sob matrimônio do homem e da mulher sem filhos, até a convivência sem casamento com filhos biológicos e não biológicos, passando por todas as situações intermediárias, com ou sem impedimento de casamento como as uniões homoafetivas. Esse quadro social é um desafio enorme para o sociólogo, o antropólogo, o legislador, o jurista, o aplicador do Direito em geral, em especial os magistrados.

2.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS

As sociedades primitivas tinham como preocupação básica a satisfação das necessidades primárias. Com meios técnicos rudimentares para enfrentar os rigores da natureza, o problema central do homem primitivo era prover sua própria subsistência. O homem e a mulher dividiam as

tarefas, por isso o indivíduo solteiro era uma calamidade para a sociedade dessa época (Mizrahi, 1998:23). Para os povos primitivos, o solteiro é uma raridade. Aponta Engels (1997), em sua obra sobre a origem da família, que nas sociedades primitivas não existe propriamente uma relação conjugal individualizada, mas relações familiares grupais promíscuas. A família é entidade sociológica que independe do tempo e do espaço.

Embora seja importante a estrutura histórica da família nas civilizações mais antigas, como a egípcia, a assíria e a hebraica, nosso estudo jurídico deve partir necessariamente do casamento romano, tendo em vista a origem de nosso Direito Civil. Como apontamos anteriormente, a família romana não era necessariamente unida pelo vínculo de sangue, mas pela identidade de culto. Era um grupo numeroso formado por um ramo principal e ramo secundário, este formado por serviçais e clientes que conservavam sua unidade baseada na religião comum. Essa união religiosa se mantinha ao largo de muitas gerações. Nem a morte separava seus membros, pois cultuavam os mortos em sepulcros próximos aos lares, como parte integrante deles. O *pater* exercia a chefia da família como orientador maior do culto dos deuses Lares, acumulando as funções de sacerdote, legislador, juiz e proprietário. Dele era o *jus puniendi* com relação aos integrantes da família.

A mulher romana apenas participava do culto do pai ou do marido, porque a descendência era fixada pela linha masculina. Durante a infância e a puberdade, era subordinada ao pai; após o casamento, ao marido. O pai tinha o direito de lhe designar um tutor ou marido para após sua morte. A viúva subordinava-se aos filhos e, na ausência destes, aos parentes próximos do marido falecido.

Nesse cenário, o matrimônio solene era o laço sagrado por excelência. Nessa modalidade de casamento, a *confarreatio* era uma cerimônia religiosa e levava essa denominação porque uma torta de cevada era dividida entre os esposos como símbolo da vida comum que se iniciava. Daí a origem do bolo de noiva.

Além do casamento religioso, também era conhecida a *coemptio*. Essa forma de união do casal era uma modalidade da *mancipatio*, negócio jurídico formal utilizado para vasto número de negócios, a começar pela compra e venda (ver nosso *Direito civil: parte geral*, seção 17.3). Consistia em uma venda da mulher por quem exercia o pátrio poder. Essa alienação era real a princípio, passando a ser ficta posteriormente. Por fim, outra possibilidade de união era o *usus*, pelo qual a mulher se submetia ao poder do marido decorrido um ano de convivência. Como os eventuais vícios de uma *mancipatio* em uma compra e venda podiam ser supridos pelo usucapião, os eventuais vícios da *coemptio* e até mesmo a falta dela poderiam ser supridos pelo *usus*, ou seja, a vida comum ininterrupta por um ano (Arangio-Ruiz, 1973:488). Esses matrimônios denominados *cum manum* faziam com que a mulher perdesse toda relação e parentesco da família do pai, submetendo-se à família do marido, inclusive seu culto.

Posteriormente, para assegurar herança que proviesse da família originária à mulher, buscou-se uma modalidade de convivência que não produzisse o efeito *cum manum*. Para isso, evitava-se a

coemptio e impedia-se que o *usus* se completasse. A Lei das XII Tábuas dispunha que para isso a mulher poderia ausentar-se do lar conjugal por três noites consecutivas em cada ano (*usurpatio trinoctii*). Em seguida, a lei reconhece o casamento *sine manu*, sem qualquer outra exigência, nem mesmo de convivência. Essa modalidade de casamento, que desonera a mulher dos vínculos estreitos com a família do marido, passa a ocupar lugar predominante nos matrimônios a partir do período da República. Na época clássica, os casamentos *cum manum* passam a ser excepcionais, abolindo-se definitivamente o *usus*. A *confarreatio* ficou limitada a um reduzido número de pessoas, pois os aspirantes a altos cargos sacerdotais deveriam provir por nascimento dessa modalidade de casamento.

Tendo em vista as origens históricas e os largos efeitos do *usus*, o casamento romano tem sido comparado com a posse e seus efeitos, pois ambos os institutos possuem a noção de aquisição por decurso de tempo. No entanto, de há muito foi agregada aos requisitos do casamento a *affectio maritalis*, que o distingue da simples posse. A natureza do vínculo do casamento romano desgarrado do sentido religioso original o aproxima do concubinato. Somente o Cristianismo transforma essa noção, ao considerar o matrimônio um sacramento.

O casamento romano incentivava a prole, impondo perdas patrimoniais aos solteiros e aos casados sem filhos. Desse modo, o Direito não era contrário às segundas núpcias.

2.3 CASAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO. CONCEITO

Inúmeras são as definições de casamento, instituto que permite divagações históricas, políticas e sociológicas. Não há, por consequência, uniformidade nas legislações e na doutrina. O Direito Romano legou-nos duas definições clássicas. Segundo Modestino, jurista do período clássico: “*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, comnsortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”¹ (*Digesto*, 23, II, fr. I). Essa definição destaca o caráter religioso e a perenidade da união. Nas Institutas, está presente a definição mais recente, da época de Justiniano, que foi adotada pela Igreja: “*nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuum vitae consuetudinem continens*” (Livro I, t. IX, § 1º). Nessa época, desaparece a alusão à divindade, bem como à perenidade do vínculo. Essas definições levavam mais em consideração a relação jurídica do que propriamente a celebração.

Guillermo Borda (1993:45) definiu o casamento de forma lapidar: “*é a união do homem e da mulher para o estabelecimento de uma plena comunidade de vida*”. Outros preferem definição mais descritiva. Washington de Barros Monteiro (1996:12) conceitua o matrimônio como sendo “*a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos*”. Sílvio Rodrigues (1999:18), declarando já sua preferência pela natureza jurídica do fenômeno, com base na lei e na palavra de Modestino, define:

“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 mútua assistência”.

Evidentemente, a conceituação de casamento não pode ser imutável. No passado, por exemplo, quando inexistente o divórcio entre nós, cabível nas definições a referência à indissolubilidade do vínculo. Destarte, a noção de casamento não pode ser imutável, como sói acontecer com a compreensão de todos os fenômenos sociais que se modificam no tempo e no espaço.

O casamento é o centro do direito de família. Dele irradiam suas normas fundamentais. Sua importância, como negócio jurídico formal, vai desde as formalidades que antecedem sua celebração, passando pelo ato material de conclusão até os efeitos do negócio que deságuam nas relações entre os cônjuges, os deveres recíprocos, a criação e assistência material e espiritual recíproca e da prole etc.

2.3.1 Natureza Jurídica do Casamento

A natureza jurídica do casamento é dos temas nos quais medram tradicionalmente muitas opiniões doutrinárias.

Para o Direito Canônico, o casamento é um sacramento e também um contrato natural, decorrente da natureza humana. Os direitos e deveres que dele derivam estão fixados na natureza e não podem ser alterados nem pelas partes nem pela autoridade, sendo perpétuo e indissolúvel.

Quando surgiu o casamento de Direito Civil, as opiniões sustentaram o caráter contratualista dessa relação. Continuam vivas as opiniões que ora propendem pelo contrato ora afirmam que o casamento é uma instituição. A teoria da instituição teve desenvolvimento na França a partir do início do século XX (Belluscio, 1987:145).

A união do homem e da mulher preexiste à noção jurídica. O casamento amolda-se à noção de negócio jurídico bilateral, na teoria geral dos atos jurídicos. Possui as características de um acordo de vontades que busca efeitos jurídicos. Desse modo, por extensão, o conceito de negócio jurídico bilateral de direito de família é uma especificação do conceito contrato. Nesse sentido, com propriedade, Sílvio Rodrigues (1999:19) o conceitua como *contrato de direito de família*. Não resta dúvida de que a celebração, conclusão material do negócio jurídico familiar, tem essa natureza. Se visto o casamento, porém, como um todo extrínseco sob o ponto de vista da vida em comum, direitos e deveres dos cônjuges, assistência recíproca, educação da prole, ressaltamos o aspecto institucional, que é muito mais sociológico do que jurídico. O casamento faz com que os cônjuges adiram a uma estrutura jurídica cogente predisposta. Nesse sentido apresenta-se a conceituação institucional. Trata-se, pois, de negócio complexo, com características de negócio jurídico e de instituição. Simples conceituação como contrato reduz por demais sua compreensão. Eduardo dos

Santos (1999:135), citando Cimbali, anota que o matrimônio é um

“contrato sui generis de caráter pessoal e social: sendo embora um contrato, o casamento é uma instituição ético-social, que realiza a reprodução e a educação da espécie humana”.

O que confere a um ato a natureza contratual não é a determinação de seu conteúdo pelas partes, mas sua formação por manifestação de vontade livre e espontânea. Orlando Gomes (1983:48) conclui que o casamento é, porém, um contrato com feição especial,

“a que não se aplicam as disposições legais dos negócios de direito patrimonial que dizem respeito: (a) à capacidade dos contraentes; (b) aos vícios de consentimento; (c) aos efeitos”.

Em uma síntese das doutrinas, pode-se afirmar que o casamento-ato é um negócio jurídico; o casamento-estado é uma instituição.

2.3.2 Características do Casamento. Finalidades. Pressupostos

O casamento, negócio jurídico que dá margem à família legítima, expressão atualmente, aliás rejeitada, é ato *pessoal* e *solene*. É pessoal, pois cabe unicamente aos nubentes manifestar sua vontade, embora se admita casamento por procuração. Não é admitido, como ainda em muitas sociedades, que os pais escolham os noivos e obriguem o casamento. Ato sob essa óptica, no direito brasileiro, padece de vício. Tratando-se igualmente de negócio puro e simples, não admite termo ou condição.

Trata-se, também, ao lado do testamento, do ato mais solene do direito brasileiro e assim é na maioria das legislações. A lei o reveste de uma série de formalidades perante autoridade do Estado que são de sua própria essência para garantir a publicidade, outorgando com isso garantia de validade ao ato. A solenidade inicia-se com os editais, desenvolve-se na própria cerimônia de realização e prossegue em sua inscrição no registro público.

Como examinamos, durante muitos séculos foi considerado ato de natureza religiosa e privativo da Igreja. No mundo ocidental, o papel da Igreja Católica foi fundamental nessa questão. A liberdade de crença e a multiplicidade de cultos prepararam terreno para a secularização do matrimônio. Hoje, embora ainda existam países de religião oficial na qual tem proeminência o conteúdo religioso, entre nós é negócio eminentemente *civil*.

Sob o prisma do direito, o casamento estabelece um vínculo jurídico entre o homem e a mulher, objetivando uma convivência de auxílio e de integração físico-psíquica, além da criação e amparo da prole. Há um sentido ético e moral no casamento, quando não metafísico, que extrapola posições que

veem nele, de forma piegas, mera regularização de relações sexuais. Outra sua característica fundamental é a *diversidade de sexos*. Não há casamento senão na união de duas pessoas de sexo oposto. Cuida-se de elemento natural do matrimônio. A sociedade de duas pessoas do mesmo sexo não forma uma união de direito de família; se direitos gerar, serão do campo obrigacional.² Ainda que se defenda mais recentemente a proteção à relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, a relação homoafetiva, qualquer legislação nesse sentido deve alterar o preceito constitucional, o qual, tanto para o casamento, como para a união estável, estabelece a diversidade de sexos (art. 226, § 3º). De qualquer modo, tudo é no sentido de que haverá um momento histórico no futuro no qual essa modalidade de relacionamento receberá um tratamento legislativo.

Durante muito tempo, o vínculo do casamento foi indissolúvel por princípio constitucional em nosso sistema, até que a legislação admitisse o divórcio. A Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-1977, aboliu o *princípio da indissolubilidade* do matrimônio ensejando a promulgação da Lei nº 6.515, de 26-12-1977, que regulamentou o divórcio. Na atualidade, no mundo ocidental, poucos países são antídorcionistas. A Emenda Constitucional nº 66/2010 extinguiu o último resquício que ainda nos prendia ao sistema passado, abolindo a separação judicial prévia, antecedente ao divórcio.

Quanto às múltiplas finalidades do matrimônio, situam-se mais no plano sociológico do que no jurídico. Conforme estabelecido tradicionalmente pelo Direito Canônico, o casamento tem por finalidade a procriação e educação da prole, bem como a mútua assistência e satisfação sexual, tudo se resumindo na comunhão de vida e de interesses.

Para que exista casamento válido e eficaz é necessário que se reúnam pressupostos de fundo e de forma. A diversidade de sexos é fundamental para sua existência, bem como o consentimento, ou seja, a manifestação da vontade. A ausência desses pressupostos induz a inexistência do ato, cujas consequências são as de nulidade em nosso sistema. Os vícios de consentimento, por aplicação da regra geral, tornam o negócio anulável. Há outros requisitos impostos pela lei cuja desobediência ocasionam sanções menos graves sem anular o ato, como veremos.

A teoria do casamento inexistente surge na França sob fundamento de que não pode haver nulidade de casamento sem expressa menção legal. Por essa razão, analisamos o plano da inexistência, anterior ao plano da validade do negócio jurídico. Tratamos dessa matéria em nosso *Direito civil: parte geral* (seção 28.5). Em matéria de casamento, se levadas em conta unicamente as nulidades textuais, aquelas presentes no texto legal, restariam situações absurdas que não se amoldam à noção primeira e fundamental de matrimônio. Por isso, é apresentada a teoria dos atos inexistentes para justificar a ineficácia absoluta dos atos a que faltem requisitos elementares a sua existência. É o que sucede na união de pessoas do mesmo sexo, no casamento no qual falta a manifestação de vontade e perante a ausência de autoridade celebrante. Tais atos são um nada jurídico e, portanto, não devem produzir efeitos. Como, todavia, podem restar efeitos materiais, a teoria das nulidades amolda-se perfeitamente a suas consequências. No entanto, no tocante à inexistência do casamento, há particularidades que estudaremos ao tratar do casamento nulo e anulável.

Outras aptidões de direito e de fato relativas aos nubentes são declinadas pela lei, a qual também reveste o ato do casamento de um rol de solenidades prévias intrínsecas e extrínsecas para garantia de sua validade e eficácia. De outro lado, o sistema de nulidades no campo matrimonial apresenta aplicação específica, modificado em relação ao sistema aplicável às nulidades dos negócios jurídicos em geral.

Cumprе lembrar, como mencionamos, que não faltam tentativas para regulamentar a união entre pessoas do mesmo sexo. Há projeto nesse sentido, que se refere à *parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo*. Há também exemplos na legislação internacional. Existe jurisprudência inovadora entre nós a esse respeito, outorgando amplos efeitos às uniões duradouras entre pessoas do mesmo sexo. Não cabe aqui adentrarmos em divagações sociológicas, psicológicas ou biológicas sobre o tema. De qualquer modo, encarado como um fato social, qualquer que seja o sentido dessas relações de *lege ferenda*, ou seja, seu valor axiológico, seu nível jurídico nunca poderá ser o de matrimônio, ainda que alguns de seus efeitos secundários sejam conferidos, como, por exemplo, o direito à herança, a benefícios previdenciários, a planos de saúde, devendo a relação ficar acentuadamente no plano do direito das obrigações, fora do sublime e histórico conceito de família e casamento.³

2.3.3 Casamento Civil e Religioso

Nosso direito anterior, na época do Império, apenas conhecia o casamento católico, por ser essa religião a oficial do Estado. Com a presença crescente da imigração e de pessoas que professavam religiões diversas, instituiu-se, ao lado do casamento eclesiástico, o de natureza civil, permitindo a união de casais de seitas dissidentes, por lei de 1861. A partir de então, passou-se a permitir, além do casamento religioso católico oficial do Estado, o casamento misto, entre católicos e não católicos, realizado também sob disciplina canônica, e o casamento de pessoas de outras religiões, em obediência às respectivas seitas.

Apenas no período republicano é introduzido o casamento civil obrigatório, pelo Decreto nº 181, de 24-1-1890, como consequência da separação da Igreja do Estado, situação consolidada pela promulgação do Código Civil. Houve dificuldade de assimilação do sistema pelo clero e pela população de maioria católica na época. Com isso, generalizou-se no país o costume do duplo casamento, civil e religioso, que persiste até hoje.

O legislador buscou modificar a situação, procurando atribuir efeitos civis ao casamento religioso, conforme a Constituição de 1934. A Constituição de 1988 também trata da questão (art. 226, § 2º). A Lei nº 1.110/50 disciplina que o casamento religioso equivale ao civil quando os consortes promoverem o devido processo de habilitação perante o oficial de registro, na forma da lei civil. Ultimado o casamento religioso, sua inscrição poderá ser efetivada. O legislador foi mais além, contudo, ao permitir que a habilitação ocorra posteriormente ao casamento religioso, com a

apresentação dos documentos legalmente exigidos, sem a prévia habilitação civil.

“Válido o matrimônio oficiado por ministro de confissão religiosa reconhecida (católico, protestante, muçulmano, israelita). Não se admite, todavia, o que se realiza em terreiro de macumba, centros de baixo espiritismo, seitas umbandistas, ou outras formas de credences populares, que não tragam a configuração de seita religiosa reconhecida como tal” (Pereira, 1996:42).

Essas modalidades não caíram na preferência de nosso povo, cujo costume de duplo casamento mostra-se enraizado e persistente.

Washington de Barros Monteiro sintetiza os quatro sistemas na legislação mundial na atualidade: (a) países nos quais apenas o casamento civil é válido, ressalvada a possibilidade de realização do casamento religioso, como ocorre no Brasil e em quase todos os países latino-americanos; (b) países que permitem a escolha entre o casamento civil e o religioso, ambos com o mesmo valor legal, como ocorre nos Estados Unidos; (c) países que mantêm a proeminência do casamento religioso, na religião oficial do Estado, facultando às pessoas de outras religiões o casamento civil (Espanha e países escandinavos); e (d) países nos quais persiste apenas o casamento religioso, como Líbano e Grécia. A tendência universal, contudo, é da secularização do matrimônio conforme o primeiro sistema.

Mantendo a mesma ideia e seguindo a trilha já apontada, o Código de 2002 estabelece no art. 1.515 a validade do casamento religioso que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equiparando-se a este, desde que registrado, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração. Nem por isso há que se imaginar que nossa sociedade passe a adotar com mais frequência esse procedimento.

2.3.4 Esponsais: Promessa de Casamento

Denominamos sponsais o compromisso matrimonial contraído por um homem ou uma mulher, geralmente entendido como noivado. Trata-se, na realidade, de promessa de contratar. O termo provém de *sponsalia*, do Direito Romano, relativo à promessa que o *sponsor* (promitente, esposo) fazia à *sponsa* (esposa, prometida). No Direito Romano os sponsais eram um momento necessário para a formação do casamento. Trata-se, em síntese, da promessa de casamento, de um negócio preliminar. O negócio jurídico do casamento somente é concluído no momento da celebração. Até lá, existe mera promessa. Importa saber seus respectivos efeitos jurídicos. O Código Civil brasileiro anterior e o de 2002 não trataram expressamente da questão, o que não significa que a matéria seja estranha ao nosso Direito, pois não há proibição expressa, como ocorre em outras legislações. O Direito Canônico sempre atribuiu relevância aos sponsais, mostrando-se zeloso para o fiel

cumprimento do compromisso nupcial. No direito pré-codificado, os sponsais tinham a natureza contratual cujo inadimplemento gerava possibilidade de indenização.

O Código Civil de 1916 cuidara lateralmente da questão no art. 1.548, demonstrando que a situação era conhecida do legislador, quando dispunha que a mulher, agravada em sua honra, podia reclamar de seu ofensor um dote correspondente à sua condição e estado, se fora seduzida com promessa de casamento e o agente não desejara ou não pudera reparar o mal pelo casamento.⁴

Toda promessa de contratar frustrada gera, em princípio, efeitos na hipótese de inexecução culposa. A quebra da promessa séria de casamento por culpa, aquela em que a noiva ou o noivo fizeram os préstimos e preparativos para o ato e para a futura vida em comum, é fato gerador, sem dúvida, do dever de indenizar com base nos princípios gerais da responsabilidade civil subjetiva, traduzida na regra geral do art. 186. Leve-se em conta, ainda, que a quebra da promessa de casamento pode ocasionar distúrbios psicológicos que deságuam nos danos morais, o que deve ser examinado no caso concreto.

Vimos que o casamento-ato é um negócio jurídico e o casamento-estado é uma instituição. Evidentemente, a promessa de casamento não pertence ao campo obrigacional, não tendo cunho patrimonial. Em se tratando de ato pessoal de direito de família, não é possível a execução específica da promessa de emissão de vontade e adesão à instituição do matrimônio, porque essa ideia conflita com a liberdade individual. O Código português refere-se expressamente a essa proibição. Como tal, a frustração culposa da promessa de concluir esse negócio deve ser indenizada na medida do que dispõe o ordenamento a respeito dos lucros cessantes e dos danos emergentes: o que efetivamente se perdeu e o que razoavelmente se deixou de lucrar (art. 402).

No entanto, a possibilidade de esse inadimplemento gerar indenização por “lucros” cessantes deve ser vista com restrições, pois qualquer conotação de ganho ou vantagem deve ser afastada da noção e compreensão de casamento, o qual assenta suas bases na afetividade. Por outro lado, no cômputo da indenização desse jaez, é forte o conteúdo emocional a possibilitar a indenização por danos morais. A Constituição de 1988 admitiu expressamente a indenização por dano moral (art. 5º, X), no que foi seguida pelo art. 186 do atual Código. O mais dependerá do caso concreto. O nubente que se veja frustrado com o abandono do outro às portas da igreja ou do local da celebração, aquele que responde “não” no momento da cerimônia, o que se casa com outra pessoa na mesma época que fizera a promessa a outrem etc. são situações extremas que inelutavelmente ensejariam uma reparação por danos morais. Afora isso, os préstimos para o casamento, despesas com preparativos, compras de imóvel e pertencas para o futuro lar; abandono de emprego, mudança de domicílio etc. são questões que podem ser computadas no valor dos danos. Não esqueçamos, porém, que estamos no campo da responsabilidade subjetiva. É imperioso provar a culpa ou dolo do noivo ou da noiva que se recusou a ingressar no estado de casado. Situações de caso fortuito e força maior e culpa do outro nubente, em obediência à regra geral, afastam o dever de indenizar. Os tribunais têm-se mostrado rigorosos nesse sentido.⁵ Caberá ao caso concreto definir se houve proposta séria de

casamento e não simples namoro ou relacionamento inconsequente, no qual o casamento fora uma possibilidade distante ou nunca ventilada. O forte conteúdo emocional dessas situações, que pode desencadear um espírito de retaliação por parte do partícipe frustrado, recomenda a máxima cautela do juiz e dos advogados que assistem as partes. A matéria não pode ser tratada com a mesma índole com que se trata a responsabilidade civil em geral.

Tendo em vista a natureza dessa problemática, torna-se conveniente que o Estado, de *lege ferenda*, regulamente os contornos e limites dessa questão, a exemplo de outras legislações. O Código italiano, por exemplo, restringe o alcance dos sponsais, exigindo que haja promessa por escrito, e limita o ressarcimento aos danos ocasionados por gastos e obrigações contraídas dentro de limites razoáveis, segundo a condição das partes. A lei peninsular também permite que se devolvam as doações feitas em razão do casamento frustrado, sem necessidade de prova escrita, nem propriamente de promessa. O Código paraguaio admite a indenização, inclusive por danos morais. Na França, perante o silêncio do Código, a jurisprudência admite a indenização. Notável, por outro lado, a instituição do *common law marriage* vigente em vários Estados norte-americanos: para contrair casamento basta a convivência comum, sempre que ambos os companheiros se apresentem socialmente como marido e mulher. Nessa situação, a óptica transfere-se para o desfazimento do casamento, não se cuidando mais de simples promessa. O Código português exige que a promessa seja bilateral dos noivos, não admitindo efeitos à promessa unilateral. No Direito brasileiro, na falta de texto expresso, a promessa unilateral de casamento deve ser examinada com extremo cuidado. Guillermo Borda, porém, observa que nas legislações que restringiram o âmbito das indenizações, a jurisprudência e a doutrina encarregaram-se de alargá-las, inclusive para danos não patrimoniais.

Sujeito ativo dessa pretensão indenizatória é o nubente inocente, bem como os pais ou eventuais terceiros que tenham contraído obrigações *propter nuptias*. Há que se demonstrar o prejuízo e o nexo causal. Sujeito passivo é o noivo que rompeu a promessa sem justo motivo. O direito português também permite colocar no polo passivo o terceiro que deu margem e motivo para que o noivo desistisse da promessa.

Tratando-se de aplicação da responsabilidade subjetiva, são requisitos a serem provados nessa ação: a existência da promessa de casamento; a recusa injustificada de contraí-lo e a existência do dano além do nexo causal. Não há necessidade, como em outras legislações, de prova escrita da promessa, que pode ser evidenciada pelos meios ordinários. A promessa deve provir do nubente, não sendo idônea para a pretensão aquela emanada de seus pais ou de outros parentes e interessados. A ruptura injustificada a ser provada é aquela que concluirá pela culpa do renitente. Nesse aspecto, avulta a importância das circunstâncias da recusa e o quadro social e cultural dos envolvidos. Provados esses requisitos, deve ser quantificado o montante dos danos, como assinalamos.

Existindo óbices e impedimentos legais para o casamento, a promessa pode ser considerada nula por ausência de objeto idôneo. A omissão do proponente em declinar uma causa de impedimento por ele conhecida, porém desconhecida da outra parte, por outro lado, pode agravar a conduta dolosa

do agente. Nossa jurisprudência não apresenta muitos exemplos nessa matéria.

2.3.5 Corretagem Matrimonial

Essa denominação refere-se à atividade de pessoas naturais ou jurídicas que se dedicam à aproximação de casais para fins de casamento, ou de união estável, comumente denominadas agências matrimoniais. A expressão *corretagem matrimonial* decorre do mesmo princípio do contrato de corretagem em geral e leva em conta a aproximação útil. Nada existe em nossa lei que proíba o negócio, embora existam doutrinadores que entendem que a atividade não é moral. Por outro lado, é preciso levar em conta que a relação pode ser socialmente útil porque incentiva o casamento, desde que se limite o corretor a dar informações e a colocar em contato os interessados, como em qualquer outra corretagem ordinária. Há situações de moralidade muito mais duvidosa regularmente aceitas pela sociedade. Por outro lado, distorções podem ocorrer como em qualquer outro negócio jurídico. A finalidade da negociação pode ser unicamente a mera aproximação, fazendo o corretor jus ao preço, à comissão, independentemente da realização do casamento ou então pode ser acertado o pagamento apenas na hipótese de ocorrer efetivamente o matrimônio.

2.4 UNIÃO DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. CONCUBINATO

Paralelamente ao casamento contrapõe-se a união livre que também gera efeitos jurídicos. A união de fato só passa a apresentar relevância de negação jurídica a partir da instituição do casamento sob forma legal no século XVI (Bittencourt, 1985:1). O fato é que a família é um fenômeno social preexistente ao casamento, um fato natural. A sociedade, em determinado momento histórico, institui o casamento como regra de conduta. A partir daí surge a problemática da união conjugal sem casamento.

De qualquer forma, durante muito tempo nosso legislador viu no casamento a única forma de constituição da família, negando efeitos jurídicos à união livre, mais ou menos estável, traduzindo essa posição em nosso Código Civil do século passado. Essa oposição dogmática, em um país no qual largo percentual da população é historicamente formado de uniões sem casamento, persistiu por tantas décadas em razão de inescandível posição e influência da Igreja católica. Coube por isso à doutrina, a partir da metade do século XX, tecer posições em favor dos direitos dos concubinos, preparando terreno para a jurisprudência e para a alteração legislativa. Com isso, por longo período, os tribunais passaram a reconhecer direitos aos concubinos na esfera obrigacional. Advirta-se, de início, que, contemplada a terminologia *união estável* e *companheiros* na legislação mais recente, a nova legislação colocou os termos *concubinato* e *concubinos* na posição de uniões de segunda classe, ou aquelas para as quais há impedimentos para o casamento. Isso fica muito claro no vigente Código Civil quando, no art. 1.727 descreve: “*As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato*”. Trata-se do outrora denominado concubinato impuro.

Concubinato apresenta o sentido etimológico de comunhão de leito: *cum* (com) *cubare* (dormir).

Como anota Edgard de Moura Bittencourt (1985:3), em obra clássica e pioneira sobre a matéria, união livre e concubinato são ideias semelhantes, abrangendo uma e outra a relação entre homem e mulher fora do matrimônio, citando Savatier, para quem as expressões são uma questão de mero estilo, nobre para a união livre, e menos nobre para o concubinato. Sob essa óptica, nosso legislador fez sua opção e cabe agora distinguir juridicamente o concubinato da união estável.

Necessidades da vida e razões de equidade prepararam caminho para decisões homogêneas e solidificadas em matéria de concubinato ou união estável e estas para a posição legislativa definitiva de proteção aos efeitos da união livre na Constituição e legislação atuais.

Assim como para o casamento, o conceito de união livre ou concubinato também é variável. Importa analisar seus elementos constitutivos. A união estável ou concubinato, por sua própria terminologia, não se confunde com a mera união de fato, relação fugaz e passageira.⁶ Na união estável existe a convivência do homem e da mulher sob o mesmo teto ou não, mas *more uxorio*, isto é, convívio como se marido e esposa fossem. Há, portanto, um sentido amplo de união de fato, desde a aparência ou posse de estado de casado, a notoriedade social, até a ligação adulterina. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja, um fato social que gera efeitos jurídicos. Para fugir à conotação depreciativa que o concubinato teve no passado, com frequência, a lei, a doutrina e a jurisprudência já não se referiam a *concubinos*, mas a *companheiros*. Como vimos, essa opção é a vencedora na lei e na doutrina e assim deveremos tratar da problemática doravante.

“Companheira é a designação elevada que se dá à mulher unida por longo tempo a um homem, como se fosse sua esposa; mas, como não existem os laços do casamento civil, é concubina” (Bittencourt, 1985:17).

Como anotamos, foi longa a escalada para a assimilação legal da união estável pelo direito pátrio. A jurisprudência, de início, reconheceu direitos obrigacionais no desfazimento da sociedade conjugal concubinária, determinando a divisão entre os cônjuges do patrimônio amealhado pelo esforço comum. Em outras situações, quando isso não era possível, para impedir o desamparo da concubina, os tribunais concediam a ela (ou excepcionalmente a ele) uma indenização por *serviços domésticos*, eufemismo que dizia muito menos do que se pretendeu.⁷ O Supremo Tribunal Federal acentuava que esses efeitos patrimoniais decorriam de relações obrigacionais criadas pela convivência do casal, repelindo efeitos de Direito de Família. Essa posição foi sintetizada na Súmula 380:

“Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

A partir de então, gradualmente foram sendo concedidos direitos, principalmente à concubina ou companheira. Recordemos alguns dispositivos a seguir.

Modernamente, após a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002, trata-se de companheirismo e companheiros os casais em união estável, sem impedimento para o matrimônio. O concubinato não é mais sinônimo de união estável, mas se refere àquelas situações do passado, tratadas como concubinato impuro ou adulterino.

Concedeu-se à companheira o direito de perceber a indenização do companheiro morto por acidente de trabalho e de trânsito,⁸ desde que não fosse casado e a tivesse incluído como beneficiária (revogado Decreto-lei nº 7.036/44 ; Lei nº 8.213/91). No mesmo diapasão foram consolidados os direitos previdenciários da companheira na legislação respectiva (Leis nºs 4.297/63, revogada pela Lei nº 5.698/71, e 6.194/74), permitindo que ela fosse designada beneficiária do contribuinte falecido, tendo-se a orientação jurisprudencial encarregado de alargar o conceito, permitindo o mesmo direito também na falta de designação expressa, se provada a convivência ou a existência de filhos comuns. Nesse sentido, permitiu-se a divisão da pensão entre a esposa legítima e a companheira (Súmula 159 do extinto TFR).

A Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), no art. 57, §§ 2º e 3º, com redação dada pela Lei nº 6.216/75, autorizou a companheira a adotar o sobrenome do companheiro, após cinco anos de vida em comum ou na existência de prole, desde que nenhum dos consortes tivesse vínculo matrimonial.

A legislação do inquilinato, a atual Lei nº 8.245/91, e as anteriores permitem que o companheiro sobrevivente que resida no imóvel nele permaneça na posição de locatário, na hipótese de morte deste, bem como na dissolução da sociedade de fato ou união estável.⁹

A mesma evolução legislativa foi notada de forma gradual no tocante aos direitos e reconhecimento dos filhos ilegítimos, desamparados ao extremo pelo Código Civil, iniciada efetivamente com a Lei nº 883/49 , como veremos no curso de nosso estudo.

Os desenvolvimentos legislativo e jurisprudencial demonstram que, sem concorrer com o casamento, a união de fato passou a ser reconhecida como relação válida, produzindo efeitos independentemente da problemática da divisão patrimonial decorrente do esforço comum dos consortes.

Atualmente, a discussão jurisprudencial e doutrinária gravita em torno do alcance do art. 226, § 3º, da Constituição Federal em vigor. Lembre-se, de plano, como faz Antônio Carlos Mathias Coltro (In: Wambier, 1996:30),

“que ao mencionar união estável entre o homem e a mulher, afastou a Constituição, para os efeitos previstos no artigo 226, § 3º, o conceito genérico de concubinato, abrangente de toda ligação do homem com a mulher fora do casamento e, também, o do stuprum,

empregado, no âmbito do estudo da união de fato, para indicar o comércio carnal, a união passageira...”.

2.4.1 Natureza Jurídica da União Estável. Conceito e Compreensão. Elementos Constitutivos

O concubinato ou a união estável são fatos sociais e fatos jurídicos. Essa é sua natureza (Bittencourt, 1985:15). Ainda que exista um contrato de convivência, nem por isso a união estável se torna um negócio jurídico, mediante esse fato jurídico estampado no pacto. Por outro lado, como vimos, o casamento é um fato social e um negócio jurídico. Fato jurídico é qualquer acontecimento que gera consequências jurídicas. A união estável é um fato do homem que, gerando efeitos jurídicos, torna-se um fato jurídico.

O § 3º do art. 226 da Constituição Federal confere proteção do Estado à *união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar*. A lei não define essa união, referindo-se apenas a alguns de seus elementos idôneos para galgar a juridicidade pretendida.

O conceito de concubinato ou união estável é sem dúvida dúctil e não cabe à lei, como regra geral, definir. No entanto, a Lei nº 9.278/96 disciplinou, no art. 1º:

“É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família”.

Essa definição é mantida, em linhas gerais, pelo art. 1.723 do presente Código. Portanto, o legislador ordinário forneceu outros requisitos para estabelecer os limites que permitam atribuir direitos à união de fato. Como decorrência do ponto de vista legal, podemos enumerar os elementos constitutivos do concubinato no direito pátrio:

1. Se levarmos em consideração o texto constitucional, nele está presente o requisito da *estabilidade* na união entre o homem e a mulher. Não é qualquer relacionamento fugaz e transitório que constitui a união protegida; não podem ser definidas como concubinato simples relações sexuais, ainda que reiteradas. O legislador deseja proteger as uniões que se apresentam com os elementos norteadores do casamento, tanto que a dicção constitucional determina que o legislador ordinário facilite sua *conversão em casamento*. Consequência dessa estabilidade é a característica de ser *duradoura*, como menciona o legislador ordinário. Não há como conceituar uma relação concubinária como estável, se não tiver se protraído no tempo. O decurso por um período mais ou menos longo é o retrato dessa estabilidade na relação do casal. A questão do lapso temporal não é absoluta, pois a Constituição Federal não estabeleceu um tempo determinado e sim que deveria haver o *animus* de constituir família. Sendo

assim, apesar da importância do fator tempo para a constatação da união estável, esse fator não é absoluto, pois existem casos em que, independentemente do tempo da união, a entidade familiar fica caracterizada, como, por exemplo, nos casos em que há o nascimento de prole.¹⁰

2. A *continuidade* da relação é outro elemento citado pela lei. Trata-se também de complemento da estabilidade. Esta pressupõe que a relação de fato seja contínua, isto é, sem interrupções e sobressaltos. Esse elemento, porém, dependerá muito da prova que apresenta o caso concreto. Nem sempre uma interrupção no relacionamento afastará o conceito de concubinato.¹¹
3. A Constituição, assim como o art. 1.723 do Código Civil, também se refere expressamente à *diversidade de sexos*, à união do homem e da mulher. Como no casamento, a união do homem e da mulher tem, entre outras finalidades, a geração de prole, sua educação e assistência. Desse modo, afastava-se de plano qualquer ideia que permita considerar a união de pessoas do mesmo sexo como união estável nos termos da lei. O relacionamento homossexual, modernamente denominado homoafetivo, por mais estável e duradouro que seja, não receber a proteção constitucional e, conseqüentemente, não se amolda aos direitos de índole familiar criados pelo legislador ordinário. Eventuais direitos que possam decorrer dessa união diversa do casamento e da união estável nunca terão, ao menos no atual estágio legislativo, cunho familiar real e verdadeiro, situando-se, acentuadamente no campo obrigacional, no âmbito de uma sociedade de fato.¹² A tendência contemporânea, contudo, é atribuir cada vez mais um estado jurídico à união de pessoas do mesmo sexo, reconhecendo-se efeitos semelhantes ao casamento. Cuida-se de tendência universal no mundo ocidental.
4. A *publicidade* é outro elemento da conceituação legal. Ganha realce, portanto, a notoriedade da união. A união de fato que gozará de proteção é aquela na qual o casal se apresenta como se marido e mulher fossem perante a sociedade, situação que se avizinha da posse de estado de casado. A relação clandestina, velada, à socapa, não merece a proteção da lei.¹³
5. O *objetivo de constituição de família* é corolário de todos os elementos legais antecedentes. Não é necessário que o casal de fato tenha prole comum, o que se constituiria elemento mais profundo para caracterizar a entidade familiar. Contudo, ainda que sem filhos comuns, a união tutelada é aquela *intuitu familiae*, que se traduz em uma comunhão de vida e de interesses. Sem o objetivo de constituir família, a entidade de fato poderá ser um mero relacionamento afetivo entre os amantes, gerando, no máximo, sociedade de fato em relação a bens adquiridos por esforço efetivo de ambos (TJSP – Ap. 167.994-1, 10-9-91, Rel. Almeida Ribeiro).

Descritos esses cinco elementos presentes em nossa legislação para a conceituação de união estável, advertimos que, no caso concreto, fortes razões de ordem moral e social fazem com que, mesmo perante traços tênues ou ausência de algum dos requisitos, juízes têm admitido o concubinato ou união estável.¹⁴ Não bastasse isso, além dos elementos descritos na lei, há outros requisitos normalmente apontados pela doutrina, que, inexoravelmente, são considerados em uma avaliação conjunta no caso concreto. É o que ocorre, por exemplo, com o dever de fidelidade. A quebra desse dever pode, dependendo de sua amplitude, fazer cair por terra a comunhão de vida, de interesses e de sentimentos. Como recorda Edgard de Moura Bittencourt (1985:27),

“outro aspecto do dever de fidelidade está em que sua quebra deverá ser invocada pelo concubino e não por terceiros. Seria impróprio, por exemplo, que em um concubinato, com os demais requisitos de valor, pudesse um herdeiro invocar a infidelidade da concubina do morto, para tolhê-la dos direitos reclamados, quando o companheiro em vida procedia de modo a reconhecer sua fidelidade”.

O art. 1.724 do Código estabelece que as relações entre os companheiros devem pautar-se por lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. O dever de lealdade não se identifica perfeitamente, como é patente, com o dever de fidelidade.

Outro elemento que pode ser levado em consideração é a *habitação comum*. O legislador não a mencionou, no que andou bem. A Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal já dispunha que *“a vida em comum sob o mesmo teto, more uxorio, não é indispensável à caracterização do concubinato”*. A experiência social demonstra que há uniões sólidas, duradouras e notórias sem que o casal resida sob o mesmo teto. O próprio casamento pode conter uma separação material dos cônjuges por motivos de saúde, trabalho, estudo etc. Não se trata, portanto, de elemento conclusivo.

A relação de *unicidade do companheiro ou companheira* também é lembrada pela doutrina. A ideia central é no sentido de que a pluralidade de relações pressupõe imoralidade e instabilidade. Como já exposto, porém, qualquer posição apriorística e inflexível é arriscada, principalmente em matéria de família, que possui enorme conteúdo emocional e afetivo.

Não se pode afastar aprioristicamente a proteção à família plúrima. Por essa e outras razões melhor denominar entidades familiares a todas essas formas de relacionamento, como faz o Projeto do Estatuto das Famílias. Não há mais uma única família a ser analisada e compreendida, mas inúmeras entidades familiares.

Outro aspecto importante no tema é a *existência de casamento religioso*. Como, perante nosso sistema, somente é válido o casamento civil, o singelo casamento religioso estampa uma relação de fato. No entanto, estabelecida a relação derivada dessa união como concubinária, não resta dúvida de que a bênção religiosa define uma relação de moralidade e respeito que auxilia o julgador para a tipificação de uma união estável.

Na linguagem peculiar de Álvaro Villaça Azevedo, a união estável sempre foi vista como um casamento de fato no curso da História. Nessa união os companheiros vivem como marido e mulher, “*mas sem o serem na verdade*” (2002:270).

Caso 1 – União estável

É fato que a entidade familiar contemporânea pode tomar as mais variadas formas e matizes, desde a união sob matrimônio do homem e da mulher sem filhos, até a convivência sem casamento com filhos biológicos e não biológicos, passando por todas as situações intermediárias, com ou sem impedimento de casamento como as uniões homoafetivas. Nesse sentido, a união estável é um fato jurídico, qual seja um fato social que gera efeitos jurídicos. É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família.

2.4.2 União Estável e Casamento. Aspectos Legais da União Estável

Introduzida a dicção constitucional a respeito da união estável reconhecida como entidade familiar (art. 226, § 3º), duas sortes distintas de interpretação têm sido percebidas na doutrina e nos julgados (Tepedino, 1999:336). A primeira orientação é no sentido de entendermos o companheirismo como equiparado ao casamento; ou seja, que os direitos da união estável não diferem do casamento. Contudo, majoritariamente, concluímos que o constituinte, no art. 226, não cria direitos subjetivos exigíveis de plano, autoexecutáveis, mas vinculando apenas o legislador ordinário. A Constituição determinou que os companheiros devessem ser protegidos por norma futura. Outro argumento acrescentado refere-se à exortação do constituinte ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão da união estável em casamento. Não há razão em converter uma coisa em outra, salvo se forem desiguais. Destarte, acentuemos que a natureza jurídica de ambos os fenômenos é diversa: enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é fato jurídico. Esse aspecto fica bem claro no tratamento legislativo. Por isso já se decidiu, por exemplo, que

“a convivência concubinária não transmite ao convivente o estado civil de casado, não sendo impediente ao casamento com outra pessoa, incorrendo a hipótese prevista no CCB, art. 183, VI” (TJMG, Ap. Civ. 111.669/8, 18-3-99, Rel. Des. Corrêa Martins).

A Lei nº 8.971, de 29-12-94, com redação defeituosa, atribuiu direito de alimentos à companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente ou viúvo, que com ele vivesse há mais de cinco anos, ou dele tenha prole, enquanto não constituir nova união e desde que provasse necessidade. Igual direito foi conferido nas mesmas condições ao companheiro. Esse

diploma também estabeleceu modalidade de direito sucessório aos companheiros (art. 2º):

“I – 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 deste ou comuns;

II – 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;

III – na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança”.

O art. 3º desse diploma reconheceu o direito de metade dos bens do companheiro falecido ao sobrevivente, com relação aos bens que resultarem da atividade de colaboração mútua, ratificando a jurisprudência sumulada.

Os aspectos sucessórios da lei deverão ser examinados no estudo do direito das sucessões. No entanto, a primeira dúvida que aflora com relação a essa lei é a permanência de sua vigência tendo em vista a promulgação da Lei nº 9.278, de 10-5-96, de redação não menos canhestra que a primeira, que conferiu aos companheiros direitos mais amplos. Este último diploma, como já referido, conceituou o concubinato como entidade familiar (art. 1º); estabeleceu o rol de direitos e deveres iguais dos conviventes (art. 2º); redefiniu e reafirmou a possibilidade de divisão de patrimônio adquirido pelo esforço comum (art. 5º); mencionou a possibilidade de conversão da união estável em casamento (art. 8º) e estabeleceu que toda matéria relativa à união estável é de competência do juízo da Vara de Família, assegurado o segredo da justiça.

O legislador poderia ter poupado o intérprete, mas não o fez. Evidente que a regra básica de hermenêutica do § 1º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro aponta que a lei posterior derroga a anterior quando assim for expressamente declarado, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria da lei anterior. A lei de 1996 não revogou expressamente a de 1994. As matérias tratadas não são idênticas, embora intimamente relacionadas, trazendo perplexidade ao intérprete. Há matérias referentes ao direito sucessório que no momento oportuno devem ser examinadas. Há dúvidas acerca do direito a alimentos. A Lei nº 8.971/94 cria regra geral de atribuição dos benefícios da Lei nº 5.478/68 (Lei de Alimentos), enquanto a Lei nº 9.278/96, no art. 7º, reporta-se ao direito a alimentos unicamente na hipótese de dissolução da união estável “*por rescisão*” (sic), sugerindo necessidade de culpa de um dos companheiros. A referência à rescisão no texto legal é sumamente infeliz. A jurisprudência majoritária tem reagido de forma a alargar o conceito de molde a conferi-lo na mesma extensão do casamento, mas a questão dá margem a discussões motivadas pelo descuido do legislador. Toda interpretação é no sentido de que a lei mais recente visou complementar e esclarecer a lei anterior (Tepedino, 1999:360).

A lei de 1996 conceitua a união estável no art. 1º, já por nós referido, de forma mais abrangente do que a referência feita no diploma anterior no tocante à convivência por mais de cinco anos ou a existência de prole comum, dando indícios de que, efetivamente, o intuito da Lei nº 9.278/96 foi, embora com técnica deficiente, complementar o estabelecido na lei anterior.

No entanto, essa interpretação deve ser vista *cum granum salis*. Sílvia Rodrigues (1999:271) aponta que, no cotejo de ambos os diplomas legislativos, estão conceituadas duas modalidades de união estável. A primeira, definida pela lei de 1994, representada pela união com mais de cinco anos ou com prole comum, entre pessoas desimpedidas (solteiras, separadas, divorciadas ou viúvas) e a segunda referente à união sem qualquer restrição, a não ser a exigência de ser provado o *animus* de constituir família. É óbvio que nessa última hipótese admitiu-se implicitamente o concubinato adulterino. Essa interpretação é lógica. No entanto, se aplicada estritamente, levará também à conclusão de que a Lei nº 8.971/94 somente se aplica aos casos de união estável da primeira modalidade e a Lei nº 9.278/96 aplica-se apenas à segunda modalidade, aumentando as dúvidas acerca dos direitos sucessórios e alimentares. É árdua a tarefa da jurisprudência na integração dessas normas, pois o legislador não foi claro.

Ainda, a lei de 1996 colocou-se de forma mais ampla no tocante aos bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, presumindo-os adquiridos em mútua colaboração, passando a pertencer a ambos em condomínio, “*salvo estipulação contrária em contrato escrito*” (art. 5º). Desse modo, os concubinos podem estipular por escrito, no ato de aquisição ou em documento à parte, a destinação dos bens em sua união, se pretenderem derrubar a presunção legal. Houve veto presidencial no tocante à possibilidade de pacto para regular a união estável, mas persistiu essa possibilidade na lei, o que dificulta também sua interpretação. Perante a permanência dessa válvula no texto legal, parece-nos que não pode ser considerado nulo um pacto anteconcubinário no sentido da lei. Como regra geral, porém, trata-se de um avanço com relação à Lei nº 8.971/94, que deferia a metade dos bens ao companheiro sobrevivente, que deveria provar a aquisição decorrente de esforço comum (art. 3º).

Também é confusa a Lei nº 9.278 quando procurou regular o dispositivo constitucional, afirmando que os conviventes poderão a qualquer tempo requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil. Ora, o intérprete desavisado poderia supor que esse artigo atropela os requisitos que antecedem a celebração do casamento. É evidente que o companheiro casado não pode contrair novo matrimônio. É curial que não podem se casar pessoas legalmente impedidas. É claro que não se dispensam proclamas. Ou dispensam-se? Ainda que se entenda que a união duradoura seja merecedora da conversão em casamento, como determinou o legislador constitucional, a matéria carece de regulamentação. É irritante essa posição legislativa de molde a solucionar de forma piegas e simplista o ato mais solene de toda lei civil. A jurisprudência tem demonstrado a tendência de reconhecer direitos à concubina nesses casos, desde que comprovado o concurso de esforços para a formação do patrimônio.¹⁵

Ainda, determinando a Lei nº 9.278/96 que a matéria acerca de união estável é de competência das Varas de Família, o diploma resolveu pendência presente em vários Estados da Federação, nos quais os processos ora eram atribuídos a varas cíveis, ora a varas especializadas, com desnecessários conflitos de competência. Por outro lado, a disposição interfere na organização judiciária dos Estados, conflitando com o art. 125 da Constituição Federal.

De qualquer modo, voltaremos à análise de aspectos dos direitos dos companheiros ou concubinos nos capítulos próprios, mormente no tocante aos alimentos e ao direito sucessório.

Era de se aguardar que o Código Civil de 2002, ao disciplinar a união estável, resolvesse essas questões, pois, em princípio, derroga as leis anteriores sobre a matéria. O Projeto originário de 1975 deveria ser adaptado às novas normas constitucionais e não o foi a contento. Como veremos no curso de nossa exposição, aqui e no direito das sucessões, remanescerão problemas, ainda porque o legislador não revogou expressamente os diplomas anteriores. No livro dedicado à família, a união estável é regulada em poucos dispositivos (arts. 1.723 a 1.727). O reconhecimento da união estável segue os mesmos princípios estabelecidos na Constituição, reportando-se à convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família (art. 1.723). A existência de impedimentos para o casamento (art. 1.521) será obstáculo, em princípio, para o reconhecimento dessa entidade familiar, salvo a exceção do art. 1.521, VI, quando a pessoa achar-se separada de fato ou judicialmente (art. 1.723, § 1º). As causas suspensivas do art. 1.523, antigos impedimentos impeditivos, não impedirão o reconhecimento da união estável. O futuro Estatuto das Famílias procura espantar as maiores dúvidas.

O art. 1.724 dispõe que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos, no que se aproxima e se identifica a união estável do casamento em tudo que disser respeito à responsabilidade dos companheiros com relação à prole e a si próprios.

Conforme o art. 1.725, permite-se que os companheiros contratem acerca de seu regime patrimonial e, na ausência desse negócio, aplicar-se-á, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Cuida-se do denominado contrato de convivência, que permite uma série de normas de cunho patrimonial, a exemplo dos pactos antenupciais, como veremos. O art. 1.726 dispõe que a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

O art. 1.727, já citado, define como concubinato as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar. Tal, por si só, não retira dessa modalidade de união todo o rol de direitos atribuídos à união estável, assim definida em lei. Não é essa a conclusão a que se há de chegar. Impõe-se verificar em cada caso, ainda que a situação seja de concubinato na concepção legal, quais os direitos de união estável que podem ser atribuídos aos concubinos, mormente a divisão de patrimônio adquirido pelo esforço comum. Aliás, essa vinha sendo a posição da

jurisprudência acerca do relacionamento conjugal que, no passado, denominou-se concubinato impuro.

Essas disposições são péssimo exemplo legislativo e longe estão de estarem isentas de dúvidas e requererão intenso trabalho interpretativo e jurisprudencial, consoante analisaremos no curso dos vários capítulos deste volume.

O Projeto do Estatuto das Famílias sugeriu no art. 63 a seguinte conceituação da união estável.

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

Parágrafo único. A união estável constitui estado civil de convivente, independentemente de registro, e deve ser declarado em todos os atos da vida civil”.

Note que o texto do parágrafo único é de fulcral importância e enfrenta talvez o maior problema jurídico da união estável, que por ser fato, necessita a ser declinada e provada a todo tempo. Inafastavelmente vista como estado civil, a união estável deve ser de conhecimento de terceiros, para todos os fins de Direito. Sempre há, sem dúvida, como tudo no campo jurídico, uma zona cinzenta, que exigirá a perspicácia do intérprete e poderá ocasionar dificuldades na vida social dos conviventes. O legislador deverá estar atento a esse aspecto, inclusive cominando como crime a omissão do estado civil na forma desse parágrafo, cujos termos devem ser seguidos ainda que perante a ausência de texto legal expreso.

Quanto à compreensão da união estável, descrita no “*caput*” desse artigo, a lei projetada sintetiza tudo o que a doutrina e a jurisprudência vinham conceituando.

2.5 MOSAICO FAMILIAR

O nosso sistema legal reconhece fundamentalmente duas modalidades de família, o casamento e a união estável, tal como está na Constituição.

No entanto, no ordenamento ou fora dele há muitas formas familiares que refogem totalmente à família ortodoxa, algumas até à primeira vista parecem contra a lei. Temos sempre afirmado que a realidade em muitas oportunidades se coloca além da própria ficção. Nenhuma forma de convivência pode ser aprioristicamente condenada. As estruturas familiares devem ser compreendidas, na maioria das vezes, caso a caso, o que a jurisprudência brasileira tem feito com perspicácia nestas últimas décadas. Por isso se exige que o operador do Direito de Família tenha um perfil peculiar, não podendo se portar como um jurista que transita pelo direito das obrigações ou direitos reais, por exemplo. Daí reconhecer que existe um mosaico na classificação familiar que não pode seguir regras rígidas.

O casamento, como um negócio jurídico de direito de família, corresponde ao sacramento religioso, possui suas normas e solenidades solidificadas constituindo a denominada família legítima.

No final do século passado a nossa Constituição colocou a união estável do lado da família com casamento. É opção dos cônjuges casar ou não e o Estado passou a respeitar oficialmente essa posição. Com ou sem união estável, a família informal progride na sociedade, estando sempre a criar novos laços, por vezes surpreendentes.

Desde quando o concubinato foi alçado à terminologia de união estável em 1988, antigo concubinato puro, as uniões conhecidas dantes como concubinato impuro, aqueles que não se podiam tornar união oficial, foi colocado em outro patamar.

A sociedade brasileira adaptou e acolheu significativamente a união estável como demonstram as estatísticas.

Há, porém, outras estruturas da família que devem ser mencionadas.

A família monoparental é aquela em que apenas um progenitor, geralmente a mãe, a conduz. Usualmente, mas não exclusivamente, provém de mãe solteira ou abandonada pelo varão. A Constituição de 1988 menciona a família monoparental no art. 226, § 4º, sem tecer maiores digressões. Sua proteção, evidentemente, deve decorrer de todo o sistema.

A doutrina se refere também à família anaparental, que não pode ser desprovida de proteção legal. Como informa Rolf Madaleno, cuida-se da estrutura familiar que se caracteriza pela ausência de pessoa que ocupe posição de ascendente, como na hipótese de convivência apenas entre irmãos (2013:10). Os vínculos entre seus partícipes devem ter caráter de permanência com liames de afetividade, não bastando apenas uma reunião amorfa entre eles. Ademais, pode ocorrer família anaparental quando outro parente mais distante assuma sua coordenação, como um tio ou primo, ou mesmo um estranho, o que deve ser examinado no caso concreto em prol da proteção dessa entidade.

Há que se mencionar também o fenômeno das famílias reconstituídas, pais que se unem novamente após o desfazimento de sua primitiva relação conjugal, em novo matrimônio ou nova união estável. Tal faz com que filhos de mais de uma união passem a conviver, com problemas complexos a serem resolvidos. Nem sempre a convivência de duas proles será eficaz e tranquila. As figuras de padrastos e madrastas, enteados e enteadas são algo que sempre está a aguçar psicólogos, assistentes sociais, juristas e tribunais. Nem sempre o ordenamento terá a melhor resposta, dependendo sempre do cuidadoso exame do caso que se apresenta.

Ao lado de todas essas figuras que, em princípio, não colidem com princípios legais, há que se lembrar de situações excêntricas. Famílias paralelas, uniões estáveis ou casamentos que convivem com concubinato. Na letra da lei essa última união não deveria ser reconhecida. Não é, porém, o que demonstra a realidade, pois situações existem que exigem o reconhecimento de direitos na dupla relação, o que os exemplos jurisprudenciais evidenciam com muita frequência. A sociedade deve ser

compreendida em todos os seus fenômenos.

A união poliafetiva é outra situação que ora e vez é informada pelos meios de comunicação, e já chegou aos tribunais. União de homens com mais de uma mulher concomitantemente, ou até mesmo mulheres com mais de um companheiro. Com propriedade diz Rolf Madaleno de forma ímpar:

“É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações afetivas envolvendo mais de duas pessoas” (2013:26).

Desse modo, até mesmo o consagrado princípio da monogamia pode desabar.

A família homoafetiva ganha espaço na sociedade com discussões acaloradas e reconhecimento cada vez mais amplo de nossos tribunais em todos os níveis, seguido pela legislação. O Supremo Tribunal Federal deu respostas diretas aos anseios dessas uniões, com reconhecimento da parceria homoafetiva, com possibilidade de casamento. Tratamos dessa entidade familiar no Capítulo 18 desta obra.

¹ As núpcias são a união do marido e da mulher em consórcio para toda a vida, pelo direito humano e pelo direito divino.

² Na jurisprudência, o entendimento não é diferente. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu que: “A Súmula 380 do STF cuida da sociedade de fato entre “concubinos”, que pela definição de direito atual, importa na união livre entre homem e mulher e, destarte, não pode ser dilargada para o efeito de abranger, também, a convivência de pessoas do mesmo sexo”.

³ “Agravado de instrumento – Ação de inventário – Decisão que indeferiu pedido de habilitação de herdeiros colaterais nos autos do inventário, tendo em vista que ao companheiro caberia a integralidade da herança. Inconformismo. Ação com pedido de reconhecimento de união estável julgada parcialmente procedente, reconhecida sociedade de fato em detrimento da união estável homoafetiva. Coisa julgada, inafastável por maior que seja a discordância desta Relatoria e da novel jurisprudência (inclusive do STF) a respeito do tema. Direito dos agravantes ao seu quinhão da herança. Habilitação nos autos admitida. Recurso provido” (TJSP – AI 2021683-06.2016.8.26.0000, 28-7-2016, Rel. Piva Rodrigues).

“Ação de conversão de união estável em casamento civil – Efeitos retroativos do casamento – Pedido das partes – Possibilidade – Considerando o intuito do art. 226, § 3º da Constituição Federal que determina a facilitação da conversão da união estável em casamento civil, e diante da ausência de Lei regulamentando do procedimento da conversão, o Provimento nº 190/CGJ/2009, previu que feito o pedido ao juiz, diante do silêncio da lei, e frente ao caso concreto, seria possível que este se manifestasse acerca dos efeitos da sentença declaratória da conversão da união estável em casamento, permitindo, assim, que diante do pedido das partes fosse declarada como data do casamento a mesma data de início da união estável convertida, surtindo efeitos desde então” (TJMG – AC 1.0105.12.024795-9/001, 28-5-2014, Rel. Duarte de Paula).

“Procedimento de jurisdição voluntária. **Relação homoafetiva. Conversão de união estável em casamento.** Presença dos requisitos legais. Precedentes jurisprudenciais. Procedimento de jurisdição voluntária – Relacionamento homoafetivo – Pedido de conversão de união estável em casamento – Indeferimento pelo juízo de primeiro grau – Inconformismo dos requerentes – O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida na Adi nº 4-277/DF, atribuiu eficácia *erga omnes* e efeito vinculante à interpretação dada ao art. 1.723, do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares, desde que configurada a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. A constituição da república determina seja facilitada a conversão da união estável em

casamento. Portanto, presentes os requisitos legais do art. 1.723, do Código Civil, não há como se afastar a recomendação constitucional, conferindo à união estável homoafetiva os mesmos direitos e deveres dos casais heterossexuais, tal como sua conversão em casamento. Precedente do STJ que admitiu o próprio casamento homoafetivo, a ser realizado por simples habilitação. *In casu*, forçoso é de se concluir que merece reforma a decisão monocrática, convertendo-se a união estável caracterizada nos autos em casamento. Provimento do recurso” (TJRJ – Acórdão 0007252-35.2012.8.19.0000, – 28-6-2012, Rel. Des. Luiz Felipe Francisco).

“Civil – **Relação homossexual** – União estável – Reconhecimento – Emprego da analogia – 1 – ‘A regra do art. 226, § 3º da Constituição, que se refere ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representou a superação da distinção que se fazia anteriormente entre o casamento e as relações de companheirismo. Trata-se de norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas’. 2 – É juridicamente possível pedido de reconhecimento de união estável de casal homossexual, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, vedação explícita ao ajuizamento de demanda com tal propósito. Competência do juízo da vara de família para julgar o pedido. 3 – Os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução do Código Civil autorizam o julgador a reconhecer a união estável entre pessoas de mesmo sexo. 4 – A extensão, aos relacionamentos homoafetivos, dos efeitos jurídicos do regime de união estável aplicável aos casais heterossexuais traduz a corporificação dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 5 – A Lei Maria da Penha atribuiu às uniões homoafetivas o caráter de entidade familiar, ao prever, no seu artigo 5º, parágrafo único, que as relações pessoais mencionadas naquele dispositivo independem de orientação sexual. 6 – Recurso especial desprovido” (STJ – REsp 827.962 – (2006/0057725-5), 8-8-2011, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

4 “Os tribunais também têm demonstrado a aplicação do art. 1.548. O Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu pela existência de dano moral quando há ruptura unilateral de promessa de casamento arbitrando o respectivo dote necessário para recompor a situação anterior das partes” (TJSP – Ap. Cível 81.499-4, 24-9-98, Rel. Octavio Helene).

5 “Ação de indenização por danos materiais e morais – Rompimento do noivado na proximidade do casamento – Ação julgada parcialmente procedente para condenar o réu a arcar com 50% dos valores dispendidos com os preparativos do casamento, descontando-se o valor por ele pago – Sentença que determinou a apuração do valor em fase de liquidação de sentença com a possibilidade de a autora juntar os comprovantes dos pagamentos efetivos e já fixou o valor custeado pelo réu – Inconformismo do réu – Cabimento – Princípio da igualdade e da vedação do enriquecimento sem causa – Possibilidade de ambas as partes juntarem os comprovantes de pagamento na fase de liquidação de sentença para real apuração do valor dispendido após o cancelamento do casamento, montante a ser dividido por ambos – Expedição de ofício ao banco visando a obtenção de cópia de cheque – Medida que cabe à parte sem a necessidade de intervenção do judiciário – Inocorrência de cerceamento de defesa – Dano moral não configurado – Término do relacionamento que não ocorreu em situações vexatórias e humilhantes – Direito que possui o nubente de repensar sobre sua promessa de matrimônio – Ausência de ato ilícito a ensejar reparação por dano extrapatrimonial – Resultado: apelação da autora desprovida e apelação do réu provida em parte” (TJSP – Ap 1024097-53.2014.8.26.0100, 1-6-2016, Rel. Alexandre Coelho).

“Apelação – Indenização – Decisão *extra petita* – Preliminar rejeitada – Compra conjunta de imóvel – Rompimento de noivado – Indenização proporcional ao investimento realizado – Valorização do imóvel – Honorários de sucumbência – critérios de fixação – A decisão, em verdade, não declara a constituição de uma sociedade de fato, mas apenas reconhece que a aquisição do bem foi de forma conjunta, mediante o esforço de ambas as partes. Eis o fundamento da sentença para acolher o pedido de restituição do que despendeu para a compra do imóvel. Assim, não vejo que a sentença foi proferida com vício de julgamento. Havendo esforço conjunto do casal, cabe a cada parte retirar o valor correspondente à contribuição que prestou para a consecução do resultado econômico ou patrimonial, sob pena de configurar enriquecimento sem causa. E tendo a noiva comprovado os valores que investiu para o negócio, por certo que deve ser ressarcida, considerando ainda a valorização do lote, da mesma forma que o noivo irá se beneficiar deste acréscimo. Os honorários de sucumbência devem ser fixados considerando o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço” (TJMG – AC 1.0372.11.001968-7/001, 16-3-2015, Rel. Mota e Silva).

“Responsabilidade civil – **Rompimento de noivado** – O desfecho unilateral de relacionamento antes da data que seria a do casamento, por desamor, não constitui ato ilícito ou de ofensa ao princípio da dignidade humana. Ocorrência usual na sociedade, criando expectativas, frustrações, alegrias e tristezas que são típicas da dinâmica da vida sentimental. Indenização por danos morais

impossível de ser concedida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap 0000723-34.2013.8.26.0464, 11-8-2014, Rel. Teixeira Leite).

“Apelação. **Rompimento de noivado**. Existência de despesas. Pedido somente de indenização por danos morais. Ausência de ilícito. Ausência de dano moral. Requisitos da obrigação de indenizar ausentes. Recurso provido para julgar improcedente a ação” (TJSP – Ap. 0130800-44.2008.8.26.0000, 4-4-2013, Rel.^a Silvia Sterman).

“Agravamento regimental – **Ação indenizatória – Rompimento de noivado** – Culpa concorrente – Súmula STJ/7 – Decisão agravada – Manutenção – 1 – A convicção a que chegou o Tribunal *a quo* quanto à inexistência do dever de indenizar pela ocorrência de culpa concorrente dos noivos e de seus genitores pelo rompimento do noivado decorreu da análise do conjunto probatório. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto a Súmula STJ/7. 2 – Agravamento Regimental improvido” (STJ – AgRg-AG-REsp. 113.211 – (2012/0019661-0), 8-5-2012, Rel. Min. Sidnei Beneti).

“Apelação – Responsabilidade civil – **Rompimento de noivado** – Alegação de empréstimo não seria comprovado – Danos materiais afastados – Danos morais – Não caracterização de ato ilícito – Fato natural da vida – Recurso improvido – 1 – O término de um relacionamento afetivo constitui um fato natural de vida, não havendo qualquer ilicitude a ensejar a responsabilidade civil de quaisquer das partes envolvidas. 2 – É incabível o pedido de indenização por dano moral decorrente do rompimento de noivado se o episódio não é marcado por nenhum acontecimento excepcional, como violência física ou moral, e também se não houve ofensa contra a honra ou a dignidade da pessoa. 3 – A procedência do pedido de danos materiais fica condicionada à comprovação do prejuízo. No caso dos autos, a apelante não comprovou ter emprestado valores ao apelado, o que impõe o afastamento do pleito neste particular. 4 – Recurso improvido” (TJES – Acórdão 50050030407, 26-5-2011, Rel. Des. Carlos Simões Fonseca).

6 “Agravamento de instrumento – ‘De cujus’ que mantinha união estável – Companheira que deve herdar nos limites da lei – Apenasmente aquestos é que serão partilhados – Inteligência do art. 1.790 do Código Civil – Decisão reformada – Agravamento provido” (TJSP – AI 2142703-61.2016.8.26.0000, 5-9-2016, Rel. Giffoni Ferreira). Não obstante isso, cumpre frisar que a existência de prole comum supera a necessidade de um lapso temporal “razoável”. Nesse sentido: “*Dano moral* – Direito da companheira – Comprovação de união estável, independentemente do tempo de convivência – Existência de filho comum – Ação julgada improcedente – Recurso parcialmente provido, para conceder indenização por danos morais” (TJSP – Ap. Cível 2.123-4, 28-3-96, Rel. Cunha Cintra).

“Agravamento de instrumento – Ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem* – Tutela antecipada – presentes os requisitos do art. 273 do CPC – Em cognição sumária há prova da existência de união estável. Direito real de habitação. Possibilidade. Recurso provido” (TJSP – AI 2027802-17.2015.8.26.0000, 29-7-2015, Rel. Rosângela Telles).

“**União estável** – Sentença de procedência, com reconhecimento da união entre a autora e falecido convivente por período de aproximadamente dez anos, bem como do direito à metade do patrimônio do ‘de cujus’. Herdeiros citados pessoalmente que não apresentaram contestação. Demais herdeiros citados por edital. Apelação interposta por curador especial. Preliminar de nulidade da citação por edital. Medida que é justificável devido ao grande transcurso de tempo. Desnecessidade, outrossim, de expedição de ofícios a diversas repartições públicas para apurar os endereços dos citandos antes de se proceder à citação editalícia. Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça neste sentido. Provas coligidas nos autos, ademais, que ratificam a procedência da demanda. Manutenção da sentença por seus próprios fundamentos, nos termos do artigo 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Negado provimento ao recurso” (TJSP – Ap 0002478-77.1998.8.26.0510, 31-3-2014, Rel. Viviani Nicolau).

“Anulação de escritura de doação. Improcedência. **Declaração de união estável**. Inexistência de vício formal ou de defeito do ato jurídico a comprometer a higidez e validade do documento. Robusto conjunto probatório a ratificar a substância da declaração de reconhecimento de convivência pública, contínua e duradoura, com a finalidade de constituir família. Inexistência de simulação ou afronta a disposição de lei. Elementos substanciais a indicar a ocorrência de separação de fato entre o falecido e sua ex-mulher, que afasta a hipótese de concubinato impuro (art. 1723, § 1º, do cc). Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap. 0002204-75.2012.8.26.0073, 7-8-2013, Rel. Percival Nogueira).

“Apelação – **Concubinato** – Homem casado e não separado de fato com relação simultânea de concubinato. União estável afastada. Reconhecimento de sociedade de fato originária de concubinato impuro. Pensão previdenciária. Impropriedade da divisão do benefício da aposentadoria entre a esposa e a concubina. Precedentes do STJ e do STF. Sucumbência recíproca. Recurso parcialmente provido” (TJSP – Ap. 994.03.025267-4, 30-5-2012, Rel. Gilberto de Souza Moreira).

“Ação de dissolução de união estável – Relacionamento paralelo a casamento em vigor – Arts. 1.521, 1.723, § 1º e 1.727 do Código Civil atual – **Concubinato configurado** – Vínculo regido pelo direito das obrigações – Ausência de prova de contribuição da autora para com a aquisição do patrimônio – Alimentos aos filhos, porém, devidos – Art. 1.694, § 1º, do CC/2002 – Binômio necessidade/possibilidade – Sensível majoração que se impõe – Recurso parcialmente provido – 1 – O relacionamento paralelo a

casamento vigente, apesar de duradouro e acompanhado da geração de filhos, não configura união estável, mas concubinato (art. 1.727 do Código Civil), caso em que a questão patrimonial resolve-se, em regra, conforme o direito das obrigações, na categoria da sociedade de fato. Noutras palavras, qualquer retribuição por acréscimo de bens no acervo do concubino exige a prova cabal da contribuição material, essa ausente no caso, o que enseja a improcedência da divisão em tela. 2 – É devida, por outro lado, a pensão mensal exclusivamente aos filhos, cujo valor deve ser sensivelmente majorado a um salário mínimo e meio na hipótese em questão, haja vista os sinais exteriores de renda expostos pelo demandado. 3 – Recurso parcialmente provido” (TJSC – Acórdão 2011.052999-9, 29-3-2012, Rel^a Des^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

“**Direito civil. Concubinato.** Indenização decorrente de serviços domésticos. Impossibilidade. Inteligência do art. 1.727 do cc/02. Incoerência com a lógica jurídica adotada pelo código e pela cf/88, que não reconhecem direito análogo no casamento ou união estável. Recurso especial conhecido e provido. 1. A união estável pressupõe ou ausência de impedimentos para o casamento ou, ao menos, separação de fato, para que assim ocorram os efeitos análogos aos do casamento, o que permite aos companheiros a salvaguarda de direitos patrimoniais, conforme definido em lei. 2. Inviável a concessão de indenização à concubina, que mantivera relacionamento com homem casado, uma vez que tal providência eleva o concubinato a nível de proteção mais sofisticado que o existente no casamento e na união estável, tendo em vista que nessas uniões não se há falar em indenização por serviços domésticos prestados, porque, verdadeiramente, de serviços domésticos não se cogita, senão de uma contribuição mútua para o bom funcionamento do lar, cujos benefícios ambos experimentam ainda na constância da união. 3. Na verdade, conceder a indigitada indenização consubstanciaria um atalho para se atingir os bens da família legítima, providência rechaçada por doutrina e jurisprudência. 4. Com efeito, por qualquer ângulo que se analise a questão, a concessão de indenizações nessas hipóteses testilha com a própria lógica jurídica adotada pelo Código Civil de 2002, protetiva do patrimônio familiar, dado que a família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado (art. 226 da CF/88), não podendo o Direito conter o germe da destruição da própria família. 5. Recurso especial conhecido e provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 988.090 – MS (2007/0218939-6), 2-2-2010, Rel. Luis Felipe Salomão).

7 “Agravado de instrumento – Arrolamento Sumário – União Estável – Sucessão do companheiro – Decisão que reconheceu a união estável por mais de trinta anos e afastou, quanto aos demais parentes sucessíveis, a aplicação do art. 1.790, III, do Código Civil. Período de união estável corretamente fixado. Violação à cláusula de reserva de plenário caracterizada quanto à inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Incidência da Súmula Vinculante nº 10, do Supremo Tribunal Federal e do art. 97, da Constituição Federal. Constitucionalidade do art. 1.790, III, do Código Civil, declarada pelo C. Órgão Especial desta Corte. Decisão reformada em parte. Recurso parcialmente provido” (TJSP – AI 2017769-31.2016.8.26.0000, 6-6-2016, Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho). O STJ, recentemente, julgou caso que tratava de relação concubinária anterior à Constituição Federal e à legislação ordinária pertinente e, em voto basilar, o Min. Rel. Eduardo Ribeiro afirmou: “É mais que conhecido o paciente labor pretoriano em relação ao tratamento jurídico a ser emprestado às ligações decorrentes de concubinato, notadamente se duradouras. Orientou-o o evidente propósito de não permitir que, após vida em comum, às vezes por décadas, pudesse a mulher ser simplesmente despedida, ficando ao desamparo. Havendo a formação de patrimônio, que se pudesse reputar fruto do esforço comum, a partilha daquele, não necessariamente em partes iguais. Isso, entretanto, nem sempre era possível, pois o rendimento auferido poderia não ensejar poupança. Entretanto, percebendo o varão renda de trabalho, continuaria a manter-se, enquanto a mulher ficava em situação de carência. Teve-se em conta que, segundo os costumes brasileiros, a ela cabia arcar com os cuidados do lar, enquanto o homem dedicava-se a misteres profissionais, o que lhe proporcionaria sustento, nada importando persistisse ou não a vida em comum. Considerou-se, então, que aqueles trabalhos domésticos mereceriam ser remunerados” (STJ – Resp. nº 132.826 – 6-12-99 – Rel. Eduardo Ribeiro).

“Ação de reconhecimento de união e dissolução de **sociedade de fato**, para fins de partilha dos bens deixados pelo *de cujus*, de quem a autora alega ter sido companheira. Convivência iniciada em 1974 e encerrada em 1995, em razão da morte do convivente. Durante todo o período o falecido também viveu com a esposa legítima, de quem jamais se separou nem de fato e nem de direito. Provas de que os cônjuges legítimos nunca se separaram de fato. Configuração de concubinato adúltero, art. 1.727 do CC. Período de concubinato impuro imprestável para cômputo de união estável. Ausência de prova de contribuição direta da autora para constituição de patrimônio. Ação improcedente mantida. Recurso improvido” (TJSP – Ap. 9095526-60.2008.8.26.0000, 23-5-2013, Rel. Coelho Mendes).

“**Civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato** cumulada com partilha de bens e alimentos. Autora já casada. Segundo casamento declarado nulo. Impossibilidade do reconhecimento. Princípio da boa-fé. Cc anterior, art. 232, I. I. Se a autora já era casada, não poderia ter contraído novas núpcias, pelo que, nulificado o segundo matrimônio, verifica-se também

inviável o reconhecimento da existência de sociedade de fato geradora de direitos patrimoniais justamente em favor da ex-cônjuge virago, que cometeu patente ilegalidade. II. Recurso especial conhecido e provido. Ação improcedente” (STJ – REsp 513.895 RE 2003/0000029-1, 29-3-2010, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

8 “Agravamento regimental – Agravamento em recurso especial – Ação de reconhecimento e dissolução de união estável – Configuração – Súmula 7/STJ – Separação de fato entre cônjuges – Possibilidade de reconhecimento da união estável – Súmula 83/STJ – 1 – Inviável o recurso especial cuja análise das razões impõe reexame do contexto fático-probatório da lide, nos termos da vedação imposta pelo Enunciado nº 7 da Súmula do STJ. 2 – A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de que a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato ou judicial entre os casados. 3 – Agravamento regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg-AG-REsp 494.273 (2014/0069381-7), 1-7-2014, Rel.^a Min.^a Maria Isabel Gallotti). Direito civil e processual civil – **União estável – Reconhecimento e dissolução** – Partilha de bens – Comprovação de esforço comum – 1 – A Lei 8.971/1994 não tratava diretamente da questão relativa aos bens amealhados durante a constância da união estável, na hipótese de dissolução desta por vontade dos companheiros, não podendo, assim, servir como parâmetro para a divisão patrimonial de união estável ocorrida durante sua vigência. 1 – A Lei 9.278 organiza, ou fixa, sistemática própria para a produção de provas relativas à existência de esforço comum dentro da união estável, pois cristaliza a presunção *iure et de iure* de que há esforço comum, fazendo incidir à questão o disposto no art. 334, IV, do CPC, quanto a desnecessidade de se provar os fatos ‘em cujo favor milita presunção legal de existência de veracidade’. 2 – Pela natureza processual dessa presunção de esforço comum, aplica-se a norma desde o momento da vigência da Lei, para suprir a produção de provas quanto a existência de esforço comum, que passa, a partir de então, a ser simplesmente presumido. 3 – Recurso não provido” (STJ – REsp 1.159.424 – (2009/0197680-5), 19-6-2012, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

“Apelação – Direito civil – Responsabilidade por acidente de trabalho fundada no direito comum. Responsabilidade civil do empregador. Reparação de danos. Acidente do trabalho. Condenação da ré a pagar indenização ao obreiro. Autor falecido no curso do processo. Fase de execução. **Habilitação promovida pela companheira do autor; julgada procedente.** Nulidade da sentença. Ocorrência. Companheira que na qualidade de sucessora do autor tem direito ao levantamento dos valores depositados em favor do exequente. Prosseguimento da execução. Autorização para levantamento do valor incontroverso. Remessa dos autos ao contador para ratificação ou retificação dos cálculos. Apelação parcialmente provida” (TJSP – Ap. 992.08.011370-1, 16-8-2011, Rel. Amorim Cantuária).

9 “Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis – Carência de ação – Preliminar afastada – Multa moratória – Redução – Inaplicação do CODECON – Percentual razoável – Encargo locatício – Conta de energia elétrica – Obrigação configurada – De conformidade com o disposto no art. 11, inciso I da Lei de Inquilinato, morrendo o locatário, fica sub-rogado em seus direitos e obrigações o **cônjuge sobrevivente ou o companheiro**, em caso de locação com finalidade residencial. À relação locatícia se aplicam as normas previstas na Lei 8.245/91, uma vez que, em regra, locatário e locador não se encaixam na definição de consumidor e fornecedor, respectivamente, afastando-se a aplicação das regras protetivas do CODECON. A cláusula penal compensatória estipulada no caso de inexecução do contrato, visando a suprir ao credor aquilo que o inadimplemento lhe retirou, deve ser fixada num patamar razoável, suficiente para ressarcir o locador dos danos provenientes da quebra do contrato. A obrigação de pagamento de encargos locatícios referentes à conta de luz está prevista no art. 23, inciso VIII da Lei de Inquilinato, não podendo o locatário se esquivar de seu dever, mormente se este foi contratualmente previsto” (TJMG – Acórdão 1.0145.08.437756-6/001, 4-8-2011, Rel. Antônio de Pádua).

10 “Direito de família e processual civil – Recurso Especial – **Ação de reconhecimento de união estável** – Homem Casado – Ocorrência de concubinato – Separação de fato não provada – Necessidade de reexame de prova – Súmula 7/STJ – Agravamento não provido – 1- A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. 2- O Tribunal de origem estabeleceu que o relacionamento entre a autora e o *de cujus* configura concubinato, uma vez que, conforme consignado no v. acórdão recorrido, as provas documentais e testemunhal presentes nos autos não corroboram a versão de que o falecido estava separado de fato no período do alegado relacionamento. 3- A inversão do entendimento firmado nas instâncias ordinárias, na forma pleiteada pela agravante, demandaria o reexame de provas, o que é defeso em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4- Agravamento regimental não provido” (STJ – AgRg-AG-REsp. 748.452 – (2015/0176370-8), 7-3-2016, Rel. Min. Raul Araújo). “Agravamento de instrumento. **Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c partilha e alimentos.** Cumprimento de sentença. Insurgência contra parte da decisão que determinou o levantamento dos depósitos pelo agravado. Pleito de

reconhecimento das diferenças das pensões alimentícias pagas a menor pelo INSS, com os devidos acréscimos legais e de exclusão das dívidas representadas pelas notas promissórias. Perda do objeto com relação aos acréscimos legais sobre a diferença da pensão. Questão atinente às notas promissórias já decidida pela sentença e pelo v. acórdão. Recurso improvido” (TJSP – AI 2013286-26.2014.8.26.0000, 6-5-2014, Rel. Luiz Antonio Costa).

“Apelação. **Reconhecimento e dissolução de união estável** c.c pedido de partilha de bens. Improcedência, carreando ao autor os ônus da sucumbência, com fixação da verba honorária em 15% sobre o valor da causa, ressalvado o disposto no art. 12 da Lei 1.060/50. Apelo do autor pugnando pela inversão do julgado. Inconsistência do inconformismo. Certidão de casamento islâmico que, por si, não viabiliza o reconhecimento da alegada união estável. Relacionamento que, segundo demais provas dos autos, não se afigurou apto à caracterização de união estável, a qual exige convivência pública, contínua e duradoura, como objetivo de constituir família. Improcedência mantida. Negado provimento ao recurso” (TJSP – Ap. 0283418-37.2009.8.26.0000, 2-4-2013, Rel^a Viviani Nicolau).

“Apelação cível – **Ação declaratória de união estável cumulada com dissolução**. Requisitos presentes durante o período declarado. Coabitação. Desnecessária. Pretensão de direito previdenciário diversa da do direito de família. 1 – O reconhecimento da união estável, nos moldes do artigo 1.723 do Código Civil, depende da demonstração de seus elementos caracterizadores essenciais, quais sejam, a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. 2 – Mesmo que se considere relevante a coabitação, como elemento caracterizador da transposição da relação de namoro para união estável, exceções cabem neste entendimento, em especial se a coabitação, em certo período, se mostra inviabilizada por razões profissionais, circunstância externa à vontade do casal. 3 – A pretensão de direito previdenciário tem pressupostos diversos do direito de família, pelo que a sentença proferida pela justiça federal não vincula ou apaga a relação familiar existente. Apelação conhecida e desprovida” (TJGO – Acórdão 200990334287, 29-3-2012, Rel. Des. Fausto Moreira Diniz).

“**União estável** – Ação de reconhecimento e dissolução – Improcedência – Não comprovação de estabilidade e continuidade da relação – Inexistência da intenção de constituir família e da união de esforços para fins financeiros. Apelação não provida” (TJSP – Ap. 994.06.127996-5, 31-5-2011, Rel. Mauricio Vidigal).

11 “Alimentos – ação de reconhecimento e dissolução de união estável – fixação provisória – Obrigação arbitrada *initio litis* tendo em vista a aparente necessidade momentânea da autora que, apesar de jovem e com formação profissional, teve o desemprego diretamente vinculado ao fim do relacionamento – Decurso de mais de três anos desde então que, no entanto, não justifica a manutenção de elevada obrigação, sob pena de risco de dano inverso ao réu – Cabimento da redução da pensão até final decisão de mérito – Recurso provido em parte” (TJSP – AI 2102059-47.2014.8.26.0000, 16-7-2015, Rel. Galdino Toledo Júnior).

“Apelação cível – **Ação de reconhecimento e dissolução de união estável** c/c partilha de bens. Insurgência restrita à partilha de bens. Depois de reconhecida a união é que se pode ultimar a partilha. Construção da residência na constância da união estável. Presunção de esforço comum. Inteligência do art. 5º da Lei 9.278/96. Direito à meação. Exclusão do valor do terreno, onde a casa foi edificada, do montante partilhável, porque herdado pelo requerido de seus genitores. Sentença confirmada. Apelo conhecido, mas negado” (TJCE – Acórdão 0001005-94.2008.8.06.0176, 4-6-2012, Rel. Durval Aires Filho).

“**União estável. Reconhecimento e dissolução**. Bem adquirido na constância da união estável. Partilha de benfeitorias. Apuração em liquidação de sentença. Civil – União estável – Reconhecimento e dissolução – Partilha – Benfeitorias introduzidas no imóvel – Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, com divisão do patrimônio adquirido pelos conviventes. Sentença que reconheceu a união estável e negou a partilha ao argumento de que não há prova da titularidade. Postura censurável uma vez que as partes não dissentem sobre a posse do terreno e benfeitorias nele introduzidas, devendo, portanto, ser feita a partilha referente às acessões introduzidas no imóvel como se apurar em liquidação de sentença. Provimento do recurso para essa finalidade. Unânime” (TJRJ – Acórdão 0012122-32.2008.8.19.0011, 25-1-2012, Rel^a Des^a Marília de Castro Neves).

“**União estável** prova oral comprovou a convivência por aproximadamente dezoito anos – Filho comum com faixa etária compatível – Presenças dos requisitos necessários: continuidade, publicidade e notoriedade. União estável reconhecida. Questões outras sobre a dependência econômica Ou Correlata Não Integram O Pedido. Apelo Desprovido” (TJSP – Ap. 994.09.300507-0, 24-2-2011, Rel. Natan Zelinschi De Arruda).

12 Administrativo – Servidor Público – Relação Homoafetiva – Art. 226, § 3º, da Constituição Federal – Lei 9.278/96, art. 1º – União Estável – Ausência de comprovação – Sentença Reformada – 1 – Trata-se de ação, através da qual o autor objetiva o recebimento de pensão morte de servidor público civil, fundada na alegada existência de união estável que teria mantido até a data de seu falecimento, no ano de 1991. 2 – Nos termos do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 9.278/98, o

companheiro tem direito à pensão, desde que comprove ter convivido com o *de cujus* em união estável, duradoura, pública e contínua. 3 – No tocante à união homoafetiva, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo (Plenário, unânime, julgamento em 5-5-2011), em pronunciamento com eficácia *erga omnes* e Vinculante. 4 – Da análise dos documentos acostados aos autos, verifica-se que, de fato, há elementos que demonstram que o autor e o falecido eram pessoas próximas. No entanto, considerando as provas produzidas não resta comprovada a alegada união estável com intuito de constituição de família. 5 – Embora a designação expressa junto à Administração Pública não seja imprescindível para concessão de pensão, conforme já reconheceu esta Corte e o STJ, não deixa de ser incongruente que o servidor, na hipótese de efetivamente ter sido companheiro do autor, tenha deixado de registrar tal condição junto ao órgão pagador, embora tenha diligenciado outros cuidados na esfera privada para não deixá-lo desamparado. Trata-se de um forte indício de que embora tivessem uma relação próxima, não constituíam uma família, podendo muito bem haver um relacionamento fraternal ou, diante das duas décadas de diferença de idade, paternal. 6 – Tão pouco existe qualquer declaração de vontade do falecido a respeito da união estável, seja por meio de escritura pública ou por disposição de última vontade. Ademais, outras provas, se existentes, seriam muito mais aptas a comprovar o relacionamento, como comprovantes de contas bancárias conjuntas, declarações de imposto de renda ou a própria designação do autor junto ao órgão público para fins de recebimento do benefício pleiteado. 7 – Resta descaracterizada, portanto, a união estável com intuito de constituição de família, de que trata o parágrafo 3º do art. 226 da Carta Magna. 8 – A sentença recorrida que julgou o pedido procedente deve ser reformada. 9 – Apelação e remessa necessária conhecidas e providas” (TRF-2ª R. – AC-RN 0016930-07.2012.4.02.5101, 29-2-2016, Rel. Des. Fed. José Antonio Lisboa Neiva).

“União civil entre pessoas do mesmo sexo – Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas – Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) – O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família – O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana – Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade – Princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero – Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil – O art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão – A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no estado democrático de direito – A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional – O dever constitucional do Estado de impedir (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) ‘qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’ (CF, art. 5º, XLI) – A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo – Recurso de agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual – Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual. Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar – O Supremo Tribunal Federal – Apoiando – Se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – Reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria constituição da república (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar – Toda

pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna – O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – Considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – Significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do estado democrático de direito – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (OU OMISSÕES) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na lei fundamental do Estado. Precedentes. Doutrina” (STF – AgRg-RE 477.554, 26-8-2011, Rel. Min. Celso de Mello).

13 “Direito de família – união estável homoafetiva – Caracterização – Inocorrência – Intenção de viver como se casados fossem – Conjunto probatório insuficiente – Recurso não provido – As relações homoafetivas merecem tratamento isonômico ao dispensado às uniões heteroafetivas, em respeito aos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação por motivos sexuais. O reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar deve ser feito de acordo com as mesmas regras existentes da união estável heteroafetiva. A instrução probatória que não comprova de forma inequívoca a existência de relacionamento afetivo com ânimo de viver como se casados fossem inviabiliza o reconhecimento da união estável pretendido pela parte autora” (TJMG – AC 1.0024.12.174415-5/006, 21-1-2015, Rel. Edilson Fernandes).

“**Apelação cível** – Ação de reconhecimento de união estável – Elementos essenciais à sua configuração demonstrados princípio do livre convencimento motivado recurso desprovido – 1 – Para o reconhecimento da união estável como entidade familiar exige-se a (i) diversidade de sexos (união entre homem e mulher), (ii) a estabilidade na união, (iii) a continuidade da relação, (iv) a publicidade da relação, (v) a ausência de impedimentos matrimoniais, e (vi) o objetivo de constituição de família, sendo este último verdadeira *conditio sine qua non*. 2 – As provas testemunhal e documental indicam, dentre outras, que o casal pretendia formalizar a união havida através do denominado “Casamento Coletivo”, tendo inclusive atingido a exigências do “Programa Família Cidadã”. Outrossim, pela testemunha arrolada pela apelada, bem como pela informante ouvida, existia uma relação amorosa permanente, restando demonstrado ainda a publicidade da relação e a coabitação do casal. Sem dúvida, ante inclusive ao princípio do livre convencimento motivado, a apelada e o falecido tinham o *animus* de constituir família, o que realmente aconteceu. 3 – Recurso desprovido” (TJES – Acórdão 14080056592, 11-2-2011, Rel. Des. Carlos Roberto Mignone).

14 “Direito civil – Apelação – Família – Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade *post mortem* – Preenchimento dos requisitos autorizadores – Convivência pública, contínua e duradoura caracterizada – Período de vigência – Termo final – Separação de fato – Provimento parcial – 1- São requisitos para identificação da união estável, como entidade ou núcleo familiar, a convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, por meio de apoio mútuo, ou assistência mútua, no 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. 2- No caso em exame, o contexto probatório aponta que a convivência do casal findou antes do óbito do companheiro. 3- Apelo parcialmente provido” (TJAC – Ap 0703400-57.2012.8.01.0001(15.932), 14-7-2015, Rel. Des. Laudivon Nogueira).

“União estável. **Ação de reconhecimento e dissolução de união estável *post mortem*** – Autora que alega ter convivido em união estável com o autor da herança por dois anos e cinco meses, que somente se extinguiu pela morte do companheiro. Prova de relacionamento público, notório e duradouro, que configura núcleo familiar. Meação da companheira do único bem deixado pelo autor. Aplicação do artigo 1.829, II, do Código Civil. Recurso provido em parte” (TJSP – Ap. 0004748-09.2009.8.26.0407, 29-8-2012, Rel. Francisco Loureiro).

“**Reconhecimento e dissolução de união estável** cumulada com partilha de bens – Requisitos não demonstrados – Ônus da prova – Artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil – Recurso não provido. Não pode ser reconhecida a existência da união estável se as provas produzidas nos autos não demonstram a convivência pública, contínua, duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição de família, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil. Ainda que comuniquem os bens que sobrevierem aos companheiros na constância da união estável, por se presumirem adquiridos pelo esforço comum das partes, nos termos do artigo 1.658 do Código Civil e do artigo 5º da Lei nº 9.278/96, deve haver, nesse sentido, prova efetiva da aquisição, no período da união, além da inexistência de uma das hipóteses excepcionais legais, pelo que, não se desincumbindo o autor de seu ônus probatório, a teor do artigo 333, inciso I do Estatuto Processual, a improcedência do pedido é medida de rigor” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0027.08.174418-0/001, 24-2-2011, Rel. Des. Teresa Cristina da Cunha Peixoto).

15 “Apelação cível – Direito civil – Família – União estável – 1 – A união estável demanda a existência de **união contínua, pública e duradoura**. Extinta a convivência em período anterior à morte, não há que se falar em união estável” (TJMG – Acórdão 1.0024.10.144812-4/001, 9-3-2012, Rel. Oliveira Firmo).

“Apelação cível – **Família – União estável – Reconhecimento** – Impossibilidade – Ausência de requisito fático/legal – Intenção de constituir família – Inocorrência – Provas testemunhais – Ônus da prova – Manutenção da decisão de primeira instância – A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, reconhece a entidade familiar formada pela união estável entre homem e mulher, resguardando-lhe proteção jurídica. A garantia de incondicional tutela jurídica exige a reunião de requisitos legais, quais sejam: convivência contínua, pública, duradoura, com o objetivo de constituir família. Se o conjunto probatório não precisa que o relacionamento havido entre as partes se revestia dos requisitos descritos no artigo 1723, do atual Código Civil, inviável o reconhecimento da união estável” (TJMG – Acórdão 1.0024.10.183800-1/001, 30-3-2012, Rel. Armando Freire).

“**Reconhecimento/dissolução de união estável** – Direitos e efeitos – Partilha de bens – Presunção de colaboração mútua para aquisição do patrimônio – A Constituição Federal de 1988 e o atual Código Civil reconhecem e protegem a união estável entre homem e mulher, configurada a convivência duradoura, pública e contínua, e o objetivo de constituição de família. Restando comprovada a união estável, prevalece a presunção de contribuição de ambos os conviventes na formação do patrimônio do casal, na ausência de prova em contrário. Dessa forma, adequada e justa a sentença ao caso concreto e específico, reconhecendo e declarando o direito e os efeitos da união estável, proporcionais às circunstâncias fáticas demonstradas” (TJMG – Acórdão 1.0280.09.031028-3/001, 15-6-2012, Rel. Geraldo Augusto).

“**Apelação** – Pensão por morte – Concessão do benefício – Sentença de procedência – **Concubinato** – Justificação judicial reconhecendo o convívio em comum por mais de cinco anos (artigo 861 do CPC). Equipara-se à companheira a concubina para efeitos de pensão, de ex-servidor que ao tempo era desquitado, reconhecida a sociedade de fato, devida a proteção à união estável determinada pela igualdade de direitos instituída pela Constituição Republicana de 1988. Artigo 1.723, § 1º do Código Civil. Imprescritibilidade do fundo de direito (Lei Estadual nº 452/74 e Lei nº 5.478/68 e Súmula nº 85 do STJ). Obrigação de trato sucessivo. Consideram-se prescritas apenas as parcelas anteriores a 5 anos da citação. Pensão devida. Sentença mantida. Indeferido o pedido de antecipação de tutela da requerente. Recurso não provido, com observação” (TJSP – Ap. 994.08.086417-7, 19-5-2011, Rel. Oswaldo Luiz Palu).

FORMALIDADES PRELIMINARES. HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

3.1 LINEAMENTOS HISTÓRICOS

Como já apontamos, o casamento é o ato com maior número de solenidades no direito civil, no que é secundado pelo testamento. A lei procura envolvê-lo de pompa, publicidade e solenidade, de molde que garanta sua validade, bem como demonstrar sua importância no seio da sociedade. As exigências formais incluem um procedimento prévio, que antecede à celebração.

Desde a antiguidade, o casamento foi cercado de formas e solenidades, bem como de festividades. Explicam-se esses cuidados, segundo Guillermo Borda (1993:127), por três razões fundamentais: (a) evitam-se os perigos de um consentimento afoito; (b) obrigam os noivos a refletir sobre a transcendência do ato que vai ser realizado, despertando a consciência das obrigações e responsabilidades futuras; e (c) o formalismo contribui poderosamente para a vitalidade e a estabilidade das instituições. Por outro lado, a solenidade sempre foi instituto observado pelas religiões, às quais o casamento sempre esteve ligado.

Como persiste até hoje, em Roma, para que o cidadão se habilitasse ao casamento, deveria reunir certas qualidades e condições e estar isento de impedimentos. Na *confarreatio* já referida, à semelhança do que ocorria na Grécia, o casamento constava de três etapas sucessivas. A *traditio* era formalidade cumprida no lar paterno da mulher pela qual o *pater* a desligava de sua família. A *deductio in domum* era a condução da noiva até a casa do noivo. A noiva ia coberta com véu e grinalda, portando um archote, acompanhada de um cortejo que entoava hinos religiosos. Perante a casa do noivo, o cortejo detinha-se e era apresentado à noiva o fogo, representativo dos deuses do novo lar, e a água utilizada para os atos religiosos. Simulava-se um rapto, por tradição de épocas mais antigas. O noivo carregava-a nos braços e assim ingressava em seu lar. A noiva emitia gritos que eram acompanhados pelas mulheres de seu séquito. Já dentro do lar do noivo, os nubentes ofereciam um sacrifício perante o fogo sagrado dos deuses-lares, faziam uma libação, pronunciavam frases solenes e comiam juntos de um pão (*panis farreus*), ligando-se então definitivamente a mulher ao culto do marido, perante o pontífice máximo e dez testemunhas (Belluscio, 1987:228). Como se nota, as solenidades dessa época histórica tinham as mesmas finalidades modernas, quais sejam, atribuir seriedade e validade ao ato, além de torná-lo público.

A *coemptio*, também já por nós referida, no capítulo 2, desenvolvida por intermédio da *mancipatio*, assemelhava-se a uma compra e venda fictícia. A *mancipatio* também era um ato formal.

O Direito Canônico sempre tentou imprimir formalidades preliminares mais ou menos amplas ao matrimônio. Um decreto papal de 1907 determinou que essas formalidades fossem incluídas no rito matrimonial, com participação ativa do sacerdote. Essa disposição ingressou no Código Canônico de 1917 e persiste atualmente no Código de 1983, embora sem obrigatoriedade, porque cabe às conferências episcopais locais o estabelecimento das normas de habilitação. Pela disposição católica, o casamento deve ser precedido de diligências prévias para assegurar que não existe obstáculo para sua realização, validade e eficácia. Dentre essas formalidades está a publicação de proclamas.

Cita-se a Holanda, em 1580, como o país que possibilitou pela primeira vez, como opção, o casamento civil, para permitir o matrimônio dos católicos, pois a igreja holandesa era dissidente de Roma.

Após a Revolução Francesa, surge a ideia de que o casamento deveria ser regulado exclusivamente pela lei civil, como instituição que interessava à sociedade e ao Estado. Com o Código de Napoleão, o casamento civil difunde-se para outros países.

3.2 HABILITAÇÃO

Para os atos da vida civil em geral presume-se a aptidão. Alguns atos e a posição subjetiva das partes perante estes podem exigir um *plus* na capacidade que dessa forma se conceitua como legitimação. O casamento é daqueles atos de direito privado para os quais os interessados devem demonstrar uma aptidão específica, legitimação para contrair matrimônio. Nosso Código de 1916, sob a epígrafe “Das formalidades preliminares”, disciplinava o procedimento que devia ser seguido pelos cônjuges a fim de se legitimarem à celebração do casamento. O Código de 2002 trata da matéria sob a epígrafe “Do processo de habilitação para o casamento” (arts. 1.525 ss). A matéria também é regulada pela Lei dos Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, arts. 67 a 69.

Trata-se de um procedimento, pois devem ser apresentados vários documentos que seguem um caminho em busca da habilitação para o ato. Apesar de sua ineficiência material, o sistema de publicação de proclamas persiste praticamente de forma geral no direito ocidental. Esse procedimento preparatório tem três fases distintas: a *habilitação*, que se processa nas circunscrições do registro civil perante o juiz; a *publicidade* nos órgãos locais; e por fim a almejada *celebração*.

O art. 1.526 do Código Civil determina que a habilitação se faz perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. O Projeto nº 6.960/2002 coloca em termos mais lógicos essa disposição ao estatuir:

“A habilitação será feita perante o oficial do registro Civil e, se o órgão do Ministério Público impugnar o pedido ou a documentação, os autos serão encaminhados ao juiz, que decidirá sem recurso”.

A nova redação do parágrafo único desse artigo dispõe que, ocorrendo a impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz (alteração da Lei nº 12.133/2009).

Justifica-se a redação sugerida pelo fato de ser a homologação judicial uma medida burocrática e sem maior utilidade. A atuação do magistrado deverá ocorrer somente quando houver impugnação; esse o sentido do vigente texto.

O art. 1.525, do mesmo diploma, estipula que o requerimento de habilitação será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou a seu pedido, por procurador, devendo ser instruído com os seguintes documentos:

“I – certidão de nascimento ou documento equivalente”.

Impõe-se que os pretendentes comprovem a idade núbil. No sistema de 1916 era 16 anos para as mulheres e 18 anos para os homens (art. 183, XII).¹ No Código de 2002, os nubentes podem casar-se a partir dos 16 anos (art. 1.517), exigindo-se a autorização de ambos os pais, ou seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil, que passou a ser atingida aos dezoito anos (art. 1.517).

Esse documento era importante não apenas para esse item, mas também para comprovar o estado e a qualificação dos nubentes, pois devia-se verificar se estavam sujeitos ao pátrio poder ou poder familiar, tutela ou curatela (art. 183, XI do CC/1916 e art. 1.517 do presente Código), ou se estavam inseridos na restrição do art. 258, parágrafo único, II, do Código de 1916 se ele fosse maior de 60 anos e ela maior de 50. No mais recente Código, essa restrição atinge o nubente em geral, se maior de 70 anos (art. 1.641, II).

A prova é feita mediante a apresentação do termo de nascimento. Como a Lei nº 765/49 autorizou o registro de nascimento serôdio com poucas formalidades, não são mais admitidas justificações para tal, pois esse singelo procedimento as substitui. Desse modo, com essa facilidade de ser obtido o registro, cai por terra a dicção “termo equivalente” presente na lei, e mantida no atual Código, pois as justificações de idade não têm mais sentido. A única possibilidade de prova equivalente, rara é verdade, é para os nascidos antes do advento do registro civil, permitindo-se que se prove o nascimento pela certidão batismal, proveniente dos livros eclesiásticos. O presente ordenamento manteve a dicção que pode ter aplicação eventual, por exemplo, para estrangeiros cuja legislação admita outra prova de nascimento.

“II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra”.

Os incapazes necessitam de autorização de seus representantes legais para contrair matrimônio.

É necessário consentimento de ambos os pais para os menores de 18 anos no atual Código (art. 1.517).² Se analfabetos os genitores, da mesma forma autorizarão com assinatura a rogo. Se um dos progenitores estiver ausente do lar conjugal e em local não sabido, tem sido admitida a autorização de um só dos progenitores. As dúvidas devem ser sopesadas pelo Ministério Público no caso concreto que as apresentará ao juiz, se necessário.

Visto que a idade núbil é de 16 anos, os menores de 18 anos necessitarão da autorização. Ambos os pais devem autorizar e, em caso de divergência, aplicar-se-á o disposto no art. 1.631. O poder familiar cabe aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Se divergirem os pais a respeito da autorização, pode qualquer um deles recorrer à decisão judicial. Não mais se admite qualquer diferença de tratamento entre os cônjuges a partir da vigência da Constituição de 1988, cabendo iguais direitos ao pai e à mãe, razão pela qual a jurisprudência já vinha sufragando essa solução, não se aplicando mais, destarte, a solução do art. 186 do antigo Código. A mesma solução preponderará se os pais não forem casados. No sistema anterior, se os pais não fossem casados, constando apenas a mãe no registro civil, bastava sua autorização (art. 186, parágrafo único).

O menor não reconhecido pelo pai deverá ser autorizado pela mãe (art. 1.633). Se apenas o pai for conhecido e o reconheceu, dele deverá ser o consentimento. Se o menor estiver sob tutela, será necessário o consentimento do tutor. O mesmo se diga do interdito por prodigalidade, que não está inibido de contrair matrimônio e necessita da autorização do curador. O pródigo mantém plena capacidade nupcial, pois a lei não a restringe (Monteiro, 1996:36).

Note que a autorização para contrair matrimônio expedida pelos pais ou tutores pode ser revogada até a celebração do casamento (art. 1.518 do atual Código, com a redação da Lei nº 13.146/2015).

Quanto aos surdos-mudos, ou pessoas que apresentem outro grau de deficiência, que de *per si* não podem ser considerados de plano incapazes, há necessidade de avaliar se têm condições de manifestar sua vontade.

A Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência) deve ser doravante consultada nesse aspecto, pois o legislador procurou conceder todos os direitos possíveis à pessoa com deficiência. Se houver dúvida se pessoa nessas condições pode manifestar cabalmente sua vontade, deverá ser feita uma avaliação, na forma do art. 2º dessa lei. O texto desse diploma refere-se a avaliação biopsicossocial, a fim de que seja definido o grau de limitação da pessoa com deficiência (§1º).

O Ministério Público pode requerer sua audiência. Há que se verificar também o âmbito da curatela, se decretada, examinando-se se o juiz não impôs como necessária a anuência de seu curador para o ato. Como essa deficiência da capacidade apresenta gradações, se o surdo-mudo, ou pessoa que apresentar outra deficiência, estiver impossibilitado de discernir, não poderá igualmente contrair

casamento, porque não poderá manifestar sua vontade. O § 2º do art. 1.550, introduzido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, dispôs que “*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*”. O caso concreto poderá apresentar dificuldades que serão dirimidas pelo juiz se necessário, com auxílio de técnicos.

Ambos os progenitores devem necessariamente outorgar sua anuência. Havendo recusa, os interessados devem ingressar com pedido de suprimimento judicial do consentimento.³ O juiz deverá examinar se a recusa foi injusta, outorgando então o suprimimento do consentimento, nos termos do art. 1.519. Importa notar que aquele que nega o consentimento deve justificar e provar suas razões. O caso concreto definirá a justiça ou injustiça da recusa no consentimento. De acordo com o art. 1.537 do presente Código, o instrumento de autorização para casar deve ser integralmente transcrito na escritura antenupcial.

“III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento, que os iniba de casar”.

Esse documento é mais um adminículo probatório e busca atestar a idoneidade dos consortes e de suas declarações. Essa declaração pode ser assinada por parentes ou estranhos, derogando a restrição do art. 228, V, que proíbe o testemunho de parentes próximos. A Lei dos Registros Públicos é expressa nesse sentido (Lei nº 6.015/73, art. 42). O valor desse documento, como se percebe, é relativo, pois pode ser facilmente obtido.

“IV – declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos”.

Essa declaração, denominada memorial, deve ser apresentada pelos próprios interessados e por eles assinada, em conjunto ou separadamente. Com ela esclarece--se seu estado civil: casados, solteiros, viúvos ou divorciados, situação de eventual desfazimento do casamento anterior, existência de filhos etc. O local do domicílio respectivo também é importante, porque, se os nubentes residirem em diversas circunscrições do registro civil, em uma e em outra publicar-se-ão os editais. Se o Ministério Público entender necessário, havendo suspeita de tentativa de fraude para evitar a oposição de impedimento ou expedição de duplos editais, poderá requerer atestado de residência emitido pela autoridade policial (na forma do art. 1.045 do CPC/2015). Pode ser exigida justificação ou atestado de duas testemunhas, se o pretendente tiver residido a maior parte do último ano em outro Estado, provando que de lá partiu sem qualquer impedimento matrimonial. O mesmo é exigível, e com maior razão, se o interessado residiu no exterior.

Não deve ser exigido do estrangeiro prova de situação regular no Brasil. Essa exigência não

consta da lei, cuja interpretação não pode ser ampliativa, não se podendo restringir também o direito natural ao casamento (Monteiro, 1996:38). Ficará ele apenas sujeito às reprimendas administrativas e penais.

Se o requerente foi casado, deverá apresentar certidão da sentença de divórcio ou anulação de casamento ou atestado de óbito do cônjuge falecido.

“V – certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença do divórcio”.

Esses documentos objetivam evitar o casamento de pessoas já casadas. Enquanto não provada a morte do cônjuge, persiste o estado de casado. Na hipótese de morte ocorrida em naufrágio ou outra catástrofe, quando não foi possível localizar o cadáver e estiver provada a presença da pessoa no local, pode ser admitida a justificação para o assento de óbito. Ademais, o Código autoriza a decretação de morte presumida, além da hipótese de ausência, as situações descritas no art. 7º. Veja o que comentamos a esse respeito no primeiro volume desta obra.

Falecimento ocorrido no exterior prova-se pelo documento idôneo no país estrangeiro.

Na hipótese de cônjuge divorciado ou que teve casamento anterior anulado, como referido, deve ser juntada certidão da sentença, o que somente se admite com trânsito em julgado. Há questões de relevo que podem surgir nas segundas núpcias do divorciado.

Será idônea a certidão de divórcio proferida pela Justiça de país estrangeiro que o admita, ficando porém subordinada doravante à respectiva homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a emenda constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (não mais pelo STF, como anteriormente), pois se trata de sentença desconstitutiva e não meramente declaratória (art. 15 da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376 de 30-12-2010). Essa é a posição de nosso tribunal maior. Muitos autores entenderam que essa sentença era de natureza declaratória, não necessitando de homologação pelo Tribunal Superior, pois assim dispõe o art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376 de 30-12-2010. Não foi o que prevaleceu na jurisprudência, no entanto.⁴ Barros Monteiro (1996:40) comenta:

“Urge não perder de vista, no entanto, que há três espécies de ação de estado: constitutivas, destrutivas e declarativas. As primeiras são aquelas que se baseiam num julgamento, como o divórcio, a separação judicial, a interdição e a destituição do pátrio poder; as segundas, as que desfazem determinada situação, como a de nulidade ou anulação de casamento; as terceiras, finalmente, as que reconhecem certa situação, como a investigação de paternidade e a contestação de filiação”.

Nesse diapasão, não são sentenças de mera declaração as que decretam o divórcio, mas constitutivas, porque modificam o estado civil.

O § 6º do art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376 de 30-12-2010 dispunha que o divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só seria reconhecido no Brasil depois de três anos da data da sentença, salvo se houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para eficácia das sentenças estrangeiras no país. A Lei nº 12.036, de 2009, estabeleceu o prazo de um ano, em consonância com o disposto na Constituição Federal. A Emenda Constitucional nº 66/2010 extinguiu o último resquício que ainda nos prendia ao sistema passado, abolindo a separação judicial prévia, antecedente ao divórcio.

Nossa lei não exige como documento prévio para o matrimônio, como regra, exame pré-nupcial. A Constituição de 1934 chegou a mencionar essa exigência, que não foi regulamentada. Muitas legislações a exigem, como forma de atenuar deficiências congênitas da prole e evitar moléstias hereditárias. Em nosso direito, apenas se exige esse exame no casamento de colaterais de terceiro grau, ou seja, tio com sobrinha ou tia com sobrinho (Decreto-lei nº 3.200/41). Essa lei é minuciosa para reger o procedimento do exame. Os pretendentes devem requerer ao juiz da habilitação que nomeie dois médicos que atestem sua sanidade, afirmando não verificar inconveniente quanto à saúde deles e da prole para contrair núpcias. Sem esse exame, que nessa situação é requisito para as bodas, o casamento é nulo (Monteiro, 1996:44). Se o atestado médico declarar a inconveniência do casamento, prevalecerá em toda plenitude o impedimento matrimonial. Nesse ponto, o Projeto nº 6.960/2002 sugere que se acrescente parágrafo ao art. 1.521 com 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”.

3.3 SUPRIMENTO DO CONSENTIMENTO

Quando o representante do incapaz nega o consentimento para o casamento, pode ser pleiteado seu suprimento judicial, na forma do art. 1.519: *“A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz”*.⁵ O art. 1.517, como citamos, determina que se aplique o art. 1.631 do Código. Desse modo, esse suprimento de consentimento também pode ser promovido contra apenas um dos progenitores, quando o outro está de acordo com o matrimônio.

Essa ação, não tendo rito especial, deveria obedecer ao procedimento comum, ordinário, pois a lei não lhe imprimiu outro. Evidente que esse rito não atende às finalidades de presteza desse pedido. No sistema anterior, o estatuto processual disciplinava o procedimento de outorga judicial nos arts.

625 ss. Sílvia Rodrigues (1999:28) opina que deverá ser obedecido o rito do processo cautelar, pois o pedido de suprimimento do consentimento é preparatório do processo de habilitação do casamento, solução engenhosa e que tem encontrado respaldo na prática. Caberá aos juízes, de qualquer modo, zelar pela celeridade que o caso exige. Não será possível a antecipação de tutela, pois, realizado o matrimônio, não mais poderá ser revertido, e a natureza do ato não permite condição.

O magistrado deverá analisar a motivação da denegação por ambos os pais ou um deles ou pelos responsáveis. A recusa pode ter sido justa. Os motivos são os mais variados: o nubente tem vida pregressa irregular com condenação criminal; vício em tóxicos; homossexualismo; grave risco à saúde e à eventual prole. Importará o caso concreto e o prudente arbítrio do juiz.

O fato de o dispositivo legal de 1916 mencionar que a sentença ficava sujeita a recurso causava certa perplexidade. Primeiramente porque toda decisão é, em princípio, recorrível. A lei não faz referência ao recebimento desse recurso tão somente no efeito devolutivo. Ora, subordinada a decisão a ambos os efeitos, dificilmente a decisão de segunda instância atenderá ao clamor de urgência da pretensão. Certamente, melhor será para os interessados aguardar sua maioria. Por outro lado, a doutrina ainda discutia se a lei se referia ao recurso *de ofício*. Nada autorizava essa conclusão, no entanto, considerando-se, ainda, que o art. 496 do CPC não se refere a essa hipótese. Melhor seria que essa decisão não ficasse sujeita a recurso.

Legitimado para a ação será o nubente que teve a autorização recusada. Pode também a ação ser promovida contra um dos pais, se somente este recusa a autorização. Já nos reportamos sobre a aplicação do art. 1.631 do presente código.

Deve ser entendido que sua legitimação processual independe de representação ou assistência, embora, tecnicamente, devesse ser nomeado curador especial para o ato, pois irá litigar contra o interesse do pai, da mãe ou do responsável. Entende-se que também o Ministério Público e outros parentes têm legitimidade concorrente para essa ação, no interesse do menor (Rizzardo 1994:48).

Uma vez deferido o suprimimento do consentimento, o casamento será realizado obrigatoriamente sob o regime de separação de bens (art. 1.641, III). O legislador procura proteger a situação patrimonial dos cônjuges em todos os casamentos realizados com suprimimento judicial, procurando isolá-lo da noção de cupidez.

O art. 1.518 permite, por outro lado, que os pais ou tutores retratem seu consentimento até a celebração do casamento. O Estatuto da Pessoa com Deficiência retirou desse dispositivo a menção aos curadores, que ganham disciplina própria nessa lei.

Permite-se que o juiz ordene, como medida cautelar, o afastamento do menor autorizado a contrair o casamento contra a vontade dos pais, medida que é de duvidosa utilidade e não vigora, a nosso ver, no vigente Código Civil.

O suprimimento do consentimento não se confunde com a *suplementação de idade* que podia ser conferida, no sistema de 1916, ao menor de 18 anos e à menor de 16 para casar.⁶ Como acentuamos,

a idade núbil para ambos os cônjuges no Código é de 16 anos. O art. 214 do Código de 1916 dispunha que esses menores podiam casar-se para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal. Cuida-se de casos nos quais o casamento tem o condão de extinguir a punibilidade. Por extensão, entendia-se que essa suplementação também podia ser concedida para evitar que o menor se submeta às disposições punitivas da legislação de menores. Para ser tipificada essa situação, mister que tivesse sido praticada uma infração penal contra o menor ou a menor ou ato equivalente, descrito na legislação do menor e do adolescente. Não se exige a instauração de processo penal. Tratava-se de situação em que o juiz podia dispensar os proclamas. A natureza da ação, contudo, como veremos a seguir, é diversa do suprimimento. Nessa ação, a sentença suplementa a idade núbil; na outra, supre o consentimento.

O art. 1.520 do vigente Código, de forma mais acessível, dispôs:

“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”.

Cuida-se, portanto, da suplementação da idade núbil, para o menor ou a menor de dezesseis anos.⁷ Não mais se refere o Código à possibilidade de o juiz determinar a separação de corpos até que os nubentes alcancem a idade legal para o casamento (antigo, art. 214). Essa disposição sempre se mostrara inócua na prática. Em caso de gravidez, na maioria das vezes, melhor será que se autorize o casamento. É aceitável o procedimento de jurisdição voluntária nessa hipótese (arts. 719 ss. do CPC). Mantém-se a mesma ideia e alcance do dispositivo anterior.

Conforme o art. 1.641, III, o regime de bens obrigatório para o casamento em caso de suprimimento judicial também é o da separação de bens (arts. 1.687 e 1.688).

3.4 PROCEDIMENTO DE HABILITAÇÃO

A habilitação processa-se pessoalmente perante o oficial do Registro:

“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” (Com a redação da nova Lei nº 12.133, de 17 de dezembro de 2009).

Apresentados os documentos ao oficial pelos interessados ou seus procuradores, os pretendentes requererão certidão de que estão habilitados para o casamento (art. 67 da Lei dos Registros Públicos). De acordo com o art. 1.527, o oficial do registro civil deverá lavrar os

proclamas, mediante edital, que será afixado em local ostensivo, durante 15 dias onde são celebrados os casamentos e se publicará pela imprensa onde a houver. O edital será fixado nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes se residirem em circunscrições diversas do registro civil (art. 1.527). O edital tem por finalidade dar conhecimento aos terceiros para oposição de impedimento.

O Ministério Público, como afirmamos, terá vista dos autos, podendo exigir nesse momento atestado de residência ou outro documento que entender necessário (art. 67, § 1º da Lei dos Registros Públicos). Se o representante do Ministério Público impugnar o pedido ou a documentação, os autos serão encaminhados ao juiz, que decidirá em recurso (§ 2º). Trata-se de cognição sumária. Se indeferida a habilitação, os interessados deverão recorrer à ação judicial. Imaginemos que, por exemplo, uma certidão foi considerada falsa ou há dúvidas sobre divórcio obtido no exterior. A matéria deve ser vertida no processo próprio. O Ministério Público, como fiscal da lei, também tem legitimidade para essa ação.

Decorrido prazo de 15 dias da fixação do edital, se ninguém opuser impedimento e não se tratar de caso de oposição de ofício, o oficial certificará que os pretendentes estão habilitados para se casar dentro dos três meses imediatos. O art. 1.532 do corrente Código estipula que a eficácia da habilitação será de 90 dias, a contar da data em que foi extraído o certificado. O mais recente diploma prefere, como regra, disciplinar os prazos em dias e não mais em meses, como fazia o diploma anterior. Esse prazo é de caducidade. Não se realizando o matrimônio nesse período, a habilitação deve ser renovada. Outras legislações conferem prazo mais longo nessa hipótese.

“O direito brasileiro restringe-o a um trimestre para conservar mais viva na memória a publicação dos editais, franquear a denúncia de impedimento, e resguardar de maiores riscos a núpcias pretendida” (Pereira, 1996, v. 5:55).

Observe que essa certidão do registro civil habilita os pretendentes para o casamento civil ou religioso com efeitos civis. Lembre-se que, de acordo com o art. 1.512, parágrafo único, a habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, custas e emolumentos, para as pessoas cuja pobreza for declarada. Sob as penas da lei.

O procedimento de habilitação completa-se com o registro dos editais no cartório que os houver publicado, para garantia e segurança do ato, podendo ser fornecida certidão a quem solicitar. Como tem apontado a jurisprudência, irregularidade no processo de habilitação não leva à nulidade do casamento. O oficial do registro civil que transgredir seu dever de ofício nesse procedimento pode sujeitar-se às reprimendas administrativas e criminais.

O Código traz outras disposições acerca desse procedimento que não alteram seu sentido principal.

O art. 1.528 estipula que é dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos

fatos que podem invalidar o casamento, bem como sobre os diversos regimes de bens. O Código anterior não possuía dispositivo semelhante. É essencial que esclareça que na ausência de pacto antenupcial, o casamento será regido pelo regime da comunhão parcial de aquestos. Deve esclarecer os nubentes sobre os principais efeitos desse regime ou de qualquer outro que seja escolhido.

O procedimento de habilitação, inclusive o da oposição de impedimentos, é regulado pelo art. 67 da Lei dos Registros Públicos, que deverá ser examinado em conjunto com as normas do presente Código. O art. 1.529 complementa que 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. O vigente Código dá o nome de causas suspensivas aos antigos impedimentos descritos no art. 1.523. O oficial dará aos nubentes ou a seus representantes a nota de oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem ofereceu (art. 1.530). Pelo parágrafo único desse dispositivo, os nubentes podem requerer prazo razoável para fazer contraprova, bem como promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé. Pela Lei dos Registros Públicos, esse prazo era de somente três dias (art. 67, § 5º). A decisão será do juiz, após a oitiva dos interessados e do Ministério Público.

Por outro lado, estando em ordem o processo de habilitação, decorrido o prazo de edital e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial extrairá o certificado de habilitação (art. 1.531), que, como vimos, terá a validade de 90 dias a contar da data em que foi extraído, segundo o presente Código.

3.4.1 Dispensa de Proclamas

Dispõe o parágrafo único do art. 1.527 que a autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação dos editais, desde que apresentados os documentos exigidos, como é evidente.

Cabe ao juiz de direito da circunscrição, que é a autoridade competente, decidir acerca do pedido.⁸ A urgência deve ser examinada no caso concreto. A matéria está pelo art. 1.046, § 3º, do CPC/2015. De qualquer forma, deve haver manifestação judicial. A Lei dos Registros Públicos disciplina a matéria no art. 69. O § 1º dispõe que, em se tratando de pedido fundado em crime contra os costumes, a dispensa de proclamas será precedida da audiência dos contraentes separadamente e em segredo de justiça. A medida visa avaliar sua livre manifestação de vontade, tendo em vista que podem estar sofrendo vício de vontade. Acrescenta o § 2º que, produzidas eventuais provas, com ciência do órgão do Ministério Público, que poderá se manifestar em 24 horas, o juiz decidirá em igual prazo, dispensando ou não os proclamas, sem recurso, remetendo os autos para serem anexados ao processo de habilitação. Note que o CPC de 2015 inseriu capítulo para ações de família, no qual se destaca que todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual de controvérsia (art. 694).

Esse processo exige celeridade. Frisemos, porém, que o pedido deve apresentar fundados motivos, e não mero capricho para os pretendentes dispensar os proclamas. Cabe que a solução leve em consideração os aspectos do caso concreto.

¹ Ainda sob a vigência do Código de 1916, havia entendimento na jurisprudência no sentido de que, em virtude da nova ordem constitucional, não há mais que fazer a diferenciação de idade entre homens e mulheres. Nesse sentido, o Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, completando o raciocínio do Relator, afirma: “Tenho sustentado que, a partir de 5-10-88, devemos repensar todas as áreas do nosso Direito, porque há um ordenamento jurídico novo a partir da nova Constituição. Quando a maturidade existe como simples ficção de direito, ela é presumível e o que tem que se provar é a imaturidade. Hoje, na Constituição de 1988, a maturidade está ao menor de 16 anos, tanto que ele tem condições de ser uma parcela da soberania popular para votar para Presidente e Governador etc. Então, tenho que, por força da idade de 16 anos, o apelante tem presumida maturidade, e o que se deveria fazer no processo era o contrário, comprovar a imaturidade. Estou utilizando-me de um princípio que é tranquilo no Direito, só que o termo não é maturidade, é capacidade: capacidade presume-se, a incapacidade deve-se provar. O segundo elemento é a isonomia entre homem e mulher. Celso Ribeiro Bastos, no 2º vol. dos *Comentários à Constituição do Brasil*, quando comenta o art. 5º, I, da Constituição de 1988, diz não ser possível mais fazer diferença, em termos de direitos e obrigações, entre homens e mulheres. Por lei só a Constituição é que pode fazer...” (TJRS – Ap. 589007053, 18-4-89).

² “Apelação cível – **Suprimento judicial para constituição de matrimônio** – Menor sem idade núbil – Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito – Inconformismo da requerente – Pretensão de evitar a imposição de pena criminal, nos termos da primeira parte do art. 1.520 do Código Civil – Permissivo legal tacitamente derogado em razão da revogação da norma criminal justificadora que concedia a extinção da punibilidade pelo casamento da vítima com o seu ofensor – Intento Descabido – Sentença Mantida – Recurso Desprovido – Não mais se enquadrando o casamento como causa de extinção da punibilidade criminal, tornou-se inaplicável o permissivo civil que admite a constituição de núpcias por quem ainda não completou a idade núbil a fim de evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal (CC, art. 1.520)” (TJSC – AC 2015.010050-2, 15-4-2016, Rel. Des. Subst. Luiz Antônio Zanini Fornerolli).

“Apelação cível – **Ação de suprimento de idade para casamento** – Juízo *a quo* que julgou extinto o processo – Irresignação da autora – Requerente que durante o curso da demanda completou a idade autorizada para constituir matrimônio, sem a necessidade de autorização judicial. Recurso prejudicado de análise em razão da perda superveniente do objeto. Insurgência não conhecida” (TJSC – AC 2014.050985-5, Relª Desª Rosane Portella Wolff, DJe 22-7-2015).

“Apelação cível – **Suprimento judicial** para o casamento de menor prestes a completar dezesseis anos – Consentimento dos pais – Convivência – Peculiaridades do caso concreto – Proteção às relações familiares – recurso provido – Além das hipóteses permissivas contidas no art. 1.520 do Código Civil, pode o magistrado, em vista das peculiaridades do caso concreto, permitir o suprimento de menor para o casamento, principalmente tendo em vista o objetivo do legislador de proteção às relações familiares” (TJMS – Ap 0801802-09.2013.8.12.0010, 15-7-2014, Rel. Des. Vladimir Abreu da Silva).

“Civil – **Suprimento judicial de idade para casar** – Pedido julgado improcedente – Autora às vésperas de completar 16 anos, vivendo em companhia do namorado – Alegação de sofrimento e discriminação no seio de sua comunidade religiosa pelo fato da vida em comum sem casamento – Concordância dos pais – Peculiaridades do caso concreto – Análise em consonância com o objetivo do legislador de proteger as relações familiares – Autorização deferida – Recurso provido – O artigo 1.517 do Código Civil estabelece que a idade mínima para o casamento é de 16 anos. Excepcionalmente, a lei permite a contração de núpcias antes de completada a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Porém, além dessas hipóteses expressamente previstas, o juiz pode, em face das peculiaridades do caso concreto, suprir a idade de quem não completou 16 anos, mormente se a realidade dá conta da maturidade do casal no tocante à compreensão da importância do casamento, considerando o objetivo do legislador de conferir proteção às relações familiares” (TJSC – Acórdão 2012.023817-0, 1º-6-2012, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

³ O art. 185 do Código anterior estatuiu que na hipótese de divergência entre os progenitores para autorizar o casamento de filho

menor, prevaleceria a vontade do pai, ou, sendo o casal separado, divorciado ou tivesse sido seu casamento anulado, prevaleceria a vontade do cônjuge com quem estivessem os filhos. Essa disposição, como vimos, já não podia prevalecer perante os rumos dados pelo diploma constitucional de 1988, que pôs em situação de igualdade o homem e a mulher.

Corroborando com o afirmado, o STF tem sempre reconhecido sua competência para realizar a homologação de sentenças de divórcio proferidas por tribunais alienígenas (*STF – Proc-Sec 4615, 17-4-98, Rel. Carlos Velloso*).

“Civil e processual civil – Ação de suprimimento de idade para casamento c/c modificação do regime de bens pleito de alteração de regime de bens impossibilidade – Art. 1.641, III, do CC/2002 recurso conhecido e improvido sentença mantida. Casamento realizado através de suprimimento judicial, tendo em vista ser a autora menor, à época com 15 anos de idade, em virtude de constatada gravidez; obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens, nos termos do art. 1.641, III, do CC/2002; necessidade de tutela estatal do menor e impossibilidade de esvaziamento da norma; ausência de direito dos autores de escolha do regime legal de separação de bens, vez que, a observância da norma em tais casos é obrigatória; possibilidade posterior de alteração do regime de bens, quando da maioridade da autora, não havendo qualquer prejuízo às partes; recurso conhecido e improvido. Sentença mantida incólume” (*TJSE – AC 201500827416 – (14518/2016), 15-8-2016, Rel. Des. Alberto Romeu Gouveia Leite*)

“**Suprimimento de idade** – Casamento – Menor de 16 anos – Admissibilidade – Jovem que de fato já convive maritalmente com noivo – Concordância, ademais, dos genitores da menor – Suprimimento concedido – Recurso a que se dá provimento” (*TJSP – Ap 0004275-67.2014.8.26.0368, 17-9-2015, Rel. Mauro Conti Machado*).

“**Suprimimento de idade** – Art. 1.520, C. Civil – Gravidez comprovada – Convivência em união estável – Convolação em matrimônio – Garantia constitucional (art. 226, § 3º) – Sentença reformada – Revela-se possível o suprimimento de idade com a finalidade de efetivar o matrimônio, ao abrigo do art. 1.520, última parte, do C. Civil, em razão de gravidez, observando-se ainda os princípios constitucionais para a manutenção da entidade familiar e a facilitação para conversão da união estável em casamento” (*TJMT – Ap 102431/2013, Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha, DJe 24-2-2014, p. 197*).

“Civil – ECA – **Suprimimento de idade para casamento** – Art. 1.520 do Código Civil – Recurso desprovido – A autora possui 15 (quinze) anos, não está grávida, e o pedido de suprimimento judicial de idade não encontra amparo no art. 1.520 do Código Civil, hipótese de exceção a quem não alcançou a idade núbil e neste caso o consentimento dos genitores é insuficiente” (*TJDFT – Proc. 20110510115480 – (611049), 31-8-2012, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz*).

“Direito civil – **Casamento – Suprimimento de idade** – Noiva menor de 16 anos – Interpretação benévola do art. 1.520 do Código Civil brasileiro. Consentimento implícito dos genitores para o casamento. Noivado superior há mais de 2 anos. Razões de ordem moral, religiosa e familiar. Impugnação de ordem legal. Ausência de processo criminal. Irrelevância. Fim social do casamento. Noivos, atualmente, gozando de maioridade. Impedimento dissipado. Sentença confirmada. Recurso conhecido e improvido. Unânime” (*TJCE – Ap. 1339-18.2004.8.06.0064/1, 20-7-2011, Relª Desª Sêrgia Maria Mendonça Miranda*).

Ver nota 1 deste capítulo.

“Civil. Família. **Alvará judicial para suprimimento da idade núbil**. Menor de 16 anos grávida. Improcedência do pedido diante da pendência de decisão criminal sobre estupro de vulnerável supostamente cometido contra ela pelo nubente. Absolvição criminal posterior à sentença civil. Exceção do art. 1.520 do CC configurada. Sentença reformada. Recurso provido. Age cautelosamente o magistrado que, ante a possibilidade da condenação criminal do nubente, por estupro de vulnerável, julga improcedente o pedido de expedição de alvará judicial para suprimimento da idade núbil. Entretanto, a absolvição acerca do crime supracitado dá margem à reforma da sentença. De outro lado, o artigo 1.520 do Código Civil prevê a possibilidade do suprimimento da idade núbil, mediante alvará judicial, se houver gravidez” (*TJSC – Acórdão Apelação Cível 2011.042888-6, 25-10-2012, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben*).

“**Casamento** – Nubentes residentes em diversas circunscrições de registro civil. Edital de proclamas publicado a tempo apenas na sede em que realizado o casamento. Omissão da serventia que resultou na publicação do edital na outra circunscrição de registro civil somente após a realização do ato. Dispensa autorizada pelo juiz de direito, na forma do artigo 199, I do Código Civil – Mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público para anulação do ato – Segurança denegada” (*TJSP – Mandado de Segurança nº 111.022-4 – São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Luís de Macedo, 20-8-99*).

“**Pedido de dispensa do prazo** e da publicação do edital de proclamas para casamento, com fundamento em que o casal convive maritalmente há mais de quatro anos, com nascimento de dois filhos – Pedido deferido pelo juiz – Apelação da curadoria de registros públicos – Entrementes, o casamento se realizou – A reforma da decisão não desconstituiria o ato solene do casamento, o que carece de ação própria – A recorrente perdeu o interesse de agir – Apelação conhecida e julgada prejudicada. Decisão:

conhecer e julgar prejudicada. unânime” (*TJDF* – Ap. Cível 2878692, 21-6-93, Rel. Campos Amaral).

IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS. CAUSAS DE ANULAÇÃO E CAUSAS SUSPENSIVAS

4.1 LEGITIMAÇÃO E CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

Como já apontamos, o casamento é um negócio jurídico complexo. Sob sua denominação é designado não somente o negócio jurídico bilateral de direito de família, de índole contratual, como também o estado que lhe sucede. Por outro lado, não se ultima unicamente pelo consentimento dos cônjuges e as formalidades de celebração, mas depende de um procedimento prévio de habilitação perante o oficial do registro civil. Nesse diapasão, os pretendentes ao casamento devem posicionar-se subjetivamente, de molde que tenha legitimidade para o ato. Para tal, a lei fixa um rol de situações que torna o casamento nulo ou anulável ou o sujeita a algum tipo de sanção. Nesse sentido, sinteticamente, podemos afirmar que se denominam impedimentos matrimoniais as proibições que a lei atribui a pessoas que pretendem contrair determinado casamento. Cuida-se de fatos ou situações que afetam um ou ambos os contraentes ao lado dos elementos essenciais ou intrínsecos, quais sejam, a diferença de sexos, o consentimento e a manifestação de vontade. Vistos *a contrario sensu*, os impedimentos estampam requisitos para os nubentes, proibindo que se casem se não estiverem legitimados. Se, a despeito das proibições, os consortes contraírem casamento, o ordenamento reage com gradações, com a nulidade do ato, sua anulabilidade ou a imposição de sanção de outra natureza, como veremos.

Os impedimentos matrimoniais, dessa forma, operam como um obstáculo para a realização do casamento, e, se desobedecidos, o ordenamento, no presente Código, reage com sanção de nulidade (art. 1.548, II).¹

O impedimento cuida, na verdade, de *proibição de casar dirigida a uma pessoa em relação a outras predeterminadas* (Gomes, 1983:78). O conceito é de legitimação, modalidade de capacidade em sentido estrito.

A crítica constante da doutrina sobre esse posicionamento é que a lei confunde incapacidade com impedimento matrimonial propriamente dito, que se traduz em *legitimação*.

A incapacidade estampa o conceito amplo de falta de aptidão para os atos da vida civil e inibe qualquer pessoa de casar, como o menor de 18 anos e a menor de 16, no sistema de 1916; e o menor de 16 anos em geral no Código de 2002.² Lembremos que a capacidade matrimonial não coincide com a capacidade em geral. A noção de impedimento está ligada à de legitimação, importada da ciência processual. Assim, por exemplo, o ascendente não tem legitimidade para casar com o

descendente, mas pode casar-se com outra pessoa, pois tem capacidade para tal. Ocorre, na hipótese, que a relação de parentesco a inibe de casar com o parente. O Código de 2002 procurou ordenar a matéria distinguindo situações de *capacidade matrimonial*, os *impedimentos* (art. 1.521), antes referidos como dirimentes absolutos, e as *causas suspensivas* (art. 1.523), os quais no estatuto anterior eram os impedimentos de menor força, os chamados impedientes. Os impedimentos que eram conhecidos como dirimentes relativos no Código anterior são doravante tratados como causas de anulação do casamento.

Destarte, os impedimentos não se confundem com os pressupostos de existência e validade do casamento já mencionados. A pessoa impedida de casar não está incapacitada de fazê-lo, como regra geral: não pode apenas contrair casamento com certas pessoas. O impedimento é meramente circunstancial, enquanto a incapacidade é geral. Daí porque o conceito processual da legitimação explica com clareza essa “incapacidade especial” para contrair matrimônio. Orlando Gomes (1983:79) recorda ainda outra particularidade na distinção entre impedimentos e incapacidade: a ilegitimidade é correspectiva, isto é, atinge o grupo de pessoas, ascendentes e descendentes, sogro e nora etc., jamais é de uma só das partes. A incapacidade, por seu lado, atinge apenas o indivíduo isoladamente, como na menoridade. O impedimento matrimonial deve ser tratado, por conseguinte, como ausência de legitimação para o ato; falha essa que ocasiona sua nulidade.

4.2 ASPECTOS GERAIS DOS IMPEDIMENTOS

A teoria dos impedimentos teve origem no Direito Canônico. Partia-se do princípio pelo qual qualquer pessoa tem o direito natural de casar-se. Por isso, o lógico não é fixar as condições ou qualidades necessárias para o casamento, mas o oposto, isto é, estabelecer quais os casos em que o casamento não pode ser realizado. Enunciam-se as proibições e não os requisitos. A lei canônica sempre foi muito minuciosa no campo dos impedimentos, tendo influenciado todas legislações ocidentais. A lei civil suprimiu os impedimentos de índole religiosa, mantendo os que interessam à essência do instituto em prol da família e da estabilidade social.

A lei civil absorveu o sistema, partindo do pressuposto de que todas as pessoas são aptas para o casamento; somente as exceções devem ser descritas. Por exceção, não podem casar-se os que se encontram nas situações de proibição expressas. Os impedimentos estão, portanto, taxativamente enumerados e não podem ser ampliados por via interpretativa. Sob esse aspecto, os impedimentos podem ser conceituados como a ausência de requisitos para o casamento.

É nítido o caráter preventivo dos impedimentos. O oficial do registro civil deve negar-se a celebrar o matrimônio tendo conhecimento das restrições de nulidade. Por outro lado, os impedimentos abrem margem a sua oposição, cuja finalidade é de impedir a realização do ato, como denota a denominação.

É sempre oportuno advertir que nossa lei não consagrou impedimentos matrimoniais relativos à

eugenia e à saúde dos cônjuges e da prole, salvo a hipótese de casamentos de colaterais de terceiro grau (tio e sobrinha, tia e sobrinho) (Decreto-lei nº 3.200/41). Há dúvida na doutrina, mas o entendimento propende por entender que esse decreto-lei continua em vigor. A discussão está em aberto.

Algumas legislações exigem laudo médico pré-nupcial e impedem o matrimônio ou suspendem a habilitação até final de tratamento de pretendentes com determinadas moléstias, como enfermidades venéreas. Essas restrições, no estágio atual de nossa sociedade e em face dos avanços científicos, não mais se justificam. No entanto, a exigência de exames pré-nupciais como prevenção social, não constituindo impedimento, é altamente aconselhável, desde que o Estado coloque à disposição dos nubentes os meios necessários, como forma de prevenir moléstias às proles, que certamente trazem mais um fardo para a Administração.

No tocante ao casamento de estrangeiros em nosso país, aplicar-se-á a lei brasileira, quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração (art. 7º, § 1º da *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, Lei nº 12.376/2010). Como as causas de anulação, no mais recente Código, equivalem aos impedimentos dirimentes relativos e a Lei de Introdução não faz distinção, também se aplicam a esses casamentos. As causas suspensivas não se aplicam se o ordenamento pátrio desses estrangeiros nada dispuser.

4.3 IMPEDIMENTOS NO CÓDIGO DE 2002

Como mencionamos, cumpre analisar os impedimentos presentes no art. 1.521. Esses impedimentos, se transgredidos, tornam nulo o casamento. Desse modo, não podem casar-se:

“I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II – os afins em linha reta”.

Tendo em vista motivos eugênicos, éticos e morais, o parentesco é um obstáculo para o casamento. A noção intuitiva da restrição dispensa maiores digressões. A extensão dessa restrição para os colaterais varia nas legislações, mas está sempre presente. No tocante aos ascendentes e descendentes de qualquer grau, porém, é uma constante na cultura ocidental.

O impedimento relativo ao parentesco decorre da consanguinidade, da afinidade e de adoção. Doravante, não podem ser afastados os aspectos da socioafetividade em torno dos impedimentos. O Estatuto das Famílias, em projeto, ao definir parentesco afirma que este decorre da consanguinidade, da socioafetividade e da afinidade (art. 10). Nesse primeiro dispositivo, o parentesco em linha reta consanguínea persiste ao infinito, independentemente do grau. Desse modo, atinge permanentemente pais e filhas, avôs e netas, netos e bisnetas etc. que não podem casar-se entre si.

O vínculo da afinidade conta-se a partir do esposo ou esposa, atingindo os sogros. A pessoa que

se casa adquire o parentesco por afinidade com os parentes do outro cônjuge. A afinidade limita-se ao primeiro grau, pois afinidade não gera afinidade. Assim, são afins em linha reta o sogro e a nora, a sogra e o genro, o padrasto e a enteada, a madrasta e o enteado. Falecendo a filha, a sogra não pode casar-se com o genro. Trata-se de impedimento que só ocorre na linha reta, não existindo na linha colateral. A dissolução conjugal extingue a afinidade na linha colateral, de modo que os cunhados não estão impedidos de se casar. Em linha reta, porém, a afinidade nunca se extingue.

O parentesco civil é o decorrente da adoção, terminologia que deve ser afastada no atual direito de família, pois a adoção é tratada como filiação para todos os efeitos. O casamento de pessoas ligadas pela adoção desnaturaria completamente esse vínculo que equivale à família consanguínea. O mesmo deve ser dito a respeito da socioafetividade: quem se insere na família como pai ou como filho por vínculos afetivos estará dentro dos impedimentos para o casamento. O parentesco natural, por outro lado, é o derivado da união sem casamento, titulação que contemporaneamente também será afastada.

Pelo espírito e cunho moral da lei, seria irrelevante a natureza do parentesco. Mesmo na hipótese de uniões estáveis, ligações concubinárias ou esporádicas, o impedimento deveria persistir, pois esse o sentido da lei (Pereira, 1996, v. 5:59). No entanto, a maioria dos autores entende que essa não é uma restrição textual e, portanto, a interpretação não pode ser ampliativa. Justifica-se essa posição pelo fato de a união de fato, o concubinato ou o adultério não produzirem afinidade (Monteiro, 1996:52). Conclui esse autor que, pela mesma razão, nada impede que um homem despose a filha de sua amante (loc. cit.). No entanto, tendo em vista o atual estágio de proteção constitucional à união estável, é indiscutível que essa situação deve gerar os efeitos impeditivos, devendo o legislador e a jurisprudência preocuparem-se com a questão, como já faz o citado projeto. De qualquer forma, a união mais ou menos estável entre um homem e uma mulher é uma situação de fato: os impedimentos exigiriam prova, nem sempre plena, o que inviabilizaria, em muitas situações, o casamento.³

O parentesco espiritual, decorrente do batismo cristão e de atos equivalentes em outras religiões, que no direito canônico obstava o casamento de padrinhos e afilhadas e afilhados e madrinhas, não é levado em conta por nossa lei civil.

No parentesco considerado tecnicamente como ilegítimo, nem sempre é fácil identificar o impedimento. Se o filho é reconhecido pelo pai, não haverá dificuldade. Se não há reconhecimento, somente a prova de filiação poderia constatar o impedimento. Atualmente, em caso de dúvida, os exames científicos permitem a quase certeza de paternidade, o que não ocorria no passado.

A afinidade somente é obstáculo para casamento quando em linha reta, não podendo casar sogra e genro, sogro e nora, padrasto e enteada etc. De acordo com o art. 1.595, § 2º, a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução do casamento e da união estável. O Código foi expresso ao estabelecer nesse ponto também impedimento com relação à união estável. A questão é de ordem

moral. Desse modo, por exemplo, o viúvo não poderá casar-se com a mãe ou filha de sua finada esposa, assim como o filho não pode casar com a mulher de seu pai. A afinidade na linha colateral extingue-se com o desfazimento do casamento, desaparecendo o cunhadio. Desse modo, nada impede que o viúvo se case com a irmã de sua finada mulher. Aliás, civilizações antigas incentivavam essa modalidade de matrimônio.

No tocante ao impedimento agora presente quanto ao vínculo de afinidade, bem andou o atual estatuto ao ampliar o conceito para reconhecer que o impedimento também se estabelece entre cada cônjuge ou companheiro e os parentes do outro. Como apontamos, trata-se de matéria de fato que deve ser evidenciada.

“E como em linha reta a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável (§ 2º do art. 1.595) que a originou, tem-se por arremate que subsiste esse impedimento matrimonial também no caso de parentesco por afinidade decorrente de união estável” (Oliveira, 2003:144).

“III – o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante”.

Esse dispositivo deve ser examinado em conjunto com o de número V, que impede o casamento do adotado com o filho do adotante. Na verdade, no sistema geral, a proibição já consta do inciso II do dispositivo porque se trata de afinidade em linha reta. Desse modo, a presente dicção mostra-se desnecessária. No entanto, a lei procurou enfatizar essa situação.

A lei procura preservar o sentido ético e moral da família, independentemente da natureza do vínculo. A adoção procura imitar a natureza. As restrições relativas à adoção devem ser idênticas às da família biológica.

Existente a adoção, existe o impedimento. Não havendo adoção, mas mera convivência de fato da pessoa, como se filho adotivo fosse, não há impedimento para o casamento na lei atual, mas é importante que se refaça o conceito em torno da família socioafetiva. O casamento nessa situação não é ético ou moral. Lembre-se de que a adoção formalizada ainda pelo Código Civil de 1916 admite dissolução. Essa rescisão do estado familiar, porém, não tem o condão de fazer desaparecer o impedimento. Todavia, a adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e pelo Código é irrevogável e em tudo se assemelha à relação natural, não se admitindo tratamento diferenciado.

“IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive”.

Esse dispositivo cuida dos impedimentos derivados do parentesco na linha colateral. As razões que os justificam são as mesmas referentes ao parentesco em linha reta. Da mesma forma, o ambiente

familiar ficaria desestabilizado com a união de colaterais próximos. Assim, estão proibidos os casamentos entre consanguíneos (irmão e irmã), entre afins (cunhado e cunhada) enquanto perdurar o cunhadio. As restrições aos casamentos na linha colateral foram no passado mais extensas, estando hoje reduzidas ao terceiro grau, hipótese, porém, autorizada mediante parecer médico, como vimos. De fato, o impedimento entre colaterais de terceiro grau, isto é, entre tios e sobrinhos, não é mais insuperável em face da alteração introduzida na legislação (Decreto-lei nº 3.200/41).⁴ Permite-se o casamento desses colaterais se apresentado atestado de sanidade que afirme não existir inconveniente para o matrimônio sob o ponto de vista da saúde dos cônjuges e da prole. Sem esse documento, todavia, o casamento será nulo. Se o laudo médico concluir pela inconveniência do casamento, prevalecerá o impedimento. O Projeto nº 6.960, como referimos no capítulo 3, sugeriu acrescentar parágrafo a esse dispositivo para mencionar essa possibilidade de laudo médico, a permitir o casamento de colaterais de terceiro grau.

“V – o adotado com o filho do adotante”.

A lei anterior entendia não haver impedimento de o adotado casar com filho anterior à adoção, pois nesse caso não haveria vínculos familiares mais profundos. Levava-se em conta a adoção formalizada na forma do Código Civil. No entanto, há que ser considerada a natureza da adoção decorrente do Estatuto da Criança e do Adolescente e do vigente Código. Por essa modalidade, a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres (art. 41). Portanto, pelo presente dispositivo o adotado estará impedido de se casar com as irmãs anteriores ou posteriores à adoção. A restrição imposta a esse filho adotivo é de igual magnitude imposta à família biológica. Sua falta de legitimação é mais ampla, porque também persistem para ele as restrições matrimoniais decorrentes da consanguinidade por expressa menção desse mesmo art. 41 do ECA. Nesse mesmo sentido, dispunha o revogado art. 1.626 que

“a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento”.

Destarte, deixa de ter sentido um impedimento expresso em torno da adoção no direito atual, pois em tudo a adoção equipara-se à filiação.

“VI – as pessoas casadas”.

Enquanto persistir válido o casamento anterior, persiste o impedimento.⁵ Trata-se do princípio do casamento monogâmico que domina a civilização cristã. O Código Penal pune a bigamia no art. 235. Desaparecido o vínculo por morte, anulação ou divórcio, desaparece a proibição. O que a lei impede é o casamento enquanto perdurar o estado de casado do nubente. A separação judicial, extinta

pela Emenda Constitucional nº 66/2010, não libera o impedimento, porque não extingue o vínculo conjugal, mas apenas a sociedade conjugal, como não o fazia o desquite. Sua conversão em divórcio faz desaparecer o vínculo e o impedimento. Essa compreensão do dispositivo tornou-se possível após o permissivo do divórcio em nossa legislação.

O cônjuge ausente, não importando o tempo da ausência, não pode contrair novo matrimônio.⁶ O Código de 2002 passou a admitir a morte presumida nos casos de abertura de sucessão definitiva (art. 6º) e nas hipóteses do art. 7º, sem decretação de ausência. Essa presunção de morte opera, portanto, para todos os efeitos. Veja o que expusemos a esse respeito em nosso primeiro volume.

O casamento vigente no Brasil e no exterior pelas leis civis tipifica também esse impedimento. Casamento religioso, sem reconhecimento de efeitos civis, será irrelevante para a proibição. O desfazimento do vínculo conjugal em país estrangeiro deverá provar-se segundo as leis daquele país.

“VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte”.

Também nesse dispositivo é exigida a condenação criminal, não bastando a mera irrigação em processo. A proibição atinge, evidentemente, tanto o autor intelectual, como o autor material do delito. O conteúdo moral da norma é claríssimo e dispensa maiores digressões. Presume-se que ao homicida de seu cônjuge o consorte reaja com repugnância e não com afeto. O impedimento vigora na hipótese de homicídio doloso; não se aplicando ao homicídio culposo. Não se exige também a codelinquência do cônjuge supérstite, como dispunha a legislação anterior e algumas legislações do direito comparado. Irrelevante também a prescrição do crime ou reabilitação do condenado: persiste o impedimento em ambas situações.

Com a união estável sob proteção legal a partir da Constituição de 1988, o impedimento deve ser estendido a ela.

O Código de 1916 ainda dizia que não podiam se casar *“o cônjuge adúltero com o seu corréu, por tal condenado”* (art. 183, VII). O Código erigia em impedimento a condenação por adultério e não a simples infidelidade. O alcance prático da disposição era insignificante, mormente em tempos atuais em que houve a descriminação do adultério. Ainda que se pretendesse tipificar na prática o obstáculo, esbarrava-se em dois entraves, a dificuldade de prova e a necessidade de condenação penal por adultério. A jurisprudência era praticamente inexistente. Sustentou-se não ser necessária a condenação penal, bastando que o cônjuge fosse considerado adúltero no processo de divórcio, o que na sistemática do divórcio é também, em princípio, insustentável. A Emenda Constitucional nº 66/2010 elimina a noção de culpa no desfazimento do casamento.

O projeto do Estatuto das Famílias simplifica o rol dos impedimentos, não mais se reportando à adoção, nem mais trazendo os impedimentos relativos, mas fazendo apenas referência à validade do casamento.

4.4 CASAMENTO ANULÁVEL. IMPEDIMENTOS RELATIVOS

Como já expusemos, os impedimentos dirimentes relativos no Código de 1916 tornavam o ato anulável. Eram proibições em prol dos próprios interessados, de modo que o ordenamento deferia somente a eles a iniciativa de anulá-los. Tinham por objeto proteger pessoas que se encontram sob determinadas situações subjetivas, sob condução de vontade ou em estado etário que denota imaturidade para o matrimônio. De forma mais técnica, o vigente Código transplantou essas situações para casos específicos de anulabilidade, no art. 1.550. Desse modo, não há mais que se falar em impedimentos, mas em causas de anulação. Assim, dispõe esse dispositivo que é anulável o casamento:

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

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

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

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

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

VI – por incompetência da autoridade celebrante”.

Devemos voltar a esses dispositivos quando do exame das nulidades do casamento em geral. No entanto, é importante que já sejam fixadas as noções básicas ditadas pela lei.

“I – de quem não completou a idade mínima para casar”.

Quem não atingiu a idade núbil não pode casar-se. A idade núbil é determinada em prol dos próprios nubentes, pois o ato e o ingresso no estado de casados implicam em responsabilidades que exigem maturidade. O direito comparado nos dá exemplos de diversas idades mínimas para o casamento. Trata-se de opção do legislador. O direito anterior ao Decreto nº 181/1890 estabelecia a idade matrimonial em 12 anos para a mulher e 14 anos para o homem. O Código Civil de 1916 fixou-a em 16 anos para a mulher e 18 anos para o homem. O Código de 2002 reduziu-a, para ambos os sexos, para 16 anos (art. 1.517). A presunção é que nessa idade os nubentes já atingiram a maturidade biológica e sociológica suficiente para o matrimônio. Se, por um lado, há uma idade mínima, não existe idade máxima, nada impedindo que pessoas de idade proecta contraiam matrimônio. Nessa última hipótese, o ordenamento apenas opõe restrições quanto ao regime de bens. Também não existe impedimento algum relativo à diferença de idade entre os cônjuges. No sistema anterior, a diferença de idade núbil para o homem e para a mulher devia-se ao fato de a mulher atingir mais cedo o desenvolvimento fisiológico. O novel legislador, porém, houve por bem igualar a idade núbil para ambos os sexos, seguindo o princípio geral de igualdade entre o homem e a mulher.

Já nos referimos no Capítulo 2 quanto ao pedido de suplementação de idade para os sujeitos que ainda não atingiram a idade matrimonial. Os julgados sempre realçaram, nessas hipóteses, o aspecto social e moral para possibilitar o casamento (TJSP, Ap. Nº 234.273, Rel. Eduardo Braga, 17-8-95).⁷ Nesse mesmo diapasão, estatui o art. 1.551 que não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez. O legislador prefere que a família seja regularizada, independentemente da idade núbil. Do mesmo modo, também a idade matrimonial pode ser suplementada judicialmente na hipótese de gravidez. As decisões também têm sido flexíveis a esse respeito. Já se decidiu, por exemplo, que menor de 16 anos que não está grávida, mas já conviva com o noivo, pode ter suplementada sua idade, não havendo que esperar que engravide, mormente se os pais estão de acordo para o casamento (TJSP, Ap. 202.371-1, Rel. Des. José Osório, 2-3-94). Compete, em princípio, aos juízos da Infância e da Juventude processar esses pedidos (TJSP, Ap. 19.665-0, Rel. Des. Lair Loureiro, 6-12-93). No sistema do Código de 1916, nessas situações, o juiz podia ordenar a separação de corpos até que os cônjuges atingissem a idade legal. Esse dispositivo se mostrara inócuo, contra a natureza do casamento e não mais é repetido pelo Código de 2002. Recorde-se, ainda, que todo casamento realizado mediante autorização judicial seguirá o regime de separação obrigatória de bens (art. 1.641, III; antigo, art. 258, IV).

Se o casamento se realizou antes da idade matrimonial de um ou de ambos os nubentes, com subterfúgio de documento falso ou outro estratagema, será negócio jurídico anulável. O sistema de nulidades no campo do direito de família e especificamente em sede de direto matrimonial afasta-se bastante das regras aplicadas para o negócio jurídico em geral. Sob esse prisma, diz o art. 1.553 que o menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial. Trata-se de ratificação do ato. Como se trata de negócio anulável, ao completar a maioridade o ato continuará gerando todos os efeitos, ainda que o sujeito não confirme o casamento. Destarte, se já maior, pode confirmar o casamento a qualquer momento, inclusive quando o matrimônio for questionado por terceiros. A intenção legal é aproveitar o casamento como negócio eficaz sempre que isso for possível. Somente se decretará sua invalidade em situação absolutamente definida.

Contempla ainda o art. 1.552 que a anulação do casamento dos menores de 16 anos somente pode ser requerida pelo próprio cônjuge, por seus representantes legais e por seus ascendentes.

Os prazos para as ações de anulação de casamento em geral são firmados pelo art. 1.560 do presente Código Civil. No caso dos menores de 16 anos, o direito de anular o casamento extingue-se em 180 dias, contado o prazo do dia em que o menor completou essa idade, e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes.

“II – do menor em idade núbil não autorizado por seu representante legal”.

Os que se acharem sob o poder familiar ou sob poder tutelar ou curatelar necessitam de

anuência dos responsáveis. Pai e mãe devem autorizar. Se divergirem entre si, deve ser obtida a autorização judicial, quando injusta a denegação (art. 1.519), assim como quando impossível de ser obtida a autorização. Os menores emancipados não necessitam autorização. A autorização pode ser revogada até a celebração do casamento (art. 1.518). O Estatuto da Pessoa Deficiente retirou desse dispositivo a menção aos curadores, que ganham disciplina própria nessa lei. Já estudamos aspectos acerca dessa autorização judicial no Capítulo 3.

Há outras pessoas que se colocam em situação de necessidade de autorização de autoridade para se casar, como, por exemplo, os diplomatas que pretendam casar-se com estrangeiros, mas a omissão não inquina o casamento, apenas sujeitando o agente a reprimendas administrativas. O casamento de funcionários diplomáticos e militares é regido pelo Decreto nº 93.325/86 e pela Lei nº 6.880/80.

O art. 1.555 do Código Civil de 2002 estatui que o casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em 180 dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários. Ninguém mais terá legitimidade para inquirar esse casamento. Esse prazo, conforme o § 1º do art. 1.555, será contado do dia em que cessou a incapacidade, quando por iniciativa do próprio nubente, a partir do casamento, quando por iniciativa dos representantes legais e, por fim, no caso dos herdeiros, a partir da morte do incapaz. Ainda, segundo o § 2º desse artigo, não se anulará o casamento quando a sua celebração houverem assistido os representantes legais do incapaz, por qualquer modo, manifestando sua aprovação. O silêncio do representante do menor presente ao ato do casamento gerará, em princípio, salvo prova em contrário, a aprovação do ato. Da mesma forma, não poderá voltar-se contra a higidez do ato o representante do incapaz que o auxiliou nos préstimos do casamento e se manifestou, por atitudes ou conduta, sua aquiescência tácita ou implícita ao casamento do incapaz. Verifica-se, portanto, que nessas situações o legislador deixa intencionalmente estreitos os caminhos para ser anulado o casamento.

“III – por vício de vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558.”

Quanto aos vícios de vontade, a manifestação dessa vontade, ou seja, o consentimento, é pressuposto intrínseco do casamento. Sem ele, o ato inexistente, como afirmamos. Não basta, porém, que esse consentimento exista; é necessário que seja livre e espontâneo, não viciado, a fim de que tenha eficácia. O dispositivo em análise reporta-se aos arts. 1.556 a 1.558. Como veremos a seguir, esses artigos referem-se ao erro essencial e à coação, aplicação especialíssima dos vícios de vontade ao casamento.

“IV – do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento.”

A lei refere-se aos incapazes de consentir e de manifestar seu consentimento, de modo inequívoco. O Código trata dos incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade no art. 4º. Era nulo o casamento daquele que é portador de moléstia mental permanente (art. 1.548, inciso I, revogado pela Lei nº 13.146/2015). Será anulável o casamento daquele que, no momento do consentimento, não tinha o devido discernimento, estando, por exemplo, sob efeito de drogas ou em estado de inconsciência. É evidente que nessas situações não há necessidade de decreto de interdição. Na nomenclatura do Código de 1916, inseriam-se nesses dispositivos os decantados loucos de todo o gênero e os que, ainda que transitoriamente, não podiam exprimir sua vontade. Como apontamos no estudo da parte geral, não há incapacidade dos surdos-mudos ou dos deficientes visuais que puderem exprimir sua vontade.

O prazo para a anulação de casamento nessa circunstância é de 180 dias da data da celebração (art. 1.560, I).

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

A situação retrata hipótese de casamento por procuração. Não vemos muita utilidade nessa modalidade, presente também no direito anterior, ainda porque, como se vê, abre-se mais uma possibilidade de anulação no matrimônio. A revogação do mandato retira a legitimidade para o ato e deve ser comunicada ao mandatário e ao outro nubente. Cai por terra essa possibilidade de anulação se o matrimônio consumou-se pela coabitação.

O art. 1.542 ocupa-se do casamento celebrado por procuração. O instrumento deve ser público com poderes especiais. O Código de 1916 silenciava a respeito do instrumento público, o que gerava dúvidas. O § 1º desse dispositivo estatui que a revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário, mas, celebrado sem que o mandatário ou o outro contraente tivesse ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos. Na verdade, na prática incumbe que o mandante tome todas as providências para comunicar a revogação ao mandatário ou ao outro contraente. Acrescentam ainda os §§ 3º e 4º do artigo que esse mandato somente poderá ter eficácia por 90 dias e que sua revogação somente se fará por instrumento público. O § 1º do art. 1.550 equipara à revogação a decisão judicial que decreta a invalidade do mandato, pois os efeitos são idênticos.

Nada impede, também, que cada nubente seja representado por um mandatário, pois não há proibição no ordenamento. Mas, devem ser dois os mandatários para que possa ocorrer o encontro de vontades.

São tantos os problemas que podem advir de um mandato para casamento, que melhor seria que o instituto fosse banido do ordenamento, pois não seria sentida sua omissão. Voltaremos ainda ao

tema. Poder-se-ia unicamente mantê-lo para o cônjuge que estivesse em risco de vida no casamento nuncupativo, a ser estudado.

De acordo com o art. 1.560, § 2º, o prazo decadencial para a anulação desse casamento é de 180 dias, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração.

“VI – por incompetência da autoridade celebrante.”

A infração refere-se à incompetência relativa ou em razão do lugar (*ratione loci*) do juiz de casamentos. Só terá validade, em princípio, o casamento realizado pelo juiz do distrito onde se processou o procedimento de habilitação. Será anulável o casamento realizado por juiz que não está em exercício ou o celebra fora dos limites de seu distrito. No entanto, o próprio ordenamento protege o estado de aparência, ao declinar no art. 1.554 que subsiste o casamento celebrado por quem, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamento, e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil.⁸

Será de dois anos, a contar da data da celebração, o prazo para ser intentada a anulação de casamento nessa hipótese (art. 1.560, II).

A origem do dispositivo encontra-se no direito canônico que atribuía a competência para celebrar casamentos ao pároco, ao sacerdote ordinário do local ou a outro sacerdote delegado.

No sistema anterior, a hipótese também cuidava de incompetência relativa. No entanto, se o casamento é celebrado por um impostor ou autoridade não relacionada com o instituto do casamento, delegado de polícia, ministro de Estado, prefeito municipal, por exemplo, a situação é de inexistência e não de nulidade. Desse modo, somente na hipótese de juiz de casamentos incompetente, tal matrimônio se convalidará se não alegado no prazo de dois anos de sua celebração, como menciona a lei. No entanto, a hipótese em questão deve ser examinada com cautela. Sempre que o casamento, ainda que realizado por autoridade absolutamente incompetente, tiver um assento no Registro Civil, necessário faz-se ação de anulação para afastar esse efeito material, levando-se em conta também a hipótese de aparência aqui declinada. Se estiverem os cônjuges de boa-fé e tudo levando--os a crer na existência do matrimônio, não há como tê-lo por inexistente. Como completa nesse mesmo raciocínio Sílvio Rodrigues (1999:80): se os nubentes *“procuram deliberadamente autoridade incompetente a fim de celebrar seu casamento, é evidente que não podem alegar o vício que o inquina”*. Recordemos que nosso próprio ordenamento abre válvulas à validade do casamento até mesmo na ausência de autoridade celebrante, como é o caso do casamento nuncupativo e o casamento religioso com efeitos civis sem prévia habilitação. O prazo de dois anos do dispositivo é decadencial, como todos os prazos referentes a direito de família e da parte especial no atual Código.

4.5 CAUSAS SUSPENSIVAS

Finalmente, os anteriormente denominados impedimentos impedientes ou proibitivos não dirimem ou inquinam o casamento. O Código de 2002, de forma mais técnica, passa a denominá-los de “*causas suspensivas*”. Estas objetivam apenas impedir sua realização. Se realizado o consórcio com sua infringência, o casamento é válido, impondo, contudo, a lei apenas sanções de natureza diversa. O projeto do Estatuto das Famílias preferiu não contemplar essas causas. O atual ordenamento denomina causa suspensiva porque sua arguição, na forma do art. 1.524, suspende a realização do casamento, até que a causa seja eliminada. Ocorrendo o casamento com inobservância das causas suspensivas, o regime de bens será obrigatoriamente o da separação (art. 1.641, I). Ainda, o art. 1.489, II, dispõe que os filhos terão hipoteca legal sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior.

Dispõe o art. 1.523 do Código que não devem casar-se:

“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”.

A razão desse impedimento ou causa suspensiva é evitar a confusão de patrimônios. Casamento dessas pessoas antes do inventário e da partilha poderia trazer dificuldades para identificação do patrimônio das distintas proles por dificuldade de sua identificação. Por outro lado, a proibição visa também evitar que o novo casamento do agente proporcione proteção patrimonial maior à nova prole.⁹

O parágrafo único do art. 1.523 permite que, nessa hipótese, os nubentes solicitem ao juiz que não seja aplicada a causa suspensiva, provando a inexistência de prejuízo para os herdeiros. Se não houver patrimônio a ser partilhado, por exemplo, não há qualquer prejuízo. A hipótese equivale àquele procedimento que, no passado, equivaleria ao chamado “inventário negativo”, isto é, um inventário para provar que nada havia a ser partilhado. A situação aplica-se, porém, a critério do juiz que examinará o pedido, a todas as situações nas quais se comprove que não há prejuízo ao herdeiro.

“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”.

A restrição busca impedir a confusão de sangue (*turbatio sanguinis*). A previsão do legislador segue a mesma linha do dispositivo anterior, acrescentando-se que aqui se procura evitar dificuldade de identificação da paternidade. Nada que hoje a ciência genética não possa superar. Esse impedimento deve ser aplicado também nos casos de divórcio, em princípio, pois as razões são idênticas. Caio Mário da Silva Pereira (1996:68) lembra que se deve abrir exceção para o caso de o casamento anterior ter sido anulado por impotência *coeundi*, desde que absoluta e anterior ao matrimônio, ou quando fica evidente das circunstâncias a impossibilidade física de coabitação dos

cônjuges na união anterior.¹⁰

Assim como no direito anterior, pode ser dispensada a causa impeditiva se a nubente provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência desse prazo de 10 meses (art. 1.523, parágrafo único, segunda parte).

“III – o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”.

Trata-se de inovação no novel ordenamento. Nessa situação, também o que se busca evitar é a confusão de patrimônios de ambos os consórcios. Na forma do parágrafo único do art. 1.523 já mencionado, aqui também é permitido que os nubentes requeiram dispensa da causa suspensiva, se provarem que não haverá prejuízo para o ex-cônjuge. Não há óbice ao divórcio sem a partilha de bens no atual sistema, mas, nessa hipótese, vigorará, em princípio, a causa suspensiva para o novo casamento.

“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”.

A razão desse impedimento justifica-se pela eventual possibilidade de o incapaz ser jungido a contrair matrimônio para isentar o administrador de seus bens da prestação de contas. A restrição é intuitiva. A lei exige que ocorra a prestação de contas devidamente homologada, não bastando a mera quitação pelo interessado.

No Código de 1916, o impedimento superava-se, no entanto, com a permissão paterna ou materna por escrito autêntico ou testamento, presumindo-se que ninguém melhor que os pais para defenderem os interesses dos filhos. Para evitar conluíus e tendo em vista o pequeno alcance da norma, não foi ela repetida no mais recente diploma.

No Código revogado, não podiam casar o juiz ou escrivão e seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com órfão ou viúva, da circunscrição territorial, onde um ou outro tivesse exercício, salvo licença especial do presidente do Tribunal de Justiça, sob pena de ser adotado o regime de separação de bens. O objetivo era evitar que houvesse eventual aproveitamento dessas situações narradas por parte dos servidores referidos. Essa causa suspensiva não mais está presente no presente ordenamento.

4.6 OPOSIÇÃO DE IMPEDIMENTOS

A função dos impedimentos, como a própria denominação está a denotar, é suspender a

realização do matrimônio. Se esse se concretiza com sua infração, cabíveis serão as ações de nulidade ou anulação.

O art. 1.522 do Código mantém orientação no sentido de que os impedimentos elencados no art. 1.521 podem ser opostos até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz. Da mesma forma, de acordo com o parágrafo único do art. 1.522, o juiz ou o oficial de registro que tiver conhecimento da existência de algum impedimento será obrigado a declará-lo. Se esses servidores se omitirem a esse respeito, responderão civil, administrativa e criminalmente.

As causas suspensivas podem ser arguidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consanguíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consanguíneos ou afins (art. 1.524).

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). Como apontamos no capítulo 3, o oficial do registro civil dará aos nubentes, ou a seus representantes, nota oficial da oposição, indicando os fundamentos, as provas, e, se não se tratar de oposição de ofício, deverá declinar o nome do oponente (art. 1.530). Aos nubentes é deferido fazer prova contrária. O efeito da oposição é suspender a celebração, que não poderá ocorrer enquanto não decidido o incidente. Se julgado improcedente, levanta-se a proibição, devendo ser extraído certificado de habilitação. Julgado procedente, o casamento não se realizará, ressalvado às partes recorrer às vias ordinárias.

O procedimento é sumário, regulado pelo art. 67, § 5º, da Lei dos Registros Públicos. Os nubentes, pela lei registrária, devem indicar suas provas em três dias. Esse prazo exíguo, de acordo com o vigente Código, pode ser dilatado, como vimos no Capítulo 3, podendo ser concedido prazo razoável aos nubentes (art. 1.530, parágrafo único). Desse procedimento participará necessariamente o Ministério Público. Produzidas as provas em 10 dias, ouvidos os interessados em cinco dias, o juiz decidirá em igual prazo. Essa decisão é de índole correcional, com procedimento de regulamentação especial, não fazendo coisa julgada. Se os nubentes não se conformarem com a decisão contrária, a matéria pode ser versada em processo judicial. Por outro lado, autorizado e consumado o casamento, os fatos dos impedimentos e suas provas respectivas poderão lastrear ação de nulidade ou anulação.

Impedimentos opostos por má-fé dão margem à possibilidade de os responsáveis serem acionados por perdas e danos, que no caso serão fortemente de índole moral, como expressamente permite a atual Constituição. Essa ação indenizatória submete-se aos princípios gerais de responsabilidade aquiliana.

Lembre-se, por fim, de que nosso ordenamento não autoriza a dispensa dos impedimentos como o Direito Canônico e outras legislações.

1 Na antiga denominação, conforme o Código de 1916, os *impedimentos dirimentes* são os que constituem obstáculo para a celebração de um casamento válido. Os oito primeiros impedimentos do antigo art. 183 eram *absolutamente dirimentes*, porque levavam à nulidade do ato. Os quatro seguintes eram os *relativamente dirimentes*, porque tornavam o casamento anulável. Os últimos quatro impedimentos do artigo eram os *proibitivos ou impeditivos*, que o corrente Código denomina “causas suspensivas”, cuja infração não torna o ato nulo ou anulável, mas sujeita os nubentes a alguma sanção, atualmente a separação obrigatória de bens.

2 Ver nota 1 do Capítulo 3.

3 O parentesco decorrente da filiação anteriormente denominada espúria, proveniente de adultério ou incesto, pode ser evidenciado por todos os meios de prova. O art. 184 do antigo Código se referia à confissão espontânea dos ascendentes da pessoa impedida, assegurando-lhes o segredo de justiça. Não se tratava de reconhecimento de paternidade, mas de declaração destinada unicamente ao impedimento matrimonial. Lembre-se de que para a prova do parentesco podem ser admitidas todas as provas legais.

4 “**Casamento avuncular** impedimento legal Dec.-Lei nº 3200, de 1941 mitigação prole eventual caráter protetivo da lei ‘casamento avuncular – Impedimento – Decreto-Lei 3.200/41 – Mitigação – Proteção da prole – Ação declaratória de nulidade de casamento, ajuizada pelo apelante através da qual alegou ter vivido em união estável homoafetiva com o falecido marido da ré que, por seu turno, era sobrinha do *de cujus*. Requereu, em razão disso, a declaração de nulidade do casamento por infringência de impedimento legal. A existência de união homoafetiva entre o autor e o falecido não guarda relação com o pleito contido neste processo, na medida em que este se trata de ação de nulidade de casamento. A possibilidade de casamento avuncular é descrita pelo art. 1º, do Decreto-Lei 3.200/41. Tal e regulamentada pelo art. 2º norma foi editada com o precípua propósito de proteger a prole, advinda do casamento, de possível malformação genética, afastando-se a possibilidade de defeitos eugênicos dos eventuais descendentes. Assim, diante da constatação de que a ré havia se submetido à histerectomia total antes da boda, a apresentação dos atestados tornou-se despicienda. Recurso desprovido, nos termos do voto do Desembargador Relator” (TJRJ – AC 0012992-63.2011.8.19.0208, 18-7-2015, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo).

“Apelação cível – Direito Previdenciário – Pensão por morte – **União estável avuncular** (tio e sobrinha) – Reconhecimento para fins previdenciários – Inadmissibilidade no caso concreto – Em tese, não haveria impedimento legal a obstar o direito à pensão previdenciária deixada por tio à sobrinha, acaso comprovada a união estável. Para o reconhecimento da união estável, de se supor a intenção do casal de constituir família. Sendo um pressuposto de ordem subjetiva, imperiosa a demonstração de que, entre as partes, estava presente o afeto e a intimidade normal à relação entre homem e mulher, tratando-se de casal heterossexual. Em que pese a fé pública da escritura de união estável, quando da declaração o falecido servidor já estava com a saúde debilitada, fazendo-se evidenciar o conhecido casamento-negócio, o que não dá direito à parte postular a condição de dependente para fins previdenciários (art. 9º, II, da Lei Estadual nº 7.672/82). Apelo desprovido” (TJRS – AC 70068966894, 19-5-2016, Rel. Des. José Aquino Flôres de Camargo).

5 “**Conversão de união estável em casamento** – Habilitação do casamento obstada por se tratar de relacionamento homoafetivo – Viabilidade jurídica inquestionável – A conversão da união estável em casamento é garantida pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal, segundo a qual ‘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’. O fato de o relacionamento ser homoafetivo já foi superado pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132-RJ e na ADI 4.277-DF, que tem efeito *erga omnes*, de modo que reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é constitucionalmente viável e, frise-se, socialmente justo. A conversão da união estável em casamento foi garantida pela Resolução nº 175 do CNJ que veda, às autoridades competentes, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (art. 1º). Apelo conhecido. Provimento negado” (TJSC – AC 2012.060613-9, 1-7-2015, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

“Apelação cível – Direito de família – **Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo** – Impugnação de registro pelo Ministério Público – Lei de registros públicos. Cabimento de recurso – Ausência de permissivo legal – Interpretação do artigo 1.514, do CC – Autorização para homem e mulher – Orientação conferida pelo STF no julgamento da ADPF nº 132/RJ e da adi nº 4.277/DF e pelo STJ no RESP 1183378/RS – Recurso não provido – I – Considerando os termos da Lei de Registros Públicos e a divergência existente sobre o cabimento de recurso contra a decisão que julga a impugnação do registro de casamento e em atenção aos precedentes de nosso Tribunal sobre o tema, admite-se a pretensão recursal, mesmo porque necessário se faz firmar o entendimento de nossa Corte Estadual quanto ao tema aqui em debate. II – A união de pessoas do mesmo sexo reverberou em nossa sociedade com o julgamento relativamente recente na Suprema Corte da ADPF nº 132/RJ e ADI 4.277/DF, sob a Relatoria

do iluminado Min. Carlos Ayres Britto. A interpretação conferida pelo STF ao tema já ressoou nos Tribunais pátrios e no âmbito do CNJ, a ponto de se impor aos Cartorários do Registro Civil, a aceitação indistinta de habilitação de casamento de pessoas do mesmo sexo, tal como ocorreu em nosso Estado, por meio do Ofício-Circular nº 59/2012, oriundo da Corregedoria-Geral da Justiça.

III – No julgamento da ADPF nº 132/RJ e ADI 4.277/DF, cuidou o Supremo Tribunal Federal em conferir interpretação conforme à constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, a entender como família a união homoafetiva. Assim, há de se considerar que a Constituição Federal, em seu artigo 226, confere à família especial proteção do Estado, incluindo neste albergue o casamento civil, e é por esta razão, que se estende, ou melhor, se confere aos casais homossexuais, enquanto família, o direito ao casamento. IV – ‘Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar’ (REsp 1183378/RS). V – A interpretação conferida pelo STF e pelo STJ ao tema, visa conferir efetividade a regras basilares do estado democrático de direito, alçadas como valores supremos de nossa sociedade, como a dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, inclusive a sexual, à igualdade e a vedação ao preconceito. VI – Recurso conhecido, mas não provido” (TJES – Ap 0000201-61.2013.8.08.0026, 12-2-2014, Rel. Des. Jorge Henrique Valle dos Santos).

“Agravamento regimental – Decisão mantida por seus próprios fundamentos – Administrativo – Pensão estatutária – Companheira – **Concubinato** – Impossibilidade – Precedentes – 1 – Não há como abrigar agravo regimental que não logra desconstituir os fundamentos da decisão atacada. 2 – A relação concubinária, paralela ao casamento válido, não pode ser reconhecida como união estável, salvo se configurada a separação de fato ou judicial entre os cônjuges. 3 – Existência de impedimento para a convalidação da relação concubinária em união estável. 4 – Agravo regimental improvido” (STJ – AgRg-REsp 1.147.046 (2009/0185672-7), 26-5-2014, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior).

“**Apelação cível.** Ação declaratória de união estável paralela ao casamento. Companheiro falecido. Impossibilidade. Sentença mantida. Houve relacionamento duplo pelo varão, que, enquanto entretinha a união com a autora, preservava íntegro, no plano jurídico e fático, seu matrimônio. Tratou-se, pois, de uma relação adulterina típica, que se amolda ao conceito de concubinato (art. 1.727 do CCB), e não de união estável. Nosso ordenamento jurídico, no âmbito do direito de família, é calcado no princípio da monogamia. Tanto é assim que, um segundo casamento, contraído por quem já seja casado será inquestionavelmente nulo e, se não são admitidos como válidos dois casamentos simultâneos, não parece coerente admitir-se como apto a constituir uma entidade familiar produtora de todos os efeitos jurídicos uma união de fato (união estável) simultânea ao casamento – sob pena de se atribuir mais direitos a essa união de fato do que ao próprio casamento, pois um segundo casamento não produziria efeitos, enquanto aquela relação fática, sim. Ademais, há regra proibitiva expressa em nosso ordenamento jurídico, qual seja o § 1º do art. 1.723 do CCB, ao dispor que ‘a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521’, somente excepcionando essa circunstância diante da comprovada separação de fato do casal matrimonial, o que não se verifica no caso em exame. Admitir-se como união estável uma relação adulterina significa afronta direta à norma, cuja não aplicação somente se justificaria sob o argumento de sua inconstitucionalidade. E, se esgrimida tal tese, indispensável seria suscitar incidente de inconstitucionalidade, perante o Órgão Especial deste Tribunal, diante da cláusula constitucional da reserva de plenário. Jurisprudência consolidada no STJ e no STF. Por maioria, negaram provimento, vencido o des. Relator” (TJRS – Acórdão Apelação Cível 70051386100, 7-2-2013, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz).

“Direito civil. Família. **Ação de reconhecimento e dissolução de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo** cumulada com partilha de bens e pedido de alimentos. Presunção de esforço comum. 1. Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela. Essa circunstância não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, os quais devem estar preparados para regular as relações contextualizadas em uma sociedade pós--moderna, com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. 2. Os princípios da igualdade e da dignidade humana, que têm como função principal a promoção da autodeterminação e impõem tratamento igualitário entre as diferentes estruturas de convívio sob o âmbito do direito de família, justificam o reconhecimento das parcerias afetivas entre homossexuais como mais uma das várias modalidades de entidade familiar. 3. O art. 4º da LICC permite a equidade na busca da Justiça. O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidades familiares, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Para ensejar o reconhecimento, como entidades familiares, é de rigor a demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização de entidade familiar diversa e que serve, na hipótese, como parâmetro diante do vazio legal – a de união estável – com a evidente exceção da

diversidade de sexos. 4. Demonstrada a convivência, entre duas pessoas do mesmo sexo, pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, sem a ocorrência dos impedimentos do art. 1.521 do CC/02, com a exceção do inc. VI quanto à pessoa casada separada de fato ou judicialmente, haverá, por consequência, o reconhecimento dessa parceria como entidade familiar, com a respectiva atribuição de efeitos jurídicos dela advindos. 5. Comprovada a existência de união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, é de se reconhecer o direito do companheiro à meação dos bens adquiridos a título oneroso ao longo do relacionamento, mesmo que registrados unicamente em nome de um dos parceiros, sem que se exija, para tanto, a prova do esforço comum, que nesses casos é presumida. 6. Recurso especial não provido” (*STJ – Acórdão Recurso Especial 1.085.646 – RS, 11-5-2011, Rel. Min. Nancy Andrighi*).

“**Direito civil.** Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Impedimento matrimonial configurado. Improcedência da pretensão inicial. 1. A convivência duradoura, pública e contínua entre homem e mulher, estabelecida com o objetivo de constituir família, somente pode ser considerada como união estável nos casos em que não estiverem configurados quaisquer dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do Código Civil. 2. Evidenciado pelas provas testemunhais e documentais produzidas nos autos que as partes mantiveram relacionamento em período em que o réu se encontrava casado com outra pessoa, tem-se por incabível o reconhecimento da união estável havida entre os litigantes, em face de impedimento matrimonial previsto no artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil de 2002. 3. Recurso de apelação conhecido e não provido” (*TJDF – Acórdão Apelação Cível 2009.06.1.011884-0, 15-9-2010, Rel. Des. Nídia Corrêa Lima*).

“**Apelação – Reconhecimento – Dissolução – União estável – Artigo 1.723 e seguintes – Código Civil – Requisitos não preenchidos – Relacionamentos simultâneos – Companheiro casado – Impedimento – Inteligência do artigo 1.521 Código Civil – sentença mantida.** Mantém-se a sentença que julga improcedente o pedido inicial contido em ação de reconhecimento/dissolução de união estável se, pelos elementos carreados ao processado, não se pode aferir o preenchimento dos requisitos necessários à configuração daquele instituto, à luz do disposto nos artigos 1.723 e seguintes, do Código Civil, não bastasse o impedimento legal para o reconhecimento da relação, conforme expressamente previsto no artigo 1.521, VI, do Código Civil. Recurso não provido” (*TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.220606-5/006, 4-2-2010, Rel. Des. Kildare Carvalho*).

6 A presunção de morte, no sistema de 1916, que possibilitava a sucessão provisória e definitiva não tinha efeito em matéria matrimonial. A morte presumida não dissolvia o casamento. Nessa situação, somente restaria ao cônjuge a possibilidade de obter o divórcio.

7 “Suprimento judicial de idade para casamento – Pretendente varoa sem idade núbil – Sentença de extinção por impossibilidade jurídica – Inviabilidade – Inteligência do art. 1.520 do Código Civil – O homem não foi feito para o sábado e sim o sábado para o homem – Deferimento da pretensão – Judiciário há que prestigiar a constituição legal da sociedade conjugal – Decisão reformada – Autorização concedida – Apelo provido” (*TJSP – Ap 4004851-44.2013.8.26.0362, 10-6-2015, Rel. Giffoni Ferreira*).

8 No direito de 1916, a matéria não estava bem-posta, pois esse ato era considerado nulo, mas tornar-se-ia hígido e a nulidade sanada, se não fosse alegada em dois anos da celebração (art. 208). Tratava-se de hipótese peculiar de nulidade relativa. O vigente Código enquadra devidamente a hipótese entre os casamentos anuláveis.

9 No sistema anterior, a infração a esse dispositivo fazia com que o nubente perdesse o direito ao usufruto dos bens de filho do leito anterior (art. 225), além de submeter-se a união ao regime obrigatório de bens (art. 226).

10 “Processo civil – Apelação Cível – Ação de anulação de casamento – Ausência de prova de erro essencial – Apelo desprovido – 1- Segundo os arts. 1.556 e 1.557, I, do Código Civil, para a anulação do casamento necessária é a ocorrência de erro essencial de questão relativa à identidade, à honra e à boa fama do cônjuge que, se conhecida anteriormente, obstaría a realização do casamento. 2- Não tendo sido comprovada a ocorrência do erro, correta é a sentença singular que julgou improcedente o pleito. Apelo desprovido” (*TJGO – AC 201491049073, 20-7-2016, Rel. Marcus da Costa Ferreira*)

“Cível – Processual civil – Apelação cível – Ação de anulação de casamento sob a alegação de erro essencial quanto à pessoa do outro. Sentença de improcedência. Cônjuge varão acometido de moléstia grave e transmissível. Descoberta após a celebração das núpcias. Requisitos para anulação que se mostram evidentes diante do acervo probatório. Desconhecimento prévio da nubente. Hipótese que autoriza a anulação do casamento, nos termos do art. 1.557, III, do CC. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada” (*TJCE – Ap 0099125-81.2009.8.06.0001, 17-6-2015, Rel. Paulo Ailton Albuquerque Filho*)

“**Anulação de casamento – Erro essencial em relação à pessoa do outro cônjuge. Caracterização.** Dano moral arbitrado em 100 salários mínimos que é reduzido à metade. Verba honorária que deve ser fixada. Hipótese ademais que caracteriza sucumbência em parte mínima do pedido, a incidir o parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil. Observância também da Súmula 326

do STJ. Sentença de procedência mantida, alterada apenas a verba honorária para 10% do valor da condenação. Recurso provido em parte” (*TJSP* – Ap. 0031731-05.2009.8.26.0000, 20-8-2012, Rel. João Pazine Neto).

“Apelação cível – **Anulação de casamento – Erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge**. Requisitos. Configuração. Princípio da confiança no juiz da causa. Sentença mantida. I – De acordo com os arts. 1.556 e 1.557, inciso I, do código de processo civil, são pressupostos para a invalidação do casamento, com base no erro essencial sobre a identidade, honra e boa fama do outro cônjuge, a anterioridade do defeito ao ato nupcial, o seu desconhecimento pelo consorte enganado e a insuportabilidade de vida em comum após a revelação. II – Igualmente, é anulável o enlace matrimonial realizado à margem de sua função social, sem os relevos constitutivos de uma verdadeira entidade familiar. III – No caso, circunstâncias reveladoras de que a requerente, octagenária, de boa-fé, contraiu núpcias com pessoa que lhe enganou, para satisfazer interesses próprios, de fundo precipuamente econômico, em detrimento da comunhão de vida e de afeto que caracterizam a união conjugal. Constatação, após as bodas, de que a personalidade do varão não reúne os atributos que foram determinantes para a manifestação do consentimento da noiva ao casamento. IV – Aplicável à hipótese o princípio da confiança no juiz da causa, uma vez que este, na qualidade de responsável direto pela condução do processo e por estar próximo dos acontecimentos e às pessoas envolvidas, possui melhores condições de avaliar e tem maior sensibilidade para apurar as consequências dos fatos no meio social respectivo, sobretudo em questão afeta ao direito de família. Recurso conhecido e improvido” (*TJGO* – AC 200991831721, 19-6-2012, Rel. Roberto Horacio de Rezende).

“Civil – Processo civil – Princípio da identidade física do juiz – Anulação de casamento – **Alegação de erro essencial quanto à pessoa** – Ausência – Requisitos para eventual dissolução – 1. O princípio da identidade física do juiz, que consiste na vinculação do magistrado em julgar o processo quando concluir a audiência, não possui caráter absoluto, somente havendo se falar em nulidade quando cabalmente demonstrado eventual prejuízo para a solução da lide, o que não restou comprovado no caso em comento. 2. Em relação ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, para que se justifique a anulação do casamento com base nesse argumento, necessário que haja a cabal demonstração de três requisitos: a anterioridade da circunstância ignorada pelo cônjuge (defeito físico irremediável ou moléstia grave transmissível), a ignorância de crime que torne a vida em comum insuportável ou, ainda, relevante erro quanto à sua identidade, sua honra e boa fama, com posterior conhecimento do cônjuge enganado. 3. No vertente caso, inexistente a hipótese de anulação, pois se trata de afronta aos deveres do casamento, o que autoriza a sua dissolução, com base no artigo 226, § 6º, da Constituição Federal. 4. Preliminar rejeitada. Apelação não provida. Sentença mantida” (*TJDFT* – Acórdão 20090111968989 – (493.769), 5-4-2011, Rel. Des. Flavio Rostirola).

CELEBRAÇÃO E PROVA DO CASAMENTO

5.1 RITOS MATRIMONIAIS

Em nenhum outro ato da vida são necessários tantos formalismos e solenidades como no casamento. Os mistérios do amor, do afeto, da vida em comum, do nascimento e criação da prole sempre desafiaram a imaginação humana, colocando o casamento em um estágio de transcendência entre o humano e o divino, rodeado de toda pompa e circunstância. O casamento solene é uma constante das civilizações e permanece até o presente, no nascimento de um novo século, época marcada pelo açodamento das atividades e desprezo das formas. No momento atual, são poucos os ordenamentos que aceitam um casamento informal, sem maior solenidade, como ocorre nos Estados Unidos da América, com o *common law marriage*. De fato, nessa modalidade de união conjugal, basta que duas pessoas vivam publicamente juntas, com tratamento de marido e mulher, para que exista o matrimônio. Esse reconhecimento legal, contudo, é excepcional nas legislações. Por outro lado, o reconhecimento legal das uniões sem casamento, como ocorre exemplificativamente em nossa Constituição, coloca em xeque a importância e a vitalidade do casamento solene.

As solenidades do casamento, juntamente com o procedimento formal de habilitação que o antecede, encontram sua razão de ser em mais de um aspecto: impedem que decisões apressadas levem os nubentes a um ato superficial do qual possam arrepende-se; obrigam os interessados a meditar sobre o novo estado familiar no qual pretendem ingressar, realçando as responsabilidades; e contribuem para a vitalidade da instituição e da família perante a sociedade que dele toma público conhecimento. Carbonnier (1999:425) sintetiza que os ritos do casamento possuem um duplo objeto: manifestar à sociedade a fundação de um novo lar e, mais utilitariamente, fornecer aos nubentes uma prova do ato. Os ritos do casamento constituem, portanto, ao mesmo tempo, uma forma e uma prova. Se, por um lado, não guardam mais a pompa da antiguidade nem a solenidade dos rituais eclesiásticos, a forma atual é suficiente para demonstrar a relevância social do ato.

O agente do Estado, o juiz de casamentos, como substituto do sacerdote na esfera civil, participa do ato como elemento essencial na solenidade. Seu papel é peculiar, diverso da participação de outros oficiais públicos. Nos atos registrais ordinários, a participação do oficial público ou notário é passiva, pois se limita a dar notícia e fé pública do ato de que participa. No casamento, o agente intervém ativamente, integrando o ato com sua participação, porque é ele quem finalmente pronuncia que os nubentes estão casados em nome da lei.

A presença da autoridade celebrante, assim como a vontade dos nubentes, são requisitos

essenciais, cuja ausência acarreta a inexistência do ato. Como vimos, a autoridade celebrante, o consentimento e a diversidade de sexos são elementos de existência do casamento que antecedem o exame de sua validade. O rito solene dá ênfase à importância dessa vontade matrimonial, exigindo que se manifeste externamente, na presença de testemunhas, no sentido de que ambos pretendem tomar-se como marido e mulher. Interessante observar que, nos primórdios do Direito Romano, não bastava o consentimento expresso no momento da celebração; era necessário que perdurasse durante toda a existência do casamento. Havia necessidade, portanto, de um consentimento contínuo, razão pela qual era conhecido como *affectio* e não somente *consensus*. Na observação de Belluscio (1987:187), o casamento traduzia-se em um elemento material, a coabitação, e um elemento moral, a *affectio maritalis*. O desaparecimento de um ou de outro colocava fim ao casamento, pois o consentimento não era requisito do matrimônio-ato, mas sim do matrimônio-estado. Coube ao Cristianismo dar realce ao consentimento para o ato, em prol da futura manutenção do estado, relegando a coabitação para efeito secundário. Como ato fundamental do direito de família, o consentimento deve ser puro e simples, não admitindo termo ou condição.

5.2 CERIMÔNIA DO CASAMENTO

De posse da certidão de habilitação, expedida pelo oficial do registro civil, os interessados requererão ao juiz competente pela legislação estadual que designe dia, hora e local para a cerimônia. No Estado de São Paulo, a autoridade competente para celebrar o casamento ainda é o juiz de casamentos, até quando o legislador organizar a Justiça de Paz, como determina a Constituição estadual. No Estado do Rio de Janeiro, é o juiz do Registro Civil; em alguns Estados, o juiz de direito, embora na maioria dos Estados a função seja atribuída ao juiz de paz. Essa autoridade, designada pela lei, não pode ser substituída por outra, ainda que de maior grau (juiz de direito, desembargador), salvo pelo seu substituto legal, sob pena de nulidade. O juiz de casamentos competente é o do local onde foi processada a habilitação. Juiz de outro distrito será incompetente, como apontamos no Capítulo 4.

A celebração do casamento é gratuita (art. 1.512).

O casamento será celebrado em dia, hora e lugar designados (art. 1.533). Admite-se que a cerimônia tenha lugar à noite, embora os autores apontem que casamento a desoras levanta suspeitas e é desaconselhável. O ato, como os demais do Registro Civil, pode ser realizado inclusive aos domingos e dias feriados.

O local será a casa das audiências, geralmente situada junto ao Cartório de Registro Civil, com toda a publicidade, com portas abertas, na presença de pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes (art. 1.534). Para resguardar a vontade nupcial, bem como para possibilitar que qualquer interessado possa ingressar no recinto para apresentar impedimentos, as portas devem permanecer abertas durante toda a cerimônia. As testemunhas podem ser parentes dos consortes, ao

contrário do sistema geral, como já ocorre na habilitação. Ninguém melhor do que os parentes dos noivos para atestar a higidez do ato. Esse mesmo dispositivo autoriza que o casamento se realize em outro edifício, público ou particular, em caso de força maior, ou assim desejando as partes, e consentindo a autoridade celebrante, o que ocorre com frequência, inclusive nos templos, antes ou depois da cerimônia religiosa. Quando o casamento for celebrado em casa particular, assim se entendendo todo edifício não público, deverá ficar também com as portas abertas durante o ato (§ 1º do art. 1.534) e, nesse caso, bem como se algum dos contraentes não souber escrever, serão quatro as testemunhas (§ 2º do art. 1.534). O Estatuto das Famílias suprime essa exigência, já que não tem mesmo maior sentido, pois o mais usual é que os casamentos se realizem fora das dependências cartorárias.

A presença dos nubentes é essencial, ressalvada a possibilidade de casamento por procuração, como já mencionamos. O celebrante perguntará a eles, presentes as testemunhas representando a sociedade, se persistem no livre propósito de casar. Deverão então os noivos, cada um de per si, responder o “sim”, de forma inequívoca, sem qualquer qualificativo, termo ou condição, declarando em seguida o juiz efetuado o casamento, proferindo as palavras estatuídas pelo art. 1.535:

“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”.

As palavras sacramentais também deixam de existir no Estatuto, embora o sentido da atividade do juiz de paz permaneça o mesmo. Trata-se de resquício do ato solene formular do Direito Romano, que emprestava sentido de validade a palavras sacramentais.

A exigência da presença dos nubentes inviabiliza qualquer forma de casamento a distância em nosso direito, por correspondência, telefone ou meio eletrônico mais moderno. A presença dos interessados perante a autoridade é aspecto relevante da solenidade. Se não puderem expressar verbalmente sua vontade, porém, poderão fazê-lo de forma inequívoca, por escrito ou sinais. A omissão na manifestação de vontade ou qualquer titubeio implicará suspensão imediata do ato.

A seguir, será lavrado o assento no livro de registro (art. 1.536). Para efeito prático, geralmente o registro já estará lavrado no livro, aguardando-se apenas o consentimento e a formalização do ato pelo juiz, para que seja assinado por ambos os contraentes e pelas testemunhas. Na prática, também, a autoridade já terá as respectivas certidões prontas, que serão entregues aos nubentes após sua assinatura. Nulidade alguma existe nessa prática, que visa facilitar os trâmites para os noivos. Se, por qualquer motivo, o ato não se concretizar, cancelam-se os assentos.

Nos termos do art. 70 da Lei dos Registros Públicos, contudo, logo após o matrimônio será lavrado o assento, assinado pelo presidente do ato, os cônjuges, as testemunhas e o oficial. Nesse assento, serão exarados: (1) os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; (2) os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte,

domicílio e residência atual dos pais; (3) o prenome e o sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior; (4) a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; (5) a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro; (6) o prenome, o sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas; (7) o regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido (art. 1.536). Se o regime de bens decorre da lei, ou seja, o de separação obrigatória, o oficial deverá fazer constar do assento, se assim tiver conhecimento.

O Código anterior citava que o assento também deveria mencionar o nome a ser adotado pela mulher. No sistema atual de igualdade plena entre os cônjuges, se houver alteração de nome de qualquer dos nubentes, assumindo o nome do outro, tal também deve ser mencionado, embora a nova lei não o diga expressamente nesse dispositivo. Nos termos do art. 1.565, § 1º, qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro. Não é de nossa cultura que o marido venha a acrescentar o nome da esposa. O assento de casamento fornecerá a prova hábil para alterar os documentos pessoais respectivos.¹ O art. 70 da Lei dos Registros Públicos substituiu a dicção do art. 195 do Código civil antigo, com exceção do inciso VII, cuja redação foi dada pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), que se refere à inserção no assento do regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi passada a escritura antenupcial, quando o regime não for o de comunhão parcial ou o legal.

A doutrina questiona se o casamento ultima-se no momento em que o juiz pronuncia sua declaração, ou no momento em que os noivos manifestam seu consentimento. A dúvida pode ter efeitos práticos, pois qualquer um dos circunstantes pode morrer nesse ínterim. É importante saber se morreram no estado de casados. Caio Mário da Silva Pereira (1996:75) entende que o casamento está perfeito com o consentimento, levando em conta a tradição romana, sustentando que a presença do juiz é fundamental, mas sua declaração não é indispensável à validade do ato. Há opiniões em contrário, que não abalam a afirmação desse autor, porque com o consentimento, após todo o procedimento prévio de habilitação, em prol da segurança, há que se ter o casamento como concluído. Recorda-se ainda, em abono a essa conclusão, que o próprio ordenamento admite o casamento sem a presença do celebrante no casamento nuncupativo e, da mesma forma, atribui efeitos civis ao casamento realizado perante autoridade eclesiástica. Washington de Barros Monteiro (1996:68) posiciona-se em sentido contrário, entendendo que, por nossa lei, a manifestação da autoridade é essencial para a existência do casamento. O art. 1.514 do atual Código mantém acesa a controvérsia, embora pareça ter adotado a última opinião, estabelecendo expressamente

“que 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”.

5.2.1 Suspensão da Cerimônia

O ato será imediatamente sobrestado se algum dos contraentes deixar de manifestar sua concordância, titubear ou ficar reticente; declarar que sua manifestação não é espontânea, ou mostrar-se arrependido (art. 1.538). A liberdade de vontade matrimonial deve ser absolutamente livre e indene de suspeitas.

Segundo o parágrafo único desse dispositivo, o nubente que der margem à suspensão não poderá retratar-se no mesmo dia. Nesse caso, o casamento somente poderá realizar-se a partir do dia seguinte. Entendemos que, a partir do dia seguinte, a vontade estará livre da emoção anterior, permitindo que o nubente retorne após um período de meditação. A suspensão impõe-se, ainda que a negativa ou reticência tenha sido manifestada por chacota. A seriedade do ato não se harmoniza com o escárnio.

Também será suspenso o ato se houver a oposição de qualquer impedimento, ou a autoridade celebrante tiver, por qualquer modo, conhecimento de óbice. A autoridade celebrante não está obrigada a aceitar qualquer impugnação, podendo indeferir aquelas que lhe pareçam inócuas, meramente emulativas ou desprovidas de seriedade. Como aduz Caio Mário da Silva Pereira (1996:75), *“não procederá por mera suspeita; será prudente e cauteloso”*.

Lembramos que o ato também pode ser suspenso por revogação do consentimento outorgado pelos pais, tutor ou curador, quando este era necessário, como permite o ordenamento. Caberá aos nubentes recorrer ao processo de suprimimento do consentimento.

5.2.2 Casamento Perante Autoridade Diplomática

A matéria não recebe tratamento homogêneo nas várias legislações. O Decreto nº 181/1890 e a antiga Lei de Introdução ao Código Civil permitiam que cônsul estrangeiro celebrasse casamentos de seus súditos. A vigente Lei de Introdução, atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376 de 30-12-2010, dispõe, no art. 7º, § 2º: *“O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes”*. O casamento pode ser realizado no consulado ou fora dele, segundo as normas e solenidades do país estrangeiro, mas os efeitos do ato obedecem à lei brasileira. O assento desse casamento não é passível de registro no Cartório Civil. Não terá competência, porém, a autoridade consular, se um dos nubentes for brasileiro, ou tiver nacionalidade diversa do país consular, pois a atual redação do dispositivo citado está de acordo com a Lei nº 3.238/57. A dicção original desse § 2º referia-se à possibilidade de casamento consular, quando um só dos nubentes fosse domiciliado em país estrangeiro, o que permitia interpretação ampla.

Por outro lado, os brasileiros também podem casar-se no exterior, perante as autoridades consulares brasileiras, que praticam os atos de registro civil, desde a habilitação (art. 18 da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376

de 30-12-2010). O Decreto nº 24.113/34, não derogado pela LINDB, disciplina, no entanto, que

“os Consulados de carreira só poderão celebrar casamentos quando ambos os nubentes forem brasileiros e a legislação local reconhecer efeitos civis aos casamentos assim celebrados” (art. 13, parágrafo único).

Esse casamento deve ser registrado no Brasil nos cartórios do 1º Ofício do domicílio do interessado ou no 1º Ofício do Distrito Federal, quando os interessados não tiverem domicílio conhecido, quando tiver que gerar efeitos no país (art. 32, parágrafo único, da Lei dos Registros Públicos).

Os casamentos de brasileiros celebrados no exterior, segundo a lei do país respectivo, serão considerados autênticos, nos termos da lei do local, legalizadas as certidões pelos cônsules (art. 32 da LRP).

5.3 CASAMENTO POR PROCURAÇÃO

Nossa lei permite, como já pontilhamos, que o casamento seja realizado por procuração, o que não é prática adotada por muitas legislações. No passado, em que existia maior dificuldade com transportes, locomoção e até em comunicações, o instituto foi útil. Não há atualmente maior utilidade nessa modalidade, que não se coaduna com o espírito personalista da realização do matrimônio e a convivência dos cônjuges que lhe segue e é inerente. Dispõe o art. 1.542 do Código de 2002:

“O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes especiais”.

O art. 201 do Código anterior também autorizava a procuração, não se referindo, porém, ao instrumento público. Embora a lei antiga não fosse expressa, a doutrina propendia, com parca divergência, no sentido de que a procuração deveria ser outorgada por instrumento público, tendo em vista a solenidade do ato a que se propõe. Os poderes devem ser especiais, indicando o nome da pessoa com quem o outorgante vai consorciar-se. Evidentemente, a natureza do ato não permite que a outorga seja para casar com quem desejar. A lei não exige justificção para esse casamento mediante representação voluntária.

A lei antiga também era omissa no tocante ao prazo do mandato, o que era altamente inconveniente. O presente Código foi expresso, limitando a eficácia do mandato a 90 dias (art. 1.542, § 3º). As partes podem, evidentemente, convencionar prazo mais reduzido. Como o mandato é essencialmente revogável, o retrato ou revogação pode ocorrer até o momento da celebração. Também somente por instrumento público se poderá revogar o mandato (art. 1.542, § 4º). Como apontamos no Capítulo 4, o § 1º desse artigo menciona que a revogação do mandato não necessita

chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos. Como expusemos, o casamento realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, é anulável, segundo opção tomada pelo legislador (art. 1.550, V), não se anulando o negócio, porém, se tiver havido coabitação entre os cônjuges. A disposição é óbvia, pois se o mandante passa a viver sob o mesmo teto com o outro nubente, aceitou tacitamente o casamento.

Também não deve ser admitido que os dois nubentes confirmem poderes à mesma pessoa, porque desvirtuaria a natureza do consentimento. A lei não o diz expressamente, mas dela se infere quando menciona no texto “*o outro contraente*” (Gomes, 1983:102), expressão que é mantida no § 1º do artigo do vigente Código. Se os dois nubentes casarem por procuração, deverão ser dois os procuradores. Interessante notar que Pontes de Miranda (1971:306) não vê qualquer óbice no procurador único. Por outro lado, o sexo do procurador é indiferente e, de forma canhestra, pode-se presenciar duas pessoas do mesmo sexo, ao menos *ictu oculi*, contraírem matrimônio. Por outro lado, nada impede que o outorgante, a qualquer momento, enquanto não ultimada a cerimônia, insira-se no ato e dela participe pessoalmente.

O âmbito da vontade outorgada ao procurador é restrito ao consentimento, razão pela qual sua posição mais se coaduna com a de núncio, mero transmitente da vontade. Se a procuração mencionar o regime de bens, a outorga é mais ampla e também é conferida para firmar o pacto antenupcial.

Tantos são os inconvenientes e dúvidas gerados pelo casamento mediante representação voluntária, que tudo leva a crer que o legislador ainda não a extirpou da legislação porque o seu desuso não ocasiona maiores problemas práticos. Ademais, o argumento de que é útil quando os cônjuges residem em países diversos ou distantes não se justifica mais em um mundo de comunicações rápidas e econômicas. Talvez a utilidade maior seja para o casamento nuncupativo, segundo inclusive admitido pelo corrente Código (art. 1.542, § 2º): “*o nubente que não estiver em iminente risco de vida poderá fazer-se representar no casamento nuncupativo*”.

O projeto do Estatuto das Famílias, contra nossa expressa sugestão, mantém a possibilidade de casamento por procuração. Enfrenta a questão da revogação da procuração, estabelecendo o art. 151, § 2º, que “celebrado o casamento, sem que a revogação chegue ao conhecimento do mandatário, o ato é inexistente, devendo ser cancelado”. Não nos parece ser a melhor solução, podendo-se imaginar a problemática que pode surgir de um ato inexistente desse juiz. Como sempre nos temos posicionado, melhor que o legislador simplesmente extinga a possibilidade de casamento por procuração, salvo a excepcional hipótese de matrimônio nuncupativo.

5.4 CASAMENTO SOB MOLÉSTIA GRAVE. CASAMENTO NUNCUPATIVO

Em duas oportunidades, o Código permite que as formalidades do casamento sejam

simplificadas. Ocorrendo doença grave de um dos nubentes e quando estiver sob iminente risco de vida. Nessas duas hipóteses, com características peculiares respectivas, o legislador procura facilitar o casamento, para harmonizar situações preexistentes, legitimar filhos naturais, mormente casais que mantinham união duradoura e nunca chegaram a formalizá-la pelo vínculo civil.

O art. 1.539 contempla a hipótese de moléstia grave. Nesse caso, o presidente do ato irá celebrá-lo na casa do nubente impedido, à noite inclusive se necessário, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever. O número de testemunhas no Código anterior era quatro. O dispositivo refere-se à moléstia de um dos nubentes, mas é evidente que também se aplica na eventualidade de ambos estarem acometidos de moléstia. Nesse mesmo diapasão, o casamento será realizado na casa do nubente ou em outro local onde o noivo se encontre, hospital ou casa de saúde, por exemplo. A lei anterior mencionava que o casamento seria realizado na casa do impedido, por evidente lapso do legislador de 1916. A urgência do ato dispensa os atos preparatórios da habilitação e proclamas.

Complementa o § 1º do art. 1.539, que, na falta ou impedimento da autoridade competente, poderão realizar o ato seus substitutos legais, e o oficial do registro civil poderá ser substituído por nomeado *ad hoc*, pelo celebrante. Tratando-se de oficial *ad hoc*, este lavrará termo avulso, que será levado a registro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado (2º). O Código anterior não especificava prazo, apenas mencionando que o registro deveria ser feito no prazo mais breve possível, o que poderia dar uma elasticidade indesejada ao fenômeno. Não registrado o casamento nesse quinquídio, não haverá casamento.

Outra situação de supressão de formalidades ocorre quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida (art. 1.540). Cuida-se do chamado casamento nuncupativo ou *in extremis*. Aplica-se a essa modalidade de casamento *in extremis* o mesmo comentário acerca do dispositivo anterior: embora a lei refira-se ao risco de vida de um dos nubentes, com maior razão admite-se quando ambos estiverem nessa situação. Para qualquer das hipóteses de moléstia grave ou risco de vida, é evidente que os nubentes devem estar na plenitude do discernimento.² Moléstia que os afete mentalmente tornará írrito seu consentimento.

Esta última modalidade de casamento permite que até mesmo a presença da autoridade celebrante seja suprimida, quando não for possível obtê-la, nem a de seu substituto. Nesse caso, os próprios contraentes conduzem o ato de matrimônio manifestando seu desejo perante seis testemunhas, que com eles não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, em segundo grau (art. 1.540). Essas testemunhas devem comparecer dentro em 10 dias perante a autoridade judicial mais próxima, pedindo que lhes sejam tomadas declarações por termo (art. 1.541). Essas testemunhas não devem ter parentesco, a fim de cercar de maiores garantias o ato, ao contrário da regra geral para o matrimônio. Se não comparecerem, podem ser intimadas a requerimento de qualquer interessado. A autoridade judicial de que fala a lei é o juiz de direito da circunscrição. Nem sempre o juiz da circunscrição será o mais próximo. Não se inquinará o ato se nesse caso o comparecimento for perante juiz de comarca vizinha. Nessas declarações, deverão as testemunhas afirmar: I – que foram

convocadas por parte do enfermo; II – que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo; III – que em sua presença declararam os contraentes livre e espontaneamente receber-se por marido e mulher. A seguir, na forma dos parágrafos do art. 1.541, o juiz, com oitiva do Ministério Público, procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes poderiam ter-se habilitado regularmente, ouvirá os interessados que o requereram dentro em 15 dias, para após acolher ou rejeitar a pretensão. Estatui o § 2º do art. 1.541 que o juiz verificará a idoneidade dos cônjuges para o casamento. A decisão fica sujeita a recurso em ambos os efeitos (art. 76, § 4º da Lei dos Registros Públicos) e, uma vez transitada em julgado, o juiz mandará transcrevê-la, se for o caso, no livro de registro de casamentos. Esse assento retroagirá, quanto aos efeitos do casamento à data da celebração (art. 1.541, § 4º).

Todavia, se o enfermo convalescer e puder ratificar o ato em presença do magistrado e do oficial do registro, fã-lo-á pessoalmente nesse mesmo prazo de 10 dias, não havendo necessidade de comparecimento das testemunhas (art. 1.541, § 5º). Observe que, se nem as testemunhas nem os nubentes comparecerem perante a autoridade nesse prazo, o casamento não se ratifica, tendo-se por inexistente. Por outro lado, não significa que o casamento só vale se o nubente falecer: se continuar impedido de comparecer perante a autoridade e o fizerem as testemunhas, o casamento será idôneo. De qualquer forma, o juiz deve agir com a máxima cautela nessas situações, a fim de evitar que casamentos oportunistas se concretizem, sem o devido consentimento. É própria a crítica de Sílvia Rodrigues (1999:58), que entende ser essa modalidade de casamento uma velharia do Código, que preserva em demasia o interesse individual, abrindo brecha para a fraude e a simulação.³

De qualquer modo, a dispensa de processo de habilitação e de proclamas somente deve ser concedida em casos excepcionais, que de fato se justifiquem, princípio que deve manter-se no atual diploma, tanto que o art. 1.527, parágrafo único, do Código de 2002 admite a dispensa de editais. No entanto, tratando-se de situação excepcional, é necessário que a lei registrária discipline essa possibilidade, pois dúvidas ocorrerão. Note-se que esse procedimento de dispensa somente deve ser utilizado no caso de moléstia dos nubentes que exijam casamento imediato e permitam o procedimento de dispensa de habilitação e proclamas. No entanto, se não houver tempo para a apresentação de documentos e para a dispensa de editais, a proximidade do casamento aconselha que se ultime o casamento, com habilitação posterior.

5.5 CASAMENTO RELIGIOSO COM EFEITOS CIVIS

Já nos referimos a esse instituto em nosso estudo. Até a promulgação do Decreto nº 181/1890, o casamento em nosso país seguia o ritual da Igreja. A tradição cristã do Brasil, a influência da Igreja Católica e a tradição de nosso povo levaram o legislador a considerar o casamento religioso como um ato com reflexos jurídicos. Visto de per si, apenas o casamento religioso não gera qualquer efeito civil, equivalendo ao concubinato. No entanto, o casamento religioso com efeitos civis, engendrado

pelo legislador desde a Lei nº 379/37, não caiu no gosto popular. A prática não tem relevância jurídica. Nossa sociedade persiste no costume de realizar duas cerimônias, perante sua Igreja e perante a autoridade civil. Em apertada síntese, podemos afirmar que o casamento no Brasil é regido pelas leis civis, mas admite-se que o casamento religioso tenha efeitos civis. Os raros casos de registro civil de casamento religioso são os efetuados por autoridades religiosas em situação de matrimônio nuncupativo.

A lei não distingue a modalidade de religião, todos os credos moralmente aceitos, que não contrariam a ordem pública, são válidos. A Constituição atual manteve o instituto no art. 226, § 2º. A proteção legal à união estável poderá dar novos rumos ao casamento exclusivamente religioso, dependendo da postura do legislador. A disposição é regulamentada pela Lei nº 1.110/50, determinando que o registro obedeça a princípios da Lei dos Registros Públicos. Esta última lei (Lei nº 6.015/73), por sua vez, disciplina a matéria nos arts. 71 a 75. O Código deste século, no art. 1.515, dispõe que

“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”.

O procedimento de habilitação segue os princípios determinados pela lei. Os nubentes, devidamente habilitados, pedirão a certidão ao oficial, com prazo de validade, para se casarem perante a autoridade religiosa (art. 71). O termo ou assento de casamento religioso, assinado pelos nubentes, pela autoridade religiosa e por duas testemunhas, conterà os mesmos requisitos do assento de matrimônio civil, relacionados no art. 70, com exceção do item 5 (art. 72). No prazo de trinta dias a contar da celebração, o celebrante ou qualquer interessado poderá requerer o registro do casamento ao oficial do Registro Civil (art. 73). Entende a doutrina que esse prazo é decadencial: se os nubentes ou alguém por eles não promover o registro, conclui-se que se desinteressaram dos efeitos civis do casamento. Sob tal opinião, se os interessados desejarem, terão que se submeter a novo procedimento de habilitação e nova celebração. No entanto, há entendimento em sentido contrário, dando como existente o casamento com efeitos civis, se foi feita a devida habilitação prévia. Essa posição foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal:

“O casamento religioso, desde que feita a habilitação prévia, para efeitos civis, no cartório competente, não está sujeito, para sua inscrição, ao prazo de três meses, nem depende, para esse ato, da autorização de ambos os cônjuges” (Embargos em REsp. nº 83.859, de 16-5-79, Rel. Min. Cunha Peixoto; no mesmo sentido, REsp 88.324 de 27-11-79, rel. Min. Thompson Flores).

Há até mesmo quem dispense o registro para dar ao casamento religioso efeitos civis (Rizzardo,

1994, v. 1:111). Nesses julgados, aplica-se o princípio *in dubio pro matrimonio*. Na verdade, razão não há para negar-se validade ao casamento religioso, se o processo legal de habilitação lhe precedeu. De qualquer modo, como podemos verificar, não há dificuldades maiores nessa celebração. O desuso da prática entre nós reside certamente em razões sociológicas.

A lei vai ainda mais além no tocante ao casamento religioso, permitindo que até mesmo a habilitação seja feita *posteriormente* à celebração religiosa, contanto que os nubentes apresentem ao oficial de registro toda a documentação necessária e a prova do casamento religioso (art. 74). De posse dessa documentação, serão publicados os editais. Não havendo imposição de impedimentos, será lavrado o respectivo assento. Esse registro produzirá efeitos retroativos à data da celebração do casamento (art. 75). Como observamos, portanto, segundo a Lei nº 1.110/50 e a Lei dos Registros Públicos, há duas modalidades de habilitação para o casamento religioso com efeitos civis, anterior e posterior à celebração. Quanto ao regime de bens, aplicam-se as regras gerais do Código: não havendo pacto antenupcial e silenciando o registro, prevalecerá o regime da comunhão parcial.

5.6 PROVA DO CASAMENTO. POSSE DE ESTADO DE CASADO

A celebração do casamento é provada pela certidão do registro (art. 1.543). Em princípio, ninguém pode alegar estado de casado sem essa prova. No entanto, o registro não é essencial, pois mesmo em sua ausência, o casamento pode ser provado. O registro, por qualquer razão, pode ter sido perdido ou mesmo não ter sido lavrado. Nessas premissas, aceitam-se provas pelos meios admitidos em direito para justificar a perda ou a falta do documento (art. 1.543, parágrafo único). Primeiramente, o interessado deve provar que o registro não mais existe ou nunca existiu. A prova do casamento pode decorrer também de sentença judicial em processo movido para esse fim. Nesse caso, a ação declaratória é o meio hábil. A sentença daí decorrente deverá ser inscrita no Registro. Esse registro produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que respeita aos filhos, todos os efeitos desde a data do casamento (art. 1.546). O início de prova, nessa premissa, porém, deve partir do reconhecimento do *estado de casado*, como veremos, situação pela qual os cônjuges mostram-se como marido e mulher em seu meio social. Outros documentos e provas devem ser acrescidos, para evidenciar a existência do casamento.

O casamento celebrado no exterior prova-se de acordo com a lei do local da celebração. Se realizado perante autoridade consular, como vimos, a prova é feita pela certidão do assento no registro do consulado. O art. 1.544, repetindo disposição tradicional em nossa legislação, dispõe que o casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro perante as autoridades ou cônsules brasileiros, deverá ser registrado em 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da capital do Estado em que passarem a residir. Esse retorno de um ou de ambos os cônjuges ao território nacional implica volta definitiva com residência e não em simples passagem pelo país.

A posse de estado de casado é a melhor prova do casamento, na ausência de registro, embora não seja peremptória, pois deve vir cercada de circunstâncias que induzam a existência do matrimônio. Sua utilização, contudo, é excepcional na lei. O ordenamento protege o estado de casado na hipótese de cônjuges que não possam manifestar sua vontade e de falecimento dos cônjuges nesse estado, em benefício da prole comum. A presunção de casamento somente não ocorrerá mediante certidão do registro civil, provando que algum dos cônjuges falecidos já era casado quando contraiu o matrimônio impugnado (art. 1.545). A finalidade do dispositivo é beneficiar a prole comum. Nessa situação, presume-se o casamento, impedindo-se sua contestação se há filhos do casal falecido. Para que essa presunção opere, há necessidade de quatro requisitos: (1) que os pais tenham falecido ou que não possam manifestar sua vontade; (2) que tenham vivido na posse de estado de casados; (3) a existência de prole comum e (4) a inexistência de certidão do registro que ateste ter algum dos pais já contraído casamento anteriormente. Desse modo, não há que se admitir a presunção, se não há filhos e se um dos cônjuges ainda sobrevive ou pode validamente manifestar sua vontade. Interessante notar que o art. 1.545 não exige que os interessados aleguem perda ou falta do registro. A intenção do legislador foi proteger a prole comum, favorecendo a legitimidade da filiação. Somente os filhos podem alegar essa posse de estado, depois da morte dos pais. Trata-se, no entanto, de exceção à regra geral, somente aplicável na hipótese descrita: pela regra geral, casamento se prova por sua realização e, mais que isso, pela certidão respectiva. Lembramos que a doutrina equiparava analogicamente as situações de alienação mental dos pais e ausência à sua morte, para fins de permitir o uso dessa prova. O atual Código preencheu a lacuna ao mencionar, nessa hipótese, também as pessoas que não possam manifestar sua vontade.

Por outro lado, o legislador adota ainda o princípio *in dubio pro matrimonio* no art. 1.547, ao estatuir:

“Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados”.

A regra é dirigida ao juiz. Trata-se de mais uma possibilidade de aplicação da posse do estado de casados.

Já estudamos que o estado de família significa a posição que uma pessoa ocupa no grupo familiar em relação às demais: pai, filho, irmão, cônjuge etc. Esse é o sentido inicial para o entendimento da posse do estado de casados. Lembra Belluscio (1987:50) que o estado de família pode ser aparente. Há estado de família aparente quando existe posse de estado, mas não há título (estado aparente de fato), ou quando esse estado existe, mas é falso ou está viciado, em razão de falha jurídica (estado aparente de direito). Esses aspectos devem ser devidamente sopesados no caso concreto. A posse do estado de casados pode ser meramente aparente, não merecendo proteção

jurídica.

A hipótese do art. 1.547 também é excepcional, e de alcance diverso daquela do art. 1.545, porque é chamada à aplicação apenas na dúvida sobre a existência do matrimônio.

Para a conceituação de posse do estado de casados, é necessário que se examinem, como tradicionalmente aponta a doutrina, três requisitos: *nominatio*, *tractatus* e *reputatio (fama)*. A lei não define esse instituto. O casal deve ter um comportamento social, público e notório, de marido e mulher, assim se tratando reciprocamente. Quem assim se comporta, presumivelmente encontra-se no estado de casado. No entanto, a prova cada vez mais deve ser vista com restrições, porque a união estável, com mais ou menos profundidade, também traduz uma posse de estado nesse sentido. Casamento não se presume. Impõe-se, nesse sentido, que se prove que efetivamente ocorreu a celebração do casamento, sob pena de se abrir margem a fraudes.

A doutrina lembra ainda que a posse de estado de casado, afora essas duas situações legais enfocadas em nosso Código, também tem o condão de funcionar como elemento saneador de eventuais defeitos de forma no casamento. Essa ideia está presente em outras legislações, qual seja, a posse do estado de casado sana defeito de forma na celebração do matrimônio. Nosso ordenamento não menciona expressamente essa possibilidade.

¹ “**Retificação de registro público** – Pretensão de alteração do nome da autora na certidão de casamento e de óbito de seu esposo – Sentença de improcedência – Insurgência da autora – Aplicação do princípio ‘tempus regit actum’ – Permitida apenas a averbação, à margem, dos respectivos assentos, em observância ao disposto nos arts. 80, § 4º, e 109, ambos da Lei nº 6.015/73 – Ausência de prejuízo a terceiros – Recurso provido em parte” (TJSP – Ap 0006552-10.2014.8.26.0642, 1-2-2016, ReP Marcia Dalla Déa Barone).

“Constitucional e processual civil – Registro público – Ação de retificação de certidão de casamento – Substituição do registro da profissão de doméstica pela de agricultora – Sentença proferida pela justiça estadual – Remessa dos autos a este e. Tribunal – Incompetência da Justiça Federal para julgar o recurso – Competência originária da justiça comum estadual – Conflito negativo de competência suscitado – 1 – Trata-se de demanda em que se pleiteia a retificação do assentamento de casamento do autor, no qual consta a profissão de sua esposa como doméstica, quando, conforme alega o demandante, deveria ter constado a ocupação de agricultora. Busca o postulante ter modificado o registro civil na mencionada parte, a fim de que, no futuro, não venham a ocorrer transtornos de ordem burocrática. A sentença foi pela procedência do pleito, tendo o Ministério Público interposto apelação. 2 – Embora o INSS tenha se manifestado no feito, falece a competência, em matéria de registro civil, à Justiça Federal. O objeto da ação não é a obtenção de benefício previdenciário junto à autarquia, mas tão somente a retificação do registro de casamento, sem discussões sobre questões previdenciárias. Portanto, a matéria *sub oculis* diz respeito à competência da Justiça Estadual. Somente em momento posterior, caso o interessado venha a usar a aludida certidão para pleitear benefício previdenciário, é que a competência para apreciar e julgar a demanda será da Justiça Federal. 3 – ‘8 – Não é a simples presença do INSS em processo de competência originária da Justiça Comum Estadual que desloca a competência para a Justiça Federal. Essa competência se dará quando o interessado usar a certidão de casamento para requerer o benefício previdenciário’ (AC 200905990004319, Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, TRF5 – Primeira Turma, 19-11-2009). Incompetência deste Tribunal para julgar a apelação. Conflito negativo de competência suscitado ao STJ para dirimir a controvérsia” (TRF-5ª R. – AC 0009556-69.2013.4.05.9999, (563607/CE), 10-4-2014, Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena).

“**Retificação de registro civil.** Pretensão de modificação do assento de casamento da autora, para excluir a letra ‘p’ do

sobrenome ‘Baptista’, acrescido ao seu por conta do matrimônio. Sentença de improcedência. Inconformismo. Não acolhimento. Sobrenome do marido também grafado como ‘Baptista’ na certidão de casamento. A legislação civil faculta a qualquer dos nubentes acrescentar a seu sobrenome o do outro, adição que, evidentemente, deve ser feita sem nenhum tipo de alteração. Inexistência de erro a justificar a alteração pretendida. Recurso desprovido (V. 12326)” (TJSP – Ap. 0002738-56.2009.8.26.0030, 9-4-2013, Rel^a Viviani Nicolau).

“Apelação cível – Ação de retificação de registro civil – **Alteração de assento de casamento** – Alegação de cerceamento de defesa rejeitada – Possibilidade da apelante acrescentar ao seu nome o sobrenome do cônjuge, mesmo após o matrimônio – Sentença reformada – Recurso conhecido e provido – 1 – O julgamento antecipado da lide é possível e lícito, desde que desnecessária a dilação probatória para o deslinde da causa, o que se verifica no presente caso, em que não se vislumbra a necessidade de produção de outras provas, diversas da constante dos autos. 2 – O nome civil, em regra, é imutável. Entretanto, a legislação admite exceções em determinadas circunstâncias, viabilizando a alteração do nome mediante autorização judicial. 3 – O § 2º do art. 57, da Lei de Registros Públicos permite à mulher solteira averbar em seu registro de nascimento o patronímico do companheiro. Com maior razão, pode a mulher casada adotar o sobrenome de seu cônjuge em qualquer tempo. Ressalta-se que o art. 1.565, do Código Civil autoriza qualquer dos nubentes a, querendo, acrescer ao seu o sobrenome do outro. A palavra ‘nubente’, utilizada pela legislação, não limita o prazo para o acréscimo do patronímico do cônjuge. Essas normas devem ser interpretadas em harmonia com a Constituição Federal, que tutela a família. Na situação vertente, a inclusão do patronímico do marido, no nome da apelante, melhor protege a família, com a individualização do núcleo familiar. 4 – Não se está, no caso, a discutir uma das hipóteses excepcionabilíssimas de alteração de nome previstas na lei registral. Ao contrário, cuida-se de simples acréscimo de sobrenome, para o qual exigem-se apenas: (a) o casamento, por óbvio; E (b) a vontade da parte. Não há, por outro lado, qualquer necessidade de anuência do outro cônjuge. 5 – Sentença reformada para julgar procedente o pedido de retificação do nome da apelante em seu registro de casamento somente para acrescentar o sobrenome de seu cônjuge, sem supressão do nome de origem. Apelo conhecido e provido” (TJES – Acórdão 12111178062, 20-4-2012, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa).

2 “Civil e processual civil – Recurso especial – **Casamento nuncupativo** – Validade – Comprovação de vício quanto à manifestação da vontade inequívoca do moribundo em convolar núpcias – comprovação – 1 – Ação de decretação de nulidade de casamento nuncupativo ajuizada em novembro de 2008. Agravo no recurso especial distribuído em 22-3-2012. Decisão determinando a reautuação do agravo em recurso especial, publicada em 12-6-2012. 2 – Recurso especial que discute a validade de casamento nuncupativo realizado entre tio e sobrinha com o falecimento daquele, horas após o enlace. 3 – A inquestionável manifestação da vontade do nubente enfermo, no momento do casamento, fato corroborado pelas 6 testemunhas exigidas por lei, ainda que não realizada de viva voz, supre a exigência legal quanto ao ponto. 4 – A discussão relativa à nulidade preconizada pelo art. 1.548 do CC/2002, que se reporta aos impedimentos, na espécie, consignados no art. 1.521, IV, do CC/2002 (casamento entre colaterais, até o terceiro grau, inclusive) fenece por falta de escopo, tendo em vista que o quase imediato óbito de um dos nubentes não permitiu o concúbito pós-casamento, não havendo que se falar, por conseguinte, em riscos eugênicos, realidade que, na espécie, afasta a impositividade da norma, porquanto lhe retira seu lastro teleológico. 5 – Não existem objetivos pré-constituídos para o casamento, que descumpridos, imporiam sua nulidade, mormente naqueles realizados com evidente possibilidade de óbito de um dos nubentes – casamento nuncupativo –, pois esses se afastam tanto do usual que, salvaguardada as situações constantes dos arts. 166 e 167 do CC/2002, que tratam das nulidades do negócio jurídico, devem, independentemente do fim perseguido pelos nubentes, serem ratificados judicialmente. 6 – E no amplo espectro que se forma com essa assertiva, nada impede que o casamento nuncupativo realizado tenha como motivação central, ou única, a consolidação de meros efeitos sucessórios em favor de um dos nubentes – pois essa circunstância não macula o ato com um dos vícios citados nos arts. 166 e 167 do CC/2002: incapacidade; ilicitude do motivo e do objeto; malferimento da forma, fraude ou simulação. Recurso ao qual se nega provimento” (STJ – REsp 1330023/RN, 29-11-2013, Rel^a Min. Nancy Andrighi).

“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 – AC 2010.015840-5, 31-3-2011, Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho).

3 O art. 199 do antigo Código tratava também de matéria que não se referia diretamente ao casamento nuncupativo. Dispunha que o

oficial do registro, mediante autorização judicial, à vista dos documentos exigidos para a habilitação, independentemente de proclamas, dará a certidão de habilitação “*Quando ocorrer motivo urgente que justifique a imediata celebração do casamento*”. Essa hipótese abarcava também o risco de vida e a moléstia grave, mas também outras situações, que, a critério do juiz, tipificavam-se como motivo urgente para a imediata celebração. Esses motivos podiam ser de várias naturezas: militar que parte para missão de guerra, viagem para o exterior para assumir posto profissional etc. Desse modo, o Código de 1916 tratou de assuntos diversos, embora análogos, no mesmo art. 199.

CASAMENTO INEXISTENTE, NULO E ANULÁVEL

6.1 CASAMENTO INEXISTENTE

É no campo do casamento que a doutrina realça a categoria dos negócios inexistentes. Em nosso *Direito civil: parte geral* (seção 28.5), já nos ocupamos do assunto. Como enfatizamos, a lei não consagra essa classificação. Por vezes, porém, é necessário recorrer à inexistência para explicar uma modalidade de falha no negócio. No ato nulo e no ato anulável, existe a formação do negócio, ao menos de forma aparente, o qual, em razão de falta de integração, não produz efeitos regulares.

No ato inexistente, há, quando muito, mera aparência de ato jurídico. A teoria da inexistência foi elaborada por Zaccharias, escritor alemão do século XIX, e encontrou adeptos na doutrina italiana e francesa. É considerado inexistente o casamento no qual o consentimento não existe, na ausência de autoridade celebrante, ou quando há identidade de sexos. Advirtamos, de plano, que no direito de família, como regra, somente ocorrem nulidades textuais, ou seja, só será nulo ou anulável o ato se a lei o declarar expressamente. O legislador preocupa-se, proeminentemente, com a validade do casamento, incentivando-a de todas as formas, somente admitindo a invalidade ou ineficácia em situações descritas textualmente. No entanto, hipóteses absurdas podem ocorrer, nas quais os pressupostos do casamento estarão ausentes. Se levado ao extremo o princípio da nulidade textual em sede de família, admitiríamos como eficaz o casamento sem consentimento, aquele realizado perante pessoa não investida de autoridade, bem como a união matrimonial de pessoas do mesmo sexo. Cuida-se, na verdade, de mera aparência de matrimônio que, rigorosamente, não poderia ser declarado nulo. A natureza desse defeito deve ser vista como situação de inexistência do negócio jurídico, pois seria absurdo admitirmos tais hipóteses como atos jurídicos com validade e eficácia.

Assim, a noção de inexistência, surgida em matéria de casamento, espalhou-se para a teoria geral dos negócios jurídicos. Desse modo, poderíamos exemplificar que também deve ser considerado inexistente, por exemplo, o testamento público lavrado perante quem não é oficial investido de poderes.

A maior crítica feita à teoria da inexistência é quanto a sua inutilidade perante a categoria dos atos nulos. É tradicional a posição de Colin e Capitant (1934, v. 1:187) para quem não há diferença entre a nulidade absoluta e a inexistência:

“dizer que um ato é nulo – nullum est – ou que não existe, é sob todos os pontos a mesma coisa. No que concerne particularmente ao casamento, é evidente para nós que a

teoria da inexistência se explica unicamente pelo desejo dos intérpretes de aplicar a regra com a máxima: não há nulidade sem texto”.

Como citado no original, é mencionada a sempre lembrada parêmia: *pas de nullité sans texte* (não há nulidade sem texto). Por outras palavras, o sistema de nulidades no ordenamento ampara todas as eventuais situações de inexistência, não havendo necessidade desse terceiro gênero de invalidade.

A respeito da inexistência do casamento, aduz Pontes de Miranda (1971:365):

“Se a exigência infringida concerne à existência do matrimônio, o mesmo não se dá. Não há nulidade, nem anulação; porque o contrato nunca existiu. Foi pura materialidade de fato, sem nenhuma significação jurídica, ao contrário do ato nulo, que teve vida jurídica, embora viciado, mas que pode ser revalidado ou conservar a sua existência, inicialmente precária, por se não ter requerido nunca a nulidade, ainda que insanável o vício”.

A denominação *ato inexistente* é, sem dúvida, ambígua e contraditória, pois o que não existe não pode ser considerado ato. Contudo, o que pretende exprimir com a denominação é que, embora existente porque possui aparência material, o ato não possui conteúdo jurídico. Na verdade, o ato ou negócio não se formou para o Direito. Desse modo, em que pesem acerbadas críticas feitas por parte da doutrina, a categoria da inexistência por vezes vem em socorro do intérprete em situações de extrema perplexidade, quando o sistema de nulidades não se amolda perfeitamente ao caso. Imaginemos, por exemplo, situação que não é meramente acadêmica, de pessoa que se case com outra do mesmo sexo, sem que se saiba do fato. Suponhamos que, após todo o procedimento prévio de habilitação e após a celebração, o nubente ou qualquer terceiro descubra que ocorreu casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ora, nessa hipótese, o negócio pecou por ausência de pressuposto de existência, qual seja, a diversidade de sexos. Não há mera nulidade relativa por erro quanto à pessoa, como é intuitivo.

Em princípio, os atos inexistentes são um nada jurídico; não devem gerar qualquer efeito. Nesse exemplo, porém, o negócio inexistente ficou documentado, possui efeitos materiais que necessitam ser extirpados do mundo jurídico. Sem dúvida que os princípios gerais de nulidade socorrem a situação, mas há necessidade de um decreto judicial para ao menos o cancelamento do assento de casamento. Nessa ação, inelutavelmente o pedido é de declaração de inexistência do negócio. Fica também bem claro na natureza preponderantemente declaratória dessa sentença, e ainda que as cargas secundárias de mandamentabilidade e desconstitutividade também sejam ponderáveis. Há efeito mandamental porque será expedido mandado de cancelamento ao Registro Civil; há efeito secundário desconstitutivo também porque a “aparência” do estado de casado desaparece.

Temos que concluir, portanto, que sempre que o negócio aparente tiver consequências materiais, poderá haver necessidade de um pronunciamento judicial para repará-las, isto em qualquer campo jurídico e não somente em sede de casamento. Embora o sistema de nulidades seja suficiente para esse desiderato, no que concordamos com os críticos à categoria de inexistência, há efeitos em seu reconhecimento judicial que nem sempre se amoldam perfeitamente à categoria dos atos nulos. Digamos, porém, que, de forma geral, a declaração judicial de inexistência do negócio jurídico terá no sistema os efeitos práticos da nulidade. Na situação aqui referida, por exemplo, o cônjuge enganado no casamento com pessoa de igual sexo poderá acioná-la para obter indenização por danos morais. Destarte, afirmar que o ato inexistente não produz qualquer efeito, como toda afirmação peremptória em Direito, deve ser visto com restrições.

De outra parte, levando-se em conta que o ordenamento estabelece um sistema específico de nulidades em matéria matrimonial, ainda que se admita que existam prazos de prescrição para situações irregulares de casamento, no negócio inexistente não há que falarmos em prescrição, pela singela razão de que não pode prescrever um ato que nunca se formou.

Por outro lado, se ficarmos exclusivamente no campo das nulidades dos atos jurídicos do ordenamento, essas situações de inexistência certamente configuram nulidades virtuais e como tal não descritas pelo legislador. Se a lei não as mencionou expressamente é porque partem da própria definição e da natureza essencial do casamento (Colin-Capitant, 1934, v. 1:189), ou, em outras palavras, trata-se de um defeito da base do negócio jurídico. Lembra ainda Caio Mário da Silva Pereira (1996:85) a diversidade de efeitos do casamento nulo e do inexistente. A nulidade somente pode ser decretada em ação própria, enquanto a inexistência pode ser declarada a qualquer momento, sem necessidade de ação judicial específica para tal fim.

Desse modo, ainda que o texto legal não proclame, a diversidade de sexos é essencial para o casamento, em todas as civilizações. A união de pessoas do mesmo sexo, atualmente mais bem denominadas homoafetivas, se admitida, refoge ao conceito de casamento. Não se admite, ao menos no atual estágio de nossa sociedade, casamento com *identidade de sexos*. As uniões homossexuais poderão ter no futuro o estado de casamento, embora seja complexa sua índole de família, ao menos na atual presença de nossa história, ainda que existam ferrenhos defensores em sentido contrário. Se faltar esse requisito, a união de pessoas do mesmo sexo nada mais é do que aparência, simulacro de casamento. No caso concreto, porém, havemos de atentar para as situações nas quais a definição do sexo é duvidosa e pode dar margem a gradações, nas hipóteses de hermafroditismo, por exemplo. Nessas situações, certamente poderá se configurar erro quanto à pessoa, quando a sede da discussão mudará de óptica para o campo da anulabilidade.

A *ausência de celebração*, incluindo-se nessa hipótese a ausência de autoridade celebrante, é outra situação de inexistência do casamento. Escritura pública de convivência, por exemplo, não pode constituir casamento, nem mesmo o presidido por pessoa não investida de autoridade. No entanto, como sempre enfatizamos que toda afirmação peremptória em Direito é duvidosa, o

casamento realizado por quem não é juiz de casamentos poderá configurar casamento putativo, como veremos, com consequências definidas, dependendo das circunstâncias. Imaginemos, por exemplo, a cerimônia realizada perante um impostor que engendra uma simulação para levar terceiros ao engodo, sendo desconhecido o fato de um ou de ambos os noivos. Nesse caso, celebração não existe. Por outro lado, se o celebrante é juiz de casamentos incompetente *ratione loci*, por exemplo, por ser de outra circunscrição, a hipótese, no Código de 2002, é de anulabilidade, segundo o art. 1.550, VI, definindo o legislador como vício sanável.¹ Casamento celebrado perante prefeito municipal ou delegado de polícia não é nulo, mas simplesmente inexistente (Miranda, 1971:368). O presente Código, conforme já expusemos, inserindo a incompetência da autoridade celebrante como causa de casamento anulável, expôs essa questão de forma lógica ao dispor:

“Art. 1.554. 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 inscrito o ato no Registro Civil”.

Essa sempre fora a orientação da doutrina na questão perante o estatuto de 1916, agora transformada em texto legal.

Finalmente, a *ausência total de consentimento* torna inexistente o matrimônio. Vimos que o consentimento cabal e espontâneo é da essência do ato e integra a solenidade da celebração. Para que tenhamos como inexistente o matrimônio, mister que tratemos de omissão na manifestação de vontade e não simples declaração defeituosa. Vontade viciada situa-se em sede de anulabilidade do ato. Ausência de vontade caracteriza sua inexistência. O mesmo ocorre se a cerimônia se conclui com a negativa do nubente. O *sim* é absolutamente essencial para a conclusão do ato.

6.2 NULIDADE E INEXISTÊNCIA DO CASAMENTO

Vimos que o casamento inexistente, se deixar rastro material, necessitará de ação judicial que assim o declare, aplicando-se, em síntese, a teoria das nulidades. Se nada tiver mudado no mundo jurídico e material na hipótese de um simulacro de casamento, a inexistência não necessita qualquer providência.

Ultrapassado o plano de existência, o negócio jurídico do casamento deve ser examinado sob o prisma da validade. Enquanto o casamento inexistente é um nada jurídico, possui valor neutro ou negativo como negócio, o casamento nulo apresenta-se como existente, embora eivado de vícios. O sistema de nulidades em matéria de casamento, como já referimos, é específico do direito de família. A começar pelo fato de que, nesse negócio, as nulidades são apenas as descritas pela lei, nulidades textuais, sem que possam ser alargadas pela regra geral dos negócios jurídicos, nem admitidas nulidades virtuais. Colocando à margem a problemática da inexistência enfocada acima e que supre

de certa maneira as nulidades virtuais, não há, na verdade, exceção à regra geral: no casamento, não há nulidade sem texto. Como descrevemos, contra o casamento inexistente não corre qualquer prescrição, e pode o juiz assim declará-lo de ofício e qualquer interessado pode demandar sua declaração. Por outro lado, a nulidade do casamento não pode ser decretada de ofício; somente determinadas pessoas estão legitimadas para requerer a declaração e existem situações em que a nulidade pode ser escoimada pelo decurso do tempo. Desse modo, não havemos de recorrer à teoria geral dos atos jurídicos para o deslinde de nulidades do casamento. O direito matrimonial possui princípios próprios derivados de descrições legais e da natureza do instituto.

No casamento, vigora o princípio do *favor matrimonii* do direito canônico, que traduz a atitude do legislador ao conceder um tratamento especial de proteção ao casamento para conservação de sua essência como instituição. É levado em conta, nesse aspecto, que a nulidade de um matrimônio pode acarretar a dissolução de uma família, ocasionando a irregularidade da união dos cônjuges e a filiação ilegítima. De tal modo, cabe ao intérprete considerar essa filosofia que se traduz na prática no brocardo *in dubio pro matrimonio*.

Sustenta-se que, como o casamento inexistente é um nada jurídico, um valor neutro, não pode gerar putatividade, ainda que os cônjuges estejam imbuídos de boa-fé (Miranda, 1971:370). No entanto, a afirmação deve ser vista com mitigação, pois, se levarmos em conta que, em nosso ordenamento, os efeitos da inexistência podem ser os mesmos da nulidade, não podemos negar que a boa-fé deve proteger também o agente na hipótese de inexistência.

Note que o projeto do Estatuto das Famílias refere-se expressamente ao casamento inexistente ao tratar do casamento por procuração, quando a revogação do mandato não chega ao conhecimento do mandatário e o ato matrimonial é realizado (art. 151, § 2º).

6.3 NULIDADES DO CASAMENTO

Uma palavra introdutória é importante a respeito do alcance prático das nulidades em matéria de casamento. Quando não tínhamos, em nossa legislação, a possibilidade do divórcio, o tema ganhava importância. Situações limítrofes, que no direito comparado eram minimizadas de importância com o simples desfazimento do vínculo conjugal, entre nós eram levadas às ações de nulidade, como tentativa de extinguir o casamento, possibilitando o retorno dos cônjuges ao estado de solteiro. Com a introdução do divórcio na legislação brasileira e a facilidade com que pode ser obtido, reduziram-se em muito as ações de nulidade e anulação de casamento. Podemos dizer, sem receio, que atualmente apenas se recorre à ação de nulidade quando se trata de vício patente e evidente. Ninguém se sujeitará, por exemplo, a enfrentar uma difícil batalha judicial com a prova de coação no ato jurídico, se com um pedido de divórcio obterá o mesmo desiderato. Por outro lado, o pensamento social evoluiu no sentido da irrelevância definidora do estado de solteiro ou divorciado. Ainda, no divórcio, como regra frequente, não serão declinadas as razões do término da sociedade

conjugal. O processo anulatório, mesmo que sob segredo de justiça, muito relativo em pequenas comunidades, sempre dará margem a especulações sobre as causas que determinaram o processo. Por tais razões, diminuiu sensivelmente a importância das nulidades em matéria de matrimônio em nosso Direito.

No sistema de nulidades do casamento, fica bem nítida a distinção entre vícios insanáveis e vícios sanáveis. Os impedimentos, as causas de anulação e as causas suspensivas visam evitar que essas hipóteses ocorram. No entanto, se o casamento se realizar com infração aos impedimentos do art. 1.521, o casamento será nulo, por expressa redação do art. 1.548, II. Também, era tido como nulo o casamento do enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil (art. 1.548, inciso I revogado pela Lei nº 13.146/2015)².

As demais hipóteses, já vistas quando tratamos dos impedimentos, ocasionam um vício sanável.³

As anulabilidades são todas sanáveis, dentro do rol do art. 1.550.⁴

Se analisarmos a natureza dos impedimentos que tornam nulo o casamento, veremos que são doravante de três ordens, art. 1.521 : incesto (I a V), bigamia (VI), e homicídio (VII).

6.3.1 Legitimação para Arguir Nulidade

O art. 1.549 do Código de 2002 estabelece:

“A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público”.

Nesse tópico, o legislador descreve a legitimação para a ação de nulidade do casamento em geral.

Notemos que a lei refere-se a “qualquer interessado” e não qualquer pessoa. Desse modo, havemos de aquilatar no caso concreto qual o interesse jurídico, econômico ou moral, em anular o matrimônio. Terceiros, sem qualquer relação com o casal, não terão legitimidade para essa ação. A ação de nulidade relativa ou de anulação deve ser pleiteada pelos prejudicados pelo ato, bem como por seus representantes. Os arts. 1.552 e seguintes do corrente diploma conferem a legitimidade para essa ação, bem como os respectivos prazos decadenciais, mormente no art. 1.560. A ação de nulidade absoluta, como está no texto mencionado, pode ser proposta pelo Ministério Público e qualquer interessado. Na lei anterior (art. 208, parágrafo único, II, do Código de 1916), o Ministério Público não teria legitimidade para propor essa ação se já falecido um dos cônjuges. O Código deste século não mais repete a disposição, que protegia o matrimônio nulo, não havendo restrição para a atuação do Ministério Público nessa hipótese.

6.3.2 Casos de Nulidade

Como referido, além do casamento contraído pelo enfermo mental sem discernimento, são nulos os casamentos realizados com infração aos impedimentos descritos no art. 1.521. Lembre-se, ademais, que o casamento pode ser anulado, pois se trata de negócio anulável, também pela participação do incapaz de consentir, a qualquer título, quando do ato do casamento.

As primeiras cinco hipóteses declaram írrito o *matrimônio incestuoso*. O parentesco consanguíneo em linha reta é obstáculo intransponível para o matrimônio, como examinamos. A proibição relativa à afinidade é limitada e quanto aos colaterais é restrita a casamentos de parentes até o terceiro grau. Lembremos, porém, que tio e sobrinha e tia e sobrinho podem casar-se, desde que se submetam a exame médico, como já vimos (Decreto-lei nº 3.200/41). Essa lei não foi revogada pelo presente Código, pois com ele também se harmoniza nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei nº 12.376 de 30-12-2010.

A nulidade por *bigamia* está expressa no inciso VI. Enquanto não desfeito o casamento anterior, não pode o agente contrair novo matrimônio. Utiliza-se, porém, sempre que possível, o princípio em favor do casamento: anulado o primeiro casamento, o casamento seguinte será válido. Da mesma forma, se a existência do primeiro cônjuge é duvidosa, por ausência prolongada, não se ataca o casamento (Pereira, 1996:89).

Como em todo decreto judicial de nulidade, os efeitos dessa sentença retroagem à data do ato, no caso o momento da celebração. Se a decisão reconhecer a boa-fé de um ou de ambos os cônjuges, o casamento produzirá efeitos de matrimônio válido, matéria que diz respeito à putatividade que examinaremos a seguir.⁵

6.4 CASAMENTO ANULÁVEL. LEGITIMAÇÃO. PRAZOS

Os casos de nulidade do casamento traduzem um interesse público. O ordenamento reage de forma mais rigorosa em suas hipóteses, pois não pode admitir infração a disposições que afetam a estrutura da família, orientada pelo Estado. Ao lado desse interesse social proeminente nos casos de nulidade, a anulação surge na proteção do interesse individual. Por isso, a lei protege os próprios nubentes, se se casaram, por exemplo, sob coação ou antes de atingir a idade legal.

Como referimos, no corrente Código as causas de anulação estão elencadas no art. 1.550 e substituem, em linhas gerais, os outrora denominados impedimentos dirimentes relativos. Desse modo, seis são as hipóteses legais de anulação no texto da lei. Não existem outras. Em linhas gerais, a lei preocupa-se com a liberdade de consentimento, com a vontade viciada por erro ou coação, ou então presumindo que esse consentimento não é livre para as pessoas que não atingiram a idade núbil. Conforme já comentamos nesta obra, a lei também se reporta à incompetência relativa da autoridade celebrante e a questões que envolvem o casamento por procuração.

6.4.1 Hipóteses de Anulação. Coação

Como parte da matéria já foi vista no Capítulo 4, resta analisar algumas outras hipóteses de anulação.

Quanto aos vícios de vontade, há uma aplicação específica em matéria de anulação de casamento, não incidindo simplesmente as regras da parte geral. Por essa razão, o art. 1.550 descreve que é anulável o casamento por vício de vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558.

Estatui o art. 1.558:

“É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares”.

Essa extensão do conceito de coação, que é definido como vício do negócio jurídico em geral no art. 151, trata de vício específico da vontade matrimonial, isto é, daquela manifestada quando da celebração do casamento.

Aplicam-se os fundamentos que orientam esse vício na teoria geral dos negócios jurídicos e também sua aplicação específica, mais elástica, em matéria de casamento. A lei de 1916 referia-se às pessoas que se casam “*por qualquer motivo coactas*”. Lembre-se do que foi exposto a respeito do simples temor reverencial. Caberá ao juiz avaliar a situação de fato para definir a coação no caso concreto do casamento. É claro que nessa avaliação o juiz também levará em conta os princípios gerais desse vício de vontade descritos nos arts. 151 ss. Assim, levará em conta o sexo, a idade, a condição, a saúde etc. na forma do art. 152. De acordo com o art. 1.559, somente o cônjuge que sofreu a coação pode demandar a anulação de casamento, mas ressalva que a coabitação, *havendo ciência do vício*, valida o ato. Ora, esse dispositivo também se refere à hipótese de erro e essa ciência do vício, aparentemente, somente se refere a esse defeito de vontade e não a coação, pois o coacto sempre terá ciência desse desvio de vontade. Como em todas as ações envolvendo o casamento, participará o Ministério Público, o qual, no entanto, não possui legitimidade para propor ações de anulabilidade. O Código estabelece o prazo muito longo de quatro anos para a hipótese de coação, desde a data da celebração (art. 1.560, IV). Sendo a coação um estado visível, latente e iminente, não havia que se permitir prazo tão longo para o coacto reclamar da higidez de seu casamento. Esse prazo extenso pode dar margem a desvios de finalidade da norma.

Quanto ao casamento contraído por pessoas sujeitas ao pátrio poder, tutela ou curatela, sem consentimento dos responsáveis, a lei antiga referia-se à legitimação para arguir a anulação às *pessoas que tinham o direito de consentir e não assistiram ao ato* segundo o art. 212 do Código de 1916. Essa legitimidade persiste no mais recente diploma, havendo que se examinar, em regra geral, o legítimo interesse para a propositura da ação. A esse respeito, estatui o art. 1.555 que o casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado

se a ação for proposta em 180 dias, por iniciativa do incapaz, ao deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários. Esse prazo será contado do dia em que cessou a incapacidade do menor; do casamento, para os responsáveis e, no tocante aos herdeiros, a partir da morte do incapaz (art. 1.555, § 1º). Como bem observa Paulo Lins e Silva,

“infantil crermos que um menor entre 16 e 18 anos possa de forma simples e fácil providenciar a habilitação de seu casamento frente a autoridade do registro Civil” (Dias e Pereira, 2001:50).

É muito difícil que essa situação venha a ocorrer.

Se os responsáveis pelo incapaz assistiram à celebração do casamento e não se opuseram, não mais poderão anulá-lo. A situação é óbvia. Também não se anulará o casamento se os representantes do incapaz tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação (art. 1.555, § 2º). Trata-se de matéria de prova.

Portanto, além do próprio incapaz, somente o pai, a mãe e, se for o caso, o tutor e o curador podem ingressar com pedido de anulação por defeito de idade. Por outro lado, esse casamento pode ser ratificado pelo incapaz quando cessa a incapacidade. Veja o que falamos a respeito dessa hipótese, no capítulo sobre os impedimentos. Notamos, portanto, que é restrito o alcance desse vício. Acrescentemos ademais que o casamento não será anulado por motivo de idade se dele resultou gravidez (art. 1.551). A maternidade escoima o vício, tanto se o homem não tiver a idade núbil, quanto se a mulher não a tiver. Se já existe prole, protege-se a entidade familiar, desaparece a razão de anulação do casamento.

Já nos referimos à hipótese do art. 1.520 do Código, segundo a qual os menores podem casar-se para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal. Se o menor estiver sujeito às reprimendas da legislação aplicável a menores, também se aplica o permissivo legal:

“Desnecessário o procedimento criminal contra o nubente. O interesse social é preservar o recato familiar. A lei não pode ignorar a evolução da sociedade. Dificultar o casamento de menores, com aptidão física e psicológica, contraria exegese evolutiva” (TJSP, Ap. Cível 261.931-1, 6-8-96, Rel. Roberto Stucchi).

Nessa situação, como examinamos, há necessidade de suplementação judicial de idade. Na mesma esteira de entendimento, o legislador dispõe que não se anulará o casamento do qual resultou gravidez (art. 1.551).

O casamento anulável, seguindo nesse diapasão a regra dos atos anuláveis em geral, permite ratificação, com efeito retroativo quanto aos efeitos à data da celebração. Nesse sentido, o incapaz de consentir, quando cessar essa incapacidade, pode ratificá-lo (art. 1.553). Na hipótese de anulação

por defeito de idade, quando o pedido não é de iniciativa dos próprios nubentes, estes podem ratificar seu casamento quando atingirem a idade núbil, perante o juiz e o oficial do registro. Em tal caso, o casamento terá os efeitos retroativos desde o momento da celebração.

Em sede de anulação ou mesmo nulidade, o ordenamento protege a filiação, tendo como legítima a prole proveniente do casamento anulado. Note que o art. 1.561, § 2º, estende os efeitos civis do casamento aos filhos, ainda que ambos os cônjuges estejam de má-fé quando da celebração do casamento.

6.4.2 Erro Essencial sobre a Pessoa

Entre os vícios de vontade, a coação, já referida, e o erro essencial encontram uma aplicação especial em matéria de casamento. O dolo, como veremos, fica fora dessa aplicação em matéria matrimonial.

Em matéria de anulação de casamento, as hipóteses de erro encontram muitos exemplos na jurisprudência. Sinteticamente, o legislador de 1916 dispusera no art. 218: *“É também anulável o casamento, se houver por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro”*. O art. 1.556 do presente Código menciona: *“O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro”*.

A seguir, o art. 1.557 do Código de 2002 define a compreensão legal e o alcance do erro essencial, que não se afasta muito, em linhas gerais, do Código anterior. O Projeto do Estatuto das Famílias preferiu não definir o que se entende por erro essencial para a nulidade do casamento, já que a matéria está plenamente solidificada na doutrina e na jurisprudência, e a teoria geral é plenamente suficiente. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

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

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

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV – (Revogado)”.

O erro, como vício da vontade no casamento, é aplicação específica da teoria geral. Como expusemos em *Direito civil: parte geral*, seção 22.2, o erro é forma de representação psíquica

desacertada, incorreta, contrária à verdade. Antes que analisemos o erro sob o prisma do casamento, temos que levar em conta seus princípios gerais. Somente terá o condão de anular o ato jurídico o erro substancial ou essencial, conforme descrito nos arts. 138 e 139 do vigente Código, que se refere ao erro quanto à natureza do ato, ao objeto principal da declaração ou alguma das qualidades a ele essenciais. No casamento, cuida-se de erro quanto à pessoa do outro cônjuge. No que diz respeito a esse aspecto, o art. 139, II, da Parte Geral dispõe que o erro é substancial quando “*concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante*”.

O erro em matéria de casamento, tal como entende o legislador, nada mais é do que uma especificação do conceito de erro substancial quanto à pessoa, aplicável ao direito matrimonial. Contudo, no caso concreto, embora devamos examinar o conteúdo específico do capítulo de família, a noção básica e fundamental de erro quanto à pessoa da teoria geral deve sempre ser considerada. Na verdade, as descrições legais de erro no casamento são desdobramentos do erro como regra geral dos atos jurídicos. Como em matéria de casamento não há nulidade sem texto, somente poderá ser anulado por erro o casamento que se subsumir às situações de erro especificamente descritas.

Atentemos para o prazo de três anos a contar da data da celebração, para anular o casamento por erro (art. 1.560, III). No Código anterior, o prazo era de dois anos, fixado no art. 178, § 7º, para a propositura de ações fundadas em erro (art. 219, I, II e III), contado o prazo também da data da celebração do casamento.

6.4.3 Erro quanto à Identidade, Honra e Boa Fama

A identidade da pessoa pode referir-se à identidade natural e à identidade civil.⁶ A identidade física ou corporal em matéria de erro no casamento é matéria para obra de ficção, a qual, no entanto, por vezes, imita a realidade: Maria casa-se com Pedro, quando acredita casar-se com João.

A questão controverte-se quanto à identidade civil, a forma pela qual a pessoa é conhecida em sociedade. Não há um conceito estanque a respeito, muito divergindo os autores. Cabe ao juiz, no arguto exame da prova e das circunstâncias que envolvem o casamento, definir sobre o erro de identidade, honra e boa fama, de molde que o conhecimento ulterior pelo cônjuge enganado torne a vida em comum insuportável. Nesse exame probatório, será importante averiguar a situação social, cultural e econômica dos cônjuges. Pessoa que se descobre de conduta devassa, vício em jogos de azar, sadismo, ligação com traficantes de tóxicos etc., tudo deve ser analisado sob o prisma do conhecimento posterior ao casamento e a consequente insuportabilidade da vida em comum, conforme descreve a lei.

O ordenamento refere-se à honra e boa fama. A situação deve ser vista principalmente em relação ao cônjuge que se diz enganado: se tinha conhecimento ou as circunstâncias denotavam que devia saber com quem estava-se casando, não se anula o casamento. O exame de situações

enfrentadas na jurisprudência traduz o entendimento atual dessa problemática. Nesse sentido, decidiu, por exemplo, o Superior Tribunal da Justiça (REsp 86.405/SP, 10-9-96, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar):

“A mulher que aceita contrair casamento após quatro ou cinco meses de namoro, ainda que não tenha tido perfeitas condições para conhecer as circunstâncias que depois tornaram insuportável a vida em comum, não está inibida de promover com êxito a ação de anulação do casamento, por erro essencial”.

Entre os julgados, mencionam-se como situações de erro essencial, possibilitando a anulação:

“recusa da esposa ao débito conjugal” (TJSP, Ac. 170.561-1, 29-6-93, Rel. Renan Lotufo); “esposa que não compareceu à cerimônia religiosa do casamento” (TJSP, Ac. 107.219-1, 10-5-89, Rel. Jorge Almeida); “casamento não consumado tendo o marido deixado o lar conjugal poucos dias após a sua celebração” (TJSP, Ac. 115.211-1, 16-3-90, Rel. Luiz de Azevedo); “recusa do ato sexual pela esposa, hipótese de coitofobia” (TJSP, Ac. 135815-1, 29-1-91, Rel. Jorge Almeida); “homossexualidade do réu, fato não percebido antes do casamento” (TJSP, Ac. 156.443-1, 24-9-92, Rel. Viana Cotrim); “nubente estelionatário, ausência de vontade de contrair núpcias, simples artifício para se apossar dos bens da esposa com posterior desaparecimento” (TJSP, Ac. 196.295-1, 24-2-94, Rel. Fonseca Tavares); “perversão do instinto sexual” (STF, Ac. 14.420, 21-8-50, Rel. Min. Luiz Gallotti); “marido de conduta honesta e lhana durante o namoro que perpetra delito de sequestro às vésperas do casamento, no qual constou a noiva como vítima; erro da mulher quanto à honra e identidade do cônjuge” (TJSP, Ap. Cível nº 272.452-1, 5-12-95, Rel. Alfredo Migliore); “induzimento ao casamento pela afirmação de paternidade, frente à gravidez da mulher; paternidade excluída por prova pericial; erro essencial reconhecido” (TJSP, Ap. Cível nº 256.818, 29-9-95, Rel. Luís de Macedo); “união inspirada por amigos, frequentadores da mesma igreja evangélica; açodamento das partes, que poucos encontros tiveram antes do casamento, celebrado apenas três meses após o conhecimento” (TJSP, Ap. Cível nº 236.421-1, Rel. Luís de Macedo); “réu que chega atrasado ao ato, titubeia no momento de manifestação de vontade, pergunta ao Juiz de Paz logo em seguida se o matrimônio poderia ser desfeito, e deixa de comparecer à cerimônia religiosa marcada; situação vexaminosa a configurar o erro essencial” (TJSP, Ap. Cível nº 247.991-1, 28-3-96, Rel. Luís Carlos de Barros); “atividade de meretriz da mulher antes do casamento, desconhecida pelo marido” (TJPR, Ac. 2.192, 20-8-84, Rel. Jorge Andriguetto); “gravidez da mulher quando do casamento, ignorada pelo marido” (TJPR, Ac. 6.707, 31-10-90, Rel. Ronald Accioly);

“cônjuge que na noite do casamento agride a mulher, passando a dizer publicamente que ela não é virgem, fato este inverídico; erro quanto à dignidade da pessoa, tornando impossível a vida em comum” (TJPR, Ac. 7.078, 14-5-91, Rel. Troiano Neto); “simulação de gravidez viciando o consentimento; insuportabilidade da vida em comum” (TJPR, Ac. 8.354, 4-12-91, Rel. Carlos Raitani).

Em todas as situações, não podemos perder de vista que o conhecimento de fatos com relação à pessoa do outro cônjuge deve tornar insuportável a vida em comum. Por outro lado, a lei tem em mira a pessoa do outro cônjuge: se os fatos desabonadores referem-se exclusivamente à família do consorte, não há causa de anulação. Da mesma forma, deve ficar bem claro que os fatos desabonadores devem ser anteriores ao matrimônio; se eclodirem após a celebração, não se anulará o casamento.

“Em verdade, o que a lei pretende, permitindo a anulação do casamento, em havendo erro sobre a identidade civil ou social é assegurar o outro cônjuge contra uma situação de constrangimento e sofrimento moral profundo. É por isso que somente diante do caso concreto será possível aferir a presença da hipótese em estudo” (Viana, 1998a:100).

Importa observarmos, nos exemplos concretos enunciados, que muitas das situações que configuram erro essencial e autorizam a anulação de casamento ocasionam estrago social e prejuízo psicológico de monta ao cônjuge inocente, de molde a possibilitar pedido indenizatório por danos morais.

Por outro lado, foi definido como não sendo situações de erro essencial:

“varão que estando no exterior, casa por procuração, com mulher que conheceu há pouco menos de 30 dias; alegação de desconhecimento da existência de filhos dela; fato que, se deveras desconhecido, não teria importância na decisão do casamento” (TJSP, Ap. Cível 24.240-4, 19-8-97, Rel. Cezar Peluso); “varão que se precipitou em casar com mulher que mal conhecia, sem dar ouvidos a informações desabonadoras a respeito da mesma” (TJSP, Ap. Cível 201.052-1, 22-2-94, Rel. Gonzaga Franceschini); “crença religiosa não constitui qualidade essencial da pessoa quando não atentatória à moral social dominante; não constitui defeito de honra e boa fama” (STF, RE nº 26.624, 5-4-54, Rel. Min. Ribeiro da Costa).

O prazo de três anos para anular o casamento por motivo de erro essencial de pessoa é decadencial, como todos os prazos relativos ao casamento e ao direito de família, bem como os presentes agora na parte geral do Código, e como tal não se interrompe ou se suspende.

6.4.4 Ignorância de Crime

Nessa situação, há pressupostos objetivos a serem aferidos: (a) A prática de crime, segundo a lei penal. O Código em vigor não mais se refere a crime inafiançável. (b) Sua ocorrência antes do casamento. A nova lei não fala em julgamento definitivo por sentença condenatória; e (c) que seja fato ignorado pelo outro cônjuge, ao casar-se.

A conduta punível deverá ter ocorrido antes do casamento. Não é mais necessário que a sentença definitiva seja anterior ao casamento. Essa noção era expressa no Código anterior. De qualquer forma, se o trânsito em julgado ocorre após o casamento, o fato poderá lastrear a anulação sob outro fundamento.

Os crimes inafiançáveis, citados no Código anterior, são os de maior poder ofensivo, devendo seu elenco ser buscado na lei penal. O novel Código suprime a referência a crime “*inafiançável*”. Basta que o crime, de qualquer natureza, praticado anteriormente ao casamento, torne insuportável a vida conjugal, para constituir erro essencial. A lei não se refere às contravenções penais.

A lei presume que, se o cônjuge soubesse da prática desse ato socialmente reprovável, não teria casado. Se a conduta ocorre quando o agente tinha menos de 18 anos, sendo, pois, inimputável criminalmente, não se aperfeiçoa essa hipótese legal: a anulação pode ser sustentada com base no erro quanto à honra e boa fama.

6.4.5 Defeito Físico Irremediável ou Moléstia Grave. Doença Mental

Neste aspecto, o legislador disse menos do que pretendeu. O defeito físico capaz de anular o casamento é o que não permite a consumação do matrimônio em toda sua essência, isto é, a incapacidade de o agente perfazer o ato sexual. A impotência capaz de anular o casamento é a *coeundi* ou instrumental, a que inibe o comércio sexual. A esterilidade (impotência *generandi*), conforme pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, não constitui causa de anulação. Entende-se que, embora a procriação seja uma das finalidades do casamento, não é a única e não justifica o desfazimento do vínculo. A impotência que justifica a anulação é aquela com relação ao cônjuge, não necessitando que seja absoluta; porém, é necessário que seja um estado permanente. Todas as provas são admitidas, desde que não impliquem violência e coação contra a pessoa, sendo principal a prova médica para estabelecer a causa psicogênica da impotência *coeundi* (TJSP, Ac. 85.637, 22-2-94, Rel. Munhoz Soares; TJSP, Ap. cível 204.751-1, Rel. Gonzaga Franceschini, 3-8-94).

Na Idade Média, os tribunais religiosos impunham provas de potência perante o próprio tribunal, na presença dos juízes, e bastava uma simples denúncia da mulher, sem qualquer formalidade, para que se iniciasse um processo com esse feitio. No direito moderno, a recusa do agente em se submeter a perícia médica será forte elemento de prova a ser sopesado no conjunto probatório. Lembre-se de que o art. 212 do vigente Código estatui que a recusa à perícia médica

ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter; e o art. 231 estampa que aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa. Essas situações, por si sós, não representam ou devem representar prova definitiva para o juiz. O art. 212 do presente Código Civil, entretanto, está em consonância com o que preconiza o art. 400 do CPC, que faz presumir a verossimilhança dos fatos que a parte pretendia provar com a exibição do documento ou coisa, no caso de recusa injustificada da outra parte.

Outra causa presente no dispositivo é a ignorância de moléstia grave e transmissível por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge e sua descendência. É necessário que a moléstia seja preexistente ao casamento e desconhecida do outro cônjuge. Nossa lei não se refere à incurabilidade, que é aspecto relativo não só pela ciência médica em constante evolução como também pelo fato de que, embora curável, a doença pode ser de tal molde grave e transmissível que torne a vida em comum insuportável (Pereira, 1996, v. 5:94).

Nesse sentido, colocam-se moléstias psíquicas e físicas: aids, sífilis, mal de Hansen, tuberculose, esquizofrenia, psicoses etc.

O corrente Código houve por bem, no entanto, mencionar expressamente a *doença mental grave* anterior ao casamento no inciso IV. Essa doença mental, da mesma forma, deve ser tal que torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. A perícia deve estabelecer esse requisito, bem como se a moléstia já eclodira anteriormente ao casamento.⁷

6.4.6 Prazos para Ação de Anulação

A ação de nulidade é imprescritível por expressa disposição na lei, estatuinto o art. 169 do Código Civil que o negócio jurídico nulo não convalesce com o decurso do tempo. Observe-se, porém, como apontamos, que o sistema de nulidades em direito de família possui uma compreensão toda especial. Ainda que o casamento nulo não possa convalescer, pode gerar efeitos, mormente no tocante ao casamento putativo (art. 1.561).

O art. 1.563 da nova lei estatui que a sentença que decreta a nulidade do casamento retroagirá à data de sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado. São protegidos os terceiros de boa-fé no tocante à aquisição de direitos a título oneroso. Não se protegem os atos gratuitos, nos quais não há que se divisar um prejuízo, devendo eles voltar ao estado anterior ao casamento declarado nulo. Seguindo a regra geral, há que se estabelecer a boa ou má-fé do terceiro no trato com o casal no exame do caso concreto.

Os prazos decadenciais para ser intentada a ação de anulação de casamento estão relacionados no art. 1.560. Já nos referimos em linhas gerais a eles. Esses prazos são contados a partir da data da celebração. Será o prazo de 180 dias no caso do incapaz de consentir ou manifestar seu consentimento. Será de dois anos no caso de incompetência da autoridade celebrante. De três anos,

nas pretéritas hipóteses dos incisos I a III do art. 1.557, situações que dizem respeito ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, e de quatro anos, se houver coação. O presente Código sintetiza a maioria dos prazos decadenciais para ser intentada a ação de anulação de casamento no art. 1.560. Há outro prazo específico no mesmo capítulo, também já mencionado (art. 1.555), que se refere ao casamento de menor não autorizado por seu representante, bem como nos §§ 1º e 2º do art. 1.560, que se referem ao casamento contraído por menores de 16 anos e de questões relacionadas com o casamento por mandato. O Projeto do Estatuto das Famílias sintetiza todos os prazos para a ação de anulação do casamento em 180 dias, a contar da data da celebração (art. 33).

6.5 O DOLO NÃO É CAUSA DE ANULAÇÃO

Já dissemos anteriormente que nosso ordenamento não se refere ao dolo como vício de vontade para anular o casamento, ao contrário de outros ordenamentos. A solução tradicional do Direito Canônico fora também de não contemplar o dolo como vício do consentimento matrimonial, embora o cânone atual adote posição diversa. O Código de Napoleão também excluiu esse vício no casamento.

Na fase de namoro e noivado, é natural que os nubentes procurem esconder seus defeitos e realçar suas virtudes. O dolo, como causa de anulação, colocaria sob instabilidade desnecessária o casamento, permitindo que defeitos sobrepujáveis na vida doméstica fossem trazidos à baila em um processo. Nesse sentido, Washington de Barros Monteiro (1996:101) recorda a observação de Cunha Gonçalves:

“no casamento já são tão frequentes as recíprocas desilusões, que, admiti-las como causa de anulação, seria tornar ainda mais precária e instável a instituição matrimonial”.

Por outra face, se os fatos são graves, podem caracterizar a anulação sob fundamento de erro essencial.

No entanto, há legislações que admitem o dolo, para anular o casamento, como a alemã, a argentina e a suíça, tendo a doutrina mais recente apoiado essa solução, colocando em dúvida os argumentos mais repetidos contra esse vício como causa de anulação. O que se nota, porém, é que nossa jurisprudência admite na prática todos os casos de dolo dos direitos estrangeiros, definindo-os sob o prisma do erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, dentro dos princípios estabelecidos no Código Civil.

1 Como discutimos anteriormente neste livro, o art. 208 do Código de 1916 expunha que era nulo o casamento contraído perante autoridade incompetente, mas essa nulidade se consideraria sanada, se não alegada dois anos após a celebração. Tratava-se da única hipótese de nulidade para a qual o legislador estabelecera um prazo para considerar superado o vício. Cuidava-se, é fato, de hipótese de nulidade relativa. O dispositivo não teria o menor sentido se referisse à autoridade absolutamente incompetente.

2 “**Casamento – Duplicidade** – Ação de invalidação – Assento de causa de pedir – Anulação do registro – ‘Recurso especial. Processual civil. Direito de família. Ação de invalidação de assento. Duplicidade de casamento. Causa de pedir. Anulação do registro das segundas núpcias. Ato simulado. Plausibilidade. Foro. Competência. Residência da mulher. Prevalência. Art. 100, inciso I, do CPC. Ações conexas. Prevenção. Beligerância. Economia processual. 1. O objeto da ação principal é a invalidação da certidão de um segundo casamento, exibida pelo recorrente, e que tem como consequência direta afastar do mundo jurídico as próprias núpcias retratadas pelo registro, apontado pela recorrida como ato simulado. 2. A consequência lógica do reconhecimento do vício do ato registral, se atendido, é a nulidade do casamento nele retratada. Portanto, a pretensão inicial não é a mera anulação do ato formal, mas o reconhecimento da validade do primeiro casamento firmado entre o casal beligerante. 3. A questão se enquadra na ressalva contemplada no art. 100, I, do CPC, que assegura a prerrogativa de aviamento da ação no foro de residência da mulher. 4. Há diversas outras ações tramitando no foro eleito pela recorrida, tais como ações de separação judicial, de alimentos e de arrolamento de bens em desfavor do recorrente, o que importa na prevenção do juízo e recomenda, por economia processual, a reunião dos feitos em um único juízo. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido” (STJ – REsp 1.157.162 – (2009/0172085-6), 26-4-2016, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

“Apelação cível. **Ação de anulação de casamento**. Preliminar de falta de capacidade processual afastada. Incapacidade para contrair matrimônio. Art. 1.548, *i*, Código Civil. Ausência de prova de acometimento de mal de *alzheimer* à época das núpcias. Enfermidade mental não comprovada. Nulidade afastada. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. De acordo com o disposto no inciso I do art. 1.548, do Código Civil, o casamento contraído por enfermo mental que não possui discernimento para a prática do ato é considerado nulo. Todavia, para que seja declarado nulo o casamento, deve haver nos autos prova conclusiva e robusta de que a parte celebrante estava acometida de enfermidade mental à época da celebração do casamento” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2010.005722-0, 5-4-2011, Rel. Saul Steil).

“**Recurso especial** – Ação declaratória de reconhecimento de união estável – Negativa de prestação jurisdicional – Não ocorrência – Alteração da base fática sob a qual se fundou o aresto *a quo* – Impossibilidade nesta instância especial – Inteligência da Súmula nº 7/STJ – Pretensão companheiro desprovido do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil – Impossibilidade do reconhecimento da relação pretendida (união estável) – Recurso especial a que se nega provimento. 1. Não existe negativa de prestação jurisdicional no acórdão que, a despeito de adotar fundamento diverso daquele pretendido pela parte, efetivamente decide de forma fundamentada toda a controvérsia, como sucede *in casu*. 2. O recurso especial presta-se a definir a interpretação da lei federal e não a rediscutir a base fática sobre a qual se fundou o acórdão recorrido. 3. Se o “enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil” (artigo 1.548, inciso I, do Código Civil) não pode contrair núpcias, sob pena de nulidade, pela mesma razão não poderá conviver em união estável, a qual, neste caso, jamais será convertida em casamento. A adoção de entendimento diverso, *data venia*, contrariaria o próprio espírito da Constituição Federal, a qual foi expressa ao determinar a facilitação da transmutação da união estável em casamento. 4. A lei civil exige, como requisito da validade tanto dos negócios jurídicos, quanto dos atos jurídicos – no que couber –, a capacidade civil (artigos 104, 166 e 185, todos do Código Civil). 5. Não só pela impossibilidade de constatar-se o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável, tem-se que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob tal vínculo. 6. Recurso especial desprovido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.201.462 – MG, 14-4-2011, Rel. Min. Massami Uyeda).

3 Merece menção a situação já referida do art. 208 do Código antigo aqui referida. Cuidava-se da única hipótese no sistema de nulidade sanável: o casamento realizado perante autoridade relativamente incompetente considerar-se-ia hígido se não se alegasse dentro de dois anos a partir da realização do ato. Como mencionamos, o vigente Código suprimiu essa incongruência, elegendo essa hipótese como causa de anulação (art. 1.550, VI).

4 Assim eram consideradas as causas que inquinavam o casamento realizado com infração aos impedimentos tidos como dirimentes relativos elencados no art. 183 do antigo Código. Nesse sentido, era expresso o art. 209 ao dispor que os casamentos contraídos por infração aos incisos IX a XII do art. 183 eram anuláveis. O Código de 2002 estabeleceu, como vimos, que essas hipóteses tornam o casamento anulável, abandonando a relação dos impedimentos ditos relativos. As causas suspensivas, também já referidas, substituem os outrora chamados impedimentos proibitivos ou impeditivos, e também não têm o condão de inquinar o casamento,

apenas de suspender sua realização. Se realizado o casamento com infração a causa suspensiva, válido será o matrimônio, mas regido pelo regime da separação de bens (art. 1.641, I).

5 Leitura Complementar – Ação de nulidade e de anulação. O curador de Vínculo no Código de 1916. O art. 222 do Código de 1916 dispunha que a ação de nulidade do casamento se processaria pelo procedimento ordinário, nomeando-se curador que o defendesse. Tratava-se da figura do curador de vínculo, não mais presente no vigente Código. Como já destacamos, nenhuma nulidade em matéria de casamento pode ser declarada de ofício. Há necessidade de ação que será a de rito mais amplo, permitindo plenitude probatória. Outro aspecto que não pode ser relegado é que a nulidade do matrimônio somente produz efeito após o trânsito em julgado. A ação que visa decretar a nulidade ou anular o casamento, ação de estado, deverá ter a participação obrigatória do Ministério Público. Além do representante do Ministério Público, era obrigatória a participação do *defensor ou curador de vínculo*. Esse curador não era representante do *parquet*, mas alguém, com capacidade postulatória, nomeado para exercer essa função no processo. Não inquinava o processo, porém, se a função fosse exercida por integrante do Ministério Público. Essencial que o defensor de vínculo cumprisse esse mister. Seu papel processual era bater-se sistematicamente pela manutenção do matrimônio. Segundo a doutrina majoritária, os termos peremptórios da lei não autorizavam o curador de vínculo a concordar com o pedido de nulidade, por mais lógico e evidente que fosse. Se não estivesse à vontade nesse mister, deveria declinar do encargo e pedir sua substituição. “*Se o curador ao vínculo, descumprindo os seus deveres inequívocos, passou a pugnar pela anulação, impunha-se a nulidade do processo*” (STF, REsp 33465, de 13-6-57, Rel. Min.

Barros Barreto). O defensor de matrimônio é figura oriunda do Direito Canônico. Nesse direito, trata-se de figura permanente. Em nosso direito processual, cuidava-se de nomeação *ad hoc*. O mais recente Código não mais contemplou essa figura que se mostrara cautela desnecessária nos últimos anos, tendo em vista o rumo tomado pelas ações de nulidade ou anulação de casamento. Assim como o representante do Ministério Público, o defensor de vínculo deveria participar de todos os atos processuais, requerendo provas, manifestando-se sobre requerimentos, participando de audiência, apelando da sentença que declarasse nulo ou anulasse o casamento etc. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que o curador deveria necessariamente apelar da sentença de procedência, devendo outro ser nomeado para o mister, em caso de omissão (REsp 91798, de 17-6-80, Rel. Min. Xavier de Albuquerque). Tinha ele o dever de recorrer da sentença que *anulasse* o matrimônio. Não podia, porém, recorrer da sentença que *mantivesse* o vínculo. Pontes de Miranda (1971:426) acrescenta que o curador de vínculo era parte no processo, podendo até mesmo pedir a rescisão da sentença contra o casamento, inclusive para obter os efeitos da putatividade. A omissão na participação no processo de qualquer desses dois curadores implicaria nulidade do processo (TJSP, Ap. Cível 274.680-1, Tatuí, Rel. Octávio Helene, 1º-8-96). Vale o registro como referência histórica. Ressaltemos, porém, que o Ministério Público participa como fiscal da lei, podendo opinar contra ou a favor do pedido de nulidade. Sua participação continua essencial. O processo de nulidade ou de anulação pode começar com o pedido de prévia separação de corpos (art. 1.562; antigo, art. 223). Deferida a separação, a mulher poderá pedir alimentos provisionais, que serão arbitrados de acordo com suas necessidades e a capacidade do alimentante. Não devemos excluir, porém, embora seja rara a situação, a possibilidade de o marido pedir os alimentos provisionais, levando-se em conta o patamar de igualdade entre os cônjuges, criado pela Constituição de 1988 (art. 226, § 5º). Trata-se de ação cautelar e como tal a ação principal de nulidade ou anulação deve ser proposta em 30 dias, nos termos do art. 806 do CPC, sob pena de perda de eficácia da medida. A ação prévia somente será necessária se os cônjuges coabitarem. Seria uma superfetação exigir separação de corpos se o casal já está separado de fato. As situações limítrofes, nas quais a separação não resta clara, terão o deslinde no caso concreto. Como regra geral, o ônus da prova na ação de nulidade ou anulação é de quem alega. Importante frisarmos que o valor da confissão é mínimo nesses processos. Admitir peso maior à confissão do réu seria dar azo à mancomunação e ao processo simulado. A confissão terá valor probatório relativo, devendo ser sopesada em conjunto com as outras provas, outros elementos de convicção do julgador. Digamos o mesmo em relação à revelia. A contumácia do réu, na verdade, é um dificultador para a prova e para a própria procedência, pois nem sempre o autor e os curadores terão meios investigatórios mais amplos perante a ausência do réu ou ré no processo. Nesse sentido, a contumácia é tratada com as mesmas restrições da confissão. Por outro lado, como se estabelece o rito ordinário para essas ações, a reconvenção pode fazer seu papel, com pedido de divórcio, por exemplo, ou até mesmo na ação de nulidade, quando o reconviniente quer imputar ao autor a responsabilidade pela nulidade, almejando os consectários da sucumbência (Miranda, 1971:420). O legislador era muito preocupado com as sentenças anulatórias de casamento no passado, quando o divórcio não era autorizado. Tanto que a sentença que julgasse procedente o pedido de nulidade ou anulação do casamento estava sujeita ao duplo grau obrigatório de jurisdição, o chamado *recurso de ofício*, nos termos do art. 475 do CPC. Esse dispositivo foi suprimido pela Lei nº 10.352/2001. Por outro lado, transitada em julgado, expedir-se-á mandado para averbação no Registro Civil (art. 100 da LRP). O Projeto do Estatuto das Famílias simplifica o rol de casamentos nulos, sem prejuízo da

extensão e compreensão da matéria, dispondo em seu art. 28:

“É nulo o casamento contraído:

I – pela pessoa absolutamente incapaz;

II – com infringência aos impedimentos legais;

III – por procurador, se revogada a procuração antes da celebração do casamento”.

6 “Apelação – Nulidade de casamento – Alegação de enfermidade mental quando da celebração do casamento. Pedido que não se confunde com anulação – Causa de pedir fundamentada no art. 1.548, do Código Civil. Interessados que são legitimados a propor ação, conforme a dicção do art. 1.549, do CC. Autora que é genitora de um dos cônjuges (recentemente falecido) – Interesse sucessório verificado – Eventual declaração de nulidade que tem o condão de alterar a ordem sucessória, favorecendo a ascendente em detrimento do cônjuge supérstite. Legitimidade ativa verificada. Sentença anulada. Recurso provido” (TJSP – Ap 0003843-86.2015.8.26.0441, 6-6-2016, Rel. Fábio Podestá).

“**Anulação de casamento** por recusa à prática de relações sexuais. Hipótese não prevista no rol taxativo do art. 1.550 do CC. Inexistência de erro quanto à pessoa. Pretensão de dissolução do casamento que deve ser veiculada em ação de divórcio. Falta de interesse de agir. Indeferimento da petição inicial mantido. Recurso improvido” (TJSP – Ap 0000045-82.2014.8.26.0076, 6-3-2015, Rel. Eduardo Sá Pinto Sandeville).

“**Anulação de casamento** – Erro essencial em relação à pessoa do outro cônjuge. Caracterização. Dano moral arbitrado em 100 salários mínimos que é reduzido à metade. Verba honorária que deve ser fixada. Hipótese ademais que caracteriza sucumbência em parte mínima do pedido, a incidir o parágrafo único do artigo 21 do Código de Processo Civil. Observância também da Súmula 326 do STJ. Sentença de procedência mantida, alterada apenas a verba honorária para 10% do valor da condenação. Recurso provido em parte” (TJSP – Ap. 0031731-05.2009.8.26.0000, 20-8-2012, Rel. João Pazine Neto).

“Recurso de apelação – **Direito de família e responsabilidade civil – Anulação de casamento – Possibilidade – Erro sobre a pessoa do outro cônjuge demonstrado** – Dano moral caracterizado – Valor da indenização mantido – 1 – Mulher que durante o noivado, relaciona-se episodicamente com ex-namorado, resultando gravidez. Noivo que sob a presunção de paternidade sobre o nascituro, antecipa os esponsais, contraindo casamento. Filho nascido que ao fim e ao cabo de alguns meses, revela-se fisicamente parecido com o verdadeiro genitor. Este, por sua vez, que sabedor do fato, provoca junto à mãe da criança, realização de exame de indicadores genéticos (DNA), feito à revelia do cônjuge varão. Acertamento fático da paternidade, mediante cientificação pela mulher ao seu cônjuge, de o filho não ser seu, com desfecho da separação. Cenário rodrigueano, onde vida é o que ela é, não inteiramente cogitado pela ordem jurídica. 2 – Erro de fato: o erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (artigo 1.557, I do Código Civil) ensejador da invalidação do casamento, tem sua premissa de base nos requisitos da ulterioridade do conhecimento. Para justificar o desfazimento do ato, a lei exige que a revelação ou descoberta do fato torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado. 3 – Segundo a doutrina ‘O erro essencial capaz de provocar a anulação do casamento deve estar revestido dos requisitos de anterioridade e da insuportabilidade da vida em comum para o cônjuge enganado. A circunstância ignorada deve preexistir ao casamento e a sua revelação ou descoberta deverá provocar tanta indignação que torne insuportável a vida em comum, Código Civil Comentado. Coordenação Ricardo Fiúza. 3. ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 2004 p. 1399). 4 – A par disso ‘a ulterior descoberta de que o cônjuge mantinha relacionamento amoroso fora do namoro influencia na sua honra e boa fama e configura erro essencial sobre a pessoa, ensejador da invalidação do casamento’ (JTJ 298/43). 5 – O homem que contrai núpcias acreditando ser pai da criança carregada no ventre de sua noiva e ao depois descobre a farsa, tem direito à indenização pelos danos decorrentes da interrupção abrupta do projeto de vida em comum. Nestas hipóteses, o sofrimento, as situações constrangedoras, vexatórias, diante de familiares, amigos e do ambiente de trabalho, não se confundem com os aborrecimentos do cotidiano. 6 – Manutenção do valor da indenização fixado na sentença. Decisão por maioria de votos” (TJPE – Ap. 0004658-98.2008.8.17.0370, 30-7-2012, Rel. Des. Jones Figueirêdo).

“Cível – Processo civil – Princípio da identidade física do juiz – **Anulação de casamento** – Alegação de erro essencial quanto à pessoa – Ausência – Requisitos para eventual dissolução – 1. O princípio da identidade física do juiz, que consiste na vinculação do magistrado em julgar o processo quando concluir a audiência, não possui caráter absoluto, somente havendo se falar em nulidade quando cabalmente demonstrado eventual prejuízo para a solução da lide, o que não restou comprovado no caso em comento. 2. Em relação ao erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge, para que se justifique a anulação do casamento com base nesse argumento, necessário que haja a cabal demonstração de três requisitos: a anterioridade da circunstância ignorada pelo cônjuge (defeito físico irremediável ou moléstia grave transmissível), a ignorância de crime que torne a vida em comum insuportável ou,

ainda, relevante erro quanto à sua identidade, sua honra e boa fama, com posterior conhecimento do cônjuge enganado. 3. No vertente caso, inexistente a hipótese de anulação, pois se trata de afronta aos deveres do casamento, o que autoriza a sua dissolução, com base no artigo 226, § 6º, da Constituição Federal. 4. Preliminar rejeitada. Apelação não provida. Sentença mantida” (TJDFT – Proc. 20090111968989 – (493769), 5-4-2011, Rel. Des. Flavio Rostirola).

7 Leitura Complementar: Defloramento da mulher no Código de 1916. Este registro, nesta obra, tem o sentido histórico, que nunca pode ser olvidado no estudo do Direito. O legislador do final do século XIX e início do século XX entendia que o fato de a mulher não ser virgem e desconhecê-lo o marido tornaria o casamento anulável. Modificou-se a sociedade brasileira e modificaram-se os padrões de comportamento em todo o mundo ocidental, mas o texto continuou vigente. O Código de 2002 suprimiu o dispositivo. A pressuposição da lei não dizia respeito ao desvirginamento em si, mas se relacionava a mau comportamento pretérito da mulher. No entanto, a questão era objetiva: bastava provar que houvera defloramento anterior, desconhecido pelo marido, ainda que decorrente de estupro, para tipificação da hipótese legal. Os tribunais se mostraram sensíveis a esta questão, havendo julgado em que se afirmou:

“em face de expressa disposição constitucional, não tem mais lugar no nosso ordenamento jurídico civil a possibilidade de anular-se casamento com base na alegada ignorância de defloramento da mulher” (TJMG – Ap. 10.078/4, 21-9-93, Rel. Des. Garcia Leão).

A jurisprudência majoritária mais recente já aderira à nova *ratio legis* de nossa Carta Magna. A lei não se referia a qualquer outra circunstância: mau comportamento, vida devassa etc. A prova cabal era a pericial, a qual, contudo, não devia vir isolada no conjunto probatório. À medida que o século XX avançava, rarearam-se os processos desse feito. Tivemos oportunidade de observar em nossa judicatura que nas pequenas comarcas o ajuizamento de uma ação dessa modalidade tornava-se o fato comum comentado por toda a cidade, em que pese oficial segredo de justiça, o que mais ainda restringia seu alcance. Nesse limiar do século XXI, são absolutamente bem colocadas as palavras de Arnaldo Rizzardo (1994, v. 1:152) acerca do *error virginitatis*:

“Diante das inúmeras reformas procedidas em vários institutos do Código Civil, não poderia o legislador ter olvidado esta vetusta disposição, que retira da mulher a própria condição de pessoa, para colocá-la em situação de inferioridade, como que devendo ficar preservada sua liberdade pessoal ao futuro marido. Evidencia-se uma chocante violação do princípio jurídico básico da dignidade do ser humano. Mas, diante da igualdade jurídica entre o homem e a mulher que a atual Constituição impõe, incluindo o mesmo tratamento quanto aos direitos e deveres – arts. 5º, inc. I, e 226, § 5º, não mais pode preponderar esta aberração, porquanto não se dispôs restrição à liberdade sexual do homem”.

Atente-se para o exíguo prazo decadencial de 10 dias para a ação sob esse fundamento, que somente podia ser movida pelo marido (art. 178, § 1º). Ficam, portanto, registradas essas notas, presentes nas edições anteriores, que farão parte doravante da história do direito brasileiro.

CASAMENTO PUTATIVO

7.1 CONCEITO

Já apontamos que o sistema de nulidades em matéria matrimonial apresenta particularidades que o afasta da teoria geral dos negócios jurídicos. A putatividade do casamento é exemplo marcante desse aspecto. Nosso Código de 2002, a exemplo do ordenamento anterior, dispõe de um único artigo sobre o instituto:

“Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

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

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

Os demais dispositivos que regulam a matéria em nossa lei civil defluem do sistema. O Projeto nº 6.960/02 acrescenta § 3º a esse artigo: *“Os efeitos mencionados no caput deste artigo se estendem ao cônjuge coato”.*

Se obedecidos exclusivamente os princípios ordinários em matéria de nulidade, uma vez declarado nulo o casamento, o ato deixaria de produzir efeitos, cessando os que eventualmente tivessem sido produzidos. A sentença teria efeito retroativo, como em todo negócio nulo. Com isso, o casamento seria considerado como se nunca tivesse existido e a união seria considerada mero concubinato ou união de fato; desapareceriam as obrigações e os deveres recíprocos dos cônjuges; cessaria o regime de bens; os filhos perderiam os efeitos decorrentes do casamento etc.

Notamos, assim, como são profundas as consequências da nulidade, agravadas que seriam no casamento, tendo em vista seus reflexos no seio da família. Em razão disso, por tradição de vários séculos no Direito, como reflexo do Direito Canônico, a lei procura socorrer os que, em princípio, se casaram ilaqueados em sua boa-fé, não só para sua própria proteção, mas principalmente para proteção e estabilidade da prole e da família. Por tudo isso, o ordenamento afasta-se dos princípios gerais de nulidade, atribuindo efeitos ao matrimônio anulado ou mesmo declarado nulo, até quando a nulidade seja judicialmente pronunciada. Daí, então, o *casamento putativo; aquele que se reputa*

verdadeiro, mas não o é. A origem semântica do vocábulo é o verbo *putare* (crer, acreditar). A ideia inicial é outorgar efeitos ao casamento, quando os cônjuges, ou ao menos um deles, acreditaram estar casando validamente, de molde que sua boa-fé não seja frustrada. Dois irmãos que se casam, pai e filha, sogro e nora etc. sem saber do parentesco, situações tão ao gosto da ficção que com frequência a realidade imita; nesses casos, devem operar os efeitos do casamento putativo.

Em definição sintética, Orlando Gomes (1983:113) afirma que “*putativo é o casamento nulo contraído de boa-fé por ambos os cônjuges ou por um deles*”. De forma mais ampla, define Yussef Said Cahali (1979:3):

“É o casamento nulo, ou anulável, que, contraído de boa-fé por ambos ou pelo menos, um dos esposos, tem, em razão dessa boa-fé, efeitos civis reconhecidos por lei”.

Como percebemos, o ordenamento transige e mostra-se indulgente consigo mesmo em matéria de nulidade de casamento, atribuindo efeitos ao ato anulável e mesmo nulo. É necessária a boa-fé de pelo menos um dos consortes ao menos quanto aos efeitos referentes aos cônjuges. Boa-fé, nessa hipótese, é a crença errônea na validade do casamento, a ignorância da causa de invalidade. Essa boa-fé é a presente no momento do casamento.

Acentuemos, porém, que o principal desiderato do reconhecimento de putatividade é a proteção à pessoa dos filhos e seu estado de legitimidade, na conceituação que se fazia no passado. Advirtamos de plano, no entanto, que a Lei nº 6.515/77, que regulou o divórcio, trouxe importante inovação no art. 14, parágrafo único:

“Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa-fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns”.

Com essa disposição, todo casamento declarado nulo ou anulado passou a ser considerado putativo com relação aos filhos. Por outro lado, essa noção foi ratificada pela Constituição de 1988, tendo em vista que esse diploma, no art. 227, § 6º, equiparou todos os filhos, proibindo quaisquer designações discriminatórias. Aliás, o próprio Código de 1916 já trazia disposição que beneficia a prole em caso de anulação do casamento: “*A anulação do casamento não obsta à legitimidade do filho concebido ou havido antes ou na constância dele*”. Como não podia ser diferente, o Código de 2002 repete a disposição da lei do Divórcio, no § 2º do art. 1.561.

Desse modo, se no passado era importante a definição de putatividade tendo em mira os efeitos pessoais do casamento, hoje a questão perdeu sensivelmente interesse prático, incumbindo que se analisem destarte quase exclusivamente os efeitos patrimoniais do fenômeno, como veremos. De outro lado, a proteção legal que ora se concede à união estável em nível legislativo constitucional e ordinário também relegou a plano menos importante o instituto do casamento putativo. O texto do

projeto do Estatuto das Famílias também não faz referência à boa-fé no artigo que trata da putatividade (art. 34). Em qualquer situação a nulidade ou anulação do casamento dos pais não produz efeitos em relação aos filhos.

7.2 CONDIÇÕES DO CASAMENTO PUTATIVO

No Direito Romano, o casamento anulado não produzia efeito algum, ainda que contraído com boa-fé, embora alguns autores encontrem no velho direito traços de putatividade. Os canonistas procuraram amenizar essa regra e criaram, por volta do século XII, a teoria do casamento putativo, concedendo efeitos ao ato quando contraído sob boa-fé dos esposos, o que se tornara praticamente imperioso, tendo em vista o aumento das causas de nulidade no direito religioso. A Igreja levava em conta a celebração: tendo ministrado o sacramento do matrimônio, não poderia omitir-se, desprezando a boa-fé dos noivos. Como consequência, os efeitos da putatividade os protegiam. A solução encontrava caminho na equidade, desconhecida nos primórdios do Direito Romano.

O instituto foi assimilado de forma geral pelas codificações civis do mundo ocidental e assim ingressou em nosso sistema.

A teoria do casamento putativo é aplicável a toda situação de nulidade e anulação. Por outro lado, há que se ter cuidado, se aplicada essa teoria ao casamento inexistente. No casamento inexistente, se há um nada jurídico, efeito algum pode ser obtido desse simulacro ou aparência de ato. No entanto, havendo registro, isto é, efeitos materiais do casamento, ainda que em tese inexistente, é aceitável que se admita a putatividade, mormente em benefício da prole comum. Jean Carbonnier (1999:620), analisando o problema sob o prisma da doutrina e jurisprudência francesa, aponta com exatidão que, para o reconhecimento do casamento putativo, há que se exigir um mínimo de celebração por uma autoridade qualquer, bem como o elemento que se deve denominar de “*intenção matrimonial*”, isto é, o desejo de casar. Sem esses requisitos, de fato, a presença de suposta autoridade e a intenção de casar, o simulacro de casamento cai no vazio jurídico da perfeita inexistência, sem a menor possibilidade de gerar qualquer efeito.

Como mencionamos, a boa-fé, a crença na validade do ato no momento da celebração é essencial para a configuração da putatividade. Digna de nota é a posição do Código argentino, que define má-fé na celebração:

“a má-fé dos cônjuges consiste no conhecimento que tivessem tido, ou devido ter, no dia da celebração do casamento, do impedimento ou circunstância que causar a nulidade” (art. 224).

Essa lei também é expressa para não admitir efeitos de putatividade por ignorância ou erro de direito, matéria de que nos ocuparemos neste capítulo.

O interesse nos efeitos do casamento decorrente da putatividade é não só dos cônjuges e dos filhos, como também de terceiros que podem prevalecer-se do caráter putativo do casamento, para exercer direitos que adquiriram na suposição de um casamento válido. Nessa hipótese aplica-se, na verdade, a teoria da aparência (Gomes, 1983:114).

7.2.1 Erro de Direito e Erro de Fato no Casamento Putativo

Como apontamos, a lei argentina é expressa em não admitir o erro de direito como elemento do casamento putativo. Na ausência de disposição expressa em nossa lei, discute a doutrina se o erro de direito também dá margem a putatividade ou se esta é restrita aos casos de erro de fato.¹

Assim, em exemplo extremo, será erro de fato, se o sogro casa com a nora, sem saber dessa relação de afinidade; será erro de direito, se casa não sabendo que a lei proíbe o matrimônio nesse nível de afinidade. No entanto, em situações que de fato ocorrem, em matéria de direito internacional, muitas vezes é confusa e conflitante a interpretação sobre divórcio e separação em estatutos de vários ordenamentos, o que pode dar margem a casamento de bígamos, por exemplo. Importa examinar a boa-fé, no caso concreto.

Desse modo, devemos ver com rebuços a regra geral *ignorantia legis nemo excusat*; a ninguém é dado alegar ignorância da lei. O sentido das parêmias tem espectro mais amplo, sentido de obediência geral da lei e, como tantas vezes na análise da manifestação específica de vontade, não deve ter aplicação nos casos de putatividade, como também não tem plena aplicação nos casos de erro, como vício de vontade nos negócios jurídicos.

Há quem aponte que o casamento religioso entre nós deva gerar efeitos de putatividade (Arnaldo Rizzardo, 1994, v. 1:164), mas não há base legal para essa conclusão.

7.3 EFEITOS DO CASAMENTO PUTATIVO

Em atenção à boa-fé de ambos ou de um dos cônjuges, o casamento em relação a eles e aos filhos produz todos os efeitos de casamento válido até a data da sentença anulatória. A eficácia dessa decisão, contrariando o sistema geral, será, pois, *ex nunc*, e não *ex tunc*. Não importa a causa de pedir que motivou a anulação; havendo boa-fé, a sociedade conjugal dissolve-se, como se tivesse ocorrido a morte de um dos cônjuges, partilhando-se os bens.

Estando ambos os esposos de boa-fé, da putatividade decorre que serão válidas as convenções antenupciais que gerarão efeito até a data da anulação, atendendo-se na partilha ao que foi estabelecido no pacto. Se a nulidade foi decretada após a morte de um dos cônjuges, o outro herda normalmente, segundo a ordem de vocação hereditária. Morrendo o cônjuge após a anulação, porém, não terá mais a condição de herdeiro. Questão interessante diz respeito ao casamento putativo do bígamo: declarada sua putatividade e morrendo ele, poderá ter dois cônjuges como herdeiro. A

maioria da doutrina entende que a herança se dividirá em partes iguais entre o cônjuge legítimo e o putativo, como anota Yussef Said Cahali (1979:139). Adverte, porém, o autor que esse entendimento, não constituindo princípio legal entre nós, deve ser alterado no caso concreto, sempre que o exigir a equidade.

Entende Sílvio Rodrigues (1999:108), com razão, que as doações antenupciais não devem ser devolvidas, porque o casamento foi subsequente à doação, tendo ocorrido o implemento da condição suspensiva que pesava sobre o negócio, realçando-se ainda os efeitos da putatividade.

Se, no entanto, a boa-fé é de um só dos consortes, há que se examinar o regime de bens. No caso de casamento sob coação, por exemplo, em princípio apenas o coato estará de boa-fé, inclusive como aponta a modificação do Projeto nº 6.960 aqui referido. O cônjuge inocente deverá usufruir de eventuais benefícios patrimoniais do casamento, o que não deverá ocorrer com o outro. Esse o sentido do art. 1.564:

“Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá: I – na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente;

II – na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez, no contrato antenupcial”.

Desse modo, o cônjuge de má-fé perde as vantagens econômicas advindas com o casamento: não pode pretender meação do outro cônjuge, se casaram sob o regime de comunhão de bens. O cônjuge inocente, porém, terá direito à meação do patrimônio trazido pelo culpado. O cônjuge culpado também não poderá ser considerado herdeiro do outro.

No entanto, partilham-se normalmente os bens adquiridos pelo esforço comum, como regra de equidade, independentemente da natureza do desfazimento do casamento, sob pena de enriquecimento ilícito de um cônjuge às custas do outro, o que é vedado por nosso ordenamento jurídico.

As doações feitas por terceiros em contemplação de casamento futuro (art. 546) caducam com relação ao culpado, porque há que se entender não ter havido o implemento da condição imposta, qual seja, a realização do casamento. O cônjuge inocente, porém, deverá beneficiar-se da doação, como consequência da putatividade.

Como visto, não mais importando a boa ou má-fé dos pais, a anulação de casamento não prejudicará as condições dos filhos, não importando sua origem. Terão eles o estado técnico de legítimos, desconsiderando-se outros qualificativos, tais como adulterinos ou incestuosos, os quais, modernamente, nos termos do art. 227, § 6º, da Carta Magna de 1988, não podem mesmo ser utilizados, salvo para explanação didática.

Como regra geral, o cônjuge menor que se emancipou com o casamento não terá repristinada sua incapacidade anterior na hipótese de casamento putativo. No entanto, há que se apurar se o menor casou de má-fé, exclusivamente para obter a plena capacidade. Nessa situação, embora não haja unanimidade na doutrina, terceiros não podem ser prejudicados por essa situação, o que se examina

no caso concreto.

Com a putatividade, portanto, escoimam-se situações irregulares que seriam reconhecidas na ausência desse entendimento legal: adultério da segunda mulher do bigamo, por exemplo.

As pensões alimentícias porventura impostas serão devidas até a data da sentença, sem direito à repetição, embora exista corrente que entende persistir o dever alimentar em favor do cônjuge inocente no casamento putativo (Cahali, 1979:124).² As dívidas contraídas pelo cônjuge regulam-se como se o casamento tivesse sido válido até a data da sentença de anulação.

7.4 DECLARAÇÃO DE PUTATIVIDADE

Sem decretação de nulidade ou anulação não há como ser reconhecida a putatividade. Esse reconhecimento pode ocorrer na própria ação anulatória ou em processo autônomo, promovido, nessa hipótese, pelos cônjuges, pelos filhos ou por terceiros que demonstrem interesse, se a sentença foi omissa a esse respeito. Na hipótese de omissão da sentença, os embargos de declaração poderão suprir a falha. Esgotada a prestação jurisdicional, porém, só em ação autônoma poderá a matéria ser versada, para que não se suprima grau de jurisdição. Como se trata de questão de fato, não enseja exame em recurso especial. A parcela da sentença que reconhece a putatividade é de índole declaratória, ainda que se trate de ação cuja natureza seja desconstitutiva.

O pedido de putatividade deve ser incluído na pretensão anulatória. Nada impede que as partes o façam no curso da ação, sem que se modifique o pedido ou a causa de pedir, se o permitir ainda o estágio probatório do processo. Trata-se de efeito legal do casamento presente no sistema. Como a má-fé não se presume, quem tiver interesse deverá prová-la. Não há, portanto, que se admitir que tal reconhecimento possa simplesmente ser declarado de ofício, em que pesem opiniões em contrário. Acentuemos, ademais, que omissa a sentença a respeito, não ocorre preclusão ou coisa julgada sobre o tema, que poderá ser novamente discutido em outra ação.

¹ “Direito civil – Apelação Cível – Anulação de casamento – Cônjuge varão já casado – Impedimento – Art. 183, VI, do Código Civil de 1916 – Nulidade Absoluta – Art. 183, VI, do Código Civil – Boa-fé da cônjuge virago – **Casamento Putativo** – Art. 221, parágrafo único do Código Civil de 1916 – Efeitos do matrimônio até a declaração de nulidade – Recurso conhecido e provido – Sentença reformada – 1- a questão cinge – Se em saber se é possível a anulação do casamento da apelante, cuja pretensão está amparada no impedimento do cônjuge varão, que já era casado à época do matrimônio, tendo sido o pedido rejeitado pelo magistrado, entretanto, porque o apelado já estava separado judicialmente naquele momento e, posteriormente adveio o divórcio. 2- Inicialmente, em consagração ao princípio *tempus regit actum*, considerando que a época em que se deu o casamento, deve a situação ser analisada sob à égide do Código Civil de 1916. Pois bem, referido diploma, em seu art. 183, VI, estabelecia que, as pessoas casadas não podiam casar. Referido impedimento constitui nulidade absoluta e imprescritível, ou seja, não pode ser saneada, tampouco se consolida pelo tempo. 3- No caso dos autos, à época do matrimônio entre as partes, ocorrido em 18 de dezembro de 1981, o apelado encontrava-se casado (primeiro matrimônio ocorrido em 17 de fevereiro de 1971) e embora estivesse separado judicialmente desde 08 de janeiro de 1980, o divórcio somente se efetivou em 28 de dezembro de 1984. Daí, ainda

existente um primeiro registro de casamento, inviável a contemplação de um segundo, o qual é nulo de pleno direito. 4- Quando há nulidade do casamento pelo impedimento de um dos cônjuges, por já ser casado, mas mesmo assim, o novo registro se realiza em razão da boa-fé do outro cônjuge, se está diante do chamado casamento putativo, previsto no Código Civil de 1916 no art. 221, parágrafo único. Deste modo, verifica-se o desacerto da sentença, pois embora nulo o casamento contraído entre as partes, o magistrado entendeu por manter a validade do matrimônio em detrimento da nulidade absoluta, com intuito de preservar os seus efeitos, quando a própria legislação aponta a diretriz que atende essa possibilidade e não traz prejuízos ao cônjuge de boa-fé. 5- Recurso conhecido e provido. Sentença reformada” (TJCE – Ap 0164925-85.2011.8.06.0001, 27-5-2016, Relª Maria Vilauba Fausto Lopes).

“Apelação cível – Ação declaratória de existência de relação jurídica – Justiça gratuita requerida pela ré em contestação – Não apreciação na primeira instância – Deferimento

tácito do benefício – Obrigação suspensa – Artigo 12 da Lei 1.060/50 – Convivência entre a autora e o falecido por mais de seis anos – Nascimento de uma filha – Simultaneidade com casamento – Cidades diversas – Desconhecimento da situação pela autora – Boa-fé comprovada – Requisitos atendidos – **Reconhecimento da união estável putativa** – Cabimento – Recurso não provido – Se o processo transcorreu sem a apreciação do pedido de assistência judiciária, formulado em sede de contestação, deve ser reconhecida a concessão tácita do benefício. No entanto, a parte beneficiária não tem direito à isenção do pagamento dos ônus sucumbenciais, mas sim à suspensão da obrigação enquanto perdurar a situação de hipossuficiência, pelo prazo máximo de cinco anos, findo o qual se consumará a prescrição (artigo 12 da Lei 1.060/50). Comprovado que marido e mulher estavam separados de fato por mais de seis anos e que ele manteve nesse período outro relacionamento, com publicidade e nítido objetivo de constituir família, inclusive com nascimento de uma filha, a existência de casamento não impede reconhecer a união estável putativa” (§ 1º do art. 1.723 do Código Civil de 2002). (TJMT – Ap 122660/2015, 3-11-2015, Rel. Des. Rubens de Oliveira Santos Filho).

“Anulatória de doação, usufruto vitalício e alienação de bens imóveis. **Casamento putativo**. Nulidade declarada que não atinge terceiro de boa-fé. Apelação objetivando a nulidade da doação feita aos filhos do segundo casamento (anulado por bigamia), ao fundamento de ofensa aos direitos sucessórios. Inadmissibilidade. Doação de ascendente para descendente que não implica em nulidade, mas em possível adiantamento da legítima. – Fato que enseja apenas em necessidade de levar o bem à colação a fim de igualar as legítimas de todos os herdeiros necessários. Ação improcedente. Sentença incensurável. Recurso desprovido” (TJSP – Ap 0000993-83.2003.8.26.0472, 6-6-2014, Rel. Miguel Brandi).

“Civil – Ação declaratória de nulidade de casamento – Segundo matrimônio sem dissolução do vínculo constituído pelo primeiro – **Casamento putativo** – Efeitos civis válidos ao cônjuge de boa-fé até a anulação – Adoção da técnica da fundamentação *per relationem* – Apelação interposta contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para declarar a nulidade do casamento contraído pela ré, reconhecendo, contudo, sua putatividade em relação à requerida, haja vista sua manifesta boa-fé, devendo, por conseguinte, preservar seus efeitos no que lhe toca. 2 – Adoção da chamada fundamentação *per relationem*, após a devida análise dos autos, tendo em vista que a compreensão deste Relator sobre a questão litigiosa guarda perfeita sintonia com o entendimento esposado pelo Ministério Público, motivo pelo qual se transcreve, como razão de decidir, nesta esfera recursal, a fundamentação do opinativo do MPF (itens 3 a 7). 3 – ‘O MM. Juiz a quo declarou a nulidade do casamento com fulcro nas provas acostadas aos autos, as quais demonstram, de forma inequívoca, que o Sr. Bento Ricardo já era casado quando adquiriu novo matrimônio com a Sra. Josefa Oliveira da Silva.’ 4 – ‘Em seguida, através de depoimento de testemunhas e do relato da própria Apelada, ficou constatado que a mesma desconhecia a causa impeditiva. Além disso, a atividade de marítimo exercida pelo *de cujus*, exigindo que viajasse por vários meses, corroborou, sobremaneira, para o desconhecimento da existência de casamento anterior, o qual foi contraído em outro Estado da federação.’ 5 – ‘Dessa forma, não restam dúvidas de que a Sra. Josefa acreditava na plena validade do matrimônio, configurando-se, assim, hipótese de casamento putativo.’ 6 – ‘Portanto, agiu de forma correta o MM. Juiz ao preservar os efeitos civis de um casamento válido para o cônjuge que procedeu de boa-fé quando da sua celebração.’ 7 – ‘Destarte, não há que se falar em decisão *ultra petita*, pois o magistrado julgou dentro dos limites que lhe foram apresentados na peça vestibular, traçando, em consequência, os efeitos advindos de sua decisão, como não poderia deixar de fazê-lo, em respeito aos mais louváveis critérios de justiça.’ 8 – Apelação improvida” (TRF-5ª R. – AC 0000108-21.2010.4.05.8401 – (545743/ RN), 18-1-2013, Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti).

“União estável. Separação de fato preexistente. Companheira. Boa fé. Prova testemunhal. Reconhecimento da união. Apelação. – Ação declaratória de união estável. Cumprimento dos requisitos positivos e negativos de sua configuração legal. Separação de fato do varão, que se extrai das provas documental e testemunhal, bem como da conduta processual da primeira ré, ex-mulher do falecido companheiro da autora, apurada em incidente de falsidade instaurado em segundo grau, conclusivo quanto à falsidade de

documento trazido pela ré. Procedência do incidente, a autorizar a imposição das penas da litigância de má-fé. **Tese acolhida pela sentença: união estável putativa**, por aplicação analógica do art. 1.561 do Código Civil, sem prejuízo dos efeitos decorrentes do casamento; Proteção da companheira de boa-fé, tendo em vista que, apesar da relação ser estável, duradoura e pública, com prole comum e lar conjugal, inexistia separação de fato entre o varão e a primeira ré. Prova sólida para definir-se o contrário: a união estável vida pela autora foi livre de impedimento (CC, art. 1.723, § 1º), mercê da comprovada separação de fato havida entre o varão e o cônjuge virago; Fraude processual atestada mediante perícia. Provimento que se nega ao recurso principal, provido parcialmente o adesivo” (TJRJ – Acórdão 0015343-32.2008.8.19.0202, 31-5-2012, Rel. Des. Jesse Torres).

“**Apelação cível** – Ação de reconhecimento de união estável – Concubinato – Apelante que iniciou relação afetiva com o apelado quando este já possuía união estável com outra mulher desde casamento religioso, tendo havido concomitância entre as relações até a atualidade – União estável preexistente que se equipara ao casamento civil para todos os efeitos – O concubinato adulterino é insuscetível de gerar outros efeitos que não o meramente patrimonial – No presente caso, não houve união estável nem, sequer, sociedade de fato, pois o direito de família pátrio não admite a bigamia e não há nos autos notícias de bens adquiridos no período do relacionamento entre os concubinos – Depoimentos das partes e testemunhas que são firmes quanto à coexistência de uniões com ciência da autora – Valoração das provas – Apelação conhecida, mas, no mérito, desprovida – Decisão unânime” (TJSE – Acórdão 2010203720 – (5166/2011), 5-5-2011, Rel. Des. Cláudio Dinart Déda Chagas).

2 “Direito de família – **Apelo em ação de anulação de casamento** – Matrimônio realizado com impedimento legal (ART. 1.521, VI, CC), ante a existência de vínculo anterior. Boa-fé do cônjuge presumida (ART. 1561, CC). Produção de todos os efeitos civis do casamento putativo. Precedentes do TJ/DF. Manutenção do *decisum*. Conhecimento e desprovimento” (TJRN – Acórdão 2011.014736-4, 26-1-2012, Rel. Des. Saraiva Sobrinho).

“Civil – Processual civil – Direito de família – Ação de obrigação de fazer – Pensão por morte – **Casamento putativo** – Boa-fé comprovada – Deferimento do direito à pensão – 1 – Casamento putativo é aquele nulo ou anulável que, todavia, foi contraído de boa-fé por ambos ou por uma das partes. Os efeitos civis devem ser reconhecidos. 2 – Comprovada a boa-fé da requerente, não se pode tolher seu direito de recebimento da pensão por morte de seu cônjuge. Ademais, a primeira esposa já faleceu desde o ano de 2003. 3 – Sentença que se mantém inalterada, inclusive no que tange à prescrição quinquenal. 4 – Remessa improvida” (TJMA – Acórdão 21.532/2011

– (108472/2011), 28-11-2011, Rel. Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa).

“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” (TJDFT – Acórdão 20030710107594 – (536110), 23-9-2011, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho).

“Civil e processo civil – Apelação cível – Ação declaratória – Reconhecimento de união estável – **Casamento nulo – Putatividade em relação à esposa** – Reconhecimento da união estável anterior à data da separação de fato. Vedação legal. Art. 1.723, § 1º, do CPC. Apelo não provido. I – Não obstante nulo o casamento, mas declarado putativo em relação a cônjuge varoa, não há como reconhecer união estável concomitante, antes da data da separação de fato do casal, sob pena de lesão ao disposto no § 1º do art. 1.723 do cc; II – Apelo não provido” (TJMA – Acórdão 015812/2011 – (106316/2011), 26-9-2011, Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha).

EFICÁCIA DO CASAMENTO. DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES. INTRODUÇÃO AO DIREITO CONJUGAL PATRIMONIAL

8.1 INTRODUÇÃO

Como examinamos, a família é um dado natural, uma realidade social que preexiste ao Direito. Seus fundamentos repousam prioritariamente em princípios de base sociológica que o ordenamento transforma em jurídicos. O casamento, absorvido pela Igreja como sacramento em determinado momento histórico, gera seus efeitos dentro dessa perspectiva.

Antes de ingressarmos no estudo dos direitos e deveres dos cônjuges, cumpre advertirmos sobre a situação estrutural e legal da família no país, tendo em vista a Constituição de 1988 e os mais recentes diplomas legais.

A transformação da sociedade no século XX, desde a promulgação do Código Civil no alvorecer desse período em 1916, traduz um quadro que situa esse diploma, no tocante à regulamentação da família, não só como instrumento legal obsoleto, mas também colocava o intérprete em dificuldade, tendo em vista que o legislador, mormente o constitucional, não revogou expressamente muitos de seus dispositivos.

De fato, a família do século XXI é muito diversa daquela para a qual o Código Civil de 1916 fora elaborado. A sociedade brasileira centralizou-se nas grandes cidades, a industrialização tomou conta dos grandes e médios centros e atinge hoje até mesmo pequenas comunidades. A mulher não mais se dedica exclusivamente ao lar, mas lança-se no mercado de trabalho em todos os setores de atividade. Os filhos saem do lar paterno muito mais cedo, buscando oportunidades profissionais em atividades produtivas. Os meios de comunicação mais rápidos e modernos tendem a nivelar os conhecimentos e os costumes sociais em todo o planeta. A influência da figura do *pater*, a nós legada pelo velho direito, pelas Ordenações e pela sociedade colonial do século XIX, diminui sensivelmente. Ambos os pais passam a ter idêntica importância na condução do lar conjugal. O casamento já não mais é o exclusivo centro gravitador da família: a sociedade, de há muito, aceita sem pechas a união estável sem casamento que a lei passou a reconhecer e proteger.

Nesse diapasão, dispôs a Constituição de 1988 no art. 226, § 5º:

“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo

homem e pela mulher”.

Esse artigo refere-se não somente ao consórcio decorrente do casamento, mas também à união estável, cuja proteção vem descrita no § 3º, bem como no § 4º, o qual se refere à entidade familiar formada por apenas um dos pais.

Nesse quadro, deixou de ter sentido o elenco dicotômico feito pelo Código de 1916 sob os rótulos “*direitos e deveres do marido*” (arts. 233 a 239) e “*direitos e deveres da mulher*” (arts. 240 a 255). Hoje, temos de examinar os direitos e deveres de ambos os cônjuges sob o prisma igualitário. Tanto é assim que o Código Civil de 2002 exclui o rol de deveres dos cônjuges e trata da matéria, de forma geral, sob o título “*da eficácia do casamento*”.

Ainda sob o pálio do Código de 1916, afirmávamos, de plano, que nenhum desses direitos e deveres podia ser entendido, perante os termos expressos na Constituição, sem a devida correspectividade. Assim, nada poderia ser atribuído ou restringido a um cônjuge, sem que o mesmo fosse feito com relação ao outro. Destarte, todo posicionamento a respeito dos cônjuges a partir da Constituição de 1988 deve decorrer dessa primeira premissa.

No direito pré-codificado, anterior ao código revogado, havia referência e definição do poder marital e do dever de obediência da esposa. O Código Civil de 1916 omitiu essa terminologia, mas manteve a incapacidade da mulher casada e a preponderância do varão em várias situações. No curso da história de nosso direito de família, já tivéramos um marco importante quando da promulgação da Lei nº 4.121/62, Estatuto de Mulher Casada. Essa lei, buscando equilibrar a situação da mulher no casamento, outorgou-lhe uma vasta gama de direitos, alguns até de espectro superior aos do marido. A Lei nº 6.515/77, que regulamentou o divórcio, trouxe outras alterações que também a beneficiaram. Vemos, portanto, que em menos de um século, a mulher casada, que detinha a odiosa restringenda da *capitis deminutio*, atinge em 1988 a igualdade plena de direitos.

Escrevendo antes da reforma constitucional, Orlando Gomes (1983:136) apontava:

“A tendência moderna desenvolve-se no sentido da consagração legal do princípio da paridade conjugal, que, levado às suas últimas consequências, importa completa supressão do poder marital, a ser substituído pela autoridade conjunta e indivisa dos cônjuges”.

Essa situação, ora alcançada entre nós, é tendência generalizada nos direitos ocidentais. Não nos servem de parâmetro os direitos orientais, mormente o mundo muçulmano, impregnado de fundamentalismo medieval. Em vários países de preponderância islâmica, a situação da mulher é lamentável, para dizer o menos.

O casamento irradia, como vimos, uma série de efeitos de natureza social, pessoal e patrimonial. A ordem constitucional do Estado reconhece que a família é sua base social. Nossa

Constituição de 1988, além de suprimir a distinção entre os filhos de qualquer origem, reconhece e protege a união estável. Entre os efeitos pessoais gerados pelo matrimônio, ressalta-se a mudança de estado civil. O *status* de casado acarreta uma nova série de atribuições legais. As relações pessoais entre os cônjuges e o relacionamento com os filhos são os aspectos que se destacam. Por fim, os casamentos geram direitos patrimoniais. Cria-se um patrimônio comum; há dever de assistência recíproca entre os cônjuges e destes com relação aos filhos; usufruto dos bens dos filhos sob pátrio poder; direitos sucessórios etc.

8.1.1 Eficácia do Casamento

Nosso Código cuida da eficácia do casamento, apontando a igualdade dos direitos dos cônjuges em todos os sentidos, nos arts. 1.565 a 1.570. Já ao abrir o livro destinado ao direito de família, o art. 1.511 dispõe:

“O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

O antigo art. 229 dispunha que, *“criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”*. O casamento, no sistema anterior, tinha o efeito de legitimar a prole comum, não importando quando tivesse surgido, abrindo-se essa possibilidade até mesmo com o casamento nuncupativo, como vimos. Com relação à pessoa dos filhos, porém, o longo caminhar legislativo, que culminou com a disposição constitucional, atual não permite que se distinga a origem da filiação. Atribuem-se todos os direitos aos filhos, sejam eles legítimos ou ilegítimos, adulterinos ou incestuosos. Também não mais se distinguem direitos quanto aos filhos adotivos.

O projeto do Estatuto das Famílias realça que *“a direção da sociedade conjugal é exercida pelos cônjuges, em colaboração, sempre no interesse da família e dos filhos”* (art. 37). De fato, quanto mais jovens os filhos, maior deve ser o interesse protetivo do legislador e do aplicador do direito de família.

O Código Civil de 1916 atribuía todos os direitos à família legítima, ignorando a união ilegítima. Embora a Constituição proteja a família como entidade social, independentemente do casamento, na união estável há efeitos patrimoniais diversos entre os companheiros, uma vez que eles podem, em princípio, também escolher seu regime patrimonial.

Em posição de destaque, um tanto deslocada, o § 1º do art. 1.565 do presente Código estatui que *“qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro”*. Essa disposição demonstra a preocupação do novel legislador em igualar a posição do homem e da mulher no conúbio, em todos os sentidos. Originalmente, no Código de 1916, a mulher assumia, ao casar, o nome do marido. Posteriormente, com a lei que introduziu o divórcio entre nós, permitiu-se que

facultativamente assumisse ela o nome do esposo (art. 240, parágrafo único, do antigo Código, com redação determinada pela Lei nº 6.515/77). Como a Constituição de 1988 não mais permite qualquer distinção de direitos, o legislador apressou-se em colocar esse dispositivo logo na abertura do capítulo sob a epígrafe “da eficácia do casamento”. O alcance do dispositivo é absolutamente diminuto, pois não é de nosso costume que o homem assuma o nome da mulher ao contrair matrimônio, nem se prevê que essa orientação tradicional venha a alterar-se no futuro. Note que a lei permite que o nubente *acrescente* a seu o sobrenome do outro. Não lhe é dado suprimir seu próprio sobrenome, mas apenas acrescentar o do outro cônjuge. O nubente pode, como é evidente, manter intacto seu próprio nome com o casamento, sem alterá-lo.

Aspecto fundamental quanto às consequências do casamento com importantes reflexos para o Estado é o *planejamento familiar*, hoje assegurado constitucionalmente ao casal (art. 226, § 7º). Nesse sentido, o Código de 2002 estabelece (art. 1.565, § 2º), em redação mantida pelo Projeto do Estatuto das Famílias:

“O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas e públicas”.

Assim, o planejamento familiar é direito individual e exclusivo do casal, não admitindo interferência coercitiva de quem quer que seja. A Lei nº 9.263/96 regulamenta o dispositivo constitucional. De acordo com o art. 2º dessa lei,

“entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

É grande o ônus do Estado nesse campo fundamental, pois deve estabelecer programas educacionais e assistenciais de largo espectro. Essa lei, entre várias disposições, estabelece em quais situações será permitida a esterilização voluntária do homem e da mulher (art. 10) e tipifica como crime a realização de esterilização cirúrgica fora dos permissivos legais (art. 15), além de outras reprimendas. Na mesma linha, tendo em vista o vasto campo científico que se descortina nesse campo, segundo o art. 8º dessa lei, a realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se, previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde. Sabemos que essa fiscalização não é eficiente, sendo necessário que sejam criados organismos e legislação específica que regulem a fertilização assistida de todas as formas, evitando-se situações de conflito jurídico, ético e moral. A esse tema voltaremos quando tratarmos da filiação.

8.1.2 Princípios Gerais do Direito Patrimonial entre os Cônjuges. Alteração de Regime

Quanto aos efeitos patrimoniais, o art. 230 do antigo Código dispunha: *“O regime dos bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento, e é irrevogável.”* O vigente Código, porém, altera essa sistemática que vigorou durante toda a vigência do ordenamento anterior, ao dispor, no art. 1.639, § 2º.

“É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros”.

O alcance e a utilidade dessa nova posição somente nos serão dados com a jurisprudência, que já apresenta exemplos. Há notícia de autorização judicial para modificação de regimes da comunhão universal para a comunhão parcial, para evitar o obstáculo criado pelo art. 977 do Código em vigor, que inexplicavelmente veio a proibir o contrato de sociedade entre pessoas casadas sob o regime da comunhão universal ou da separação obrigatória de bens. A ideia preponderante na doutrina é de que essa possibilidade de alteração no regime de bens está aberta para qualquer casamento, antes ou depois da vigência do Código Civil de 2002.¹ A disposição veio sob a forma de direito subjetivo potestativo, sem qualquer restrição por parte do legislador. Os efeitos da alteração, porém, somente poderão operar a partir da vigência do mais recente Código. A modificação do regime deve constar do registro imobiliário onde os cônjuges mantêm imóveis.

O CPC de 2015, em boa hora, houve por bem regular o pedido de alteração no art. 734. Destarte, acentua-se que o pedido de alteração do regime matrimonial deve ser sempre judicial. O Ministério Público será intimado, expedindo-se a publicação de edital que divulgue a intenção do casal. A decisão somente poderá advir após decorridos trinta dias da publicação do edital (§ 1º). Medida salutar consta do § 2º, estatuinto que os cônjuges podem propor que o juiz divulgue sua pretensão por outro meio, a fim de resguardar direitos de terceiros. Pode ser pelas redes sociais, por exemplo, ou com a intimação pessoal de eventual interessado, como um credor. Concedida a medida, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios de registro civil e de imóveis pertinentes, e caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao registro de empresas mercantis.

Os motivos que sustentavam a irrevogabilidade do regime de bens entre os cônjuges repousavam nas ideias individualistas do passado, que orientaram o Código de 1916.

Note que o legislador ressalva expressamente direitos de terceiros e estabelece condições para essa alteração que devem ser examinadas pelo magistrado, com cautela, no caso concreto. Podem ser as mais variadas as razões invocadas. Devem ser de tal molde que justifiquem a mudança do regime.

Não podem os cônjuges simplesmente lançar mão da flexibilidade trazida pela lei por mero diletantismo. O pedido sempre deve ser feito por ambos os cônjuges, como é óbvio e vem expresso no texto. O papel dos tribunais será fundamental para estabelecer um caminho seguro em torno dessa brecha aberta pela novel lei material. Não houve restrição legal, de modo que todos os regimes de bens permitem alteração para todos os regimes também. Nada impede que sejam feitas combinações dos regimes, tornando-os híbridos, desde que não contrariem a lei ou a ordem pública.

Regime de bens consiste no regulamento dos interesses patrimoniais dos esposos durante o casamento. Em nosso sistema anterior, eram quatro os regimes disciplinados: comunhão universal, comunhão parcial, separação e dotal. A comunhão parcial, a partir da Lei nº 6.515/77, é o regime que vigora no silêncio das partes, mantida a mesma situação no Código de 2002 (art. 1.640). Neste corrente Código, suprime-se o regime dotal, incluindo-se o regime de participação final de aquestos, regime este de alta complexidade que está fadado ao desaparecimento, como já faz o projeto do Estatuto das Famílias.

O pacto nupcial, firmado por escritura pública, que necessariamente deve anteceder ao casamento, pode escolher qualquer dos outros sistemas, bem como combiná-los entre si.

O projeto citado propõe modificação de há muito necessária: pelo Estatuto das Famílias só haverá necessidade de escritura pública se os nubentes desejarem combinar regimes entre si ou, por exemplo, estabelecer regime especial para determinado bem ou conjunto de bens. Se a opção dos interessados for por qualquer dos regimes presentes no ordenamento (comunhão universal ou separação de bens), bastará declarar ao oficial do registro civil (art. 38, § 1º). Se não houver essa declaração, casar-se-ão sob o regime da comunhão parcial de bens (art. 38, § 2º). Nesse diapasão, acrescenta o § 3º: “Mediante escritura pública os nubentes podem estipular regime de bens não previsto neste Estatuto, desde que não contrarie suas regras e princípios”.

Essa inovação vem com atraso e demonstra quão retrógrado no campo de família se apresentou o Código de 2002. Sob todos os aspectos a inovação é salutar: diminui a burocracia do casamento e facilita a escolha do regime, pois sabido é que geralmente a sugestão por um dos nubentes pela escritura pública de pacto de separação de bens ou comunhão universal é fator de inibição e de males sociais. Ademais, com essa orientação facilitadora no campo do regime de bens entre os cônjuges, o projeto suprime a separação obrigatória de bens presente no atual Código, algo que também se mostra obsoleto e ineficaz.

Outro dispositivo digno de realce no estatuto está no art. 38, § 5º: “Com a separação de fato cessa a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com as dívidas que vierem a ser contraídas pelo outro”. Nesse mesmo sentido, a separação de fato deve fazer cessar a comunicação dos bens adquiridos por um dos cônjuges a partir de então. A jurisprudência tem sufragado esse entendimento com pouca discrepância, mas o ordenamento carece de texto expresso.

O regime de bens entre os cônjuges tem início desde a data do casamento. Essa dicção, do art.

1.639, § 1º, que repete o art. 230 do Código de 1916, veio para resolver dúvida do sistema pré-codificado, o qual exigia a consumação do casamento para o início de vigência do sistema patrimonial, o que trazia imaginável instabilidade.

A imutabilidade do regime de bens era disposta em nossa lei para proteção dos próprios cônjuges, que poderiam ser influenciados reciprocamente ou por terceiros no curso do casamento em seu detrimento, bem como para proteção de terceiros. Havia legislações, todavia, que permitiam a modificação do regime após o casamento, corrente à qual agora se filia nosso ordenamento de 2002. Dessa matéria nos ocuparemos também nos capítulos seguintes.

Como notamos, nosso sistema é flexível no tocante à escolha do regime de bens para o futuro casal, afora as exceções já examinadas que impõem o regime de separação, permitindo aos nubentes que escolham as regras a seu contento. Como, na maioria das vezes, os casais são jovens, sem patrimônio considerável, a partir da lei introdutória do divórcio, entendeu-se que, no silêncio dos interessados, deviam se comunicar para o patrimônio comum os aquestos, isto é, os bens adquiridos após o matrimônio. Há, portanto, um caráter institucional no regime de bens do casamento. Dele não se prescinde em qualquer situação matrimonial.

O antigo art. 235 elencava os atos que o marido não podia praticar sem o consentimento da mulher, qualquer que fosse o regime de bens. Eram situações de ausência de legitimação para o ato.²

O Código de 2002, no art. 1.647, dentro da moderna filosofia, relaciona os atos que *nenhum dos cônjuges* pode praticar, 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”.

Já de plano se nota que o atual diploma aboliu a restrição quando o regime de bens entre os cônjuges é o da separação absoluta. Quando não se comunicam de forma alguma os bens de cada consorte, não havia sentido, como fora estabelecido no sistema anterior, que o cônjuge obtivesse a autorização do outro para a prática de determinados atos de responsabilidade patrimonial.

A outorga conjugal é necessária para atribuir legitimação para tais atos. É ineficaz qualquer dispositivo em contrário que seja apostado em pacto antenupcial. A autorização para esses atos deve ser escrita, expressa, cabal, específica e inserida em instrumento idôneo. Se referir a imóveis, acima do valor legal, deve vir em instrumento público (art. 108). A autorização genérica para a prática de

determinados atos deve ser vista com restrições e não pode ser admitida pelos interessados, sob pena de vir a ser questionada de futuro.

Entende-se que esses atos de disposição podem, em princípio, colocar em risco o patrimônio necessário para a subsistência e manutenção do lar, ainda que digam respeito a bens de um só dos esposos. Busca-se a segurança econômica da família. Admite-se que os bens imóveis são os que permitem maior estabilidade econômica. A norma é de ordem pública. Entende-se atualmente que para os compromissos de compra e venda de imóveis, também atos de disposição, é igualmente necessária a outorga conjugal. A inclusão do aval nesse rol não tem muito sentido, além de apresentar obstáculos práticos, pois tumultua a compreensão tradicional do direito cambiário. O projeto do Estatuto das Famílias sabiamente o retira desse elenco.

A nulidade é textual. A ação anulatória dos atos praticados sem outorga conjugal, porém, é privativa do outro cônjuge, ou de seus herdeiros, pois os interesses tutelados são privados.

Anote-se que o Código de 2002, ao tratar do direito de empresa, visando resolver problema ardiloso no mundo negocial, estabeleceu, no art. 978, que

“o empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”.

Há que se examinar no caso concreto se o imóvel está relacionado como patrimônio da empresa. O dispositivo abre válvulas a fraudes, com necessidade de permanente supervisão judicial.

Outro dispositivo recebido com total antipatia pela sociedade foi o do art. 977, dentro do direito de empresa: *“Faculta-se aos cônjuges contratar sociedade, entre si ou com terceiros, desde que não tenham casado no regime de comunhão universal de bens, ou no da separação obrigatória”.* O objetivo do legislador, como se nota, foi não tornar inócuo o regime de bens ou impedir que se burlasse a separação obrigatória. Até a entrada em vigor do Código de 2002, existiam centenas de sociedades entre cônjuges, mormente os casados em comunhão universal.

No Código de 1916, o prazo da ação para a mulher desobrigar ou reivindicar os imóveis do casal, quando o marido os gravou, ou alienou sem outorga conjugal ou suprimento judicial, era de quatro anos contados da dissolução da sociedade conjugal (art. 178, § 9º, I, *a*). Para os herdeiros, esse prazo contava-se do falecimento do cônjuge que não consentiu. O mesmo prazo de quatro anos era aplicável para anular as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido (art. 178, § 9º, I, *b*).

O Código de 2002 dispõe que esses atos são anuláveis (art. 1.649), podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal. Durante a permanência da sociedade conjugal não há decurso de prazo extintivo para os cônjuges. Esse ato, por sua natureza, é ratificável. De acordo com o parágrafo único desse artigo, a aprovação torna o ato inquinado válido, desde que feita por instrumento público ou particular, autenticado. Acrescenta o

art. 1.650 que a decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros. Iniciada a ação pelo cônjuge, falecendo este, podem os herdeiros continuar com a ação. Há que se entender que o prazo também será de dois anos para os herdeiros ajuizarem a ação, contado a partir do falecimento do cônjuge que não consentiu.

A recusa injustificada do cônjuge para os atos relacionados no art. 1.647 do mais recente Código Civil pode ser suprida pelo juiz. A mesma situação de suprimento do consentimento aplica-se quando se mostra impossível, por qualquer motivo, obter essa manifestação de vontade.

A fiança referida pela lei é de qualquer natureza, civil ou mercantil, embora essa distinção se torne despicienda no Código Civil em vigor, que unifica os institutos. Essa restrição não atingia o aval de índole cambial, no Código de 1916. Tantas foram as discussões e problemas que advieram dessa situação no passado que o presente Código resolveu ser expresso: o aval também necessita de autorização conjugal. Esse consentimento para o aval será, sem dúvida, um entrave para o dinamismo dos princípios cambiários e exigirá maiores cautelas para quem se utiliza dos títulos de crédito. A nosso ver, com essa exigência e outras modificações relativas aos títulos de crédito, presentes no vigente Código, estarão seriamente ameaçados os tradicionais princípios de autonomia e literalidade dos títulos cambiais (veja o que expusemos no Capítulo 10 do v. 3). Já houve tentativa mais recente para abolir o aval dessa disposição, texto que foi vetado pela presidência da República. Essa situação merece mesmo melhor meditação. Em boa hora o projeto mencionado cuidou de suprimi-lo.

Muito se discutiu acerca da nulidade ou anulabilidade da fiança sem outorga conjugal no sistema anterior. A possibilidade de o ato ser ratificado e o fato de sua nulidade somente poder ser arguida pela mulher ou outro interessado situava o vício entre as nulidades específicas de direito de família, como já mencionamos, com regras próprias que não se amoldam ao sistema de nulidades dos negócios jurídicos em geral. A discussão que a doutrina teceu a respeito desse tema é estéril, porque o legislador simplesmente criou um sistema de nulidade específico nessa matéria de direito de família. O Código de 2002 procurou, de forma direta, resolver a questão, aduzindo expressamente que o ato é anulável (art. 1.647) e que o cônjuge pode pleitear sua anulação em dois anos após o término da sociedade conjugal. Só o cônjuge tem legitimidade para tal.

Refere-se ainda o art. 1.647 à *proibição de doações*, sem consentimento conjugal, não sendo remuneratórias, com os bens comuns ou que possam integrar a futura meação. Neste último tópico, o corrente Código refere-se ao regime de comunhão final de aquestos. Não pode, pois, o cônjuge fazer oferendas sem o acordo do consorte. A razão é intuitiva. Excluem-se as doações remuneratórias, pois estas visam à retribuição por um serviço prestado. O *pequeno valor* autorizava a doação pelo cônjuge, sem o consentimento do outro, no Código de 1916. O mais recente Código suprimiu essa possibilidade, extirpando o subjetivismo que a expressão autorizava.

O parágrafo único do art. 1.647 refere-se à possibilidade de doações nupciais aos filhos quando

se casarem ou estabelecerem economia separada.

Pretendeu-se ver nessa autorização, no passado, possibilidade de doação de bens imóveis. Não há, porém, como se admitir alienação de bens imóveis sem outorga uxória, perante os termos do art. 1.647, I (Monteiro, 1996:133). Segundo esse autor, essa disposição é exceção à regra geral estampada no *caput*. Conclui-se que se as doações foram para os filhos que se casam ou se estabelecem com economia separada, poderão ser de elevado valor, mas serão constituídas exclusivamente de bens móveis. Para a doação de imóveis, qualquer que seja o valor, há necessidade de outorga conjugal.

Sob a nova sistemática, o Código de 2002 afirma, no art. 1.642, que, sob qualquer regime de bens, tanto o marido como a mulher podem livremente:

“I – praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do art. 1.647; II – administrar os bens próprios;

III – desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV – demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

V – 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; VI – praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente”.

O dispositivo consagra expressamente o princípio geral pelo qual não se ampliam restrições legais: na forma do inciso VI, não havendo proibição expressa, o cônjuge possui legitimidade isolada para a prática do ato.

Não mais se defere ao marido a administração de bens de seu cônjuge: cada um administrará seus próprios bens. De acordo com o art. 1.651, quando um dos cônjuges *não puder exercer a administração* dos bens que lhe incumbe, segundo o regime de bens, ao outro caberá: I – gerir os bens comuns e os do consorte; II – alienar os bens móveis comuns e III – alienar os imóveis comuns ou os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial. Trata-se de exceção à regra geral ora discutida, que somente pode ser aplicada nos casos em que o cônjuge estiver em situação de incapacidade de administrar seus bens, de forma permanente ou transitória. Completando ainda essa regra, o art. 1.652 dispõe:

“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”.

A regra é rigorosa, impondo a melhor conduta do cônjuge a respeito dos bens do outro que estiver na posse, inclusive equiparando-o ao depositário, quando não for usufrutuário ou administrador.

Por outro lado, não se restringe o desempenho da profissão dos consortes, salvo as proibições expressas analisadas. A matéria deve ser examinada no caso concreto se, por exemplo, o ato de disposição de bens extrapola o simples desempenho da profissão do marido ou da mulher.

Nos casos dos incisos II e IV desse art. 1.642, o terceiro prejudicado com a sentença favorável ao autor terá direito de regresso contra o cônjuge, que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros, conforme a dicção do art. 1.646. Como se percebe, é essencial que o agente que negocia com pessoa casada se acautele, nos atos descritos, exigindo a outorga conjugal. Se esta está ausente, caberá na ação de regresso examinar se o terceiro agiu de boa-fé.

As ações fundadas nos incisos III, IV e V desse art. 1.642 competem ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros (art. 1.645). Note que o inciso V, doação ou transferência de bens comuns ao concubino, insere situações de fato que devem ser ingentemente provadas no curso do processo. Examina-se a transferência dos bens a qualquer título. Há que se evidenciar que os bens alienados não foram adquiridos pelo esforço comum dos concubinos, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos. A redação do dispositivo vigente não agrada e certamente os futuros julgados darão a devida flexibilidade à norma, dentro das inúmeras situações que ocorrem nos casos concretos. Melhor seria que se deixasse em aberto a norma, possibilitando o exame do prejuízo pelo juiz no caso concreto. A lei refere-se, nessa oportunidade, à união impura, isto é, adulterina, que prefere denominar concubinato. A concubina ou concubino que se beneficiou com a alienação não terá direito à indenização segundo o princípio pelo qual ninguém pode invocar a própria torpeza.

Observe que o art. 73 do CPC de 2015 estatui:

“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.

§ 1º Ambos os cônjuges serão necessariamente citados para a ação:

I – que verse sobre direito real imobiliário, salvo quando casados sob o regime de separação absoluta de bens;

II – resultante de fato que diga respeito a ambos os cônjuges ou de ato praticado por eles;

III – fundada em dívida contraída por um dos cônjuges a bem da família;

IV – que tenha por objeto o reconhecimento, a constituição ou a extinção de ônus sobre imóvel de um ou de ambos os cônjuges.

§ 2º 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.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à união estável comprovada nos autos”.

Da mesma forma, a recusa injustificada do marido ou da mulher para a prática de tais atos pode ser suprida judicialmente (art. 1.648; art. 74 do CPC). Nessa ação de suprimento de vontade, como vimos, deve ser provado que a recusa é injusta ou é impossível de ser obtida. A injustiça da recusa ou a impossibilidade de sua obtenção apuram-se nos casos concretos. O art. 238, do velho Código, completava a ideia afirmando que os atos praticados com outorga judicial não obrigavam os bens próprios da mulher. O mesmo se aplicaria à mulher quando o suprimento de vontade fosse do marido. Atentemos aqui para o que foi exposto acerca dos direitos idênticos dos cônjuges. Por igual raciocínio, não há mais que se falar em bens reservados da mulher, como trataremos aqui. Poderão existir bens próprios da mulher (ou do marido) por força do regime de bens ou de cláusula de incomunicabilidade, mas de qualquer modo os bens próprios não serão atingidos. Assim, no regime da separação, serão próprios do cônjuge todos os bens que lhe pertencerem e na comunhão parcial, os bens que o cônjuge tiver ao casar, os sub-rogados nestes e os havidos por doação ou sucessão.

Ainda, o art. 1.643 estatui que os cônjuges podem livremente, independentemente de autorização um do outro:

“I – comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;

II – obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir”.

Acrescenta o art. 1.644 que essas dívidas obrigam solidariamente ambos os cônjuges.³

8.2 DEVERES DOS CÔNJUGES

De acordo com o art. 1.566:

“São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;

II – vida em comum no domicílio conjugal;

III – mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

V – respeito e consideração mútuos”.

A *fidelidade recíproca* é corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo. Contudo, embora atue em todas essas esferas, é também norma jurídica, porque sua transgressão admite punição nas esferas civil e criminal. Há tendência acentuada de ser suprimido o adultério da esfera criminal. No campo civil, porém, a transgressão do princípio implica sanções, como a separação dos cônjuges com reflexos patrimoniais. A quebra do dever de fidelidade é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa. Atos diversos do ato sexual podem caracterizar injúria grave, embora a Emenda Constitucional nº 66/2010 tenha afastado a noção de culpa no desfazimento do casamento pelo divórcio, fazendo desaparecer a separação judicial.

A *vida em comum no domicílio conjugal* é decorrência da união de corpo e de espírito. Somente em situações de plena exceção é de admitir-se quebra ao preceito. Nessa expressão legal, a dicção diz menos do que aparenta, emprestada que foi do direito canônico. Nesse eufemismo, na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. O princípio não é absoluto, e sua falta não implica necessariamente desfazimento da *affectio maritalis*. Afora, porém, as hipóteses de recusa legítima ou justa, o dever de coabitação é indeclinável. Nesse sentido, é absolutamente ineficaz qualquer pacto entre os cônjuges a fim de dispensar o débito conjugal ou a coabitação.⁴ Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir o dever, sob pena de violação da liberdade individual. A sanção pela violação desse dever somente virá sob forma indireta, ensejando a separação e o divórcio e repercutindo na obrigação alimentícia. Em princípio, o cônjuge culpado perderia direito aos alimentos (art. 1.702) e o direito de manter o nome do outro cônjuge (art. 1.578), mas há que se levar em conta doravante que a noção de culpa no divórcio está afastada após a Emenda Constitucional nº 66/2010. De qualquer modo, o abandono do lar conjugal e a recusa do débito carnal são omissões do mesmo dever de coabitação.

O abandono do lar sem justificativa pelo cônjuge gera, em tese, consequências mais amplas, pois faz cessar a obrigação de alimentos por parte do outro. O cônjuge faltoso, porém, poderá continuar com a obrigação de pensionar o outro, para que este viva de modo compatível com sua condição social (art. 1.694). Ainda, o cônjuge, ou companheiro, que não esteja convivendo com o consorte quando de sua morte, não pode continuar na administração dos bens da herança até o compromisso de inventariante (art. 1.797), nem poderá assumir o cargo de inventariante (art. 617, I do CPC).

Na redação do Código de 1916, a fixação do lar conjugal competia ao marido, incumbindo à mulher acompanhá-lo (art. 233, III). Se esse dever já era discutível no passado, com a igualdade constitucional deve ser analisado com restrições. A mulher pode ter profissão que a obrigue fixar-se em determinado domicílio. O marido idem. Hodiernamente, melhor que afirmemos que o estabelecimento do domicílio conjugal cabe a ambos os cônjuges, que deverão acordar, tal como nos

múltiplos aspectos que o casamento naturalmente exige. A questão é importante porque o abandono voluntário do lar conjugal pode qualificar-se como causa de ruptura do casamento. Por vezes, a situação que se apresenta ao magistrado é de perplexidade. O bom senso deverá definir a decisão. O fato é que, não havendo mais a *affectio* que deve reger o casamento, tudo será motivo de discórdia no casal. De qualquer modo, não devemos reconhecer doravante supremacia legal do marido ou da mulher na fixação do domicílio comum. O presente Código estabeleceu a devida igualdade nessa questão, dispondo que o domicílio será de escolha de ambos os cônjuges, “*mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes*” (art. 1.569), o que, em síntese, deságua sempre no bom senso.

A *mútua assistência* também é derivada da união material e espiritual. Esse aspecto é fundamental no matrimônio, consagrado tradicionalmente pela Igreja. Nesses dois aspectos desdobra-se a assistência recíproca. O casamento não transige em matéria do pão do corpo e do pão da alma. A falta de qualquer um deles implica transgressão do dever conjugal. Consubstancia-se na mútua assistência a comunidade de vidas nas alegrias e nas adversidades. No campo material, esse dever traduz-se na obrigação de um cônjuge prestar alimentos ao outro, não devendo essa obrigação ser vista hoje exclusivamente como um ônus do marido.

O *sustento, guarda e educação dos filhos* é outro aspecto fundamental do casamento. Embora a existência de prole não seja essencial, trata-se de elemento fundamental da existência conjugal. Incumbe a ambos os pais o sustento material e moral dos filhos. A orientação educacional é fundamental não só no lar, como também na escola, sendo ambas, em última análise, obrigações legais dos pais. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) impõe igualmente aos pais o dever de sustento, guarda e educação da prole. A omissão desse dever terá implicações de caráter civil, como a imposição de prestar alimentos, e de caráter penal, podendo caracterizar crimes de abandono material e intelectual (arts. 244 e 246 do Código Penal).

O Código de 2002 acrescentou mais um item a esse rol de deveres recíprocos, qual seja, o “*respeito e consideração mútuos*” (art. 1.569, V), que já fora elencado pela lei que regulou a união estável, Lei nº 9.276/96, art. 2º, I, base para toda a vida em comum. Quando desaparecem esses requisitos, é evidente que periclita a união conjugal. Na apreciação desses aspectos, devem ser levados em conta, sem dúvida, as circunstâncias, as condições e o ambiente em que vive o casal. Dentro da isonomia de poderes e deveres da nova sociedade conjugal, não há que se admitir poderes discricionários de qualquer um dos cônjuges que impliquem violação dos direitos da personalidade ou de direitos individuais. Sob esse prisma devem ser lidas as linhas seguintes.

A transgressão dos deveres conjugais pode gerar danos indenizáveis ao cônjuge inocente. Nossa posição é no sentido de que essa seara deve decorrer da regra geral do art. 186, o que implica o exame do caso concreto. Não é toda situação de infidelidade ou de abandono do lar conjugal, por exemplo, que ocasiona o dever de indenizar por danos morais. Essa nossa posição, porém, cada vez

mais é criticada por vasta porção da doutrina que entende que a simples transgressão dos deveres conjugais faz presumir a existência de dano moral e, portanto, acarreta a indenização. A falta de respeito e de consideração por parte de um dos consortes também pode gerar situações de transtorno ou constrangimento que desembocam nos danos morais. Impõe-se o acurado exame da situação concreta.

O projeto do Estatuto das Famílias abandona esse rol exclusivo e obsoleto dedicado aos cônjuges, para estabelecer disposições comuns a todas as entidades familiares com ou sem casamento, hetero ou homoafetivas, realçando os deveres recíprocos de assistência, amparo material e moral e todas as formas possíveis de proteção à dignidade humana, mormente das crianças.

8.3 DIREITOS E DEVERES DO MARIDO NO CÓDIGO DE 1916. OS DIREITOS HOMOGÊNEOS NO CÓDIGO DE 2002

A igualdade de direitos entre o homem e a mulher no casamento na ordem constitucional faz com que, *prima facie*, entenda-se como revogados todos os dispositivos que descreviam direitos e deveres diferenciados para cada um dos cônjuges. Como toda a matéria deve ser vista com cuidado, porque não houve revogação expressa dos dispositivos do Código Civil de 1916 pela Constituição, impunha-se que esses títulos legais fossem examinados de per si. Em princípio, deviam permanecer vigentes os dispositivos que atribuem direitos e deveres recíprocos aos cônjuges. De qualquer modo, mantemos essas linhas com o intuito histórico, podendo assim as novas gerações examinar a evolução do direito de família no ordenamento pátrio.

O art. 233 estampava que cabia ao marido a *chefia da sociedade conjugal*, função que deveria exercer com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos. O atual direito igualitário constitucional da mulher exige que a extensão e compreensão do princípio sejam feitas em consonância com a Lei Maior, como acentuamos anteriormente. Perante a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, não havemos de admitir qualquer chafia, mas identidade de direitos. Ao analisar a norma constitucional do art. 226, § 5º, Sérgio Gischkow Pereira (1993:120) aduziu que se tratava de norma específica que impunha uma igualdade concreta entre os cônjuges. Não há desse modo que se discutir que sua aplicação devia ser imediata. E conclui:

“Esta igualdade resultaria sem sentido, esvaziada, letra morta, se a chafia da sociedade conjugal continuasse com o homem, pois esta chafia é a pedra angular da dominação masculina”.

Os direitos e deveres da sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher, portanto. Ambos os esposos devem exercer a *autoridade indivisa* do lar conjugal.

“Segundo ela, a soberania do grupo conjugal ou familiar pertence a ambos os cônjuges,

sem delimitação de esfera. Ele deve se entender. É a orientação do legislador português de 1977, do tcheco e do iugoslavo. Não fica afastado o direito de ir a juízo para solução de possíveis conflitos. É bem verdade que se o dissídio desemboca no judiciário o casamento está combalido” (Viana, 1998a:118).

Esse foi o sentido atribuído pelo presente Código, ao estabelecer, no art. 1.565, que “*pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos de família*”. E ainda, na lei mais nova, desaparece qualquer resquício de hierarquia:

“Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos”.

Completava o art. 233, afirmando que competia ao marido:

“I – a representação legal da família;

II – a administração dos bens comuns e dos particulares da mulher que ao marido incumbir administrar, em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial;

III – o direito de fixar o domicílio da família, ressalvada a possibilidade de recorrer a mulher ao juiz, no caso de deliberação que a prejudique;

IV – prover a manutenção da família, guardadas as disposições dos arts. 275 e 277”.

A *representação legal da família* citada pela lei antiga nunca teve a compreensão de representação de personalidade jurídica, pois a família não a tem, como vimos. Cuidava-se de representação social ou representação de fato. Essa referência à representação legal da família nunca foi bem compreendida, e isto se deveu à impropriedade do legislador.

“A expressão podia ser admitida no sentido vulgar, ou seja, para significar que o marido atua no interesse do casal e dos filhos, representando aquela entidade natural, composta por estes e aquele” (Rodrigues, 1999:128).

Na nova ordem constitucional, recepcionada pelo Código de 2002, essa discutida representação cabe a ambos os esposos, dentro da condução conjunta do lar conjugal.

No velho Código, persistia para o marido a obrigação de *administrar os bens comuns e particulares* da mulher, se assim foi determinado no pacto antenupcial. A mesma obrigação podia ser atribuída à mulher. Nada tendo sido avençado, a administração caberia de comum acordo a ambos os

cônjuges. Sob o prisma da nova ordem de direito de família, essa é a regra básica a ser seguida. O art. 1.642, II, do vigente Código observa que caberá sempre ao cônjuge administrar os bens próprios.

Quanto ao direito de *fixar o domicílio da família*, a nova posição social e jurídica da mulher faz com que essa atribuição do marido, ao lado das demais, seja vista com a devida restrição. Já nos reportamos a esse fenômeno neste capítulo. No caso concreto, não pode o juiz esquecer que hoje se torna paulatinamente mais comum o fato de a mulher ter atividade remunerada equiparada e até mesmo superior à do marido. Desse modo, a fixação do domicílio do lar conjugal não pode ser exclusivamente do marido, no caso, por exemplo, de a mulher exercer cargo público que exija o exercício em determinado domicílio. O casamento é construído sob uma base de compreensões e transigências. Esse é mais um aspecto, entre tantos, no qual a incompreensão e intransigência poderão pôr a perder a entidade familiar. Também nesse aspecto, caberá a ambos os cônjuges fixarem o domicílio comum. Como já acenamos, se houver necessidade de intervenção judicial para acertar desentendimento a esse respeito, o casamento já estará fadado ao insucesso. A conclusão, portanto, é que os cônjuges fixarão de comum acordo o domicílio comum. Não mais vige o dispositivo que atribui esse direito ao marido. O Código deste século, como já apontamos, atribui expressamente a ambos os cônjuges a escolha do domicílio conjugal (art. 1.569).

Tanto o homem como a mulher devem contribuir para as despesas do lar. No sistema do Código de 1916, tendo a mulher atividade remunerada considerável, também a ela, na devida proporção, caberia a *manutenção do lar conjugal*, como, aliás, determinava o art. 277. Note que este último artigo referia-se à contribuição da mulher proveniente de *rendimentos de seus bens*. Nada se mencionava acerca dos proventos decorrentes do trabalho da esposa. Explica-se: quando da redação do dispositivo, era improvável que a sociedade brasileira admitisse o trabalho da mulher fora do lar. A aplicação do espírito do art. 277 persistiu no passado, certamente, no tocante à contribuição decorrente dos proventos de qualquer natureza auferidos pela esposa. Nesse estrito diapasão coloca-se o Código de 2002:

*“Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e da educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”.*⁵

Esse sentido decorre, sem dúvida, da norma constitucional.

O art. 234 do velho Código referia-se à obrigação de o marido sustentar a mulher. Conforme o dispositivo, essa obrigação cessava para o marido quando a mulher abandona sem justo motivo a habitação conjugal e a esta recusa voltar. O “*justo motivo*” é matéria de prova no caso concreto.

“Neste caso, o juiz pode, segundo as circunstâncias, ordenar, em proveito do marido e dos filhos, o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher.”

Supondo-se que persistam rendimentos particulares da mulher, por força de pacto antenupcial ou imposição de cláusula de incomunicabilidade, esse sequestro tinha como objetivo a parcela de contribuição da mulher para as despesas do lar conjugal.

A obrigação do marido sustentar a mulher é o que mais comumente ocorre. Esse aspecto é correspectivo, pois também pode existir a obrigação alimentar da mulher em relação ao marido. Imaginemos a hipótese, por exemplo, da mulher que exerce atividade laboral enquanto seu marido torna-se valetudinário. A obrigação alimentar da mulher é inafastável. Lembre-se de que o dever de prestar alimentos entre os cônjuges decorre do vínculo do casamento, enquanto o dever de alimentar os filhos decorre do parentesco. No presente diploma, os direitos e deveres são colocados no mesmo patamar, nos termos do art. 1.568.⁶

¹ “Casamento – **Alteração de regime de bens** (separação total para comunhão universal) – Decreto de procedência – Recurso interposto pelos autores, pleiteando que a alteração retroaja à data da celebração do casamento – Inadmissibilidade – Modificação de regime de bens que possui efeito *ex nunc* – Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil – Precedentes, inclusive do c. STJ – Sentença mantida – Recurso improvido” (TJSP – Ap 1056413-22.2014.8.26.0100, 18-4-2016, Rel. Salles Rossi).

“Casamento – Vigência do código civil de 1916 – Regime de bens – Alteração – Necessidade de motivação – ‘Direito de família. Casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916. Regime de bens. Alteração. Necessidade de motivação. Justificativa do pedido. Enunciado nº 113 (CJF). Prejuízo comprovado. Súmula nº 7/STJ. 1. À luz da melhor interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, são exigíveis justificativas plausíveis e provas concretas de que a alteração do regime de bens eleito para reger o matrimônio não prejudicará nenhum dos cônjuges, nem terceiros interessados. 2. Incidência do Enunciado nº 113 na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: ‘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 a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade’. 3. No caso em exame, a alteração patrimonial foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges ora recorrentes com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, demonstrando a ausência de violação de direitos de terceiros. 4. As instâncias ordinárias, todavia, negaram a alteração do regime patrimonial por reputarem que a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável. 5. Ademais, o Tribunal de origem, visando a proteção de um dos cônjuges, assentou que a modificação ‘equivaleria à doação do patrimônio a um dos interessados, exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole’. 6. Rever tais conclusões demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 7. Recurso especial não provido” (STJ – REsp 1.427.639, (2013/0417656-0), 16-3-2015, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

“Casamento. Regime de bens. Alteração. – Pedido ratificado pessoalmente pelos requerentes na presença do magistrado. Ausência de prejuízo a terceiros. Motivo relevante. Sentença de improcedência reformada. Recurso provido” (TJSP – Ap 0038722-23.2010.8.26.0562, 28-5-2014, Rel. Percival Nogueira).

“Apelação – Regime de bens – Pretendida alteração para o regime da comunhão parcial de bens. Possibilidade. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916. Modificação que produz efeitos ‘*ex nunc*’, com expressa ressalva a direitos de terceiros anteriormente constituídos. Precedentes jurisprudenciais. Sentença reformada. Recurso provido” (TJSP – Ap. 0019101-44.2010.8.26.03027-10-2013, Rel. João Pazine Neto).

“Civil – Família – Matrimônio – Alteração do regime de bens do casamento (CC/2002, art. 1.639, § 2º) – Expressa ressalva legal dos direitos de terceiros – Publicação de edital para conhecimento de eventuais interessados, no órgão oficial e na imprensa local – Provimento nº 24/03 da Corregedoria do Tribunal Estadual – Formalidade dispensável, ausente base legal – Recurso especial

conhecido e provido – 1 – Nos termos do art. 1.639, § 2º, 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 – (2005/0140251-4), 26-4-2012, Rel. Min. Raul Araújo).

“Civil – Casamento – **Regime de bens** – Alteração judicial – Casamento celebrado sob a égide do CC/1916 (Lei nº 3.071) – Possibilidade – Art. 2.039 do CC/2002 (Lei nº 10.406) – Precedentes – Art. 1.639, § 2º, CC/2002. I. Precedentes recentes de ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte uniformizaram o entendimento no sentido da possibilidade de alteração de regime de bens de casamento celebrado sob a égide do Código Civil de 1916, por força do § 2º do artigo 1.639 do Código Civil atual. II. Recurso Especial provido, determinando-se o retorno dos autos às instâncias ordinárias, para que, observada a possibilidade, em tese, de alteração do regime de bens, sejam examinados, no caso, os requisitos constantes do § 2º do artigo 1.639 do Código Civil atual” (*STJ* – Acórdão Recurso Especial nº 1.112.123 DF, 16-6-2010, Rel. Min. Sidnei Beneti).

2 “Agravado interno no agravo em recurso especial – Fiança – União Estável – **Outorga uxória** – Inexistência – Dispensa – Validade da garantia – Súmula nº 332/STJ – Inaplicabilidade – Bem indivisível – Penhora – Possibilidade – Meação do cônjuge – 1- Não é nula, nem anulável, a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula nº 332/STJ. Precedentes. 2- É possível que os bens indivisíveis sejam levados à hasta pública por inteiro, reservando-se ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido. Precedentes. 3- Agravo interno não provido” (*STJ* – AGInt-AG-REsp 841.104 – (2015/0325168-7), 27-6-2016, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

“Agravado regimental no recurso especial. Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Garantia fidejussória. **Ausência de outorga uxória**. Nulidade. Transação. Multa por litigância de má-fé. Honorários advocatícios. Necessidade. Protesto. Súmulas STJ/5, 7 e 83, STF/284 – Improvimento – 1 – Esta Corte entende que aferir se houve ou não litigância de má-fé, é providência inviável em sede de Recurso Especial, a teor do óbice constante da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 657.075/RS, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, sexta Turma, DJ 25-6-2007). 2 – A ausência de particularização do dispositivo legal tido por afrontado e de divergência jurisprudencial é deficiência, com sede na própria fundamentação da insurgência recursal quanto à configuração do ato ilícito passível de indenização, que impede a abertura da instância especial, a teor do Enunciado 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável por analogia, também ao recurso especial. 3 – O art. 20 do CPC impõe a fixação dos honorários advocatícios segundo critério equitativo pelo Juízo, ‘atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior’, não fazendo ressalva alguma quanto à forma dessa valoração, de modo que nada obsta o estabelecimento percentual, contanto que observado esse critério, o qual, anote-se, ‘constitui conceito jurídico subjetivo, dependente de estudo caso a caso, que ensejaria em revolvimento de matéria de fato, a que não se presta o apelo excepcional, por força da aplicação da Súmula nº 07-STJ’ (AgRg no REsp nº 513.320-RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ 9-12-2003). 4 – A convicção a que chegou o Tribunal *a quo* quanto à inexistência de nulidade da fiança e da transação decorreu da análise do contrato. O acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte. Incide nesse ponto a Súmula STJ/5. 5 – Quanto à desnecessidade de protesto da Nota Promissória a fim de executar o avalista do devedor principal, verifica-se que o acórdão tem fundamento na jurisprudência desta Corte, sendo inafastável a incidência da Súmula 83/STJ. 6 – Agravo Regimental improvido” (*STJ* – AgRg-REsp 1.356.844 (2012/0253585-4), 29-4-2014, Rel. Min. Sidnei Beneti).

“Agravado de instrumento. Ação de despejo c/c cobrança de aluguéis. Embargos de terceiro opostos pelo cônjuge do fiador. Acolhidos para reconhecer a **nulidade da fiança prestada sem outorga uxória**. Efeito *ex tunc* que atinge os atos praticados pelo suposto fiador, nessa qualidade. Devolução dos valores depositados em juízo e já levantados pela credora. Cabimento. Recurso provido” (*TJSP* – AI 0210365-18.2012.8.26.0000, 14-1-2013, Rel. Edgard Rosa).

“**Ação declaratória de nulidade de fiança** – Locação de imóveis – Nulidade da fiança por ausência de outorga uxória – Aplicação do artigo 1.647 do Código Civil – Fiador casado no regime da comunhão parcial de bens quando da prestação da fiança. Inteligência da Súmula 332 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Ação julgada procedente. Recurso improvido” (*TJSP* – Ap. 0010715-47.2009.8.26.0597, 19-9-2012, Rel. Ruy Coppola).

“**Recurso especial** – Negativa de prestação jurisdicional – Inexistência – Doação de bens adquiridos na constância do casamento em regime da separação obrigatória – Outorga uxória – Necessidade – Finalidade – Resguardo do direito à possível meação – Formação do patrimônio comum – Contribuição indireta – Súmula nº 7 do STJ – Recurso improvido – 1. Negativa de prestação jurisdicional – inexistência – 2. Controvérsia sobre a aplicação da Súmula nº 377 do STF – 3. Casamento regido pela separação obrigatória. Aquisição de bens durante a constância do casamento. Esforço comum. Contribuição indireta. Súmula nº 7 do STJ. 4. Necessidade do consentimento do cônjuge. Finalidade. Resguardo da possível meação. Plausibilidade da tese jurídica invocada pela Corte originária. 5. Interpretação do art. 1.647 do Código Civil. 6. Precedente da Terceira Turma deste Sodalício: ‘A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1.647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula nº 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1.647 da lei civil’ (REsp nº 1.163.074, Rel. Min. Massami Uyeda, *DJe* 4-2-2010). 6. Recurso especial improvido” (*STJ* – REsp 1.199.790 – (2010/0118288-3), 2-2-2011, Rel. Min. Vasco Della Giustina).

3 Interessante notar que o art. 247 do Código de 1916 relacionava esses atos como daqueles que a mulher presumia-se autorizada a praticar, sem autorização do marido, denotando regra de uma era na qual apenas se concebia a mulher como administradora da economia doméstica diária. Os tempos mudaram e atualmente esse *poder doméstico* cabe, em princípio, a ambos os cônjuges.

4 “Apelação – Ação de divórcio litigioso – Ajuizamento pela cônjuge virago contra o cônjuge varão objetivando divórcio, guarda de filho, regulamentação de visitas, alimentos e partilha de bens – Sentença de parcial procedência – Inconformismo da autora, suscitando preliminar de cerceamento de defesa, e pleiteando, quanto ao mérito, sejam partilhados os bens imóveis arrolados na petição inicial – Cerceamento de defesa não verificado – Autora que não se desincumbiu do ônus de comprovar a propriedade sobre os bens imóveis indicados no decorrer do processo – Documentos apresentados em grau de recurso que não se prestam ao fim colimado – Recurso desprovido” (*TJSP* – Ap 0018302-14.2013.8.26.0005, 9-6-2016, Rel. José Aparício Coelho Prado Neto).

“Apelação – **Separação litigiosa** – Insurgência em relação à culpa pela separação, guarda do menor e fixação de obrigação alimentar ao filho, estabelecida em 1/3 dos rendimentos líquidos da Apelante, para a hipótese de vínculo empregatício e 1/3 do salário mínimo para o caso de desemprego. Desnecessário fosse perquirido o reconhecimento de culpa da ex-mulher pela ruptura do vínculo matrimonial. Apelante que busca lhe seja atribuída a guarda do filho. Princípio do interesse da criança. Inteligência do art. 227 da Constituição da República. Relatório social a indicar que o genitor reúne melhores condições de ter a guarda do filho consigo. Pretendida redução do valor dos alimentos. Apelante que comprova ter outro filho menor que restringe sua capacidade contributiva. Alimentos, ora reduzidos, para o equivalente a 20% dos rendimentos líquidos da Autora. Sentença reformada em parte. Sucumbência mantida como prevalente à Ré. Recurso parcialmente provido” (*TJSP* – Ap. 0001594-82.2005.8.26.0581, 26-4-2013, Rel. João Pazine Neto).

“**Agravo de instrumento** – Ação de separação litigiosa – Fixação de alimentos provisórios – Pretensão à reforma integral, sob o argumento de que os alimentos não são devidos – Inadmissibilidade – Adequação do valor do encargo – Recurso provido em parte. Devem ser mantidos os alimentos provisórios fixados em ação de separação litigiosa, se presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, enquanto se discute a incidência da regra prevista no artigo 1.702 do Código Civil. Os alimentos devem ser fixados de acordo com o que dispõe o artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, o que importa, no caso concreto, na redução do valor arbitrado em primeira instância” (*TJMS* – Acórdão Agravo de Instrumento 113312/2010, 8-2-2012, Rel. Des. Orlando de Almeida Perri).

5 “Divórcio litigioso – Cerceamento de defesa não verificado – Desnecessidade de depoimento pessoal e oitiva de testemunhas para comprovar que o apelado registrou o automóvel em nome de terceiro, com intuito de afastar o direito de meação da apelante – Análise da eventual fraude que refoge do âmbito da presente lide – Obrigação alimentar – Caráter dúplice das ações de família – Admissibilidade do pedido de alimentos no bojo da contestação – Necessidade alimentar não configurada – Recurso Não Provido” (*TJSP* – Ap 0003232-50.2015.8.26.0210, 22-8-2016, Rel. Ana Maria Baldy).

“Civil. Alimentos. Menor impúbere. **Responsabilidade solidária dos genitores**. Dever legal. Critério de fixação da verba alimentar. Binômio necessidade-possibilidade. Majoração. Ausência de prova. Sucumbência recíproca. 1. A obrigação alimentícia incumbe ao pai e à mãe, e não somente àquele que possui melhores condições financeiras, não se podendo onerar apenas um dos

genitores em detrimento do outro. Inteligência do artigo 1.568 do Código Civil. 2. O julgador ao arbitrar o valor da verba alimentar deve atentar para o binômio necessidade-possibilidade, não se justificando a sua alteração, mormente quando o recorrente não comprova a alegada maior capacidade contributiva do alimentante. 3. Havendo sucumbência recíproca o valor das custas processuais e dos honorários advocatícios devem ser rateados. 4. Recurso conhecido e desprovido” (TJDF – Acórdão Apelação Cível 2010.01.1.038260-8, 3-8-2012, Rel. Des. Sandoval Oliveira).

6 Leitura Complementar – Direitos e deveres da mulher no Sistema Anterior. Responsabilidade dos cônjuges.

Embora o Código Civil de 1916 não tivesse definido um poder marital absoluto, como vimos, até o advento da Lei nº 4.121/62 a mulher casada era colocada na incômoda situação de pessoa relativamente incapaz, ao lado dos pródigos e dos silvícolas, sendo-lhe vedado praticar determinados atos e negócios jurídicos sem a assistência do marido. O art. 242, com a redação dada pelo Estatuto da Mulher Casada, dispunha que a mulher não podia, sem autorização do marido, praticar determinados atos que esta não poderia sem o consentimento dele, a saber, alienar, hipotecar ou gravar de ônus real os bens imóveis, ou alienar direitos reais sobre imóveis alheios; pleitear, como autora ou ré, acerca desses bens e direitos; prestar fiança; fazer doação, não sendo remuneratória ou de pequeno valor, com bens ou rendimentos comuns. Também não podia a mulher casada, sem o consentimento do marido, alienar ou gravar de ônus real os imóveis de seu domínio particular, qualquer que fosse o regime de bens, alienar seus direitos reais sobre imóveis de terceiros e contrair obrigações que pudessem importar em alienação dos bens do casal. Como apontamos, essas hipóteses traduzem ausência de legitimação para tais atos. A única restrição imposta à mulher sem equivalente no rol de proibições do marido era a do inciso IV do art. 242 que se referia a contrair obrigações que pudessem importar em alheação de bens do casal. Modernamente, essa restrição também devia afetar o marido. Porém, tal disposição perdeu importância perante todo o conteúdo igualitário de direitos entre marido e mulher.

Da mesma forma que o marido, pode a mulher pleitear o suprimento judicial do consentimento do cônjuge, na hipótese de recusa injusta para a prática desses atos. A falta de autorização pelo marido ou a ausência do suprimento judicial tornará o ato anulável, como expusemos.

Vimos que no sistema do vigente Código, como corolário dos princípios constitucionais, não há mais que se distinguir atos que podem ser praticados de forma diversa pelo homem ou pela mulher. Os esposos submetem-se aos direitos e às restrições idênticas dos arts. 1.642 ss.

O art. 244 do Código anterior reportava-se à possibilidade de revogação da outorga conjugal: podia ser ela revogada a qualquer tempo, ressalvados os direitos de terceiros e os atos já iniciados. É evidente que são legítimos os atos praticados enquanto vigente a autorização conjugal. Tratava-se de revogação *ad nutum* à disposição de ambos os cônjuges. Ainda que não exista nova disposição nesse sentido, é princípio geral que toda autorização pode

ser revogada. Suprimida a outorga, restará ao cônjuge prejudicado requerer o suprimento judicial e eventual pedido de indenização.

Disponha o art. 255 sobre consequência da anulação dos atos de um cônjuge, por falta de outorga de outro:

“Art. 255. A anulação dos atos de um cônjuge, por falta da outorga indispensável do outro, importa ficar o primeiro obrigado pela importância da vantagem que do ato anulado lhe haja advindo, a ele, ao consorte ou ao casal.”

Parágrafo único. Quando o cônjuge responsável pelo ato anulado não tiver bens particulares, que bastem, o dano aos terceiros de boa-fé se comporá pelos bens comuns, na razão do proveito que lucrar o casal”.

Era muito restrito o alcance dessa norma, de redação prolixa. A ideia que o norteava era no sentido de que os atos praticados sem outorga conjugal eram anuláveis. Uma vez obtida a anulação, deviam as coisas volver à situação anterior. O cônjuge que dera causa à anulação por ter praticado o ato sem legitimação respondia individualmente pelos prejuízos. Se não tivesse bens próprios suficientes, o terceiro somente poderia ser ressarcido com os bens do casal se estivesse de boa-fé, isto é, se ignorava que contratara com pessoa casada e se o casal tivesse lucrado com a operação. A responsabilidade do casal limitava-se ao montante do proveito que teve. Como podemos perceber, eram muitas as nuances a serem provadas sob a égide desse artigo, sem maior importância na jurisprudência, ainda porque o corrente Código é expresso acerca da anulabilidade e de suas consequências.

O art. 251 do Código anterior erigia as hipóteses nas quais competia à mulher a *direção e administração do lar conjugal*, quando o marido:

“I – estiver em lugar remoto, ou não sabido;

II – estiver em cárcere por mais de 2 (dois) anos;

III – for judicialmente declarado interdito.

Parágrafo único. Nestes casos, cabe à mulher:

I – administrar os bens comuns;

II – dispor dos bens particulares e alienar os móveis comuns e os do marido;

III – administrar os do marido;

IV – alienar os imóveis comuns e os do marido mediante autorização especial do juiz”.

Nessas situações, a mulher devia assumir a condução exclusiva da sociedade e do lar conjugal, tendo em vista a impossibilidade do marido em fazê-lo. Ocorre, porém, que os mesmos dispositivos se aplicam quando cabe ao marido, pelas mesmas razões, gerir sozinho o lar conjugal. Também ele deve obter, por exemplo, autorização judicial para alienar os bens comuns. Dentro dessa noção de igualdade conjugal, o Código de 2002 definiu, no art. 1.570, que:

“Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens”.

Bens reservados

O bem reservado da mulher, segundo doutrina e jurisprudência majoritárias às quais aderimos, é instituto legal que não mais existe, desde a Constituição de 1988, levando-se em conta a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges. O mais recente Código suprime referência a essa classe de bens, mas, tendo em vista o período de transição de ambos os Códigos, é conveniente que este estudo seja mantido nesta obra.

Advertimos, porém, que há frondosa oposição doutrinária a esse entendimento. A tendência dos tribunais, contudo, propende a entender como não mais subsistentes os bens reservados da mulher após a Constituição em vigor.

O princípio foi inserido em nossa legislação pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), criando a incomunicabilidade dos bens adquiridos pela mulher casada com o produto de seu trabalho, conforme o disposto no art. 246, com a redação dada por aquela lei. A intenção do legislador da época foi, portanto, criar um patrimônio reservado para proteger a mulher no casamento, tendo em vista sua situação de inferioridade técnica e jurídica. Foram erigidos como seus requisitos: (a) o regime da comunhão universal ou parcial; (b) o exercício de atividade ou profissão pela mulher, separadamente do marido, não importando que exerçam igual atividade, contanto que com economias separadas; (c) percepção de rendimentos, proventos ou salário distinto do marido; (d) utilização ou investimento autônomo desses ganhos. Todavia, se os proventos da mulher dessa origem se juntarem aos do marido, não há como se destacar a reserva. Esses bens podiam ser livremente geridos e utilizados pela mulher, sem anuência do marido. A restrição persistia, no entanto, para a alienação e oneração dos bens imóveis, podendo ainda os bens reservados ser trazidos para responder pelas dívidas contraídas pelo marido em benefício da família (art. 246, parágrafo único).

A principal distinção entre bens comuns e bens reservados residia nos poderes de administração, defesa, gozo e livre disposição por um só dos cônjuges. A alienação de bens imóveis, no entanto, necessitava da outorga conjugal, qualquer que fosse o regime de bens, cujo suprimento podia ser obtido judicialmente. Entendia-se, de outra parte, que não havia necessidade de ser declarada a natureza de bem reservado quando da aquisição do bem: essa qualidade decorria de sua própria natureza, conforme os princípios legais que o regiam, e podia ser aferida posteriormente.

Com a isonomia do homem e da mulher no casamento, não há mais sustentação legal para a existência de bens reservados. Aponta Alexandre Alves Lazzarini (1993:70), em estudo profundo e comparativo sobre o tema, que o art. 246 do antigo Código e, por consequência, o art. 263, XII, do mesmo diploma, perderam sua vigência em face da Constituição de 1988, porque não foram recepcionados por contrariarem o disposto no § 5º do art. 226 da Lei Maior. Sílvio Rodrigues (1999:150) entende também que é óbvia a revogação do art. 246 pelo § 5º do art. 226 da Constituição. Nesse sentido se coloca amplamente a jurisprudência (*TJSP*, Ac. 198.949-1, Rel. Cezar Peluso, 16-11-93; *TJSP*, Ap. Cível 210.631-1, Rel. Lino Machado, 1-11-94; *TARS*, Ap. Cível 191165356, Rel. Juracy Vilela de Souza, 25-2-92; *TJDF*, Ap. Cível nº 2904592, Ac. 62.616, Rel. Nancy Andrichi, 15-2-93; *RT* 665/147). Situação delicada, porém, é arguida por parte da doutrina que entende persistente o instituto dos bens reservados, perante a igualdade de direitos, extensível também o mesmo princípio para o homem casado. Não é a melhor nem a mais justa solução, porque, na prática, coloca o varão em situação de vantagem e proeminência, em detrimento da esposa. Embora se decante a igualdade jurídica, o homem ainda possui em nossa sociedade uma supremacia econômica, quiçá a persistir ainda por muito tempo. É ele que detém ainda as funções e os empregos mais bem remunerados. É ainda comum em muitos lares que as mulheres não desempenhem funções remuneradas ou tenham atividade restrita nesse aspecto. Nesse sentido, entender que o homem poderá reservar bens provenientes de sua indústria, com exclusividade para si, é, por igual modo, fomentar a desigualdade conjugal.

“Passar o bem reservado para o homem, sob argumento – no primeiro instante atraente – de que a igualdade não veio para retirar direitos de quem os tem mas sim para dar a quem não os tem e que não cumpre igualar por baixo, é cair no resultado absolutamente inaceitável de utilizá-lo para prejudicar as mulheres de forma extraordinária, quando a única finalidade do bem reservado sempre foi apenas e só a de proteção à mulher, mediante a melhoria de sua condição patrimonial. Por sua natureza, sua essência, sua perspectiva ontológica, e também por sua história, o bem reservado exclusivamente sempre se relacionou com o interesse feminino, nada tendo a ver com os interesses masculinos, mesmo porque os homens dispensavam proteções legais” (Sérgio Gischkow Pereira, 1993:121).

“A melhor solução para o sistema jurídico brasileiro é aquela que entende pela revogação do art. 246 do CC, pois estendidos os bens reservados ao marido, tendo por base uma norma criada para proteger a mulher, gerando, por consequência, o regime legal da separação de bens, em substituição ao da comunhão parcial, colocaria grande parte das mulheres em situação difícil, pois trabalham no lar, sem remuneração, e contraria a própria Constituição Federal que, ao fixar a igualdade, teve por finalidade ampliar a sua proteção, para evitar a submissão da mulher ao homem na sociedade conjugal e garantir sua efetiva participação na resolução dos problemas da família” (Lazzarini, 1993:72).

Marco Aurélio S. Viana (1998:119) é também candente ao expressar sua opinião sobre o desaparecimento dos bens reservados:

“A isonomia conjugal é incompatível com qualquer privilégio ou princípio de compensação. A igualdade jurídica dos cônjuges espanta esse tipo de solução, na medida em que não estende ao marido os privilégios que a legislação outorgava à mulher. Equivocado o entendimento que vê na orientação da Carta Magna instrumento de criação de privilégios para o homem, porque a lei especial os havia, anteriormente, como forma de compensação, atribuído à mulher. Muito ao contrário, o que temos é a eliminação do sistema de privilégios, porque ele resultou de um momento em que a mulher conhecia posição legal inferior. Agora ela atua lado a lado com o marido, com os mesmos direitos e obrigações, sendo absurdo que prevalecessem os privilégios.”

Desse modo, em que pesem respeitáveis opiniões ainda em contrário, concluímos que o art. 246 do Código Civil de 1916 não está mais vigente após a Constituição de 1988.

SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

9.1 INTRODUÇÃO

Os institutos do casamento e do divórcio estão intimamente ligados. Nas sociedades primitivas e nas civilizações antigas, era comum a situação de inferioridade da mulher. Por essa razão, a forma mais usual de separação do casal era o repúdio da mulher pelo homem, ou seja, o desfazimento da sociedade conjugal pela vontade unilateral do marido, que dava por terminado o enlace, com o abandono ou a expulsão da mulher do lar conjugal. O casamento no mundo antigo tinha um conteúdo primordialmente econômico, porque a união de sexos era necessidade imperiosa para possibilitar a subsistência. Regras morais e religiosas surgidas em estágio posterior criaram as noções de indissolubilidade do vínculo mais ou menos atenuada.

Os povos da antiguidade, babilônios, egípcios, hebreus admitiam o divórcio com maior ou menor extensão. No Direito Romano, o casamento dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges, pela perda da capacidade e pela perda da *affectio maritalis*. Desse modo, a perda da afeição matrimonial era, mais do que um conceito de separação, uma consequência do casamento romano. Desaparecendo a *affectio*, desaparecia um dos elementos do casamento. Belluscio (1987, v. 1:356) aponta que, embora de início o divórcio fosse raro na prática, na época clássica, no contato com a civilização grega, houve modificação nos costumes primitivos e enfraquecimento da organização e estabilidade familiar. Por outro lado, o desaparecimento do casamento *cum manu* também contribuiu para facilitar o divórcio.

É evidente que, com o cristianismo, há sensível modificação no direito matrimonial, especialmente no tocante à dissolução do casamento. Desaparece definitivamente a noção de repúdio da mulher, criando-se maiores dificuldades para a separação do casal. A doutrina sobre a indissolubilidade do vínculo toma forma definitiva no século XII, ao mesmo tempo em que se cria a teoria da separação de corpos, que faz cessar a vida em comum sem possibilidade de contrair novas núpcias, como o desquite, que vigorou entre nós até 1977, quando da Emenda Constitucional nº 9/77, que introduziu o divórcio no ordenamento brasileiro, após vencer fortes barreiras de resistência. Como aduz Cahali (1995, v. 1:21),

“a indissolubilidade do vínculo é um dogma. Ou se aceita, ou se rejeita. Não cabe discuti-la. A exatidão do princípio transcende à realidade fenomênica, não sendo possível demonstrá-la no plano da razão pura”.

O divórcio é um dos institutos jurídicos que mais tormentosas questões levantaram em todas as legislações em que foi admitido, pois não trata unicamente de uma questão jurídico-social, mas de um problema global que toca profundamente a religião e a política. As várias legislações atuais, como regra geral, o admitem com maior ou menor amplitude.

O Concílio de Trento de 1563 consagrou o dogma do sacramento do matrimônio para os católicos e a indissolubilidade do vínculo. No século XVIII, as legislações implantam o casamento civil e a competência exclusiva do Estado para realizá-lo, conservando-se, porém, a estrutura canônica. O direito civil do casamento tem, portanto, inescandível origem canônica e assim perdura em muitas legislações, em que pese o vasto terreno jurídico de que hoje desfruta a união estável sem casamento. Essa posição sofre ataque do protestantismo, que acusa a teoria de ser falsa, negando o caráter sacramental do casamento, admitindo o adultério como causa de rompimento, a princípio, e, posteriormente, várias outras causas para a dissolução do matrimônio.

Na legislação comparada na atualidade, notamos em maioria a tendência de legislar autonomamente a respeito da separação de corpos e do divórcio. A separação, como apontado anteriormente, é instituição herdada do antigo Direito Canônico como remédio para os matrimônios esgarçados. Nosso sistema a mantém, substituindo a denominação desquite, tradicional em nosso direito, pela separação judicial. A ideia fundamental e histórica nessa separação, com efeito mitigado, é atribuir uma solução aos casais em dificuldades no matrimônio, hipótese em que o casamento pode ser retomado a qualquer tempo. Ademais, essa separação ou desquite é útil para aqueles cujos escrúpulos não admitem o divórcio de plano. *“É previsível que algumas pessoas estejam dispostas a se separar pessoalmente, mas não aceitam inicialmente uma petição de divórcio vincular”* (Bosser e Zannoni, 1996:330). Nessa situação, o liame matrimonial encontra-se simplesmente atenuado, ficando os cônjuges liberados de alguns deveres conjugais, como a coabitação e fidelidade, mas não se rompe o vínculo. De forma geral, existem legislações que apenas admitem a separação ou o divórcio ante a alegação de determinados fatos ou sob determinadas condições, enquanto outras permitem a decretação da separação ou do divórcio sem a alegação de fatos culpáveis dos esposos.

De qualquer forma, nas legislações em geral distingue-se, portanto, o chamado divórcio vincular, ou simplesmente divórcio em nosso sistema. Esse instituto dissolve o vínculo conjugal, alterando o estado de família a partir da sentença que o decreta, restituindo plena capacidade matrimonial aos cônjuges, sem prejuízo da validade do matrimônio desfeito e de seus efeitos até a decisão (como legitimidade dos filhos, subsistência do parentesco por afinidade). Ao lado do divórcio, coloca-se a separação pessoal, que nosso Direito tradicional denominou *desquite* no passado, solução capenga que atormentou por tantas décadas nossa sociedade. Nessa modalidade, como apontamos, admitia-se a mera separação de corpos, fazendo cessar o dever de coabitação sem dissolução do vínculo matrimonial, regulando-se seus efeitos, tais como dever de alimentos entre os cônjuges, regime de vocação hereditária etc. A Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010,

deu nova redação ao § 6º ao art. 226 da Constituição Federal, dispondo: “*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio*”, suprimindo-se assim separação prévia do casal, que persistia em muitas eventualidades. Muitos continuam a entender que a possibilidade de separação judicial convive com o divórcio.

Em qualquer situação, a separação ou divórcio deve traduzir essencialmente um remédio ou solução para o casal e a família, e não propriamente uma sanção para o conflito conjugal, buscando evitar maiores danos não só quanto à pessoa dos cônjuges, mas principalmente no interesse dos filhos menores. Transita-se, pois, na história, na doutrina e nas legislações, entre os conceitos de divórcio-remédio e divórcio-sanção, aos quais nossa lei não foge à regra, algo que muda com a citada Emenda Constitucional.

O divórcio como sanção funda-se na ideia de que o cônjuge (ou ambos) tenha praticado um ou mais atos tidos como ilícitos para o instituto do casamento, assim definidos em lei. Não é solução que mais agrada nem ao legislador, que deve restringir essas hipóteses, nem à maioria dos casais em conflito. Essa é, portanto, a razão pela qual a lei incentiva a separação ou divórcio por mútuo consentimento, que traduz o divórcio-remédio. Não exatamente porque conceituemos o casamento como um contrato, porém mais propriamente porque constitui um deslinde ao conflito conjugal que não encontra solução adequada e socialmente segura no divórcio-sanção, no qual os cônjuges devem necessariamente descrever as causas para o desenlace. Nas legislações mais modernas percebe-se, destarte, a prevalência do divórcio-remédio, isto é, a separação sem que se declinem ou se investiguem as causas do rompimento conjugal. O divórcio deve ser visto tendo em mira não o passado, mas o futuro dos cônjuges separados, para os quais subsistem deveres de assistência moral e econômica, mormente em relação aos filhos menores. A exposição das causas da separação em um divórcio-sanção sempre será uma fragilidade da questão que certamente colocará por terra esse aspecto.

Por outro lado, apesar do processo universal de liberalização do divórcio, em várias legislações subsistem as chamadas *cláusulas de dureza*, também denominadas cláusulas de rigor ou salvaguardas. Essas cláusulas impõem limitação à possibilidade de divórcio-remédio, ou estabelecem uma sanção a um ou a ambos os cônjuges que o requerem. São disposições que, em síntese, buscam dificultar o divórcio.

Como observa Maurício Luis Mizrahi (1998:170), a cláusula de dureza parte de premissa falsa, qual seja, considerar que o divórcio provoca a ruptura da comunhão de vida ou a errada conclusão segundo a qual o divórcio é um mal e não um remédio a um mal, daí razão de imporem-se dificuldades para sua concretização. No entanto, a realidade é diametralmente oposta, porque quando os cônjuges chegam ao limiar do divórcio, a ruptura do casamento já é uma realidade e o casamento subsiste apenas como um pacto formal, restando tão só a chancela judicial para considerá-lo desfeito. Por outro lado, o liberalismo e a nova realidade social deste novo século demonstram que a sociedade não mais admite amarras e lei alguma poderá interferir na convivência conjugal, na

vontade e determinação dos interessados, mormente no campo conjugal. Nesse sentido, o legislador em geral curva-se à realidade, para autorizar o divórcio-remédio em maior amplitude, sem imposição de grandes dificuldades.

O mútuo consentimento para o divórcio dá margem para resolução daquelas situações nas quais os cônjuges têm plena consciência do caminho a seguir e das consequências do ato para eles e para os filhos. Com isso, afasta-se da separação ou divórcio, por si só traumática, como em todo rompimento, a noção de culpa ou ilicitude, apartando-se da ideia de que a separação do casal pressupõe sempre a quebra ou o fracasso irremediável de um matrimônio. De outro lado, facilitando a lei o divórcio-remédio, não se incentiva os cônjuges a procurar causas jurídicas, nem sempre muito claras ou verdadeiras na realidade dos fatos, para justificar o rompimento, tais como o adultério, injúria e abandono do lar. Essas causas, porém, continuavam presentes no atual Código, sofrendo acerbos críticas da doutrina (art. 1.573). Esse artigo não deve mais ser levado em consideração tendo em conta a possibilidade de divórcio direto e imediato em qualquer terminação do casamento. Deve ser afastado, pois, o conceito de castigo ou punição para o cônjuge tido como culpado. A noção de culpa e de um culpado não se harmoniza com o desfazimento de uma sociedade conjugal. Nesse aspecto, o atual Código representou um grande retrocesso.

É necessário que também tenhamos em mente que, ao analisar um ato culpável, há amplo subjetivismo do órgão julgador, o que pode levar a uma incerteza quanto às causas da separação ou divórcio. Deve ser evitada essa intromissão judicial na vida privada dos cônjuges, numa época em que se procura preservar a intimidade a qualquer custo. Por essa razão avulta a importância de uma conciliação obrigatória e razoável em todas questões de família. A ação judicial nesse campo sempre será trágica.

Como conclui Zannoni (1998, v. 2:13), propõe-se que o juiz seja chamado, não a investigar uma situação pessoal de forma necessariamente subjetiva, mas a comprovar, de forma objetiva, a ruína, o fracasso; de qualquer forma, o fim da união conjugal. O enfoque da legislação passa a ser os limites objetivos que devem necessariamente ser seguidos e declinados em juízo para a obtenção da separação, como, por exemplo, limite mínimo temporal de existência do casamento ou separação de fato duradoura, a qual demonstra claramente o rompimento da *affectio maritalis*. Nossa legislação, agora tida como derogada, admitindo o *divórcio-remédio*, ainda mantinha, no entanto, situações ou resquícios indesejáveis de *divórcio-sanção*, como já apontamos.

9.2 SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO. ASPECTOS LEGAIS COMPARATIVOS

A Lei nº 6.515/77, que regulamentou o divórcio no passado, revogou os arts. 315 a 328 do Código Civil de 1916, que cuidavam da dissolução do casamento, passando a denominar separação judicial ao instituto que o Código rotulava como desquite. Essa lei disciplinou não apenas o divórcio e a separação judicial, mas também estabeleceu outros princípios de Direito de Família e de

Sucessões, derogando outros artigos do Código Civil anterior. Foi muito ruim a técnica legislativa e não abona o legislador nacional, pois dilacerou nosso Código Civil quando poderia ter simplesmente substituído seus dispositivos, como fizeram outras legislações ao introduzir o divórcio, como, em exemplo muito próximo, fez a lei argentina.

Em princípio, há que se entender que a Lei nº 6.515/77 está derogada pelo vigente Código Civil em tudo que disser respeito ao direito material da separação e do divórcio, persistindo seus dispositivos de natureza processual, até que sejam devidamente adaptados ou substituídos por nova lei. Há substituição quase cabal no CPC de 2015.

A separação judicial ou o antigo desquite dissolve a sociedade conjugal sem desfazer o vínculo. Os desquitados ou separados judicialmente prosseguem com o vínculo, embora a sociedade conjugal tenha sido dissolvida. Desaparecem vários efeitos do casamento e outros terão seu conteúdo modificado. Sem a melhor redação, esse era o sentido do art. 3º da Lei nº 6.515/77: *“A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens, como se o casamento fosse dissolvido”*.

Passados tantos anos da introdução do divórcio entre nós, já não mais se sustentava essa dicotomia, separação e divórcio, suprimida pela mencionada Emenda à Constituição, embora há quem entenda o contrário. Havia mesmo que se suprimir definitivamente a separação, permitindo-se aos cônjuges que recorram sistemática e diretamente ao divórcio.

O projeto do Estatuto das Famílias trouxe dispositivo expresso acerca da separação de fato, mencionando que esta põe termo aos deveres conjugais e ao regime de bens (art. 56), algo que há muito reclamado pela doutrina e sufragado quase unanimemente pela jurisprudência.

Sob esse prisma, dispôs o art. 1.576 do atual Código: *“A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens”*. Já o Projeto nº 6.960/2002 havia proposto outra redação a esse artigo: *“A separação judicial e o divórcio põem termo aos deveres conjugais recíprocos, salvo as disposições em contrário constantes deste Código”*. De fato, não somente a separação, mas principalmente o divórcio, põe fim aos deveres recíprocos entre os consortes, permanecendo alguns, como é o caso dos alimentos.

A separação judicial também importava em separação de corpos e a partilha de bens (art. 1.575; art. 7º da Lei nº 6.515/77). A separação judicial, não rompendo completamente o vínculo matrimonial, consistia em um passo antecedente para que isso ocorresse posteriormente, com sua conversão em divórcio, a qual, todavia, não é medida antecedente obrigatória. A posição sectária do legislador mantinha as duas formas, separação e divórcio, último resquício de resistência de instituições conservadoras nessa matéria. Nada impedia o divórcio, sem o passo antecedente da separação ou desquite, que na grande maioria das vezes se mostra desnecessário. Nesta altura de nossa história jurídica, não mais se justificava a coexistência de ambos os institutos. Outro grande passo será a conciliação e mediação obrigatória nas hipóteses de desfazimento da sociedade

conjugal. O art. 315 do Código de 1916 fora basicamente repetido pelo parágrafo único do art. 2º da Lei nº 6.515/77, segundo o qual “*o casamento válido somente se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio*”. O termo *válido* no dispositivo referia-se aos casos de nulidade absoluta ou relativa do casamento. A sentença que decretasse a separação judicial não impedia que se questionasse a nulidade ou anulação do casamento, pois persiste o interesse jurídico para essa pretensão. Nada impede que se cumule o pedido de anulação ou nulidade com o de separação ou divórcio, como pedidos sucessivos.

No art. 1.571 do atual Código, repetindo o art. 2º da Lei nº 6.515/77, temos:

“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”.

Há que se entender como não mais aplicável o inciso II em face da emenda constitucional. De fato, há inúmeros dispositivos do Código Civil que se entendem doravante excluídos do sistema pela citada Emenda Constitucional (27, I; 1.571, III; 1.572; 1.573, 1.574, 1.575, 1.576, 1.577 e 1.578). Outros artigos deverão ser entendidos ignorando-se as referências a “separação judicial” ou “separado judicialmente” (1.580, 1.583, 1.584, 1.597, 1.632, 1.683, 1.775 e 1.831).

No cotejo dessa norma aqui transcrita, fica bem claro que a separação judicial fazia terminar a sociedade conjugal, mas o vínculo do casamento somente dissolvia-se pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio. É exatamente essa afirmação que consta do § 1º do art. 1.572, o qual acrescenta que se aplica a presunção estabelecida no Código para o ausente.

Até a introdução do divórcio em nossa legislação, a separação ou desquite era a única modalidade jurídica de rompimento da sociedade conjugal, ficando obstado aos desquitados contraírem novo matrimônio. Difere do divórcio porque apenas dispensa os cônjuges de certos deveres do matrimônio, como dissemos, sem ocasionar o rompimento do vínculo conjugal. Observa Cahali (1995, v. 1:56), em prol do tradicionalismo, que

“a manutenção do instituto do desquite (separação judicial), conjuntamente com a adoção do divórcio, consubstancia meritória homenagem do nosso legislador às mais caras tradições morais e religiosas de nosso povo, conscientizando aquele de que não se rompe impunemente com um passado respeitável de muitos séculos”.

No passado, muitas eram as situações de cônjuges que se divorciavam no exterior, em ato sem qualquer repercussão jurídica em nosso país, buscando, na verdade, uma justificativa social para

uma nova união, que possuía o cunho de concubinato.

Observemos que, originalmente, na Emenda nº 9/77 e na Lei nº 6.515/77, a separação judicial e o divórcio tinham o caráter de sucessividade. Isto é, pela regra geral, somente seria atingido pelo casal o estágio de divórcio após ter sido obtida a separação judicial. A Emenda nº 9/77 dispunha que o casamento somente poderia ser dissolvido com a prévia separação judicial por mais de três anos. Desse modo, não se admitia, como regra geral, a ação direta de divórcio sem a prévia separação com o lapso temporal exigido. Existia, contudo, no ordenamento que introduziu o divórcio, a possibilidade de ação direta, todavia em caráter excepcional, de acordo com o exposto no art. 2º da Emenda Constitucional, conforme a redação original do art. 40 da Lei nº 6.515/77 (depois alterada pela Lei nº 7.841/89):

“No caso de separação de fato, com início anterior a 28 de junho de 1977, e desde que completados cinco anos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual se deverão provar o decurso do tempo da separação e sua causa”.

Ao contrário da maioria das legislações, que relega o tema para a legislação ordinária, o divórcio no Direito brasileiro tem suas linhas mestras tratadas no plano constitucional. A Constituição de 1988 trouxe profunda modificação ao instituto, dispondo originalmente no art. 226, § 6º:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

O corrente Código Civil, como não poderia deixar de ser, absorveu essa mesma diretriz no art. 1.580. Desse modo, é aferido que se torna possível o divórcio direto, sem necessidade de separação judicial anterior, tão só com a comprovação da separação de fato por mais de dois anos. Assim sendo, o divórcio direto deixou de ser uma exceção no sistema. Por outro lado, uma vez obtida a separação judicial dentro dos pressupostos legais, após um ano desta, também pode ser requerido o divórcio. Dispõe o 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.

§ 1º A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Verifica-se, portanto, que o prazo de um ano para pedir o divórcio conta-se tanto do trânsito em julgado do decreto de separação judicial como da decisão que determinara a separação de corpos. Tudo era no sentido de que o legislador viria a simplificar esse procedimento, mantendo tão só o divórcio em nosso ordenamento.

Salientemos que se estiverem presentes os pressupostos tanto da separação quanto do divórcio (separação de fato por mais de dois anos), os cônjuges tinham a faculdade de escolher por uma ou outra saída jurídica para o desenlace de seu matrimônio. É claro que, na prática, falido o casamento, propendiam na maioria das vezes para o divórcio direto, mas tal não significava que não pudessem persistir para algum interesse pela separação, a qual propiciava a retomada do casamento no futuro, após maior meditação. Nesse ponto, deve-se atentar para o novo sistema. Decretado o divórcio, se houver reconciliação, somente com novo casamento poderão novamente se unir legalmente os cônjuges. De outra face, com a separação de fato por mais de dois anos era possível o pedido de divórcio direto, provando-se simplesmente esse lapso temporal.

Como percebemos, com a atual ordem constitucional, escancararam-se as portas para o divórcio, ficando a separação judicial relegada efetivamente para segundo plano.

A tendência legislativa era efetivamente a eliminação da possibilidade de separação judicial entre nós, como já de há muito deveria ter ocorrido. Não havia mais sentido de sua manutenção juntamente com o divórcio.

9.2.1 Nome da Mulher. Nome dos Cônjuges

Após a lei regulamentadora do divórcio, no casamento a mulher possuía a faculdade de acrescentar aos seus o apelido do marido (art. 240, parágrafo único). Tratava-se de faculdade e não mais de uma imposição como na norma anterior, original do Código Civil. Na Lei do Divórcio, a solução quanto a seu nome variava, dependendo se a separação era amigável ou não. De acordo com o art. 17, vencida a mulher na ação de separação judicial, voltaria a usar o nome de solteira. A mesma solução ocorreria se a mulher tomasse a iniciativa da separação com fundamento nos §§ 1º e 2º do art. 5º (ruptura da vida em comum há mais de um ano e grave doença mental do marido, manifestada após o casamento, que tornasse insuportável a continuação da convivência conjugal, após cinco anos de duração e improbabilidade de cura).

De acordo com o art. 18, a mulher poderia renunciar a qualquer momento ao direito de usar o nome do marido, se fosse vencedora na ação de separação com fundamento no art. 5º.

Em qualquer situação, optando por voltar a utilizar o nome precedente, tal decisão seria definitiva, não admitindo retratação. Na separação consensual, a questão do nome dependeria também do acordo formalizado pelo casal. Mantendo o nome de casada, poderia ela a qualquer momento optar pelo retorno a seu nome anterior.

Na conversão da separação em divórcio, estatuiu o parágrafo único do art. 25 da Lei do

Divórcio, conforme redação trazida pela Lei nº 8.408/92, que a sentença determinaria que a mulher voltaria a usar o nome anterior ao matrimônio, só conservando o apelido do marido se a alteração lhe acarretasse prejuízos na identificação ou manifesta distinção entre seu nome de família e o dos filhos havidos nessa união, bem como dano grave reconhecido em decisão judicial.¹

As situações eram casuísticas e foram repetidas no novel Código (art. 1.578).² Desse modo, a manutenção do nome de casada pela mulher divorciada ou do cônjuge divorciado em geral no mais recente direito é vista como exceção, que dependerá sempre, em última análise, de decisão judicial.³ Essa restrição ao uso do nome de casada pela mulher que se divorcia é aplicável tanto no divórcio por conversão quanto no divórcio direto, embora a lei anterior parecesse referir-se apenas à primeira hipótese, pois o dispositivo estava colocado em parágrafo referente à conversão. Não há razão alguma para a distinção, pois a natureza do desenlace é absolutamente idêntica. Tratava-se de manifesta deficiência de técnica legislativa (Amorim e Oliveira, 1999:42).

O atual Código, no afã de equilibrar os direitos do homem e da mulher, como vimos, permite que qualquer dos cônjuges acrescente ao seu o sobrenome do outro cônjuge (art. 1.565, § 1º), embora dificilmente ocorra que o homem assuma o nome da esposa, por nosso costume. Hoje, há que se falar em questões relativas ao nome dos cônjuges casados ou divorciados e não unicamente em nome da mulher casada ou divorciada. No mais, foram mantidos no vigente Código, em princípio, as mesmas situações do direito anterior com relação ao nome dos separados e divorciados. Assim, dispunha o art. 1.578:

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

I – evidente prejuízo para a sua identificação;

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

III – dano grave reconhecido na decisão judicial.

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

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

Desse modo, mantida a mesma orientação do direito anterior, a regra geral, qual seja, a perda do direito ao uso do nome do outro cônjuge poderia ocorrer quando o interessado fosse declarado culpado na ação de separação judicial. Não bastava, porém, o simples reconhecimento de culpa. A perda do sobrenome só poderia ocorrer, primeiramente, se houvesse pedido nesse sentido pelo cônjuge inocente. Não bastasse isso, no caso concreto o juiz deveria examinar as hipóteses dos três incisos do artigo, questões que dependem de prova e deveriam ser controvertidas na ação de

separação. Na verdade, conclui-se que o cônjuge, embora culpado pela separação, somente perderia o direito ao nome quando isto não lhe acarretasse prejuízo. Não é uma solução que se afigurava justa, mormente porque o cônjuge, para ser considerado culpado, teria tido conduta grave com relação ao cônjuge inocente, conforme a descrição do art. 1.573.

Com a singela emenda constitucional que exclui do ordenamento a separação judicial, entende-se como derogado esse artigo, em princípio. Porém, essa orientação nessa situação do nome dos cônjuges que se divorciam deve ser vista com as devidas reservas. Há necessidade que lei ordinária regulamente a situação. Se, por um lado, não se discute mais a culpa no divórcio, há nuances em relação ao nome dos divorciados que devem ser levadas em consideração. Perante a estreiteza do texto constitucional, caberá ao bom senso do juiz e das partes dar as diretivas sobre o tema, as quais não devem fugir, em síntese, da orientação jurisprudencial sob o anterior sistema, sempre que possível.

Assim, não perderá o sobrenome o cônjuge que se divorcia se houver evidente prejuízo para sua identificação. Imagina-se, nesse caso, por exemplo, a situação de um ator ou escritor que tenha granjeado fama com o sobrenome do outro cônjuge. Essa perda do sobrenome também poderia inserir-se no dano econômico grave, descrito no inciso III. No inciso II, o cônjuge culpado pela separação poderia manter o sobrenome se sua supressão acarretasse manifesta distinção entre seu nome e o dos filhos havidos da união dissolvida. Não é fácil imaginar *a priori* quando isso possa ocorrer.

O cônjuge inocente poderia manter o sobrenome do outro, podendo renunciar a ele, porém, a qualquer momento (art. 1.578, § 1º). Acrescentava o § 2º que nos demais casos o cônjuge poderá optar pela conservação do nome de casado.

Quando do divórcio direto ou da conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado, salvo se diferentemente disposto na sentença de separação judicial (art. 1.571, § 2º). Entende-se que essa orientação deve ser mantida. Conclui-se, portanto, que, não dispondo diferentemente a sentença, nem o acordo dos cônjuges na separação ou divórcio, pode o consorte manter o sobrenome do outro. A solução de a mulher divorciada, e agora o cônjuge em geral, poder manter o sobrenome do outro nunca nos foi muito simpática, em que pese franca corrente doutrinária em contrário. O divórcio representa o rompimento completo do vínculo do casamento e a manutenção do sobrenome somente poderia ser admitida, por exceção, quando sua supressão representasse efetivamente um prejuízo para a pessoa no campo negocial. Basta avaliar a situação do cônjuge divorciado que se recasa, e se sujeitará a ter duas mulheres (ou dois homens) com seu sobrenome, o que socialmente se nos afigura totalmente inconveniente. Aguarda-se que a legislação venha socorrer essas situações.

De qualquer forma, concluímos que, se a lei admite lide para resolver a questão do nome da mulher (ou do cônjuge) nessas premissas, nada impedia que fosse homologada a conversão da separação em divórcio, com as partes concordando com a manutenção do nome de casado do

cônjuge, independentemente de ser declinada uma das causas descritas no dispositivo. Há, porém, quem entenda que, mesmo nesse caso, deverá ser justificada a manutenção do nome dentro de uma das três descrições legais. De qualquer modo, declinada a causa sem maiores digressões no pedido, cumpre ao juiz decretar o divórcio. A qualquer momento, porém, a mulher ou o marido poderá optar por suprimir o uso do patronímico do ex-esposo. A experiência demonstra, todavia, que na maioria dos casos a mulher opta por suprimir o nome do marido tanto nas separações como no divórcio. As mesmas disposições acerca do nome da mulher são válidas para o divórcio direto, porque tecnicamente imprópria a colocação do dispositivo em parágrafo concernente à conversão.

9.3 SEPARAÇÃO JUDICIAL. MODALIDADES (LEITURA COMPLEMENTAR)

A Lei nº 6.515/77 conservou do direito anterior a separação judicial por mútuo consentimento (art. 4º) e a separação judicial pedida por um só dos cônjuges, com índole de sanção, com imputação ao outro de “*conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum*” (art. 5º).

Desse modo, tal como continham os arts. 317 e 318 do Código de 1916 persistiram as causas culposas e não culposas de separação, traduzindo modalidades de separação-sanção e separação-remédio.

A legitimidade para a propositura da separação judicial era personalíssima dos cônjuges. Ninguém mais do que eles teriam capacidade de compreender o ato da separação. Nesse sentido, pontuava o art. 1.576, parágrafo único, que repete a disposição do § 1º do art. 3º da lei referida: “*O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados por curador, ascendente ou irmão*”. A mesma ideia mantém-se quanto ao pedido de divórcio (art. 1.582). A lei limita o número de parentes que podem intervir representando o cônjuge incapaz: somente o ascendente e o irmão. Na realidade, o caso não é de representação, mas de substituição processual. Os descendentes e os demais colaterais não terão capacidade para substituí-lo nessa ação. Já se posicionou a jurisprudência que os filhos do casal, embora partes na ação de alimentos, não têm legitimidade para recorrer na ação de separação judicial (Cahali, 1995, v. 1:88). O caráter personalíssimo dessa ação inviabiliza até mesmo a propositura de ação rescisória, após a morte do cônjuge. Evidente que se o cônjuge não tiver curador, ascendente ou irmão vivos que possam fazer a representação, poderá o juiz, mediante justificação, nomear curador especial para a ação. Se o incapaz já tiver curador nomeado, este poderá intentar, sem dúvida, a ação. Na ausência deste, terão legitimidade o ascendente ou o irmão, nessa ordem. A matéria é, no entanto, controversa. Concluem, a nosso ver com razão, Sebastião Amorim e Euclides de Oliveira (1999:52):

“Só na falta de curador, ou em caso de colidência de interesses, quando a curatela seja exercida pelo outro cônjuge, é que terá lugar a atuação subsidiária do ascendente ou do irmão do incapaz. Mas, ainda nessa hipótese, necessidade haverá de sua investidura através do juízo da interdição, mediante nomeação substitutiva ou para atuação ad hoc, como curador especial”.

Trata-se, porém, de situação excepcional. Imaginemos, por exemplo, ação de separação movida por quem ou contra quem não possua discernimento: não poderá essa pessoa ficar obstada de figurar no polo ativo ou passivo da ação. Aliás, uma das hipóteses de separação judicial é precisamente motivada por grave doença mental do outro cônjuge. No entanto, gozando de plena capacidade, somente o cônjuge e mais ninguém é titular da ação. A morte do cônjuge no curso do processo extingue a ação, extinguindo também o casamento.

Observa Sílvia Rodrigues (1978:70) que a citada representação do cônjuge na ação de separação refere-se unicamente ao pedido litigioso, porque no desquite por mútuo consentimento não há que se admitir representação, pois é exigida manifestação inequívoca e pessoal do interessado perante o magistrado. Destarte, para requerer separação por mútuo consentimento, o consorte deve estar em perfeita higidez mental, uma vez que, caso contrário, não poderia entender as consequências do ato.

Essa opinião, contudo, não é unânime, embora majoritária. Amorim e Oliveira (1999:53), por exemplo, sustentam que é perfeitamente possível a representação na separação consensual, porque a lei não faz qualquer restrição, apresentando a situação semelhança com as hipóteses de cônjuges separados de fato que formulam pedido de separação por procurador. Da mesma forma, concluem que se é possível o casamento por procuração, também seu desfazimento o é. Parece-nos, no entanto, que o sentido da lei, no desquite por mútuo consentimento, é fazer com que os dois cônjuges estejam presentes e capazes perante o juiz. De outro modo, devem recorrer, sim, ao desenlace litigioso, inclusive para maior segurança dos interesses do incapaz. Ademais, levemos em consideração que o incapaz, tal como exposto na lei, pode ser substituído ativa e passivamente na ação litigiosa. Nada impede que o incapaz ingresse com a ação de desquite motivada por meio de seu mencionado representante.

De acordo com o art. 1.574 do presente Código, era permitida a separação judicial por mútuo consentimento se os cônjuges forem casados há mais de um ano. É regra geral nas legislações um período mínimo de casamento para ser permitida a separação-remédio. Trata-se de um período de prova; o legislador aguarda um prazo inicial do casamento para acomodação e compreensão da vida em comum, não permitindo que um aqodamento possa jogar por terra o matrimônio nos primeiros meses ou anos de convivência. O singelo texto da emenda constitucional faz crer que, em princípio, esse interregno de um ano não mais se exige. A dúvida doravante será saber se persiste o presente texto como aplicável ou se a lei ordinária poderá impor restrições ao divórcio tão simplificada

permitido pela Constituição.

De acordo com o § 2º do art. 3º da Lei nº 6.515/77, a lei impunha ao juiz o dever de

“promover todos os meios para que as partes se reconciliem ou transijam, ouvindo pessoal e separadamente cada uma delas e, a seguir, reunindo-as em sua presença, se assim considerar necessário”.

Repete o que já constava da Lei nº 968/49, relativa às ações de desquite e de alimentos. Os princípios continuam plenamente aplicáveis. A tentativa de conciliação é um dever do juiz. Difícil, porém, que o casal se reconcilie nessa fase, quando já ingressou com pedido judicial. Melhor será que tenhamos um ordenamento para a mediação, a quem devem ser atribuídas as tarefas de tentativas de harmonização ou rompimento definitivo entre os cônjuges dissidentes.

É importante que sejam criadas e incentivadas a *conciliação e mediação*, para assuntos de família, constituídas por profissionais especializados, psicólogos, pedagogos, assistentes sociais etc. que possam efetivamente aparar arestas no âmbito da família, antes que as partes recorram ao Judiciário e que muitos dos processos sem cunho de lide sejam suprimidos deste. Essa é a moderna e importante tendência do direito de família. Essa é uma propensão do direito ocidental que já se faz sentir no espírito dos juristas brasileiros. A mediação deve converter-se em etapa necessária do processo de conciliação. O CPC de 2015 introduziu capítulo sobre ações de família (arts. 693 a 699). O art. 694 especifica 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 mediação e conciliação”*. Atende-se o que a maioria dos juízos especializados já fazia.

Essa audiência em juízo é sigilosa, a qual buscará a reconciliação do casal. Na verdade, a disposição é piegas. O juiz não é conselheiro conjugal e nem sempre está preparado para tal. Essa a razão pela qual a novel lei processual se refere a especialistas que devem ser chamados: psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras.

Quando os cônjuges chegam às portas do Judiciário, já pensaram e repensaram no ato que irão praticar. Raríssimas são as situações nas quais os juízes atingem a “reconciliação” do casal. Na maioria das vezes, a função conciliadora do magistrado será importante para aparar as arestas da separação, mormente no tocante à partilha do patrimônio e importantíssima no tocante ao resguardo e proteção da pessoa dos filhos menores. Aqui, sim, fica realçado o papel conciliador do juiz. Cada vez mais avulta a importância de um juizado de conciliação, mormente na área da família.

Acresce ainda o § 3º que, após a oitiva e entrevista dos cônjuges, se estes pedirem, *“os advogados deverão ser chamados a assistir aos entendimentos e deles participar”*. Também quanto aos advogados, seu maior papel nessa fase será a harmonização dos direitos dos cônjuges após a separação. Àquela altura, com a ação no tribunal, certamente já foram frustradas as tentativas de

conciliação. Nem sempre, porém, os advogados compreendem bem seu papel nesse aspecto. Ao advogado de questões de família, assim como ao juiz, exigem-se características e dons pessoais que transcendem os meros conhecimentos jurídicos. Pouco existe de Direito na fixação de pensão e na regulamentação do direito de visita aos filhos menores, e muito deve existir de psicologia, desprendimento pessoal e respeito ao semelhante. Por tudo isso, como apontamos, é que avulta a importância da mediação prévia em matéria de questões de família, que a lei deve tornar obrigatória. Há projetos nesse sentido.

Compete ao Ministério Público intervir, em princípio, nas causas de interesse de incapazes (art. 178, II). Modificando disposição do direito processual anterior, o art. 698 do novo CPC dispõe que o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo. O novo CPC não repete a regra do art. 82, II do diploma de 1973. Desse modo, pelo novo estatuto processual, não é mais obrigatória sua participação nas ações de separação e divórcio, em todas as modalidades e em todas as instâncias. No tocante aos réus revéis, citados por edital, também não mais atua o Ministério Público porque foi extinta a Curadoria de Ausentes e Incapazes. Nesse caso, a defesa do revel será exercida pela Procuradoria de Assistência Judiciária ou por curador especialmente nomeado pelo juiz. A intervenção do Ministério Público será exclusivamente como fiscal da lei, nas hipóteses em que o ordenamento o exigir.

O art. 1.572 do corrente Código descrevia as possibilidades de separação litigiosa, mantendo a mesma orientação do art. 5º da Lei nº 6.515/77:

“Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.

§ 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.

§ 2º O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

São descritas, nesse dispositivo, hipóteses de separação-sanção no *caput*; separação-falência e separação-sanção, nos respectivos parágrafos, que serão analisadas.⁴ De qualquer forma, enfatize-se que o rompimento do casamento ou da união estável na atualidade não admite mais, em princípio, exposição de causas.

9.3.1 Processo de Separação, Divórcio por Mútuo Consentimento. Possibilidade de Realização por Escritura Pública

O processo era disciplinado pelo art. 34 da Lei nº 6.515/77 e pelos arts. 1.120 a 1.124 do CPC. A Lei nº 11.441, de 4-1-2007, acrescentou o art. 1.124-A. Esse mais recente dispositivo possibilitou a realização da separação consensual e do divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal, por escritura pública. A maior parte da doutrina entende que não persiste mais a separação judicial em nosso ordenamento, após a alteração constitucional que disciplinou o divórcio direto, mas o CPC de 2015 ainda se reporta a ela, não já com severas críticas.

Essa alteração com possibilidade de separação e divórcio por escritura era reclamada de há muito, pois não há mesmo necessidade de intervenção judicial se os cônjuges estão de pleno acordo. Se há filhos menores ou incapazes do casal, a intervenção judicial se justifica de per si, para a proteção ampla deles. As partes podem valer-se da escritura pública se preencherem os requisitos. Trata-se de uma faculdade como aponta o texto legal. Este é o grande trunfo dessa norma, principalmente porque as escrituras públicas de inventário e partilha, separação e divórcio consensuais não dependem de homologação e são títulos hábeis para o registro civil e o registro imobiliário. Essa possibilidade de escritura consta do art. 733 do CPC de 2015:

“O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual da 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”.

O art. 731, por sua vez, menciona que a homologação do divórcio ou separação consensual depende de constarem da escritura ou petição:

*“I – as disposições relativas à descrição da partilha dos bens comuns;
II – as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
III – o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e
IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos”.*

A Resolução nº 35, de 24 de abril de 2007, do Conselho Nacional de Justiça, este assumindo papel do Congresso Nacional, regulamentou a lei que autoriza a escritura pública.

Se já proposta ação judicial, os cônjuges podem a qualquer momento optar pela escritura, podendo suspender o processo por trinta dias ou desistir da via judicial (art. 2º da Resolução).

Nessa escritura deverão constar as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia, e, ainda, o acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. A escritura, como já se afirmou, não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis. Note-se que, com a nova sistemática, que também permite o inventário judicial

por escritura pública, avulta a importância dos notários e registradores, que devem estar cientes de sua nova e ampla atividade em prol da sociedade. Os estudos devem se firmar em matéria tão recente, mas, a nosso ver, pode até ser possível que os cônjuges discordem sob algum aspecto da separação e não da separação em si, e assim deixem para resolver na via judicial a questão do nome, por exemplo, ou mesmo a partilha, que pode ser realizada posteriormente. Todavia, o texto expresso da lei não permite essa interpretação elástica, mas de elevado alcance social.

Acrescenta ainda o § 2º desse novo dispositivo que 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. A medida nos parece salutar. Interessante notar, nesse diapasão, que se os interessados forem ambos advogados poderão atuar em causa própria, mas se apenas um deles o for, o outro deverá necessariamente estar representado por outro advogado. A importância e a responsabilidade do advogado ficam sumamente realçadas nessa sua atividade, uma vez que se dispensa a presença do magistrado e do membro do Ministério Público. Compete ao advogado esclarecer todas as dúvidas dos interessados, função que também pode e deve ser exercida pelo cartorário. A Resolução citada aponta ser vedado ao tabelião indicar advogado às partes. Essa falta funcional nem sempre é fácil de ser provada na prática. É importante que haja constante fiscalização sobre os cartórios. 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 (art. 11).

Embora a lei não o diga, parece claro que tanto o divórcio direto como aquele por conversão podem ser realizados por escritura, com muito maior razão agora que se exclui a separação judicial do sistema. O fato de a separação ter se realizado em juízo não impede que a conversão seja extrajudicial e vice-versa. A ideia do legislador foi simplificar; não há por que o intérprete complicar. A Resolução nº 35 foi expressa nesse sentido (art. 52). O casal sob separação judicial anterior à Emenda Constitucional também pode fazer a conversão em divórcio. Aliás, os casais separados judicialmente continuarão nessa situação até que lei ordinária defina diferentemente.

O art. 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) autoriza as autoridades consulares brasileiras a celebrar casamento de brasileiros e outros atos do registro civil. A Lei nº 12.874/2013 introduziu o § 1º nesse dispositivo autorizando também as nossas autoridades consulares a celebrar separação judicial e divórcio consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes. Impõe essa norma que as questões da partilha dos bens comuns devem constar da escritura, bem como pensão alimentícia, e acordo a respeito do nome, se voltarão ou não os cônjuges a utilizar o nome de solteiros.

O texto menciona a separação judicial, como se o instituto ainda permanecesse no nosso ordenamento, contrariando majoritária jurisprudência e doutrina entre nós. A polêmica persiste. O § 2º, também introduzido por essa lei, exige a participação de advogado nesse procedimento consular, de cada uma das partes ou comum, que deverão subscrever a petição, não sendo obrigatória sua

presença na escritura pública.

Esse texto legal, com certo atraso, vem ratificar e espalmar dúvidas quanto à possibilidade da escritura pública no divórcio de cônjuges brasileiros com procedimento junto a nossas autoridades consulares em país estrangeiro, de acordo com o que já se permitia no direito interno.

Embora muitos entendam que os cônjuges possam se fazer representar por procurador, não parece ser essa a intenção da lei. Não é, no entanto, o que estabeleceu a Resolução nº 35, a qual é expressa em permitir a representação por mandatário, constituído por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias (art. 36). Abre-se aí, portanto, mais uma facilidade para o divórcio consensual, embora uma resolução não possa se sobrepor a uma lei.

O art. 37 dessa norma indica que, havendo bens a serem partilhados na escritura, distinguir-se-á o patrimônio de cada cônjuge do que é patrimônio comum do casal, conforme o regime de bens. Isso deve constar da escritura, com a descrição dos bens.

Quanto ao nome dos cônjuges, dispôs o art. 41 da Resolução:

“Havendo alteração do nome de algum cônjuge em razão de escritura de separação, restabelecimento da sociedade conjugal ou divórcio consensuais, o Oficial do Registro Civil que averbar 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”.

A questão do nome pode ser depois ratificada por declaração unilateral do interessado (art. 45).

Note que a resolução admite expressamente que a modalidade extrajudicial também pode ser utilizada, com escritura pública, ainda que a separação tenha sido judicial (art. 48). Os arts. 48 a 51 cuidam dos procedimentos nessa situação.

Espairecendo dúvidas, a resolução aponta que não há sigilo nas escrituras de separação e divórcio consensuais (art. 42).

O art. 46 faz uma advertência ao tabelião, a qual, no entanto, se aplica a qualquer ato seu: *“O tabelião poderá se negar a lavrar a escritura de separação ou divórcio se houver fundados indícios de prejuízo a um dos cônjuges ou em caso de dúvidas sobre a declaração de vontade, fundamentando a recusa por escrito”.* Trata-se de mister essencial do tabelião, que avulta de importância nesses atos nos quais as paixões afloram, o que também ocorre em testamentos e partilhas por causa da morte.

Lembre-se de que as normas de natureza processual permanecem em vigor com o atual Código Civil, por força do art. 2.043, quando não se utilizar da escritura pública. A separação amigável pode ser homologada pelo juiz desde que os cônjuges concordem e tenha decorrido o lapso de um ano, art. 1.574 a partir da celebração do casamento. Esse requisito é objetivo e comprova-se pela

certidão. Na escritura pública, a fiscalização será do notário. Evidente que o termo inicial desse prazo é a data da realização do casamento civil ou do casamento religioso com efeitos civis. Há decisões que aceitam justificção para comprovar a existência do casamento, na ausência de registro. Notamos, portanto, que enquanto o desquite litigioso podia ser proposto a qualquer momento, a partir do casamento, para a separação por mútuo consentimento há necessidade do lapso de um ano, conforme o corrente diploma. Como mencionamos, esse prazo visa conceder um tempo para maior meditação e possibilidade de ajuste do casal no início da convivência.

A petição será firmada pelos cônjuges e pelos advogados das partes, conforme imposição do § 1º do art. 34, que atendeu reivindicação da Ordem dos Advogados. Acrescenta o § 2º que o juiz pode recusar a homologação se entender que o acordo não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. Nesse aspecto, o juiz, bem como o Ministério Público, se atuante, poderão sugerir alterações, supressões ou inclusões no acordo, contando com o auxílio e compreensão dos advogados e dos próprios interessados. Quando não souberem ou não puderem assinar, é lícito que o façam a rogo (§ 3º). Quando as assinaturas não forem lançadas na presença do juiz, serão obrigatoriamente reconhecidas por tabelião (§ 4º). Essas disposições decorrem direta ou indiretamente do art. 731 do CPC de 2015, que não replica o texto prolixo do código processual anterior.

A petição será instruída com a certidão de casamento e o contrato antenupcial, se houver, devendo conter o referido no art. 731 do CPC.

A ausência de partilha não é obstáculo para a homologação da separação porque o parágrafo único do art. 731 do CPC permite que seja feita posteriormente, como no inventário ou arrolamento. Embora não seja conveniente, os bens do casal mantêm-se em comum, ainda que os cônjuges estejam judicialmente separados. Conquanto não se realize a partilha, a descrição dos bens do casal é requisito essencial para a homologação do acordo, porque é necessário que o quadro patrimonial do casal esteja bem claro nesse momento, a fim de evitar problemas futuros, não só quanto à própria partilha, mas também com relação a terceiros. A ressalva do art. 731 refere-se tão somente à dispensabilidade da partilha. Se não existirem bens, deverão os cônjuges assim o declarar na petição. O art. 1.581 do Código menciona que até mesmo o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens.

Como apontamos, não é mister do magistrado aprofundar-se sobre as causas de separação, nem estão os cônjuges obrigados a decliná-las. Somente poderá o juiz recusar-se a homologar a separação quando entender que o acordo não preserva suficientemente a pessoa dos filhos menores ou se os alimentos ao cônjuge forem considerados insuficientes. Nesse sentido dispõe o art. 1.574, parágrafo único, do vigente Código:

“O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos

cônjuges”.

Há entendimento pelo qual, havendo impossibilidade material de comparecimento pessoal de qualquer dos cônjuges perante o juiz, admite-se a dispensa desse comparecimento (RJTJESP 125/367).

O acordo para a separação conjugal, bem como para o divórcio, é, portanto, um negócio jurídico bilateral no qual as partes, além de decidirem o desenlace, regulam também as consequências da dissolução conjugal tanto sob o prisma pessoal quanto sob o prisma patrimonial. Como apontamos, necessariamente deve conter normas disciplinadoras acerca da manutenção, subsistência e convivência dos filhos menores. Quanto ao mais, em linha geral, como manifestação de vontade negocial emanada de pessoas maiores e capazes, os cônjuges gozam de ampla liberdade quanto ao conteúdo do acordo. Desse instrumento não devem constar, contudo, as causas da separação, nem reconhecimento de culpa de qualquer dos cônjuges ou qualquer ponto de constrangimento para as partes. Apresentando-se o acordo com cláusulas nesse patamar, deve o juiz repelir a homologação. Em síntese, não pode ser admitida qualquer cláusula que implique ofensa à dignidade dos cônjuges.

Por vezes é inserida, por exemplo, a cláusula de permanência dos cônjuges no mesmo imóvel após a separação. Como a separação rompe o dever de coabitação, essa inserção deve ser vista com reserva, pois pode traduzir utilização da separação como fraude para iludir terceiros. Nada impede que o juiz homologue o acordo de separação, ressalvando a ineficácia de determinadas cláusulas. Tudo dependerá do cuidadoso critério do magistrado. Como conclui Cahali, em dicção plenamente aplicável no presente Código (1995, v. 1:165),

“cada uma das estipulações, seja de conteúdo pessoal, seja de conteúdo patrimonial, deve ser cuidadosamente examinada pelo juiz, e somente em função de sua gravidade e de sua vinculação ao todo do acordo celebrado pelos cônjuges é que deverá usar o magistrado da faculdade que lhe é concedida pelo art. 34, § 2º, da Lei do Divórcio, para recusar a homologação da separação consensual; inexistindo tal vinculação, ainda assim atento ao princípio da cindibilidade do pedido comum, mostra-se mais razoável homologar a separação, e simplesmente declarando ineficaz a cláusula que padecer de vícios aqui enunciados”.

Do acordo deverá constar também, como vimos, cláusula sobre a manutenção ou não do nome de casado do cônjuge, matéria de que já nos ocupamos.

Homologada a separação consensual, averbar-se-á a sentença no registro civil e, havendo imóveis, na circunscrição onde se acharem registrados. O CPC de 2015 acrescenta que se qualquer dos cônjuges for empresário, será expedido mandado de averbação ao Registro Público de Empresas

Mercantis e Atividades Afins (art. 734, § 3º). Trata-se de sentença apelável em princípio, não mais subsistindo o recurso de ofício da legislação anterior. Tratando-se de ato judicial de homologação, a decisão ficará sujeita à anulação por vícios comuns aos atos jurídicos. Cuida-se de ato de jurisdição voluntária, que não admite ação rescisória, ficando sujeito à anulação pelas vias ordinárias, quando inviável o recurso de apelação (Rizzardo, 1994, v. 2:413). Se, no entanto, a decisão do juiz inserir outras matérias extravagantes ao simples desenlace amigável da união conjugal, a questão deve ser vertida em apelação.

Não há trânsito em julgado, nesta e em qualquer outra ação, contudo, no que se refere à guarda e direito de visitas dos filhos e quanto à pensão alimentícia, em razão das peculiaridades dessas decisões, tanto em ações autônomas quanto em pedidos embutidos em outras ações. São as chamadas sentenças integrativas. Alterando-se as situações fáticas, a qualquer momento podem ser alterados o sistema de visitas e o valor da prestação alimentícia. Lembre-se de que o direito de visitas é inderrogável e pode ser pleiteado pelos pais, ainda que não definido na separação.

9.3.1.1 Alimentos. Renúncia aos alimentos na separação

No acordo de separação ou divórcio devem ficar especificados o montante e a forma de alimentos aos filhos e do cônjuge. A menção da pensão alimentícia aos filhos para sua criação e educação é essencial para a homologação da separação. Esses alimentos são irrenunciáveis, pois decorrem do parentesco. Embora seja mais comum esse encargo ao homem, ambos os pais possuem esse dever e podem reparti-lo, dentro dos princípios que regem os alimentos. A exata forma de contribuição, no entanto, deve ser descrita pelos cônjuges, sob pena de a separação não ser homologada.

Como em toda decisão sobre alimentos, o que foi decidido a esse respeito no acordo não transita em julgado e o montante dos alimentos pode ser alterado no futuro, se forem alteradas as situações econômicas dos envolvidos. O CPC de 2015 trata do cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de alimentos nos arts. 528 a 533.

Por outro lado, a pensão ajustada de um cônjuge a outro somente será devida se ajustada. Sua omissão no acordo de separação não é obstáculo para a homologação, entendendo-se que os cônjuges abriram mão da pensão.

Os alimentos devidos reciprocamente pelos cônjuges resultam do vínculo conjugal e não do parentesco. A possibilidade de a mulher (ou mesmo o marido) renunciar à pensão alimentícia na separação consensual continua dando margem a celeuma. A mesma situação hoje é aplicada se devida a pensão ao homem, tendo em vista a paridade conjugal estabelecida na Constituição. Não se confunde a renúncia com a simples dispensa de alimentos no ato, que permite que se volte a pedi-los no futuro, se preenchidos seus requisitos fáticos de necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante. A simples dispensa não implica em abdicação do direito.

Sob o aspecto técnico, não há dúvida de que a renúncia aos alimentos pelo cônjuge é manifestação de vontade válida, pois apenas os alimentos derivados do parentesco são, em princípio, irrenunciáveis. O dever de mútua assistência entre os cônjuges rompe-se quando é desfeito o casamento. Ademais, o acordo firmado na separação por mútuo consentimento é negócio jurídico bilateral com plenitude de efeitos. Se as vontades manifestam-se livremente, não há aspecto de ordem pública a ser preservado na renúncia aos alimentos. De outro lado, com a separação, desaparece o dever de mútua assistência.

A posição do Supremo Tribunal Federal, no passado, propendeu por entender renunciável esse direito, não decorrente de parentesco, mas do vínculo conjugal. Posteriormente, a Súmula 379 deu guinada em sentido contrário, entendendo irrenunciáveis os alimentos no desquite, “*que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais*”. Essa corrente jurisprudencial que entende renunciáveis os alimentos decorrentes do vínculo conjugal, pois irrenunciáveis são apenas os alimentos decorrentes do parentesco, é a que se coaduna com a natureza do direito. Arnaldo Wald (1995:138) conclui que:

“com o advento do divórcio e a consequente possibilidade dos divorciados contraírem novo casamento, é indiscutível que os alimentos podem ser objeto de renúncia em virtude de acordo entre as partes. A jurisprudência reconhece de modo manso e pacífico que, dissolvido o casamento pelo divórcio, desaparecem as obrigações entre os antigos cônjuges”.

No entanto, em sede de separação, a matéria longe está de ser pacífica. O mesmo autor vaticina que com o advento do divórcio é possível que prepondere entendimento diverso da Súmula 379, admitindo-se a renúncia de alimentos pelo cônjuge. Esse parece ser o sentido da mais recente jurisprudência. É, sem dúvida, a melhor e mais técnica solução, sufragada no sistema de 1916 por respeitável jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça (RJSTJ 29/447, 47/241, Resp 95267-DF, 40408-SP, 19453-RJ, 33815-SP). A jurisprudência francamente majoritária do Tribunal de Justiça de São Paulo também é no mesmo sentido (Ac. 202327-1, 126525-1, Ap. Cível 99.240-1). O atual Código procurou dirimir essa problemática, definindo os alimentos devidos aos parentes e aos cônjuges como da mesma natureza e vedando a possibilidade de renúncia em qualquer caso.

Nesse sentido coloca-se o art. 1.707, do presente Código, ao estipular que “*pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos*”. Nem por isso nos parece que a corrente majoritária do passado se dará por satisfeita, pois sempre poder-se-á examinar a natureza diversa dos alimentos entre os cônjuges dos derivados do parentesco estrito. Ainda porque, o termo *credor* tem significado obrigacional e enquanto não estipulado o direito a alimentos, seu valor e características, não há que se falar, em princípio, em credor. O fato é que o legislador poderia ter assumido expressamente a posição, afirmando que os alimentos decorrentes do vínculo conjugal ou

do companheirismo são irrenunciáveis, e não o fez. *De lege ferenda*, sabe-se que há sugestões efetivas de alteração do Código para que seja expresso a esse respeito. Nesse sentido, o Projeto nº 6.960/2002, que sugeriu outra redação ao dispositivo, retornando-se à possibilidade de renúncia dos alimentos decorrentes do vínculo conjugal:

“Tratando-se de alimentos devidos por relação de parentesco, pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar ao direito de alimentos”.

Por essa dicção, portanto, os alimentos conjugais poderão ser renunciados, como se entendia na vigência da legislação anterior. A irrenunciabilidade dos alimentos, como estabelece o vigente Código, representa, sem dúvida, um retrocesso absolutamente injustificável que deve ser prontamente corrigido. De qualquer forma, com a palavra os legisladores e os futuros julgados, os quais, segundo tudo indica, devem propender pela possibilidade de renúncia de alimentos entre cônjuges. Já há julgados majoritários nesse sentido.⁵ Parece-nos despropositado que extinto um casamento há muitos anos, décadas, modificam-se com o tempo totalmente as situações de fato, bem como os corações e as mentes e o cônjuge que renunciou a alimentos ressurja como uma fênix-fantasma, para pleitear novamente alimentos de quem se separou em passado muito remoto.

De qualquer modo, o novo casamento, a união estável ou o concubinato do credor, seja o homem ou a mulher, faz cessar o dever de prestar alimentos para o outro cônjuge (art. 1.708).⁶ Como a união estável e o concubinato são situações de fato, há necessidade de prova em juízo de seu estabelecimento pelo outro cônjuge, o que nem sempre será tarefa simples, pois o concubinato, principalmente, pode ser escamoteado. Concubinato, na dicção do corrente Código, é termo reservado para as uniões impuras, isto é, aquelas que não podem converter-se em casamento. Lembre-se, a propósito, de que o parágrafo único do art. 1.708 acrescenta que o direito a alimentos cessa por comportamento indigno do devedor, o que também deve ser examinado no caso concreto.

Como mencionamos, a omissão da referência a alimentos para a mulher ou para o marido na petição de separação não é óbice à homologação. Entende-se, nessa hipótese, que o cônjuge não os necessita (Rodrigues, 1999:209). No entanto, a simples omissão não implica em renúncia, a qual, em virtude da natureza desse ato dispositivo, deve sempre ser expressa.

O art. 21 da Lei do Divórcio permite que o juiz determine a constituição de garantia real ou fidejussória para assegurar o pagamento de pensão alimentícia. Esse dispositivo também estatui que se o cônjuge preferir, o juiz poderá determinar que a pensão consista no usufruto de determinados bens do cônjuge devedor (§ 1º) ou, se o cônjuge justificar a possibilidade do não recebimento (§ 2º). Essa questão, bem como as modalidades de reajuste e a transmissibilidade da obrigação de alimentos por via sucessória aos herdeiros do devedor deverão ser aprofundadas no capítulo próprio desta obra, para qual remetemos o leitor (nº 16). Outra problemática é saber se esses e outros dispositivos da lei anterior continuam em vigor, pois o atual Código não a revogou expressamente.

No entanto, há que se fazer, de plano, referência inicial aos arts. 1.702 ss. que se reportam especificamente aos alimentos no desfazimento da sociedade conjugal.

O art. 1.702 dispõe que na separação litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694. Excluída do ordenamento a separação litigiosa, o dispositivo deve ser entendido sob o prisma do dever geral de prestar alimentos. Veja o que falamos no capítulo próprio sobre os princípios gerais que regem o direito a alimentos.

O art. 1.703, por sua vez, estatui que para manutenção dos filhos, ambos os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos. Normalmente, entende-se que os alimentos são devidos aos filhos enquanto menores e até que completem o curso superior.

O art. 1.704 especifica que se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, e se não tiver sido julgado culpado na ação de separação, o outro será obrigado a prestá-los.⁷ Outro dispositivo que se há de entender derogado, aplicando-se a principiologia geral sobre alimentos. Por outro lado, o parágrafo único desse mesmo artigo descreve o que a doutrina denomina alimentos *necessários*, que se distinguem dos denominados alimentos *côngruos*. Assim se apresenta a redação:

“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”.

Os alimentos necessários são aqueles que se destinam estritamente à sobrevivência, enquanto os côngruos são mais amplos, destinando à pessoa subsistir de acordo com sua condição social. Desse modo, os alimentos descritos no *caput* do art. 1.704, enquanto no parágrafo temos os alimentos necessários, restritos pelo legislador tendo em vista a culpa do cônjuge. Essa noção já vem expressa no art. 1.694, §§ 1º e 2º, que abre as disposições sobre alimentos. Em razão disso, o âmbito do valor dos alimentos para ele é menor. Essa situação, que obriga alimentar o culpado pela separação, é injusta, piegas e merece a crítica impiedosa da doutrina. Desaparecida a culpa no divórcio, doravante, os caminhos dos direitos a alimentos devem ser outros, direcionados pela jurisprudência. Voltamos a esse tema no capítulo dedicado aos alimentos.

Refere-se ainda o art. 1.706 aos alimentos provisionais, os quais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual. Voltaremos também a esse tema.

Por fim, o art. 1.709 lembra que o novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio. Acrescente-se que essa obrigação persiste, ainda que a decisão não tenha sido proferida em sentença de divórcio, mas em outro procedimento.



Caso 2 – Alimentos na separação ou divórcio

No acordo de separação ou divórcio devem ficar especificados o montante e a forma de alimentos aos filhos e ao ex-cônjuge. A menção da pensão alimentícia aos filhos para sua criação e educação é essencial para a homologação da separação. Esses alimentos são irrenunciáveis, pois decorrem do parentesco. Embora seja mais comum esse encargo ao homem, ambos os pais possuem esse dever e podem reparti-lo, dentro dos princípios que regem os alimentos. A exata forma de contribuição, no entanto, deve ser descrita pelos cônjuges, sob pena de a separação não ser homologada. Sob o aspecto técnico, não há dúvida de que a renúncia aos alimentos pelo cônjuge é manifestação de vontade válida, pois apenas os alimentos derivados do parentesco são, em princípio, irrenunciáveis.

9.3.1.2 Guarda e proteção dos filhos na separação e nas várias situações assemelhadas. Guarda compartilhada e suas particularidades

A antiga Lei do Divórcio disciplinava a guarda dos filhos (arts. 9º a 16), derogando dispositivos do Código de 1916. Este Código disciplinou a proteção da pessoa dos filhos nos arts. 1.583 a 1.590. No entanto, a Lei nº 11.698/2008 substituiu os arts. 1.583 e 1.584 para introduzir a denominada *guarda compartilhada*. A guarda dos filhos pertence a ambos os genitores, apenas se individualizando quando há separação de fato ou de direito dos pais. Novo texto legal sobre a matéria, Lei nº 13.058/2014, traz novas disposições inseridas no Código sobre esse instituto.

Inicialmente há que se pontuar que cabe em princípio aos pais dispor e acertar sobre a guarda dos filhos, sua forma de convivência, educação, convívio familiar etc. Nem sempre isso é possível de ser obtido harmoniosamente, mormente quando os casais que se separam usam os filhos menores como escudo e justificativas para suas dissidências. A intervenção judicial somente deve suprir com suas decisões quando falta bom senso aos pais. Assim, é evidente que os filhos em tenra idade devem ficar preferivelmente com a mãe, por exemplo. Delicada é a situação de pais que se separam e passam a residir em locais distantes ou no Exterior. Nem sempre haverá possibilidade de uma exata harmonização, e muito menos possibilidade de aplicação completa da guarda compartilhada. Nem sempre terão os pais possibilidades financeiras de custear constantes viagens dos filhos. Maior tato e discernimento devem ser exigidos do juiz nessas hipóteses.

Sempre sustentamos que não há necessidade de que o legislador desça a minúcias nessa matéria. Por isso se afirma que o fundamental nessa área é a ampla margem de decisão relegada aos conciliadores e ao juiz e que o legislador não deve contemplar parâmetros de forma estrita. O caso concreto deve sempre nortear a solução. Houve por bem o legislador, no entanto, introduzir esses dois artigos em matéria que, de fato, já vinha de há muito sendo aplicada pelos tribunais. Não havia

necessidade premente de texto expresse para que o juiz harmonizasse a convivência de filhos e pais separados, aplicando essa denominada guarda compartilhada, ainda que não se utilizasse dessa denominação. Outros dispositivos legais, porém, foram acrescentados pela Lei nº 13.058/2014.

O melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor e atribuir a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuição ao pai e à mãe concomitantemente. Essa modalidade de guarda dita compartilhada não se torna possível, de forma ampla, quando os pais se apresentam em estado de beligerância, ou quando residem distantes um do outro. Essa solução dependerá da perspicácia do magistrado e em especial do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do exame do grau de fricção que reina entre eles após a separação.⁸

A ideia é fazer com que pais apartados, separados a qualquer título, compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões. Não havia necessidade de texto expresse de lei para que essa guarda compartilhada fosse atribuída pelo Judiciário. Mas, de qualquer modo, *legem habemus*. Tudo dependerá da oportunidade e conveniência avaliada pelo juiz e pelos próprios cônjuges, quando estes acordam sobre essa modalidade de guarda. A figura do conciliador torna-se ainda mais fundamental nessa área.

A modalidade de guarda pode ser alterada a qualquer tempo, sempre no interesse do menor. Isso significa que a princípio, quando no fervor do rompimento da convivência conjugal, pode não ser o melhor momento para a guarda compartilhada ou para um compartilhamento mais amplo. Após algum tempo, serenados os ânimos entre os interessados, a guarda compartilhada pode surgir como uma solução natural. Compartilhar deveres e obrigações por parte de pais separados em relação aos filhos significa manter os elos de afeto com maior presença na vida dos menores. Não, há, porém, forma de impor o compartilhamento sem a cooperação dos pais. A guarda compartilhada é possível quando os genitores residem na mesma cidade, possuindo relação de respeito, cordialidade e maturidade. Há que preponderar sempre o interesse do filho. O novo diploma legal modifica o § 2º do art. 1.583 para descrever 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*”. Não me parece que magistrado algum recalcitraria em aplicar esse princípio mesmo na ausência de texto legal.

Para tentar enfrentar a questão da guarda compartilhada quando os pais residem em locais diversos e distantes, a nova redação ao § 3º desse mesmo artigo declara: “*Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos*”. Como magistrados que fomos por mais de vinte e cinco anos não queremos crer que o legislador imagine todo o juiz deste País como um incompetente. Nunca se faria o contrário no exame do caso concreto. Mais um dispositivo inútil a nosso ver, talvez sugerido por quem nunca tenha atuado nos foros de família. O caso concreto se mostra por vezes de difícil solução e depende do

bom senso das partes, que nem sempre existe, e do juiz.

Não resta dúvida de que a guarda compartilhada representa um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento e na formação de crianças e adolescentes. Essa forma de guarda traduz também outra faceta do direito de visita, que poderá ficar elástico quando acordada a guarda conjunta ou compartilhada.

É certo que a guarda compartilhada nunca poderá ser imposta se não houver boa vontade e compreensão de ambos os pais. E para isso não são necessárias leis, mas pais educados e conscientes, bem como conciliadores e juízes antenados com sua realidade social. A nova lei traz outras superfetações introduzidas no art. 1.584, bem como normas de direito procedimental como a nova redação ao art. 1.585, sobre medidas cautelares, exigindo que, salvo urgências, só poderão ser concedidas após a oitiva das partes.

Não se confunde a guarda compartilhada com a *guarda alternada*, a qual, mais no interesse dos pais do que dos filhos, divide-se o tempo de permanência destes com os pais em suas respectivas residências, nada mais que isso. Essa modalidade está fadada ao insucesso e a gerar maiores problemas do que soluções.

O texto legal menciona duas formas de guarda: unilateral ou compartilhada. Não há campos estanques entre elas, mas gradações. A guarda compartilhada pode ser mais ou menos ampla, dependendo do caso concreto. Por outro lado, a guarda unilateral... pode abrir válvulas ao compartilhamento, como, por exemplo, direito de visitas mais amplo que pode caracterizar forma de convivência. A guarda unilateral extremada afasta o filho do cuidado de um dos genitores. Se no direito em geral não se pode fazer afirmações peremptórias, tal se torna muito mais verdadeiro na área da família. O fato de alguém estar com a guarda unilateral não libera o outro genitor dos deveres básicos da paternidade, devendo estar sempre atento à proteção dos interesses dos filhos.

A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la, explicitando os fatores de afeto, saúde, segurança e educação. Como facilmente se percebe, essas melhores condições para manter a guarda do filho não residem exclusivamente na situação financeira ou econômica. O texto do revogado art. 1.584 se referia às melhores condições, sem descrevê-las, no entanto. Foi salutar a descrição introduzida nesse novo texto.

No pedido de separação ou divórcio por mútuo consentimento, assim também no desfazimento das uniões sem casamento, os cônjuges ou companheiros devem mencionar a existência de filhos menores ou inválidos, dispondo não somente acerca de sua subsistência, como também a respeito de sua guarda, criação e educação (art. 9º da Lei nº 6.515/77). A mesma situação é aplicada ao divórcio. O direito de visitas deve ser descrito, inclusive atribuível aos avós, cuja regulamentação também é da maior conveniência, embora estes tenham ação autônoma para tal.

Em princípio, sempre que for conveniente e possível, deve ser estabelecido o que for decidido pelos pais.

Cabe aos pais disciplinar não somente sobre os alimentos, mas também sobre a guarda e o direito de visitas, descrevendo com minúcias as formas de convivência nas férias escolares e festividades religiosas, como o período natalino. Os pais devem decidir sob a guarda de qual deles ficarão os filhos. Os filhos em tenra idade devem ficar preferentemente com a mãe. Situação delicada enfrentada com frequência é de pais que se separam e um deles obtém a guarda dos menores, indo residir em local distante ou no exterior. Nem sempre será fácil a harmonização dos direitos de visita. O juiz deverá procurar a solução prevalente que melhor se adapte ao menor, sem se olvidar dos sentimentos e direitos dos pais. Em linhas gerais, deve o magistrado atender à vontade dos pais conforme a declinam na separação por mútuo consentimento. Essa decisão também não faz coisa julgada, podendo ser alterada no futuro, havendo necessidade e conveniência. A guarda compartilhada dos filhos por ambos os pais apartados também deve ser sempre objeto de exame no caso concreto. O projeto de lei do Estatuto das Famílias, no capítulo referente à guarda dos filhos e ao direito de convivência, aconselha o juiz a optar pela guarda compartilhada sempre que possível, assegurando-se sempre a convivência de ambos os pais.

Há matéria essencialmente procedimental, deslocada nessa parte do Código Civil (art.1.585). Não há dúvida de que os pais podem requerer a forma mais adequada de guarda, em qualquer modalidade de separação, de direito ou de fato, inclusive em medida cautelar. Avulta a importância da conciliação prévia quando então melhor se esclarecerá aos pais sobre o alcance da guarda que pretendem ou que poderá ser concedida. Será então mais conveniente que os interessados cheguem ao juiz na audiência de conciliação, já em fase judicial, com conhecimento prévio e ideia formada. Nem sempre o juiz togado terá condições para o verdadeiro aconselhamento.

Como acentuado, quando as partes não chegam a consenso, a guarda compartilhada, tal como sugerida no § 2º, somente será possível com a boa vontade e a compreensão de ambos os pais. Não pode ser imposta a casal que se digladia. Para definir sua decisão, sempre será possível o juiz recorrer a aconselhamento técnico de psicólogos, pedagogos, assistentes sociais etc. e não era necessário o ordenamento legal assim dizer, pois de há muito temos nos valido desses auxiliares.

Muitos problemas podem advir do descumprimento do estabelecido judicialmente em matéria de guarda. Nem sempre a punição, como descrita no § 4º, será a melhor solução. O juiz de família é um harmonizador mais do que um julgador.

O texto do § 5º do art. 1.584 traduz efetivamente uma disposição de direito material. Nos casos extremos, quando não for possível ou conveniente que o filho permaneça com o pai ou a mãe, qualquer pessoa que revele compatibilidade pode assumir a guarda. Há que se levar em conta o grau de afetividade dessa pessoa com o menor e seu parentesco. Trata-se de situação a que somente o caso concreto poderá dar a melhor solução. A paternidade socioafetiva é também fundamental nesse aspecto. Todos os aspectos emocionais devem ser avaliados.

9.3.1.3 *Partilha. Promessa de doação*

Como apontamos, não é essencial a partilha para que seja homologada a separação ou no divórcio. Porém, na petição é necessário descrever os bens do casal, móveis e imóveis, como um divisor de águas para o patrimônio futuro individual de cada cônjuge, podendo a partilha ser efetuada posteriormente. Nesse sentido, expressa o art. 1.575 que a separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens, acrescentando o parágrafo único que a partilha poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz. Da mesma forma, o divórcio, tanto direto como por conversão, pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (art. 1.581). Com isto, agiliza-se o processo de divórcio, mas permanecerá o vínculo patrimonial a atormentar os envolvidos.

Desse modo, nada obsta, antes aconselha-se, que na petição os cônjuges já apresentem o plano de partilha, para homologação. Nada impede, também, que essa partilha seja desigual. Sendo os cônjuges maiores e capazes, cabe exclusivamente a eles decidir a respeito.⁹ Cumpre ao juiz investigar, quando entrevistá-los, se agem livremente e estão cientes também das consequências da divisão dos bens.

Nessa partilha, deverão ser obedecidos, em síntese, os mesmos princípios da partilha *causa mortis*. Os quinhões de cada cônjuge devem ser perfeitamente descritos e individuados, com atribuição de valores, inclusive para fins tributários, porque se a divisão for desigual, serão devidos impostos de transmissão imobiliária no tocante aos bens imóveis. Na descrição patrimonial devem constar os bens e as dívidas. Para complemento da partilha, é mister que os cônjuges descrevam também a quem ficará o encargo das dívidas.

Em princípio, procura-se que os bens sejam divididos e atribuídos à posse de cada cônjuge. Nem sempre isso é possível. Embora seja inconveniente, podem persistir bens em comum, que permanecerão em condomínio com ambos.

Várias questões e conflitos podem emergir da partilha, tais como comodato, posse precária, locação, usufruto etc., cujo exame refoge ao direito de família. Lembre-se de que pode ocorrer separação judicial e partilha com intuito de fraudar credores dos cônjuges. Nesse caso, é aberto campo para que seja proposta a ação pauliana, visando anular o ato fraudulento de cunho patrimonial e manter os bens em comum para satisfação dos credores. Os terceiros não poderão, contudo, intervir no ato e no processo de separação.

Com frequência, os cônjuges incluem doação ou promessa de doação aos filhos do casal ou a terceiros em sua pretensão de separação, que anteriormente nosso sistema denominava desquite. A doação de bens que integram o patrimônio dos interessados no momento do ato é perfeitamente possível dentro dos princípios que regem esse negócio. Porém, a questão surge quando há uma promessa de doar, feita pelo cônjuge, geralmente presente no negócio como forma de obter o acordo definitivo para o desenlace. Ocorre que a doação, citada no acordo, ainda que homologado, necessita de escritura pública se se referir a imóveis. A simples homologação da separação não conclui a

doação. Recordemos que se seu objeto for móvel, há necessidade da tradição. Pode ocorrer que os cônjuges já tenham formalizado a doação antes da separação, mas não é o que ordinariamente ocorre. Enquanto não houver escritura pública no caso de imóveis ou tradição para os móveis, não há doação. Desse modo, a manifestação de vontade constante do ato de separação a esse respeito é mera promessa de doação, que pode não se concretizar no futuro.

Nesse caso, embora a doutrina tradicional majoritária acolha o princípio segundo o qual a promessa de doação é inadmissível, pode ser sustentada, a nosso ver, a possibilidade da ação de tutela específica, para impor ao cônjuge renitente o cumprimento da obrigação sob pena de multa diária e perdas e danos. De qualquer forma, a recusa em manifestar a vontade prometida faz nascer a pretensão aos prejudicados. A matéria comporta enorme digressão que nosso estudo não permite. No entanto, há forte posição jurisprudencial que se mostra refratária a esse entendimento, prendendo-se à doutrina tradicional, não admitindo efeito qualquer à promessa de doação. Veja o que estudamos a respeito da doação na obra sobre contratos em espécie.

Levemos em conta, todavia, que nessas doações insertas nos acordos de separação não existe somente um *animus donandi*, para que o negócio seja tratado unicamente sob o estrito prisma obrigacional gratuito. Na grande maioria das vezes, os cônjuges veem na doação aos filhos uma forma de acomodar as fissuras e arestas de sua separação e o negócio possui evidente cunho oneroso ou de contraprestação no bojo da partilha. Daí a razão pela qual a frustração da promessa, nesse caso, ocasiona uma quebra do acordo homologado e traduz ilicitude do recalcitrante que pode ser apenado ao menos com a indenização cabível. Nessa promessa de doar estão presentes os requisitos de um contrato preliminar. Essa posição sempre foi defendida por Washington de Barros Monteiro. Em seu profundo estudo monográfico *Divórcio e separação*, Yussef Said Cahali (1995, v. 1:218) esmiúça o assunto e arremata:

“Especificamente em matéria de promessa de doação convencionalizada no desquite amigável, a jurisprudência mais expressiva tem acolhido a lição do antigo Juiz da Vara da Família e ornamento da cultura jurídica nacional, Washington de Barros Monteiro. Assim, 2ª Câmara do TJSP: A cláusula do requerimento de desquite consubstancia uma promessa de doação de bem ainda não integrado no patrimônio do promitente, por ocasião do desquite. Mas configura juridicamente uma obrigação possível e válida em nosso Direito, segundo, aliás, o ensinamento de Washington de Barros Monteiro, que recorda contemplar o nosso Direito casos específicos desta espécie de obrigação”.

Tudo indica que essa será a posição dominante nos julgados no futuro, já lastreados em substancial jurisprudência:

“Doação – Promessa feita pelo pai à filha em acordo judicial homologado – Não

cumprimento da obrigação – Ação fundada nos arts. 639 e 641 do Código de Processo Civil julgada procedente – Configuração de contrato preliminar, e não simples declaração de intenção – Presença dos requisitos necessários à substituição por sentença da declaração não emitida” (Ap. Cível 234.983-1, Tambaú, 1ª Câmara Civil de Férias, Rel. Erbeta Filho, v. u.). No mesmo sentido: RT 293/135, 257/208; TJSP, Ac. 149.503; TJPR, Ac. 5.965. Advertimos, porém, que persiste respeitável jurisprudência em sentido contrário, não admitindo efeitos à promessa de doação (TJSP, Ap. Cíveis 206.338-1; 163.788-1; Embargos infringentes 165.298-1).

Em qualquer situação, no tocante à partilha, cabe ao juiz verificar se o acordo é prejudicial a qualquer dos cônjuges ou à prole, inclusive examinando se as doações ali presentes não demonstram o risco de levar o doador à condição de miserabilidade. Lembremos que o art. 548 dispõe que é nula a doação universal, ou seja, de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

9.3.2 Separação Litigiosa

A separação judicial contenciosa poderia ser pedida a qualquer tempo após a conclusão do casamento por qualquer dos cônjuges e sob o procedimento comum. O singelo texto da Emenda Constitucional nº 66/2010 suprimiu a separação judicial e conseqüentemente não se discutirá mais a culpa.

Embora persistam renitentes opiniões em contrário, não nos parece que possa ser mantida no ordenamento a dicotomia, separação judicial e divórcio, ao texto constitucional. Rolf Madaleno é direto e sensível ao sustentar essa mesma trilha:

“A separação de direito e o divórcio não conseguem atuar lado a lado, como se fosse uma via de duas mãos, sem flagrante incompatibilidade, pois a separação judicial não se sustenta senão pelo consenso do casal que queira de comum acordo escorraçar o instituto do divórcio, no entanto, esse casal sequioso por buscar por consenso os restritos efeitos de uma separação amigável ficaria numa espécie de limbo, por não conseguir converter sua separação em divórcio, diante da supressão dos prazos e do próprio instituto da conversão com a alteração do artigo 226, § 3º, da Carta Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 66/2010” (2013:211). Não fossem todos os argumentos em prol dessa opinião, lembre-se que se trata de norma constitucional que prevalece sobre lei ordinária especial editada anteriormente.

Leitura Complementar

No regime originário do Código Civil de 1916, o desquite litigioso devia caber em uma das causas especificadas no artigo 317: “*adultério, tentativa de morte, sevícias ou injúria grave, abandono voluntário do lar conjugal por mais de dois anos*”. A jurisprudência do passado procurou alargar esse aparente *numerus clausus*, entendendo, por exemplo, que o abandono do lar conjugal por menos de dois anos poderia constituir injúria grave, expandindo esse conceito de injúria. Esse rol do antigo art. 317 continuou válido como orientação casuística e doutrinária, embora tivesse mero valor histórico, como acentua Caio Mário da Silva Pereira (1996:143), pois a Lei nº 6.515/77 optou, conforme a moderna tendência internacional, por fórmula genérica, que engloba e suplanta os velhos conceitos do direito anterior.

De fato, o art. 5º da Lei do Divórcio dispôs que a separação pedida por um só dos cônjuges deve imputar ao outro “*conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum*”. Nunca os magistrados tiveram dificuldade em definir a conduta desonrosa ou a grave violação de deveres do casamento, aspectos de absoluto senso comum.

Pois o Código de 2002 representou, nesse aspecto, um injustificável e odioso retrocesso. Parece que o legislador do país não se contenta em dar passos à frente, pois lhe apraz também voltar ao passado. De há muito estão de acordo os juristas que as causas da separação, sob a forma de sanção, devem ser genéricas e representar o mínimo possível uma tipificação estrita. Era essa a linha definida, como vimos, na Lei nº 6.515. No entanto, o Código de 2002 voltou atrás e reintroduziu o sistema do Código Civil de 1916, com um elenco de causas que podem caracterizar a impossibilidade de comunhão.

Desse modo, o art. 1.572, em seu *caput*, manteve a regra geral:

“Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.¹⁰

Bastava que se mantivesse esse texto, que igualava a orientação da Lei nº 6.515, e que já solidificara o entendimento jurisprudencial. No entanto, surpreendentemente, o art. 1.573 voltou aos idos do início do século passado, com a seguinte redação:

“Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos, que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum”.

Na verdade, todo o artigo mostrou-se inútil, não só porque a matéria estava solidificada na doutrina e na jurisprudência dos últimos anos, como também porque o parágrafo permite que o juiz considere outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. Volta-se, em síntese, ao *caput* do art. 1.572. Já não existem mais legisladores que cultuam o Direito como no passado. O legislador mostra-se nesse aspecto desvinculado da história e da sociologia. Posição deveras lamentável para quem elabora leis. Histórica e socialmente, não mais se justifica o elenco legal. Ora, o abandono do lar conjugal poderá caracterizar fato justificável para a separação, ainda que decorridos apenas alguns meses. Dependerá do caso concreto. Assim, perdeu o legislador a excelente oportunidade de manter o regime da fórmula sintética da lei anterior. O Projeto nº 6.960/2002 poderia ter corrigido a dicção, mas limitou-se a substituir “adultério” por “infidelidade”; e suprimiu o lapso temporal mínimo para caracterizar o abandono voluntário do lar.

Desse modo, em linhas gerais, qualquer ato que implique violação do dever de fidelidade, mútua assistência e convivência poderia lastrear o pedido de separação, devendo o requerente comprovar que tal ato tornou a vida em comum insuportável.

Destarte, aplicam-se, em síntese, todas as causas descritas no revogado art. 317, redigido no final do século XIX e revivido pelo art. 1.573. Assim, o adultério, porque transgride o dever de fidelidade, viola o casamento. A insuportabilidade da vida em comum deve ser comprovada em cada caso. Nesse diapasão, tem aplicação o perdão ao adultério e tudo quanto foi examinado a respeito na legislação passada.

Na legislação atual, com o parágrafo único do art. 1.573, alargaram-se as possibilidades de separação litigiosa.

O § 1º do art. 1.572, repetindo norma da Lei do Divórcio, dispôs que o cônjuge também pode pedir a separação se provada a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo e a impossibilidade de sua reconstituição.

O § 2º desse mesmo artigo ainda estatui que o cônjuge pode pedir a separação judicial

“quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável”.

A lei anterior tinha a mesma redação, mas se referia a um período de cinco anos para a duração

da moléstia.

9.3.2.1 *O dano moral no rompimento da sociedade conjugal e no direito de família*

Depois da Constituição de 1988, que expressamente permitiu o reconhecimento de dano moral, alargaram-se as situações de indenização, até mesmo ao exagero.

A questão maior no direito de família é saber quais os limites e princípios para ser concedida uma indenização por dano moral no desfazimento do casamento. A doutrina transita da impossibilidade de reconhecimento do dano moral à abertura total. No Direito, todavia, não deve haver extremismos.

É fato que na separação do casal podem ocorrer situações de ofensa à dignidade humana que podem levar, à exaustão, à possibilidade de indenização por dano moral. Não se há, porém, que se entender que sistematicamente qualquer rompimento da unidade conjugal pelos comezinhos motivos conhecidos possa sempre levar à possibilidade de indenização.

O criterioso exame do juiz deve definir essa possibilidade no caso concreto. Há de se partir sempre dos princípios gerais da responsabilidade civil. Há, então, um ato ilícito que ocasiona um prejuízo, ainda que exclusivamente não patrimonial. A partir daí, o exame do julgador será a análise e as circunstâncias do desfazimento da união e as eventuais sequelas morais. Todas as circunstâncias em torno do casamento ou união estável desfeita devem ser levadas em consideração, como o nível social e cultural dos envolvidos, situação familiar, localização geográfica, usos e costumes etc. Na maioria das vezes, a conduta ilícita se tipifica independentemente de ter havido conúbio: injúrias e calúnias lançadas contra um dos consortes; sevícia, atos de improbidade ou despudorados etc. Nem sempre haver-se-á de sustentar que essa conduta decorra exclusivamente do casamento, pois o dever de indenizar poderia surgir em várias outras situações, distantes do problema conjugal, que, em tese, só as agravaria. Há, portanto, que se distinguir os danos decorrentes diretamente do casamento ou da união estável, daqueles que apenas indiretamente o tocam.

O simples desfazimento do casamento, por si só, não deve gerar o dever de indenizar, sob pena de transformarmos a situação em responsabilidade objetiva, por mais que se amplie atualmente esse âmbito. Diferente será a conclusão se o término do casamento resulta de situação martirizante e angustiante para a vítima. Daí por que não é conveniente que se defina aprioristicamente o dever de indenizar no casamento. Não se esqueça que para a responsabilidade não basta o ato ilícito, deve ocorrer dano, que se ressaltará da prova no caso concreto. Como aduz Rolf Madaleno, secundando o que aqui afirmamos

“o dano moral não tem como elo o casamento, e sim o fato da exposição pública causada pelo outro cônjuge, cujo ato invadiu a esfera privada da personalidade do consorte

ofendido, a gerar ressarcimento que não está associado ao matrimônio, mas à pessoa do ofensor, que circunstancialmente também é cônjuge do ofendido e cujo matrimônio deve ser dissolvido por fato eminentemente objetivo e, portanto, não causal” (2013:355).

A situação se espraia a todo direito de família e não unicamente nos aspectos do casamento e da união estável. Destarte, pode ocorrer dano moral que tenha como elo a investigação de paternidade, os deveres dos pais, o abandono físico e psíquico dos filhos, a discussão sobre alimentos etc. O presente texto aplica-se evidentemente a todas essas situações, com os aspectos que as envolvem.

9.3.2.2 Separação por conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento (leitura complementar)

Com a dicção referida, deferia-se o poder discricionário do juiz na avaliação da separação por culpa de um dos cônjuges. Cabia ao magistrado, em cada caso concreto, definir se houve “*conduta desonrosa*” ou “*grave violação dos deveres do casamento*”. Em qualquer hipótese, devia também estar comprovado que os fatos tornaram “*insuportável*” a vida em comum.

Não restou dúvida de que a farta jurisprudência anterior serviria de base para as hipóteses do art. 1.573.

No exame do adultério, infringência a dever elementar no casamento seria examinada se houve perdão eficaz e insuportabilidade da situação para o cônjuge inocente. A sevícia é por si só grave e raramente não será insuportável para o inocente. A injúria grave dependerá fortemente do caso concreto, do nível social e cultural do casal. A jurisprudência forneceu os contornos dessas faltas.

O art. 1.573, IV, condicionara o abandono do lar conjugal durante um ano contínuo. Como vimos, o juiz poderia não levar em conta o prazo mínimo, mas é a irremediabilidade da situação. O Projeto mencionado tentou corrigir a disposição, como vimos. Um curto espaço de abandono, por vezes, pode configurar a perda definitiva da *affectio maritalis*. A definição caberia ao juiz no caso concreto.

Com frequência, muitas situações de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia, ofensas físicas, abandono moral e material, alcoolismo etc. ocasionam dano moral ao cônjuge inocente, abrindo margem à pretensão de indenização nos termos do art. 186, não havendo necessidade de norma específica para tal.

O requisito da insuportabilidade da vida em comum recebeu críticas e tornou o pedido de separação instável. Foram oportunas as palavras de Sílvio Rodrigues (1999:221):

“Essa exigência, a meu ver, é má, não só porque impõe ao autor da demanda o ônus de provar a subsequente insuportabilidade da vida em comum, como também porque abre para o réu a possibilidade de contestar o feito com a alegação de que seu adultério, ou

injúria irrogada contra o seu consorte, ou sevícia de que foi vítima, não tornaram a vida em comum insuportável”.

Era de toda conveniência que esse texto legal fosse reformulado. Há que se entender agora como extirpado, embora possam ocorrer dúvidas nos tribunais em virtude da singeleza do texto constitucional. A infundável discussão por vezes instalada no processo acerca da insuportabilidade da vida em comum é inócua e inconveniente, para os cônjuges e para a prole.

A propósito dos filhos, o art. 10 da Lei nº 6.515/77 dispunha que, na separação fundada no *caput* do art. 5º, ficariam eles em poder do cônjuge que não houvesse dado causa à separação. Se ambos os cônjuges fossem declarados culpados, ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz entendesse essa situação como moralmente inconveniente para os menores (art. 10, § 1º). Podia também o juiz determinar que os menores ficassem sob a guarda de terceiro, “*pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges*” (art. 10, § 2º), se verificasse que não deveriam permanecer com qualquer dos cônjuges. Nem sempre essa era a solução simples para o magistrado. O vigente Código, de forma mais aceitável, dispõe que a guarda dos filhos será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la (art. 1.584). Sempre coube ao juiz verificar o melhor para os menores, qualquer que fosse a situação jurídica dos pais. Permite também o presente Código que a guarda possa ser atribuída a terceiro, que se relaciona com o menor por vínculos de parentesco, afinidade ou afetividade, se os pais não tiverem condições de exercer a guarda (art. 1.584, parágrafo único).

Como apontamos, havia corrente doutrinária que via nos motivos da infringência dos deveres conjugais situações que de per si acarretavam o dever de indenizar moralmente o cônjuge não culpado. Com o alargamento dos conceitos legais, ampliam-se as possibilidades de indenização e cada vez mais aumentará na sociedade a repulsa pelo casamento, mormente hoje quando a união estável lhe faz as vezes, com maiores vantagens.

9.3.2.3 Separação por ruptura da vida em comum (leitura complementar)

Ao admitir a possibilidade de separação sem alegação de culpa de qualquer dos cônjuges, como vimos, o legislador aderiu preferentemente à teoria do divórcio-remédio. A separação é concedida como remédio para uma situação e não como punição.

A separação por ruptura da vida em comum há mais de um ano (art. 1.572) é situação presente em outras legislações, com prazos variados. Trata-se também de separação-remédio que busca solução para situação de fato. Não se declinam as causas. Basta que seja comprovada a ruptura há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição. A matéria em eventual contestação fica reduzida e circunscrita. Assim devem se posicionar as ações de divórcio após a Emenda Constitucional nº 66/2010. A redação primitiva desse dispositivo na legislação anterior demandava o

decorso de prazo mínimo de cinco anos consecutivos. Foi a Lei nº 8.408/92 que reduziu o lapso para um ano, pois evidentemente o período anterior era excessivamente longo, se comparado às situações que permitem o divórcio. Esse prazo cai por terra com o novo sistema.

A lei exigia que o prazo fosse consecutivo, sem interrupções. Lapsos pequenos de abandono do lar, por exemplo, não podiam ser considerados. Examina-se também a impossibilidade de ser mantido o vínculo. Esse o sentido da “*ruptura*” mencionada na lei. Essa ruptura caracteriza-se pelo distanciamento físico dos cônjuges, cada um fixando residência em local diverso. Pode ocorrer, porém, que permaneçam sob o mesmo teto, mas em situação de ruptura, quer por motivos econômicos, quer para não agravar a situação familiar dos filhos. Por outro lado, a separação de corpos, formalizada por procedimento cautelar, deixa bem nítida a situação.

No tocante à guarda dos filhos, o art. 11 da Lei nº 6.515/77 dispunha que, quando a separação ocorresse por ruptura da vida em comum, ficariam eles “*em poder do cônjuge em cuja companhia estavam durante o tempo de ruptura da vida em comum*”. Não era regra inflexível que não pudesse ser alterada na conveniência dos filhos, como em toda situação de guarda de filhos menores. Tanto assim que o atual Código, como referimos, indica ao juiz o caminho no art. 1.584, de acordo com o que for melhor para os menores. Ainda voltaremos ao tema, pois há que se analisar, no caso concreto, o que se entende por “*melhores condições*” de um ou de outro cônjuge para a guarda do menor.

9.3.2.4 Separação por grave doença mental (leitura complementar)

Neste caso, não se tratava de hipótese de ruptura da vida em comum, mas da superveniência de moléstia mental de cura improvável. O legislador, porém, entende que essa situação não merece seu incentivo, tanto que a lei anterior permitia que o juiz indeferisse o pedido (art. 6º). Mantém, porém, o ônus descrito no § 3º do art. 1.572.

Por outro lado, a norma teve pequeno alcance, porque com a sistemática original da Constituição de 1988, se o casal estivesse separado há mais de dois anos, poderia ser requerido o divórcio direto, sem necessidade de ser alegada e causa de moléstia mental do outro cônjuge, superando-se a questão.

O legislador exigiu, nessa hipótese, que concorressem os seguintes requisitos: (a) a doença mental grave; (b) sua cura improvável; (c) que tenha sido manifestada após o casamento; (d) que a moléstia perdurasse por mais de dois anos; (e) que tornassem impossível a vida em comum. Essencial o laudo médico para atestar a moléstia mental: psicose, esquizofrenia, oligofrenia e várias outras manifestações. O alcoolismo e a dependência em tóxicos podem caracterizar moléstia mental, dependendo de sua gravidade. De qualquer forma, a manifestação da doença deve ter ocorrido após o casamento. Moléstia preexistente não pode fundamentar pedido. Nem sempre será fácil para a perícia fixar com exatidão o momento de sua eclosão ou do sério agravamento após o enlace.

Quanto à guarda dos filhos, ficariam eles na companhia do cônjuge que tivesse condições de assumir normalmente a responsabilidade de sua guarda e educação, noção do art. 12 da lei anterior, que se amolda ao art. 1.584 do vigente Código. Nessa matéria, porém, como sempre realçamos, é amplo o poder discricionário do juiz que deverá atentar para a segurança e bem-estar dos menores, podendo dispor segundo as circunstâncias exigidas pelo caso concreto.

9.3.2.5 *Indeferimento da separação na forma do art. 6º da Lei nº 6.515/77. Cláusula de dureza. Dispositivo ausente no Código Civil de 2002 (leitura complementar)*

Dispunha o art. 6º da Lei do Divórcio acerca das duas modalidades de separação examinadas anteriormente:

“Nos casos dos §§ 1º e 2º, do artigo anterior, a separação judicial poderá ser negada, se constituir, respectivamente, causa de agravamento das condições pessoais ou da doença do outro cônjuge, ou determinar, em qualquer caso, consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores”.

Tratava-se da chamada “*cláusula de dureza*”, a desestimular a separação, como já referido. Essa disposição legal não era elogiável. Quando rompida a afeição do casamento ou quando um dos cônjuges decide romper o vínculo em razão da moléstia mental do outro cônjuge, é da mais absoluta inconveniência que seja mantida coercitivamente a união. Prejuízo maior seria aos filhos conviverem em um lar no qual um cônjuge não aceitasse a presença do outro. Em ambos os casos, o pedido podia ser repelido quando determinasse consequências morais de excepcional gravidade para os filhos menores.

A aplicação dessa norma somente era admissível em casos excepcionais, devidamente valorados pelo juiz. Atentemos para o termo respectivamente apostado na dicção legal: quando se tratasse de ruptura da vida em comum por mais de um ano, o pedido podia ser repelido, se se provasse que ocasionaria agravamento das condições pessoais do outro cônjuge; quando se tratasse de ruptura em razão de moléstia mental, o pedido poderia ser indeferido se a separação ocasionasse agravamento da moléstia mental do réu. Em ambos os casos, poderia haver improcedência quando o réu alegasse e provasse que a decretação da separação traria consequências morais de excepcional gravidade para filhos menores. Como apontamos em edição anterior desta obra, a nosso ver, toda essa casuística era altamente inconveniente. Somente em casos excepcionalíssimos deveria ser aplicada pelo juiz, sob pena de anular o alcance dessas modalidades de separação. É evidente que toda separação ocasiona um prejuízo para quem não a deseja, repercutindo sempre na pessoa dos filhos menores. Drama maior para todos na família será, na maioria das vezes, permanecerem os cônjuges casados em circunstâncias absolutamente insustentáveis. Atendendo a essas críticas, o

dispositivo foi corretamente suprimido no corrente Código.

9.3.2.6 *Efeitos patrimoniais na forma do § 3º do art. 1.572 (leitura complementar)*

Esse dispositivo procura desencorajar o cônjuge a requerer a separação com base no § 2º (acometimento de moléstia mental grave):

“No caso do parágrafo 2º, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal”.

No sistema da lei anterior, de forma injustificável, o dispositivo também se aplicava à separação por ruptura da vida em comum.

O intuito do legislador foi duplo nesse dispositivo, aliás, também plenamente dispensável. De um lado procurou-se desencorajar o cônjuge a pedir o desquite e de outro, buscou-se proteger aquele que não tomou a iniciativa da separação. A noção é que, em tese, quem pede a separação porque o outro cônjuge está acometido de moléstia mental, procura fugir ao dever de assistência moral do casamento. No entanto, a realidade na maioria das vezes é bem outra e dispensa maiores digressões. A lei buscou punir o cônjuge requerente, protegendo o outro com tudo o que remanescer dos bens que trouxe para o casamento, além de sua meação.

Se a solução, em tese, era moralmente admissível na hipótese de moléstia mental, não possuía mesmo razão de existir na situação de ruptura da vida em comum por mais de um ano. Não havia por que apenar o cônjuge que pleiteiava a separação quando o casamento estava definitivamente falido e a própria lei não exigia outra causação. Por isso, o atual dispositivo restringiu essa aplicação apenas à hipótese de separação no caso de moléstia mental grave.

A norma foi, na prática, de pequeno alcance, porque aplicada apenas no caso do regime de comunhão universal de bens. Nesse caso, a comunicabilidade não se aplicava aos bens remanescentes que o cônjuge demandado trouxe para o casamento. Quando o regime for da comunhão parcial, da comunhão final de aquestos ou da separação, cada cônjuge conserva seu patrimônio distinto. Os aquestos comunicam-se na constância do casamento, o que diminui sensivelmente o alcance dessa norma.

9.3.2.7 *Proteção à pessoa dos filhos na separação litigiosa e no divórcio. Guarda dos filhos. Direito de visitas*

Como vimos, a matéria acerca da proteção dos filhos na separação fora tratada pela Lei do

Divórcio, que revogou os dispositivos respectivos do Código Civil. O art. 9º refere-se à separação consensual. Em qualquer caso, contudo, deveria ficar especificada a forma de concessão de alimentos aos filhos, orientação que sempre permanece. Os dispositivos acerca da guarda e dos alimentos estendiam-se aos filhos menores e filhos maiores inválidos (art. 13). Quanto à separação litigiosa, o art. 10 dispunha que, quando a separação decorresse de pedido que imputa conduta desonrosa ou grave violação dos deveres do casamento (art. 5º), os filhos ficariam com o cônjuge que a ela não tivesse dado causa. A regra, como é evidente, não podia ser aplicada de forma inflexível.

Razões de bom senso devem sempre determinar ao juiz que atribua, por exemplo, a companhia dos filhos em tenra idade à mulher, ainda que esta seja a culpada da separação. O caso concreto deve sempre determinar qual a solução que ocasiona menor prejuízo moral aos menores. Tanto assim é que o § 1º do art. 10 estatuiu que se ambos os cônjuges fossem considerados culpados, os filhos menores ficariam em poder da mãe, *“salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”*. A preferência pela mãe justifica-se, na maioria das vezes, mormente em se tratando de filhos de pouca idade. Poderia também o juiz determinar que os filhos não deveriam permanecer nem com o pai nem com a mãe, hipótese em que deferiria *“sua guarda à pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges”* (art. 10, § 2º). Essas decisões, sempre trágicas, não transitam em julgado, podendo ser alteradas sempre que houver conveniência ou necessidade. O art. 13 era expresso no sentido de que, ocorrendo motivos graves, em benefício dos filhos, o juiz poderia sempre regular de maneira diferente o disposto na lei.

Os mandamentos legais, nessa matéria, portanto, caem sempre por terra quando houver um interesse maior para os filhos. O simples fato de o cônjuge viver em união estável, por exemplo, não faz por concluir pela inconveniência de manutenção da guarda dos filhos. Veja o que falamos no Capítulo 14 sobre a alienação parental, já objeto de norma legal (Lei nº 12.318/2010).

Quando a separação ocorresse por ruptura da vida em comum, o art. 11 da lei anterior determinava que os filhos ficariam em companhia do cônjuge com quem estavam ao tempo dessa ruptura. A regra era lógica e somente em situação excepcional devia ser modificada pelo magistrado.

Outra regra lógica estava no art. 12: quando a separação ocorresse com fundamento no § 2º do art. 5º, doença mental, *“o juiz deferirá a entrega dos filhos ao cônjuge que estiver em condições de assumir, normalmente, a responsabilidade de sua guarda e educação”*. Essas disposições também deviam ser aplicadas nos casos de anulação de casamento e, no que fosse cabível, também na dissolução da sociedade conjugal pelo divórcio.

Veja o que apontamos neste capítulo (9.3.1.2) acerca da guarda compartilhada, com a modificação da redação dos arts. 1.583 e 1.584. A regra geral do revogado art. 1.584 não deixa sempre de ter aplicação: *“Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições*

para exercê-la”.

É evidente que essa e as demais normas também se aplicam aos menores no desfazimento da união estável e do concubinato. Ora, todo juiz de juízo de família sempre tem ou deve ter em mente essa regra, ainda que não estivesse escrita. A maior questão nessa seara é definir o que representam, no caso concreto, “*as melhores condições*” para a guarda, algo que foi explicitado pela nova redação do dispositivo, como apontado (art. 1.583, § 2º). Somente em situações excepcionalíssimas o menor de pouca idade pode ser afastado da mãe, a qual, por natureza, deve cuidar da criança. Nem sempre, por outro lado, as melhores condições financeiras de um dos cônjuges representarão melhores condições de guarda do menor. O carinho, o afeto, o amor, o meio social, o local de residência, a educação, a escola e, evidentemente, também as condições econômicas devem ser levados em consideração pelo magistrado, que deve valer-se dos profissionais auxiliares para ter diante de si um quadro claro da situação do lar dos cônjuges. Sempre haverá situações complexas e de difícil deslinde. É importante, também, que o menor seja ouvido se já tiver idade de maior compreensão, bem como os pais, parentes próximos e pessoas relacionadas com o casal.

Em situações de exceção, quando o juiz concluir que o menor não deve ficar nem com o pai nem com a mãe, como vimos, a guarda do menor pode ser deferida a terceiros.

Deve ser levada em consideração a lei específica, no caso o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90. Veja o que expusemos a respeito do tema, no Capítulo 14.

O mesmo poder discricionário do juiz, tendo como orientação os arts. 1.583 e 1.584 que continuam a servir de norte, aplica-se em sede de medida cautelar de separação de corpos (art. 1.585).

Como enfatizamos, em qualquer situação que o exija, o juiz poderá regular de forma diferente a guarda dos menores. Art. 1.586: “*Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais*”. O Projeto nº 6.960/2002 sugeriu uma outra redação para esse dispositivo:

“Na fixação da guarda, em qualquer caso, seja de filhos oriundos ou não do casamento, o juiz deverá, a bem dos menores, sempre levar em conta a relação de afinidade e afetividade que os liga ao guardião.

Parágrafo único. A qualquer tempo, havendo justo motivo, poderá o juiz modificar a guarda, observando o princípio da prevalência dos interesses dos filhos”.

A dicção então projetada realçava o que o direito de família moderno denomina família socioafetiva ou emocional. Melhor será que o juiz defina a guarda para quem dá amor ao menor, independentemente dos vínculos biológicos. O caso concreto dará a solução.

O art. 1.587 afirma que os princípios dos arts. 1.584 e 1.586 aplicam-se nos casos de invalidade do casamento, quando houver filhos comuns. Sempre que conveniente, também, esses

princípios de proteção e guarda aplicam-se aos filhos das uniões estáveis ou concubinárias.

Quanto ao direito de visitas, os pais que não estão com a guarda dos filhos menores têm o direito inarredável de exercê-lo, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Dispõe o art. 1.589:

*“O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.*¹¹

A lacuna, no tocante à possibilidade do direito de visita dos avós e outros parentes, fora tratada pelo Projeto nº 6.960/2002, o qual tentou acrescentar em seu § 1º:

“Aos avós e outros parentes, inclusive afins, do menor e assegurado o direito de visitá-lo, com vistas à preservação dos respectivos laços de afetividade”.

De forma ainda lacunosa, mas de qualquer forma solidificando o que já vinha de há muito tempo sendo sufragado pela jurisprudência, a Lei nº 12.398/11 introduziu parágrafo ao art. 1.589, ratificando o direito de visitas dos avós:

“O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança e do adolescente”.

O texto acrescido na lei, de qualquer forma, falou menos do que deveria, o que não obsta que, em casos concretos, parentes, afins ou pessoas ligadas por estreito laço de afetividade ao menor, tenham assegurado direito de visita. Esses laços de afetividade devem ser levados em conta pelo magistrado, que poderá conceder o direito de visita até mesmo a outros parentes e não parentes, tios, padrinhos, por exemplo, que se encontrem emocional e afetivamente ligados ao menor. A pirraça ou obstinação injustificada dos guardiões deve ser coartada pelo magistrado. A vida é a escola e o juiz saberá encontrar a melhor solução no caso concreto, independente da lei que nem sempre é correta ou sábia.

As regras estabelecidas para as visitas e a guarda podem ser alteradas a qualquer momento, sempre no interesse do menor. É o que acresce o § 2º sugerido pelo citado Projeto.

Essa questão do direito de visita entrosa-se com a denominada “*guarda compartilhada*”. Não é porque um dos pais não tem a guarda do filho que deve deixar de exercer a orientação e fiscalização que são próprias do poder familiar. Deve participar de sua educação e das questões que envolvem afeto, apoio e carinho. Nas decisões que dizem respeito a essas visitas, o juiz deve fixar períodos mais ou menos longos que propiciem contato com o outro genitor, sem prejuízo de sua atividade escolar. O caso concreto deve dar a solução, inclusive no tocante aos períodos de férias escolares.

Por vezes, o melhor interesse dos menores leva os tribunais a propor a guarda compartilhada ou conjunta. O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser plenamente possível essa divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor. A questão da guarda, porém, nesse aspecto, a pessoas que vivam em locais separados não é de fácil deslinde. Dependerá muito do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação. Atento a essa problemática, afirma Waldyr Grisard Filho:

“A custódia física, ou custódia partilhada, é uma nova forma de família na qual pais divorciados partilham a educação dos filhos em lares separados. A essência do acordo da guarda compartilhada reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e de continuar a cooperar com o outro na tomada de decisões” (2000:112).

Em nossa legislação, por tudo que expusemos, nada impede ao juiz que defira a guarda a ambos os cônjuges, mormente se existe acordo entre eles. O difícil, justamente, é chegar-se a um acordo no calor de uma separação. A guarda, porém, pode ser alterada no futuro, quando os espíritos estiverem mais apaziguados. Não resta dúvida de que a solução da guarda compartilhada é um meio de manter os laços entre pais e filhos, tão importantes no desenvolvimento da criança e do adolescente. Não resta dúvida, também, de que essa modalidade de guarda representa uma nova faceta do direito de visita, que poderá ficar dispensado quando se acorda pela guarda conjunta. No futuro, certamente, o legislador também se preocupará com essa modalidade de guarda.

Por outro lado, na posição diametralmente oposta, o direito de visitas poderá ser suspenso perante casos extremos de inconveniência do contato do menor com o pai ou a mãe. Trata-se, porém, de direito e não de obrigação. Sempre se afirma que existe um direito de visita, mas não um direito de ser visitado. Nem sempre os pais exigem esse direito sob o prisma da proteção e afeto dos filhos, mas como forma de espicaçar o outro cônjuge. Nem sempre será fácil a conduta do magistrado. Se for conveniente para os menores e a situação o exigir, a visita se dará em horário estabelecido e local diverso do domicílio das partes, sob a fiscalização de agentes do Judiciário, tais como psicólogos e assistentes sociais. Questões de difícil deslinde surgem quando os pais moram em locais distantes ou no exterior. Aliás, conforme o art. 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente, como a viagem ao exterior pode representar uma supressão ainda que temporária do direito de visitas, é necessário que o outro cônjuge autorize a viagem com um só dos pais, ainda que estejam casados.

Lembre-se de que a proteção à pessoa do menor e a seu bem-estar familiar exige que também aos avós seja deferido o direito de visitas, com a mitigação necessária, nunca podendo ser suprimido.

O art. 329 do Código de 1916 fora o único do capítulo não revogado pela Lei do Divórcio. Dizia respeito à mulher que contraía novas núpcias, a qual mantinha o direito de ter consigo os

filhos, que somente lhe poderiam ser retirados por decisão judicial, “*provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente*”. A disposição não tinha maior interesse porque o Estatuto da Mulher Casada já dispusera, na alteração do art. 393 do Código, no sentido de que a mulher que se remarida não perde o direito ao pátrio poder dos filhos do leito anterior.

A Constituição vigente colocou em igualdade o exercício do poder familiar por ambos os cônjuges. Sob essa senda, dispõe o presente código no art. 1.588:

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

Como se nota, a regra nada mais faz do que cancelar a orientação geral de proeminência permanente do interesse dos menores em qualquer situação.

A lei nada menciona expressamente acerca da situação dos filhos na separação de fato. Cabe ao juiz, no caso concreto, avaliar qual a melhor situação para os menores. É claro que as normas ora referidas devem servir de orientação primeira. A tendência será manter o estado atual dos filhos até que quando da separação seja examinada com mais profundidade a questão. Não há, porém, em qualquer caso, como tomarmos uma posição dogmática quando se trata de proteção à pessoa dos filhos menores ou maiores incapazes.

Finalize-se com a observação no sentido de que os princípios de guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes, na forma do art. 1.590. Sobre os alimentos devidos aos filhos, discorreremos no capítulo específico.

9.3.3 Reconciliação. Efeitos

Como vimos, o estado de separação judicial, qualquer que seja sua causa e o modo utilizado, admite o restabelecimento do estado de casados (1.577). Os que ainda estão sob esse vértice continuam na mesma situação de separados judicialmente, apesar da Emenda Constitucional. Seria necessária lei específica para transformar automaticamente o estado de separação em divórcio. O art. 46 da Lei nº 6.515/77 determina que requerimento nesse sentido seja feito nos autos da ação de separação. A norma é processual e continua, em princípio, em vigor. Quando se tratar de separação efetivada por escritura pública, há de se concluir que o pedido deve ser instruído com a respectiva certidão. O casamento é restabelecido nos mesmos termos em que foi constituído, mantido, portanto, o mesmo regime de bens. Para que ocorra a modificação do regime de bens, segundo o vigente Código, há necessidade de que os cônjuges façam pedido nesse sentido, justificando a necessidade (art. 1.639, § 2º). Essa é uma das hipóteses em que pode efetivamente ocorrer necessidade de alteração do regime patrimonial. Competirá ao juiz defini-la no caso concreto. Acrescenta o

parágrafo único desse artigo que a reconciliação não prejudicará os direitos de terceiros adquiridos antes e no interregno da separação, não importando qual seja o regime de bens. Portanto, serão válidas as alienações de bens efetuadas nesse período. Por outro lado, os bens adquiridos no interregno não se comunicam a menos que o regime seja o da comunhão universal.

A reconciliação deve ser averbada junto ao assento da separação, averbando-se também esta no registro de casamento, caso ainda não o fora. Com a reconciliação, a partilha ficará sem efeito, reassumindo-se o regime de bens, preservado o direito de terceiros.

No divórcio, como enfatizado, porque foi rompido definitivamente o vínculo, somente com um novo casamento poderá ser restabelecida juridicamente a união conjugal.

9.3.4 Separação de Corpos e Outras Medidas Cautelares

Com muita frequência, em sede de separação e divórcio, são necessárias medidas cautelares para atender a situações de urgência com relação aos cônjuges, seu patrimônio e à pessoa, proteção e guarda dos filhos menores. Seus pressupostos tradicionais, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, devem ser buscados na ciência processual e no Código de Processo Civil. Podem ser preparatórias ou incidentes a uma ação já proposta. Não é cabível, em princípio, a chamada cautelar satisfativa. Essas ações cautelares devem estar sempre atreladas a um processo principal. Também com caráter prévio e preliminar, em ações que versam sobre a família podem ser cabíveis e oportunas as antecipações de tutela, com fundamento análogo, mas não coincidente com as medidas cautelares. O CPC de 2015 abre um capítulo sobre a tutela provisória, distinguindo duas modalidades, de urgência ou de evidência. Torna-se mais ampla a margem decisória do magistrado com o novo estatuto processual, para cujas disposições chama-se a atenção do leitor.

Dentre as medidas cautelares que afetam o tema ora tratado, avulta a importância da separação de corpos. A vida em comum, sob o mesmo teto, é, como vimos, um dos deveres dos cônjuges no casamento. O descumprimento a esse dever caracteriza infração que pode lastrear pedido de separação.

Quando os cônjuges instauravam o litígio ou quando estavam prestes a instaurá-lo, o art. 888, VI, do CPC de 1973 permitia que o juiz determinasse ou autorizasse o afastamento temporário de um dos cônjuges do lar conjugal. Trata-se da medida de separação de corpos. Essa medida é importante para os cônjuges que pretendem ingressar com a ação de separação, porque a partir dessa ordem, cessam os deveres de coabitação e fidelidade. Tanto assim é que o art. 8º da Lei do Divórcio estatuiu que

“a sentença que julgar a separação judicial produz seus efeitos à data de seu trânsito em julgado, ou à da decisão que tiver concedido separação cautelar”.

Não bastasse esse aspecto, contava-se o prazo de um ano para a conversão da separação judicial em divórcio também a partir da concessão dessa cautelar (art. 1.580). Admite-se a medida ainda que os cônjuges já estejam separados de fato, pois o decreto serve de importante ponto de partida para a nova situação jurídica pretendida pelos cônjuges. Não é de ser indeferida a medida sob argumento de que os cônjuges já estão separados, ainda porque, não fosse pela razão já exposta, a medida pode ter como objetivo impedir que o cônjuge retorne à morada primitiva. A jurisprudência, aliás, é nesse sentido.

O art. 695 do CPC de 2015 menciona, dentro das ações de família, que o juiz, ao receber a petição inicial, tomará, se for o caso, as providências referentes à tutela provisória.

No prazo de 30 dias da concessão da liminar em processo preparatório, segundo a regra geral do estatuto processual (repetida no art. 309, II, do CPC de 2015), deve ser proposta a ação principal. O prazo é de caducidade. No entanto, tratando-se de separação de corpos, os julgados têm admitido certa elasticidade nesse prazo. A medida pode vir cumulada com pedido de alimentos, regulamentação de visitas e guarda provisória de filhos, que são outras situações correntes de cautelares na matéria.

No mesmo diapasão, medidas de tutela provisória podem fazer-se necessárias para busca e apreensão de filhos menores e arrolamento de bens. O cônjuge pode ter-se afastado indevidamente do lar conjugal em companhia dos filhos, na primeira hipótese. No segundo caso, o arrolamento, como pedido cautelar, deve ser deferido quando há fundado receio de extravio ou dissipação de bens. Essa medida é importante para os cônjuges que se separam a fim de definir claramente o patrimônio a ser partilhado no futuro. Os efeitos da medida não se limitam a simples descrição de bens, mas assemelham-se a um sequestro. Seguindo a regra geral, em 30 dias caducará a medida concedida se não for proposta a ação principal, no caso, a separação ou divórcio.

De qualquer modo, o poder geral de cautela do juiz é amplo, mormente no novo estatuto processual e avulta de importância nas questões de separação. Na prática, outras medidas nominadas, como arresto e sequestro, podem ser convenientes, além de situações que exigem a cautela inominada.

9.4 DIVÓRCIO

A história do divórcio no Brasil traduz uma árdua e calorosa batalha legislativa e social, decorrente de longa e histórica tradição antiodivorcista, sustentada basicamente pela Igreja, que erige o casamento em sacramento. As várias tentativas de admissão do divórcio no Brasil sempre esbarravam na oposição da Igreja Católica e especificamente no fato de a indissolubilidade do matrimônio pertencer à ordem constitucional, dificultando sua emenda. Nessa porfia, é preciso reverenciar o nome do saudoso senador Nelson Carneiro, que dedicou quase três décadas de mandato parlamentar à introdução do divórcio em nossa legislação. O divórcio veio para nosso

ordenamento quando a sociedade e a opinião pública em geral estavam plenamente preparadas para sua introdução.

Para que o instituto do divórcio fosse admitido, várias concessões foram feitas aos antedivorcistas, como, por exemplo, a polêmica regra originária do art. 38 da Lei nº 6.515/77, segundo a qual o divórcio poderia ser formulado uma única vez, dispositivo revogado pela Lei nº 7.841/89. A última concessão que ainda vigorava era a dicotomia separação judicial-divórcio, extinta com a Emenda Constitucional nº 66/2010. Há sensíveis opiniões na doutrina nacional que entendem persistente a convivência, no ordenamento, da separação judicial e do divórcio, conforme já dissemos.

Na época da promulgação da Emenda nº 9, de 28-6-77, e da Lei nº 6.515/77, que a regulamentou, acreditava-se que uma plethora de casos de divórcio abarrotaria nossas cortes. Nada disso aconteceu. Como em outros países, o divórcio foi absorvido de forma tranquila pela sociedade brasileira. Nada se alterou, salvo a regularização de milhares de uniões de desquitados tidas como concubinárias na época, de forma paulatina, sem a caudal esperada.

9.4.1 Modalidades de Divórcio. Processo

Como já expusemos, há duas modalidades de divórcio (e separação) no direito comparado: divórcio-remédio e divórcio-sanção. O divórcio-sanção, a exemplo da separação-sanção, deve resultar de processo litigioso, pois a ideia é imputar fato culposos ao outro cônjuge, que deve ser provado, a fim de ser obtido o divórcio. O divórcio-remédio é a solução apontada para aquelas uniões que já desabaram inapelavelmente e os cônjuges concordam em seccioná-las com o divórcio, traduzindo menor sacrifício para ambos ou, ao menos, para um deles. Na maioria dos regimes, o divórcio-remédio admite tanto a modalidade consensual quanto a contenciosa.

A Lei nº 6.515/77 admitia ambas as modalidades, coexistindo a possibilidade de divórcio com a separação judicial ou desquite que já examinamos. Nosso Direito, com as mais recentes modificações, admite o divórcio direto, bem como admitia a conversão da separação judicial em divórcio. Assim como a separação, o divórcio também põe termo à sociedade conjugal, porém de forma mais ampla, permitindo que os divorciados contraiam novas núpcias.

Quando o divórcio foi introduzido na lei pátria, houve uma série de concessões no texto legal a fim de que pudesse ser vencida a barreira dos antedivorcistas. Desse modo, a Emenda Constitucional nº 9, de 28-6-77 não dispôs exclusivamente acerca do divórcio, prevendo também os limites da dissolução, invadindo o campo do legislador ordinário.

Por outro lado, a Constituição de 1988, mais de 10 anos após a introdução do divórcio, ampliou as possibilidades de sua concessão. Com esse diploma, o divórcio direto lastreado na separação de fato do casal perde o caráter de excepcionalidade, passando a ser possível sempre que comprovada a separação de fato por mais de dois anos. A Lei do Divórcio introduziu modificação no art. 7º, § 6º,

da Lei de Introdução do Código Civil, atual Lei nº 12.376/2010 agora *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*, quanto ao divórcio realizado no estrangeiro, exigindo que este somente seria reconhecido após três anos da sentença, salvo se já fora concedida anteriormente separação judicial por igual prazo, quando então produz efeito imediato. Por igual razão, como a Constituição de 1988 sufragou o divórcio direto mediante tão só a separação de fato por dois anos consecutivos, bastando a apuração desse requisito para que o Supremo Tribunal Federal homologue o divórcio realizado no estrangeiro.

Originalmente, buscara o legislador colocar a separação judicial, o antigo desquite, como fato prévio, antecedente necessário para o divórcio. Posteriormente, os cônjuges separados judicialmente há mais de um ano poderiam requerer a conversão em divórcio (art. 1.580). Na legislação derogada, mais antiga, esse prazo era de três anos. Trata-se de hipótese de divórcio-remédio, pois não se declinam as causas da separação quando o casamento está definitivamente rompido.

Excepcionalmente, a ordem constitucional, que admitiu o instituto, possibilitou a ação direta de divórcio, com fundamento em separação de fato havida há mais de cinco anos, com início anterior à data da Emenda, 28-6-77. Tratava-se também de modalidade de divórcio-remédio, pois era dispensada a alusão às causas da separação. No entanto, a Lei nº 6.515/77 alargou o conceito, autorizando também o divórcio-direto tanto com dispensa de menção das causas, como também o divórcio direto fundado na culpa de qualquer dos cônjuges, em modalidade de divórcio-sanção.

O art. 24 da Lei nº 6.515/77 abriu o capítulo do divórcio assim estatuinto: “*O divórcio põe termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso*”.

A exemplo do que foi dito sobre a separação judicial, de acordo com o art. 1.582, parágrafo único, o pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges. Trata-se de ação personalíssima, aplicando-se tudo que foi dito acerca da separação judicial, pois ambas as ações possuem a mesma natureza. Como dito, apenas no caso de incapacidade do cônjuge a ação competirá ao curador, ascendente ou irmão, nessa ordem. Da mesma forma, a morte de qualquer dos cônjuges põe fim à ação e ao casamento.

9.4.2 Conversão da Separação Judicial em Divórcio

O art. 25 da Lei do Divórcio, regulando o art. 175, § 1º, da Constituição de 1969, conforme a Emenda nº 9/77, estabeleceu que a conversão da separação judicial em divórcio, existente há mais de três anos, contada da decisão que a decretou ou da que concedeu a medida cautelar correspondente, seria decretada por sentença, sem menção da causa que a determinou.

Por sua vez, a Constituição de 1988, no art. 226, § 6º, dispôs:

“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 nova redação a esse dispositivo, pela Emenda Constitucional nº 66/2010, extingue definitivamente essa situação ao estatuir singelamente que “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

A redução para o prazo de um ano foi introduzida pela atual Constituição. A Lei nº 8.408/92, com certo atraso, fez a adaptação necessária. Finalmente, o art. 1.580, derogado do atual Código, disciplinara sobre a conversão da separação judicial em divórcio.

A Lei nº 12.036, de 1º de outubro de 2009, no intuito de adequar a Lei nº 12.376/2010, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro à Constituição Federal em vigor, trouxe nova redação ao art. 7º do § 6º, no que tange ao divórcio realizado no estrangeiro por um ou ambos cônjuges brasileiros, estabelecendo o mesmo prazo para o reconhecimento da dissolução do vínculo matrimonial, qual seja, um ano. A redação anterior do Decreto-lei nº 4.657/42, dada pela Lei nº 6.515/77, previa o reconhecimento no Brasil, transcorridos três anos da data da sentença que homologou a separação.

Essa conversão poderia ocorrer tanto pela forma consensual, mediante acordo entre as partes, homologado judicialmente, como pela modalidade litigiosa, com citação do outro cônjuge e sentença. No pedido de conversão, firmado pelas partes e por advogado, devem juntar cópia da sentença definitiva da separação judicial e comprovar o decurso de prazo superior a um ano, contado dessa decisão de separação ou da que concedeu a medida cautelar correspondente. Ainda que o prazo possa ser contado da separação de corpos, há necessidade de sentença de separação, que é essencial, pois o que se converte é a separação judicial e não a separação de corpos.

Anotemos, porém, que se já houver lapso igual ou superior a dois anos de separação de fato, independente da sentença de separação judicial os interessados podiam ingressar com o divórcio direto.

Não há prazo para essa ação de conversão, que é imprescritível. Os que se encontram ainda nessa situação após a Emenda Constitucional nº 66/2010 podem convertê-la em divórcio a qualquer tempo. E hodiernamente, não havendo filhos incapazes, podem realizar o divórcio por escritura pública. Na verdade, a faculdade para requerer a dissolução do vínculo matrimonial, seja por separação, seja por divórcio, insere-se no rol dos direitos facultativos ou potestativos, cuja possibilidade de promover a ação persiste enquanto for mantida determinada situação jurídica. Dessa forma, os cônjuges podem manter-se separados judicialmente por tempo indeterminado, podendo a qualquer tempo requerer a conversão. Atentemos que em nosso sistema não ocorre o divórcio pelo simples decurso de prazo: há necessidade de sentença que o decrete.

A ação de conversão é processo autônomo em relação à separação judicial, exigindo distribuição e correndo em autos apartados. A fim de facilitar o processamento, o art. 35, parágrafo único, da Lei do Divórcio, dispôs que o pedido será apensado aos autos da separação judicial. No entanto, não há prevenção de juízo e a conversão pode ser proposta em outro juízo se diverso o

domicílio atual dos cônjuges. Nesse caso, o pedido será instruído com a certidão da sentença ou sua averbação no assento de casamento (arts. 47 e 48 da Lei do Divórcio). Lembremos que a mulher detinha preferência de foro em seu domicílio, de acordo com o art. 100, I, do CPC de 1973. Levando-se em conta a igualdade constitucional do homem e da mulher, era discutível que continuasse aplicável essa norma. O art. 53, I do CPC de 2015 derogou essa norma, estipulando que para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável, é competente o foro:

“I – de domicílio do guardião de filho incapaz;

II – do último domicílio do casal, caso não haja filho incapaz;

III – de domicílio do réu, se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal”.

Em São Paulo, a Corregedoria-Geral de Justiça dispensou o apensamento, por vezes demorado, sugerindo aos juízes admitirem, se não houver dúvidas, a conversão com a prova da sentença ou averbação no assento de casamento. A critério do magistrado, porém, pode ser necessário o exame do processo de separação, para dirimir dúvidas, por exemplo, acerca da guarda e proteção dos filhos e da partilha.

Por outro lado, nada indica que seja necessária audiência de conciliação na conversão da separação em divórcio, porque se trata de mera chancela de situação consumada. No entanto, com fundamento na regra geral de processo, a oitiva dos interessados pode ser conveniente para dirimir dúvidas da partilha e sobre a guarda, direito de visita e alimentos dos filhos menores.

Em se tratando de conversão consensual, utilizada na grande maioria dos casos, os cônjuges firmarão petição em comum, juntamente com advogado, tal como na separação judicial, juntando os documentos comprobatórios aqui referidos. Deverão também mencionar se serão mantidas as cláusulas da separação no tocante à guarda, visitas e alimentos aos filhos e ao projeto de partilha. A propósito, o art. 1.579 observa que o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos. Acrescenta o parágrafo único que novo casamento de qualquer dos pais, ou de ambos, não poderá importar restrições aos direitos e deveres com relação aos filhos.

No pedido de conversão litigiosa, a contestação, quanto ao mérito, se restringia ao aspecto do lapso temporal necessário. A lei anterior reportava-se também ao eventual descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação (art. 36, parágrafo único). Foi sustentado por parte da doutrina que a Constituição de 1988 não recepcionou o dispositivo do art. 36, parágrafo único, II: a Lei Maior não exige outra coisa para o divórcio que não a separação judicial por mais de um ano, concedida nos casos expressos em lei, ou a comprovada separação de fato por mais de dois anos, *“não mais se admitindo o reconhecimento de qualquer outro obstáculo para o caso de conversão da separação”* (Cahali, 1995, v. 2:1197). Desse modo, nessa linha, não pode deixar de ser homologado o divórcio sob fundamento de descumprimento de obrigações contraídas na

separação. Essa matéria deverá ser discutida em ações autônomas. A questão parece que fica clara doravante, pois o presente Código já não lhe faz menção.

Nada impede que o incapaz ingresse com o pedido de conversão, substituído ou representado por seu curador, ascendente ou irmão. A ação, porém, como as demais de separação, é personalíssima e não admite o ingresso de terceiros. Como é óbvio, a qualquer momento podem as partes transformar a ação litigiosa em conversão consensual.

Note, como já apontado, que o divórcio consensual pode ser feito por escritura pública, nos mesmos termos da separação consensual, conforme a redação do art. 733 do CPC. Veja o que expusemos a respeito da separação consensual. Não há possibilidade de escritura pública se houver filhos menores ou incapazes do casal. Nessa hipótese há necessidade de maior fiscalização, principalmente do Ministério Público, o que, de *lege ferenda*, poderá ser feito também na escritura pública.

9.4.2.1 Partilha no divórcio

Nesse pedido de conversão, no sistema anterior, devia ser apresentada a partilha, assim como no divórcio direto.¹² Se ainda não foi ultimada quando da separação judicial ou posteriormente, deveria ser homologada nessa oportunidade.

Todavia, em sede de acordo nada poderá obstar que os cônjuges permaneçam com os bens em comum, se assim estabelecerem, não podendo o juiz se recusar à homologação da partilha em comum. Trata-se de condomínio gerado pela vontade das partes. Atento a essa situação, o vigente Código foi expresso ao estatuir que o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (art. 1.581). A partilha pode ser feita por escritura pública.

9.4.3 Divórcio Direto. Consensual e Litigioso

O divórcio direto, originalmente, quando introduzida essa modalidade de separação em nosso ordenamento, era disciplinado somente pelo art. 40 das disposições transitórias da Lei nº 6.515/77. Nesse dispositivo, o pedido de divórcio, sem a prévia separação judicial, somente era possível para o casal separado de fato há mais de cinco anos, tendo-se essa separação iniciado antes da Emenda Constitucional. De acordo com a Emenda, seria necessário que esse prazo de separação de fato tivesse se completado até a data de sua publicação, 28-6-77. A Lei do Divórcio, em disposição de discutível constitucionalidade, foi mais além, permitindo o marco inicial do quinquênio anterior à Emenda, concedendo-se o divórcio ainda que o prazo se completasse após. Sem essa premissa, o divórcio somente seria admitido com a prévia separação judicial.

A Constituição de 1988 admitiu o divórcio direto como modalidade ordinária, possibilitando-o a qualquer tempo, após dois anos de separação de fato. Nesse diapasão, a Lei nº 7.841/89 deu nova

redação ao mencionado art. 40, dispondo:

“no caso de separação de fato, e desde que completados dois anos consecutivos, poderá ser promovida a ação de divórcio, na qual deverá ser comprovado decurso do tempo de separação”.

Esse mesmo diploma legal revogou o art. 38, que limitava o pedido de divórcio a uma única vez e revogou o § 1º do art. 40, que subordinava o pedido de divórcio às mesmas causas previstas nos arts. 4º e 5º, já examinados.

Desse modo, as portas do divórcio-remédio foram definitivamente abertas no ordenamento brasileiro, seguindo tendência da maioria das legislações. Destarte, bastava alegar e comprovar a separação de fato do casal por dois anos ou mais, não havendo necessidade de ser declinada a causa dessa separação. É o que consta do art. 1.580, § 2º, do atual Código Civil. A hipótese é de ruptura da vida em comum. O legislador demonstrou maior exigência na ruptura para a separação judicial, pois os efeitos dessa modalidade são mais restritos e o casamento pode ainda ser retomado.

O pedido de divórcio pode, portanto, nessas premissas, ser formulado em conjunto por ambos os cônjuges, na modalidade consensual. Se requerido por apenas um dos cônjuges, divórcio litigioso, observar-se-á o procedimento comum de acordo com o art. 40, § 3º, da Lei do Divórcio. Trata-se de dispositivo processual que se mantém por ora em vigor.

No divórcio consensual a Lei do Divórcio determina que sejam obedecidos, em princípio, os dispositivos da separação judicial, observadas ainda as seguintes normas (art. 40, § 2º, da Lei do Divórcio):

“I – a petição conterá a indicação dos meios probatórios da separação de fato, e será instruída com a prova documental já existente;

II – a petição fixará o valor da pensão do cônjuge que dela necessitar para sua manutenção, e indicará as garantias para o cumprimento da obrigação assumida; III – se houver prova testemunhal, ela será trazida na audiência de ratificação do pedido de divórcio, a qual será obrigatoriamente realizada;

IV – a partilha dos bens deverá ser homologada pela sentença do divórcio”.

Anote-se a possibilidade de o divórcio consensual ser realizado por escritura pública, como já apontamos (art. 733 do CPC).

Quanto à partilha, já nos referimos (art. 1.581). A prova mais comum para a comprovação da separação de fato era, sem dúvida, a testemunhal. Não se excluía, porém, qualquer outro meio de prova. Não é raro que os cônjuges tragam testemunhas de favor, que atestam a separação por mais de dois anos, quando esse lapso ainda não se completou. Com isso, certamente, os interessados

conseguem suplantar a exigência legal e obter divórcio antecipadamente. Foi, sem dúvida, risco calculado do legislador. Com ou sem prova testemunhal, a audiência de ratificação do pedido deverá ser sempre realizada. Atentemos que nem sempre a separação de fato do casal configura uma ruptura da vida em comum, pois os cônjuges podem residir em locais diversos em razão de trabalho, condições de saúde etc. O caso concreto deve ser examinado.

O prazo de dois anos deveria ser consecutivo, sem interrupções, sem idas e vindas dos cônjuges. Cada interrupção na separação faria com que novo prazo se iniciasse. Quando proposta a ação, era necessário que o prazo atual seja de no mínimo dois anos de separação contínua. Por outro lado, cumpre também avaliar se nesse prazo de dois anos o casal limitara-se a encontros esporádicos que não caracterizam reatamento.

O termo inicial do prazo é computado desde sua efetiva ocorrência com ou sem decisão judicial, que pode ser a de simples separação de corpos. Válidas, portanto, todas as provas para esse fato.

A questão da pensão do cônjuge e a possibilidade de sua renúncia nessa oportunidade são matéria que estudamos anteriormente. São aplicados os mesmos princípios da separação. Se as partes silenciarem sobre a pensão, entendemos que deixaram de exercer esse direito, não sendo óbice para a homologação. A renúncia exige sempre manifestação inequívoca e expressa.

No divórcio litigioso, a defesa que pode ser apresentada diz respeito à falta de decurso do lapso de dois anos de separação de fato. São raros os casos de divórcio litigioso. Geralmente, o interessado a ele recorre quando não localizável o cônjuge requerido ou quando este é incapaz. Por outro lado, a qualquer momento o processo litigioso pode ser convertido em consensual. No divórcio não se declinam as causas da separação, de modo que qualquer dos cônjuges pode requerê-lo, ainda que, em tese, seja o responsável pelo desenlace. Daí por que ser entendido que descabe a reconvenção nessa ação tendo em vista que o único tema a decidir é o aspecto do lapso temporal da separação de fato. Se os cônjuges tiverem interesse em declaração judicial de culpa para fins de obtenção de guarda de filhos, alimentos, uso do nome da mulher, por exemplo, devem recorrer à ação autônoma, pois a matéria não é de ser admitida na ação de divórcio, que possui causa de pedir restrita.

Situações confusas quanto ao prazo podiam ocorrer na prática, como o casal que está separado judicialmente há um ano, mas sua separação de fato suplanta o biênio. A lei não distingue, nem restringe ou qualifica esse prazo de dois anos, de modo que não se obsta o divórcio direto.

Na conversão da separação judicial em divórcio sob a forma litigiosa, um dos tópicos admitidos na contestação era “o descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente na separação” (art. 36, parágrafo único, II), conforme observação que fizemos anteriormente. O legislador não fez qualquer referência a esse aspecto no pedido de divórcio direto no art. 226, § 6º, da Constituição Federal, derrogando aquela exigência no divórcio direto, que se mostra incompatível

com a dicção constitucional, a qual apenas exige o tempo de separação para a concessão do divórcio direto. Portanto, nada impede que o separado judicialmente optasse pelo divórcio direto, driblando a exigência legal e obtendo o desiderato sem comprovar nada mais além do biênio de separação (*RSTJ* 28/358).

9.4.4 Efeitos do Divórcio

O efeito mais importante do decreto de divórcio é pôr termo ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso. Dissolvida a sociedade conjugal pelo divórcio, os cônjuges podem contrair novas núpcias, desaparecendo o impedimento legal.

Proferida a sentença de divórcio, deverá ser levada ao Registro Público competente (art. 32 da Lei do Divórcio), que é onde se acha lavrado o assento de casamento. Os efeitos em geral do divórcio já foram referidos no capítulo. Lembremos que as questões acertadas a respeito de alimentos, guarda e visitas dos filhos menores podem ser revistas a qualquer tempo, em procedimentos próprios.

¹ “Civil e processo civil – **Divórcio Litigioso** – Partilha de imóvel – Benfeitorias Realizadas – Escritura de doação em nome de ambos os cônjuges – Regime da comunhão parcial de bens – Mudança do nome do cônjuge virago – Deferimento – Sentença parcialmente reformada – 1- No regime de comunhão parcial, os bens adquiridos na constância do casamento, em regra, comunicam-se entre os cônjuges, pois se presumem adquiridos pelo esforço comum, salvo as exceções legais previstas pelo Código Civil. 2- A existência de escritura pública de transferência de lote urbano ao Distrito Federal e doação deste, com encargo, aos legítimos ocupantes do imóvel, não deixa margem para qualquer questionamento quanto à obrigação de partilhar o bem, já que foi outorgada em nome de ambos, que eram casadas à época sob o regime da comunhão parcial de bens. 3- A mera inscrição no IDHAB, ainda que anterior ao casamento gerou para a apelante/ré apenas mera expectativa de direito, o qual apenas se consolidou com a efetiva transferência do bem. 4- Sendo o nome direito da personalidade, previsto no art. 16 do Código Civil, deve ser acolhido o pedido formulado pelas partes, de alteração do nome do cônjuge virago, devendo ela voltar a usar seu nome de solteira. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJDFT – Proc. 20140910136359APC – (953291), 12-7-2016, Rel. Carlos Rodrigues).

“Apelação cível – Ação de divórcio litigioso – Revelia cônjuge virago – **Alteração no nome de casada** – Possibilidade – Direito personalíssimo – Recurso conhecido e provido – Sentença reformada – 1- Cuida-se de apelação interposta contra sentença que, em ação de divórcio litigioso, o douto juiz singular julgou parcialmente procedente o pedido para decretar o divórcio do casal e dissolver o vínculo matrimonial entre eles. 2- Deixou, no entanto, o douto juiz, em sua decisão de acolher o pedido autoral de retorno do nome de solteira do cônjuge virago, ao argumento de que a matéria envolve direito personalíssimo. 3- Daí, veio a insurgência, ao fundamento de que com a decretação do divórcio tem o lídimo direito de voltar a usar seu nome de solteira. 4- Vejamos a respeito o parágrafo 2º, do artigo 1571, do Código Civil, *in verbis*: ‘Art. 1.571. A sociedade conjugal termina: IV – pelo divórcio § 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial.’ 5- Na verdade, a condição de revel do cônjuge virago, impediu o juiz *a quo* de determinar que ela voltasse a usar o nome de solteira, mesmo porque, como disse, a matéria envolve direito personalíssimo. 6- Penso, no entanto, que o citado princípio da simplicidade que tem como função otimizar o prazo da entrega da prestação jurisdicional, presta-se ao desatar da questão. 7- Sobre referido princípio, cito, a propósito, o professor Luís Praxedes Vieira da Silva: ‘Na verdade este princípio trata do princípio da economia processual e da instrumentalidade das formas, pois, se o processo é

um meio para atingir um fim, então os meios para alcançar o fim devem ser os mais eficientes e eficazes possíveis e se os atos processuais alcançarem as suas finalidades sem prejudicar a defesa revestem-se da validade. Esse princípio também tem uma importância muito grande como critério para decidir sobre nulidades.’ (*O Princípio da Simplicidade nas Decisões Judiciais*. Luís Praxedes Vieira da Silva, Mestre em Direito pela UFC, Professor do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR). 8- Recurso conhecido e provido. Sentença reformada, para determinar que a apelante passe a usar o nome de solteira, assegurando-se desse modo o direito de exercer a opção concedida pela legislação pertinente” (*TJCE – Ap 0010061-94.2008.8.06.0001*, 6-11-2015, Rel. Emanuel Leite Albuquerque).

“Retificação de registro civil – Ação ajuizada pelo ex-marido em face da ex-mulher objetivando a exclusão do sobrenome de casada. Improcedência do pedido. Inconformismo. Desacolhimento. Ausência de requisitos mínimos. Perda do sobrenome que só é atribuída ao cônjuge declarado culpado e, ainda, apenas mediante expresse requerimento da parte inocente. Inteligência do art. 1.578, *caput*, do Código Civil. Partes que abdicaram de discutir a culpa, visto que se separaram consensualmente. Acordo, homologado por sentença transitada em julgado, que foi expresse sobre a manutenção do sobrenome adquirido com o casamento. Conversão da separação em divórcio que também não abordou a questão da perda do nome de família. Sentença mantida. Recurso desprovido” (*TJSP – Ap 0003591-92.2011.8.26.0160*, 25-6-2014, Rel. J. L. Mônaco da Silva).

“**Apelação cível**. Registro civil. Retificação. Nome. Casada. Princípio da verdade. Segurança jurídica – Possível a alteração do nome de solteira para o de casada, desde que demonstrado que este representa a verdade reconhecida pela sociedade e que o uso do primeiro causa prejuízos à individualidade e personalidade da parte. Recurso não provido” (*TJPR – AC 0920151-6*, 18-2-2013, Rel.^a Des.^a Vilma Régia Ramos de Rezende).

“Apelação cível – Divórcio – **Uso do nome do cônjuge nome de solteira** – Nome de casada – Mera faculdade – Passível de exclusão a qualquer tempo ou grau de jurisdição precedentes – Art. 1578, § 1º, do CC/2002 – Instrumentalidade substancial das formas – Ausência de pedido expresse na inicial – Pedido em sede recursal – Inexistência de preliminar inovação recursal – Ausência de prejuízo para qualquer das partes – Novo direito de família – Felicidade. A teor da interpretação que tem sido dada ao § 1º, do art. 1578, do CC/2002, o cônjuge poderá requerer a qualquer tempo ou grau de jurisdição a exclusão do nome de seu ex-consorte de seu nome. A ausência de pedido expresse por certo impede o magistrado de determinar a referida exclusão de ofício, haja vista tratar-se de um direito personalíssimo da parte manter-se ou não com o nome de casada, por isso correta a sentença no que se refere a técnica, todavia, caso o pedido seja feito expressamente antes do trânsito em julgado do processo, seja em primeiro ou em segundo grau, não há razão para impor ao jurisdicionado que permaneça com o patronímico que não mais deseja. O novo direito de família brasileiro tem buscado proporcionar as partes do processo a boa convivência e a felicidade com a mesma, não fazendo sentido e não sendo razoável ‘compelir’ a apelante que permaneça com o nome de casada quando é um direito seu renunciar ao uso do mesmo, nem mesmo me parece proporcional assim fazer em favor de um ‘formalismo’ processual há muito ultrapassados pelas ondas de acesso a justiça e a ordem jurídica justa, bem como pela efetividade que se espera dos provimentos jurisdicionais. Em casos como o tal há que se primar pelo princípio da instrumentalidade substancial das formas, devendo o processo, assim como o novo direito de família atingir os fins a que se destina, qual seja: proporcionar às partes a felicidade desde que não haja prejuízo para ninguém. Não havendo pedido expresse e comprovação mínima de necessidade, não há que se conceder a assistência judiciária ou suspender a exigibilidade da condenação imposta na sentença. Sentença reformada a fim de garantir a apelante o direito de voltar a usar o nome de solteira, assim como para excluir a suspensão de exigibilidade dos honorários arbitrados. Recurso conhecido e provido” (*TJES – Acórdão 0112217-68.2011.8.08.0012*, 6-7-2012, Rel. Ronaldo Gonçalves de Sousa).

“Civil – Divórcio direto litigioso – **Uso do nome de casada** – Possibilidade. A manutenção do nome de casada é uma faculdade da mulher, não podendo a sentença que decretou o divórcio determinar a retomada do nome de solteira, sob pena de violação ao direito de personalidade preconizado pelo Código Civil de 2002” (*TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0567.06.099124-5/001*, 16-12-2010, Rel. Des. Maurício Barros).

2 “Apelação cível – Jurisdição Voluntária – Registro Civil – Averbação do patronímico da genitora para fazer constar o nome de solteira, adotado em decorrência do divórcio após o nascimento de filho gerado de novo relacionamento. Retificação de certidão de nascimento do filho. Possibilidade. Art. 3º, § único, da Lei nº 8.560/1992. Princípio da simetria e da verdade real. Precedentes do STJ. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. 1- O mérito da controvérsia reside na possível retificação da certidão de nascimento do autor/ menor para fazer constar o nome de solteira da genitora. 2- Se o matrimônio possibilita a averbação para fazer constar a alteração do patronímico materno no termo de nascimento do filho, por força do o art. 3º, § único, da Lei 8.560/1992, o

divórcio, por igual, deve admitir o mesmo procedimento, em respeito ao princípio da simetria e da verdade real, pois não seria coerente e razoável permitir em uma situação e proibir em outra. 3- Na hipótese, se o autor não possui elo biológico com o ex-marido de sua genitora, não parece razoável que, contra sua vontade, continue a portar o sobrenome daquele na sua certidão de nascimento. 4- Tem-se que, como meio de remediar a situação, poderia o autor, portar a certidão de casamento de sua genitora com a respectiva averbação do divórcio, para fins de identificação e prova de sua filiação, no entanto, parece inconveniente tal transtorno. 5-Recurso conhecido e provido. Decisão de primeiro grau reformada, devendo ser retificado o assento de nascimento do menor/requerente” (TJCE – Ap 0043912-57.2014.8.06.0117, 4-8-2016, Rel. Heráclito Vieira de Sousa Neto).

“**Apelação.** Retificação do registro civil pelo acréscimo do patronímico do marido. – Direito à felicidade que integra o princípio da dignidade da pessoa humana. Completude do nome autora pela inclusão do patronímico de seu marido um motivo de felicidade da família. Princípio da definitividade do nome atende à segurança das relações jurídicas e no caso da autora a identidade dela e de sua família ficará muito mais robustecida com o deferimento de sua pretensão. Apelo provido” (TJSP – Ap. 0255353-26.2009.8.26.0002, 14-8-2013, Rel. Helio Faria).

“Direito de família. Divórcio direto. Dissolução da sociedade conjugal. Decretação. Patrimônio comum. Partilha. Regime de bens. Comunhão universal. Alcance. Bens transcritos em nome dos cônjuges e adquiridos antes da formalização da ruptura da vida comum. Nome da virago. **Adoção do patronímico do marido.** Preservação. Identificação profissional e social. Opção. Preservação. Incidente de insanidade. Formulação. Interseção na lide principal. Insubsistência. Nulidade. Inocorrência. 1. A formulação de cautelar nominada de incidente de sanidade pela cônjuge virago na data em que fora prolatada a sentença que resolvera a ação de divórcio intentada pelo varão é impassível de interceder na marcha procedimental ou impregnar qualquer vício à sentença, à medida que, abstraída a ilegitimidade da cônjuge separada de fato para aviar a pretensão cautelar transubstanciada de pedido de interdição, o que é corroborado pelo intento que manifestara, que é de impregnar dúvida sob a higidez dos negócios empreendidos pelo marido, e não tutelar seus interesses e pessoa, é impassível de irradiar qualquer efeito na resolução da ação de estado, pois a interdição, ainda que decretada, não irradia efeitos *ex tunc*. 2. O novo Código Civil, alterando o paradigma anteriormente firmado, estabeleceu que, não se cogitando de culpa como pressuposto para a afirmação da dissolução da vida conjugal através do divórcio, a preservação do nome de casado é opção assegurada ao cônjuge, não consubstanciando efeito anexo lógico da sentença que decreta a separação ou o divórcio nem reclamando opção justificada na forma anteriormente regulada (artigos 1.571, § 2º, e 1.578, § 2º, ambos do CC), resultando que, em tendo a cônjuge virago optado por permanecer usando o patronímico do marido por ter se incorporado à personalidade, identificando-a no meio social e profissional em que convive, a opção deve ser materializada. 3. A celebração do negócio jurídico traduzido no casamento sob o regime da comunhão universal de bens determina que todos os bens antecedentes ao vínculo, os adquiridos na constância do relacionamento e os desembolsos realizados com ou em razão dos bens integrantes do acervo comum sejam, até que venha a ser formalmente dissolvido, agregados ao monte partilhável e divididos igualitariamente entre os cônjuges como corolário da dissolução da vida em comum, devendo ser apreendidos como integrantes do acervo comum os bens que se encontram transcritos em nome dos cônjuges no momento da decretação da dissolução do vínculo. 4. Inviável a resolução no bojo da ação de estado de pretensão atinada com o reconhecimento de sonegação ou dilapidação de patrimônio comum, notadamente quando encerra a inserção no monte de bens transcritos em nome de terceiros, intuito que, à vista da litigiosidade estabelecida sobre o patrimônio partilhável, deverá ser postulado em procedimento próprio e com observância do devido processo legal, deve o monte partilhável, sob essa moldura, ser modulado de conformidade com os títulos de propriedade exibidos. 5. Apelações conhecidas. Desprovida a do autor. Provida parcialmente a da ré. Unânime” (TJDF – Acórdão Apelação Cível 2010.01.1.188660-3, 6-6-2012, Rel. Des. Teófilo Caetano).

“Civil e processual civil – Apelação cível – Ação de separação litigiosa, convertida em divórcio – Partilha de Imóvel e **Uso do nome de solteira do cônjuge varoa** – Pedido de Tutela para a venda do imóvel – Não provido o recurso de apelação e concedida a tutela antecipada – Decisão unânime – Imóvel excluído da partilha por ter sido dado em doação a parte apelante – Incide o disposto no inciso I, do art. 1.659 do Código Civil, praticamente reproduzindo o art. 269 do Código Civil de 1916 – Correta a sentença – Ressarcimento pelas melhorias deve ser feito pelas vias próprias – Uso do nome de casada – Estabelece a legislação pertinente ao caso que cabe a mulher a opção da conservação ou não do nome de casada – Pedido de Tutela Antecipada da apelada para que possa vender o imóvel objeto da peleja jurídica, visando o custeio do seu tratamento médico com os recursos obtidos com a alienação – Comprovada a emergência da situação – Autorizado a venda requerida pela apelada, devendo a mesma reservar 50% (cinquenta por cento) do valor da alienação do imóvel em conta poupança, até o trânsito em julgado da decisão – Não provido o recurso de apelação. Concedida a tutela antecipada. Decisão unânime” (TJPE – Ap. 0202216-0, 1-4-2011, Rel. Des. Sílvio de Arruda Beltrão).

3 “Recurso de apelação cível – Ação de divórcio direto litigioso – Cônjuge Virago – Revelia – **Manutenção do uso do nome de casada** – Direito personalíssimo, porquanto somente a este incumbe o exercício da opção pela manutenção ou não do patronímico do marido – Recurso desprovido – O uso do nome é um direito personalíssimo e indisponível. Assim, cabe ao cônjuge optar pela manutenção do nome de casado, inteligência do art. 1.578, § 2º, do Código Civil. Portanto, não se operam, neste caso, os efeitos da revelia” (TJMT – Ap 69349/2015, 11-4-2016, Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias).

“Família – Ação de conversão de separação judicial em divórcio – Ex-cônjuge – **Manutenção do nome de casada** – Previsão no acordo de separação consensual – Modificação – Impossibilidade – Art. 1571, iv, § 2º, Código Civil – Apelo não provido – Nos termos do § 2º, do art. 1.571 do Código Civil, dissolvido o casamento pelo divórcio por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado, salvo se o contrário decorre da sentença de separação judicial – Na espécie em exame, tendo as partes acordado na separação litigiosa convertida em consensual, que a ré permaneceria com o nome de casada, é direito seu que assim seja e o tema não pode ser rediscutido na ação de conversão de divórcio pelo ex-cônjuge varão” (TJMG – AC 1.0701.12.041114-8/001, 21-8-2014, Rel. Alberto Vilas Boas).

“**Direito de família.** Divórcio litigioso. Citação por edital. Revelia. Curadoria especial. Retorno ao uso do nome de solteira. Ausência de manifestação de vontade. Impossibilidade. 1 – Nos termos do art. 1.571, § 2º do Código Civil, a manutenção ou a mudança do nome de casado depende da vontade de quem o adotou. 2 – Sendo o nome direito da personalidade previsto no artigo 16 do Código Civil, a sentença que decreta o divórcio não pode impor a retomada do nome de solteiro se o cônjuge interessado não exerceu pessoalmente a opção. 3 – Recurso provido” (TJDFT – Proc. 20120210006227 – (692243), 16-7-2013, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira).

“Apelação cível – Ação de conversão separação judicial em divórcio – Preliminares – Nulidade sentença – Ausência de fundamentação – Inocorrência – Cerceamento de defesa – Preliminares rejeitadas – Acordo homologado em sentença anterior – **Manter o uso do nome de casada** – Contrariedade ao acordo – Coisa julgada – Impossibilidade – Sentença mantida – A fundamentação concisa não se confunde com a ausência de fundamentação, não gerando nulidade. No presente caso, nota-se que a sentença foi concisa, pois basta a adequada leitura da sentença para se concluir que não há ofensa ao princípio insculpido na norma constitucional, posto que a decisão recorrida contém o relatório dos fatos importantes do processo, bem como os motivos nos quais o juiz fundamentou seu entendimento. Sendo o Juiz o destinatário da prova, cabe a ele determinar quais serão necessárias à formação do seu convencimento, podendo ordenar a sua realização de ofício ou a requerimento da parte, a qualquer tempo. Observa-se a ocorrência da coisa julgada, eis que o acordo realizado entre as partes em ação anterior foi devidamente homologado em Juízo, não sendo possível reviver ou pleitear que a apelante continue a usar o nome de casada” (TJMG – Acórdão 1.0024.11.036193-8/001, 26-6-2012, Rel. Mauro Soares de Freitas).

“Conversão de separação em divórcio – Apelada, por ocasião da separação judicial, já optara pelo **retorno ao nome de solteira** quando ocorresse o divórcio. Ré não demonstrou nenhum prejuízo com a exclusão do patronímico do ex-cônjuge. Devido processo legal observado. Apelo provido” (TJSP – Ap. 994.09.281941-8, 31-3-2011, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda).

“Divórcio – Conversão de anterior separação consensual, em que prevista a **continuidade do uso do nome de casada pela separanda** – Possibilidade de preservação desse nome mesmo após o divórcio. Art. 1.571, § 2º, do Código Civil. Exclusão, contra a vontade da divorcianda, que somente se justificaria nos casos do art. 1.578 do Código Civil. Sentença mantida. Apelação do autor desprovida” (TJSP – Ap. 990.10.351593-5, 5-7-2011, Rel. Fabio Tabosa).

4 “Apelação – Ação de divórcio – Julgamento *extra petita* – Não configurado – Regime de comunhão parcial de bens – Meação – Presunção de esforço comum até a separação de fato – Perda do direito de uso do sobrenome do outro cônjuge – Requisitos do art. 1.578 do Código Civil – Demonstração – 1- Rejeita-se a ocorrência de julgamento *extra petita*, quando do cotejo da peça vestibular com a r. sentença constata-se que o juiz atendeu-se aos pleitos postulados, conferindo à lide solução devidamente fundamentada, com respaldo em livre convicção, de acordo, portanto, com os ditames dos arts. 128, 131 e 460 do Código de Processo Civil. 2- A ação de divórcio é direito potestativo da parte, não havendo que se perquirir a respeito da culpa. Dessa forma, comprovada a condição de casados, de que não mais coabitavam, a inexistência de bens a partilhar, tem-se por acertado o julgamento antecipado da lide e a consequente decretação do divórcio pelo julgador monocrático, repelindo – Se a alegada violação ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. 3- No regime de comunhão parcial de bens, a colaboração comum entre os conviventes para aquisição de bens móveis e imóveis na constância do casamento é presumida, salvo exceções previstas no art. 1.659 do Código Civil. 4- Ainda que para a decretação de divórcio não se apure a culpa de uma das partes, por força do art. 1.578 do Código Civil, torna-se necessário averiguar os requisitos para a perda do sobrenome de casado contra a vontade do titular, tais como (i) pedido expresso

do cônjuge inocente; (ii) evidente prejuízo à identificação do próprio cônjuge e de sua prole; (iii) dano grave reconhecido na decisão judicial; Fatores demonstrados na lide em análise. 5- Preliminar rejeitada. Apelo não provido. Sentença mantida” (TJDFT – Ap 20140111450574APC – (933567), 22-4-2016, Rel. Des. Flavio Rostirola).

“Apelação cível – Separação judicial – **Culpa – Discussão mitigada** – Partilha de bens – Alimentos em favor da prole e da genitora – 1 – Existe a mitigação do debate referente ao culpado em ações de separação diante da emergente valorização da dignidade da pessoa humana amparada no primeiro artigo da constituição federal. Demais disso, a tendência dos tribunais e da doutrina é afastar a discussão da culpa, pois a insuportabilidade da vida em comum (quebra da relação afetiva) manifestada por ambos os cônjuges possibilita a decretação da separação, nos termos do artigo 1.573 c/c 1.511, do CC/2002, prevalecendo o desejo deles em extinguir a sociedade conjugal, sem atribuição de culpa aos consortes. 2 – O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas e ativas, com exclusão dos bens adquiridos antes do casamento, e os que lhe sobrevierem na sua constância, por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar. 3 – Fixada verba alimentícia em desacordo com as necessidades da alimentada, mormente quando não condizente com a situação econômico-financeira do devedor, impõe-se a minoração do pensionamento na forma prevista no artigo 1.694 do CC. 4 – A sucumbência recíproca deve ser suportada por ambas as partes, na forma do *caput* do art. 21 do CPC. Apelo conhecido e parcialmente provido” (TJGO – Acórdão 200893146706, 7-3-2012, Rel. Des. Stenka I. Neto).

“**Separação judicial litigiosa**. Exame da culpa. 1. Desaparecendo a afetividade, é forçoso reconhecer a falência do casamento, tornando imperiosa a dissolução da sociedade conjugal, pois ninguém pode ser obrigado a permanecer casado. 2. É difícil, senão impossível, aferir a culpa pelo desfazimento da união conjugal, pois, quando fenece o amor, torna-se dramático analisar o espólio da relação havida. 3. Em regra, cuida-se apenas da causa imediata da ruptura, desconsiderando-se que o rompimento é resultado de uma sucessão de acontecimentos e desencontros próprios do convívio diuturno, em meio também às próprias dificuldades pessoais de cada um. 4. Descabe cogitar do exame da culpa se dele não se extrai consequência jurídica imediata. Recurso desprovido” (TJRS – Acórdão Apelação Cível 70028314870, 22-7-2010, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves).

5 “Previdenciário – Pensão por morte – **Renúncia de alimentos pelo cônjuge** – Situação de necessidade de alimentos até a data do óbito do instituidor não comprovada – Improcedência do pedido mantida – 1- A pensão por morte é benefício previdenciário devido ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, não sendo exigível o cumprimento de carência, nos termos dos arts. 74 e 26 da Lei nº 8.213/91. 2- Mesmo nos casos em que o ex-cônjuge renunciou aos alimentos na separação ou divórcio, há possibilidade de demonstração da necessidade dos alimentos na data do óbito. Aplicação da Súmula STJ 336. Art. 1.704 do CC/2002 c/c art. 76, § 2º, da Lei 8231/91. No entanto, as provas dos autos apontam em sentido contrário, já que as testemunhas afirmaram que a autora exerce trabalho remunerado. Não há provas de situação de necessidade de alimentos até a data do óbito do instituidor, inclusive com relação à possível situação de abuso doméstico imposto à autora. 3- Apelação a que se nega provimento. Improcedência do pedido mantida” (TRF-1ª R. – Proc. 00266955720094013800 – Rel. Juiz Marcos Vinicius Lipiński – J. 22-2-2016).

“Agravamento regimental – Ex-companheira que busca impor ao agravado o custeio de plano de saúde particular por meio de desconto em folha de pagamento. Partes que mantiveram união estável até 2008. Acordo judicial contendo a partilha de bens, renúncia aos alimentos e o consentimento do agravado em manter a agravante como sua dependente no plano empresarial do qual é beneficiário enquanto perdurasse o vínculo empregatício. Pretensão perseguida que não possuiu caráter de alimentos, os quais foram expressamente renunciados por ambos os conviventes. Renúncia aos alimentos da qual resulta a manutenção da agravante no plano de saúde como ato de liberalidade. Não incidência do artigo 734 do CPC, e do art. 16 da Lei nº 5.478/68, o que afasta a possibilidade de desconto em folha de pagamento do teórico crédito. Nomeação de dependentes para o plano de saúde coletivo que não se dá ao livre arbítrio do beneficiário titular. O pretendo dependente deve se inserir em uma das hipóteses enumeradas pelo art. 5º da Resolução ANS nº 195/2009. Norma regulamentar que não contempla a manutenção de ex-companheira no plano empresarial. A manutenção de ex-companheira em plano de saúde empresarial é juridicamente impossível (art. 166, II, do Código Civil), o que retira a eficácia jurídica da assunção de tal obrigação. Pretensão articulada que, outrossim, é colidente “com a intenção (art. 112 do Código Civil) consubstanciada no acordo judicialmente homologado. Recurso desprovido” (TJSP – AgRg 2146675-73.2015.8.26.0000, São José do Rio Pardo, 7ª CD. Priv. – Rel. Rômulo Russo, DJe 10-11-2015).

“Acordo de separação judicial – **Renúncia a alimentos** – Carência da ação decretada – Parte que renunciou ao direito de receber alimentos – Acordo extenso, com diversas questões acertadas, sendo que cada qual foi acompanhado por advogado próprio. Impossibilidade de se rever a questão. Homologação judicial que leva à coisa julgada material. Conjunto probatório desfavorável à pretensão da autora. Apelo desprovido” (TJSP – Ap 0000468-42.2008.8.26.0629, 3-7-2014, Relª Silvia Stermán).

“Agravamento regimental – Insurgência contra a decisão monocrática que deu provimento ao agravo de instrumento e julgou extinta a execução. **Renúncia aos alimentos por escritura pública.** Ausência de homologação judicial, por si só, não invalida o documento. Alimentanda reconhece ter firmado a declaração e não invoca vício de vontade. Obrigação inexigível. Agravo regimental não provido” (TJSP – AgRg 0155011-42.2011.8.26.0000, 17-6-2013, Rel. Erickson Gavazza Marques).

“Apelação cível – Família e processual cível – Ação de alimentos – Sentença terminativa – Carência de ação – I – **Renúncia de alimentos em separação judicial** e, aparentemente, em conversão em divórcio – Rompimento do vínculo conjugal *sub judice* – Alegada falsidade de assinatura – Temática prejudicial – Possibilidade de persistência do liame subjetivo – Irrenunciabilidade dos alimentos – Exegese do art. 1.707 do CC – Carência de ação afastada – II – Coisa julgada – Inocorrência – Ação de alimentos anterior – Desconhecimento da existência do divórcio – Causa de pedir distinta – III – Sentença desconstituída – Recurso provido – I – *Sub judice* ‘ação de anulação’ da homologação de conversão da separação em divórcio, sob o argumento de falsidade do consenso exteriorizado, temática prejudicial à análise da validade da renúncia aos alimentos, à luz do art. 1.707 do Código Civil, impossível reconhecer a carência de ação, ainda que assentada a renúncia ocorrida na separação. II – Não há falar em coisa julgada, decorrente de ‘ação de alimentos’ anterior, quando a nova ação é proposta conjuntamente com ‘ação anulatória’ do divórcio, invocando desconhecimento e falsidade do divórcio homologado, fatos desconhecidos à época da propositura da primeira demanda, no que não há identidade de causa de pedir” (TJSC – Acórdão 2009.023248-4, 11-5-2012, Rel. Des. Henry Petry Junior).

“Civil e processual cível – **Ação de alimentos – Renúncia a percepção quando da separação judicial** – Restabelecimento da obrigação de prestar alimentos – Impossibilidade – 1. Considerando que na época da separação judicial houve renúncia expressa de um dos cônjuges à percepção dos alimentos, não há como restabelecer a obrigação alimentar, mesmo advindo fato superveniente, porquanto rompido o vínculo obrigacional. 2. Recurso conhecido e não provido” (TJDFT – Proc. 20060910156906 – (485266), 4-3-2011, Rel.^a Des.^a Nídia Corrêa Lima).

“Direito civil – Apelação – **Ação de alimentos** – Ex-companheira – Alimentos temporários – Renúncia quando da separação – Acordo homologado judicialmente – Irrenunciabilidade somente quanto aos alimentos oriundos do parentesco. Assistência judiciária gratuita. Existência de patrimônio. Revogação indevida do benefício. Provimento parcial. I – O simples fato de a parte possuir bem de expressivo valor econômico não se afigura suficiente ao indeferimento do benefício, vez que a assistência judiciária gratuita não se relaciona unicamente ao patrimônio, mas sim ao prejuízo do sustento próprio e da família caso o beneficiário seja obrigado a arcar com as despesas do processo; II – Os alimentos requeridos por ex-companheira encontram fundamento no inciso III do art. 1.566 do Código Civil, que estatui o dever de mútua assistência entre os consortes, garantindo ao cônjuge necessitado direito à obtenção de auxílio econômico do outro, mediante prestação alimentícia em sentido amplo, de *alimenta naturalia* a *alimenta civilia*; III – Não obstante o art. 1.707 do Código Civil, prescrevendo o princípio da irrenunciabilidade, disponha que pode o credor não exercer, mas lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, aceita-se com reserva, mas com reverência, a Súmula nº 379 do STF, para prevalecer o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual prevê a inaplicabilidade do referido dispositivo legal ao caso de separação, divórcio ou dissolução de união estável – Mas tão somente à hipótese de alimentos que os parentes podem exigir uns dos outros –, por não se qualificar como parente o cônjuge/companheiro. Afinal, a obrigação alimentar que entre eles se impõe decorrer do dever de mútua assistência, prevista no art. 1.566, III, do CC, que finda/cessa com a separação/dissolução da união estável, e não do parentesco; IV – Consoante entendimento pacificado desta corte, após a homologação do divórcio, não pode o ex-cônjuge pleitear alimentos se deles desistiu expressamente por ocasião do acordo de separação consensual. Precedentes da 2ª seção do STJ; V – Apelação provida parcialmente” (TJMA – Acórdão 013566/2011 – (105590/2011), 5-9-2011, Rel. Des. Cleones Carvalho Cunha).

6 “Recurso especial – Direito Civil – Família – **Ação de exoneração de alimentos** – Pensionamento entre ex-cônjuges – Excepcionalidade – Caráter Temporário – Capacidade laborativa e inserção no mercado de trabalho da ex-consorte – Exoneração – Possibilidade – Provimento do apelo extremo – Hipótese: Trata-se de ação de exoneração de alimentos julgada parcialmente procedente pelas instâncias ordinárias para exonerar o autor de prestar alimentos aos filhos, mantendo o dever em relação à ex-esposa. 1- Esta Corte firmou a orientação no sentido de que a pensão entre ex-cônjuges não está limitada somente à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, como a capacidade do alimentando para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de exoneração. Precedentes. 2-A pensão entre ex-cônjuges deve ser fixada, em regra, com termo certo, assegurando ao beneficiário tempo hábil para que seja inserido no mercado de trabalho, possibilitando-lhe a manutenção pelos próprios meios. A perpetuidade do pensionamento só se justifica em excepcionais situações, como a incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de

inserção no mercado de trabalho, que evidentemente não é o caso dos autos. Precedentes. 3- A ausência de alteração nas condições financeiras dos envolvidos, por si só, não afasta a possibilidade de desoneração dos alimentos prestados à ex-cônjuge. Precedentes. 4- No caso em apreço, não se evidencia hipótese a justificar a perenidade da prestação alimentícia e excetuar a regra da temporalidade do pensionamento devido aos ex-cônjuges, merecendo procedência o recurso, em razão do lapso de tempo decorrido desde o início da prestação alimentar até o pedido de exoneração. 5- Recurso especial conhecido e provido” (STJ – REsp 1.370.778 – (2013/0053120-0), 4-4-2016, Rel. Min. Marco Buzzi).

“Alimentos – Incapacidade civil – Doença mental – Maioridade – Curso superior – Exoneração não automática – ‘Recurso especial. Direito civil. Família. Alimentos. Incapacidade civil. Doença mental. Maioridade. Curso superior. Exoneração não automática. Súmula nº 358/STJ. Obrigação alimentar. Parentesco. Solidariedade. Arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil. Súmula nº 358/STJ. Atividade laboral impossibilitada. Doença mental. Distúrbios psíquicos. Gravidade. Dever de solidariedade. 1. Cinge-se a controvérsia a definir se é possível a interrupção de obrigação alimentar a filho maior de idade portador de doença mental grave. 2. O alimentando tem desvios de conduta que destoam dos padrões normais, revelando a necessidade de constante acompanhamento da família e de profissionais da saúde para mantê-lo controlado e fora da zona limítrofe de insanidade. 3. Ausência do requisito da plena capacidade civil apto a romper o dever alimentar do recorrido em prol de seu filho incapaz, haja vista a declaração de interdição. 4. O direito discutido envolve o dever de solidariedade alimentar decorrente do parentesco (arts. 1.694 e 1.695 do Código Civil). 5. Não é automática a exoneração da obrigação de prestar alimentos em decorrência do advento da maioridade do alimentando impossibilitado de prover a própria subsistência em virtude de moléstia grave (Súmula nº 358/STJ). 6. Recurso especial provido” (STJ – REsp 1.431.888, (2014/0016609-5), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 29-5-2015, p. 608).

“Apelação – Exoneração de Alimentos – Alimentanda que atingiu a maioridade legal – Demonstração de que a requerida está frequentando curso de ensino superior. Autor que não demonstrou redução de sua capacidade financeira. Incabível a exoneração. Negado provimento ao recurso” (v. 16648) (TJSP – Ap 0043749-68.2012.8.26.0577, 22-9-2014, Relª Viviani Nicolau).

“**Exoneração de alimentos.** Redução da pensão alimentícia. Impossibilidade. Constituição de nova família. Modificação da situação financeira. Falta de prova das alegações. Agravo interno – Decisão monocrática em apelação que negou seguimento ao recurso interposto. Direito de família. Alimentos. Ação de exoneração. Pretensão exoneratória ao fundamento de que sua ex-cônjuge recebia pensão mesmo tendo conseguido emprego fixo e constituído nova relação bem como dificuldades financeiras. Sentença de improcedência inconformismo. Superveniência fática insubsistente para a configuração de alteração do binômio necessidade-possibilidade. Em regra e sem provas em contrário, a constituição de nova família não é fator automático de exoneração do dever alimentício. Nova relação de emprego constituída pela parte autora e auxílio aos seus filhos bem como a constituição de novo namoro que também não podem constituir fatores para redução da pensão, ressaltando-se que os filhos são do casal, e não apenas de sua mãe. Casamento que durou 26 (vinte e seis) anos, a justificar o pensionamento de 10% (dez por cento) dos ganhos líquidos. Exclusão de plano de saúde que não se afigura razoável. Manutenção do nome de casada que também se impõe. Inteligência do art. 1.578 § 2º do cc. Decisão mantida. Improvimento do recurso” (TJRJ – Acórdão 0223973-46.2010.8.19.0001, 16-8-2012, Rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo).

“**Ação revisional de alimentos. Exoneração.** Modificação da situação financeira. Inexistência de prova binômio necessidade – possibilidade majoração da pensão alimentícia. Impossibilidade – I – Ação revisional de alimentos. Sentença de improcedência – II – Inexistência de prova de alteração da capacidade do alimentante. A exoneração dos alimentos devido a um dos filhos não autoriza a majoração da pensão paga a ex-mulher – III – Inexistindo qualquer alteração capaz de romper o equilíbrio do binômio ‘possibilidade x necessidade’, não há motivo para se majorar a pensão alimentícia anteriormente acordada – IV – Sentença que se mantém. Recurso desprovido” (TJRJ – Acórdão 0018030-03.2008.8.19.0001, 16-8-2012, Rel. Des. Paulo Mauricio Pereira).

“Civil e processual civil. **Alimentos. Exoneração.** Prestação de alimentos *in natura*. Destinatário. 1. A desoneração de alimentos prestados a ex-cônjuge, por força da constituição de novo relacionamento familiar da alimentada, abrange tanto os alimentos pagos em dinheiro como aqueles prestados diretamente, por meio de utilidades ou gêneros alimentícios. 2. O proveito direto é o elemento a ser considerado para se definir o destinatário dos alimentos que não são pagos em dinheiro. 3. Os débitos relativos ao IPTU, luz, água e telefone, embora não possam se considerados, todos, como obrigações *propter rem*, são de alguma forma ligados ao imóvel e, à exceção do IPTU, caracterizam obrigação pessoal, usualmente do proprietário do imóvel, se este residir no local. 4. Sob essa orientação, o pagamento de IPTU, água, luz e telefone, invariavelmente, encontrará o proprietário do imóvel como destinatário ou porque está mantendo desonerado o seu patrimônio – no caso da obrigação *propter rem* – ou, ainda, porque está, tão somente,

adimplindo obrigações pessoais que assumiu e das quais usufrui, à medida que lhe convém. 5. Os benefícios reflexos que os filhos têm pelo pagamento dos referidos débitos são, *in casu*, absorvidos pela obrigação materna em relação à sua prole, que continua a existir, embora haja o pagamento de alimentos pelo pai, porquanto cediço que a obrigação de criar os filhos é conjunta. 6. Recurso provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.087.164 – SP, 2-8-2011, Rel. Min. Nancy Andrighi).

7 “**Pensão alimentícia para ex-cônjuge**. Sentença de improcedência. Apelação. Requerente que constituiu nova união estável. Art. 1.704 do Código Civil. Pensão alimentícia indevida. Alegação de que o cônjuge está na posse dos bens do casal desde o divórcio, uma vez que a partilha ainda está *sub judice*. Impossibilidade de fixar alimentos. Aluguéis que não possuem a mesma natureza de obrigação alimentícia. Recurso conhecido e desprovido. Com a superveniência de união estável do credor, cessa o dever do ex-cônjuge de prestar alimentos, em conformidade com o que dispõe o art. 1.708 do Código Civil. Ademais, se a apelante deseja receber o pagamento de metade do aluguel do imóvel comum que ficou na posse do apelado desde a separação de fato, deve propor a ação cabível, pois a obrigação alimentar não serve para tal desiderato, na medida em que possui diversas características e prerrogativas que a distingue das demais dívidas civis” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2011.035693-2, 27-6-2012, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari).

“Processo civil e direito civil. **Família. Alimentos**. Ação de separação judicial litigiosa. Imputação de culpa. Violação dos deveres do casamento. Presunção de perdão tácito. Alimentos transitórios. Atualização monetária. 1. A presunção de perdão tácito declarada pelo TJ/MG constitui circunstância fática imutável na via especial, a teor da Súmula 7/ STJ. 2. A boa-fé objetiva deve guiar as relações familiares, como um manancial criador de deveres jurídicos de cunho preponderantemente ético e coerente. 3. De acordo com os arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, a obrigação de prestar alimentos está condicionada à permanência dos seguintes pressupostos: (i) o vínculo de parentesco, ou conjugal ou convivencial; (ii) a necessidade e a incapacidade do alimentando de sustentar a si próprio; (iii) a possibilidade do alimentante de fornecer alimentos. 4. O fosso fático entre a lei e o contexto social impõe ao Juiz detida análise de todas as circunstâncias e peculiaridades passíveis de visualização ou de inteligência no processo, para a imprescindível aferição da capacidade ou não de auto sustento daquele que pleiteia alimentos, notadamente em se tratando de obrigação alimentar entre ex-cônjuges ou ex-compaheiros. Disso decorre a existência ou não da presunção da necessidade de alimentos. 5. A realidade social vivenciada pelo casal ao longo da união deve ser fator determinante para a fixação dos alimentos. Mesmo que se mitigue a regra inserta no art. 1.694 do CC/02, de que os alimentos devidos, na hipótese, são aqueles compatíveis com a condição social do alimentando, não se pode albergar o descompasso entre o *status* usufruído na constância do casamento ou da união estável e aquele que será propiciado pela atividade laborativa possível. 6. 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. 7. Nos termos do art. 1.710 do CC/02, a atualização monetária deve constar expressamente da decisão concessiva de alimentos, os quais podem ser fixados em número de salários mínimos. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.025.769 – MG, 24-8-2010, Rel. Min. Nancy Andrighi).

8 “Agravos de instrumento – Ação de regulamentação de visitas – **Guarda Compartilhada** – Decisão Mantida – Recurso Desprovido – 1- O princípio da proteção integral da criança e do adolescente também guarda estreita relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança e o adolescente, que dê maior concretude aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. 2- Para assegurar um desenvolvimento psicológico e emocional equilibrado, deve ser garantida a visitação como meio de coibir ou atenuar essa ausência sentida pela criança. 3- Recurso conhecido e desprovido” (TJES – AI 0025842-14.2015.8.08.0048, 12-4-2016, Rel. Des. Arthur José Neiva de Almeida).

“Regulamentação de visitas. Guarda compartilhada com a genitora. Exercício conjunto do poder familiar. Deferimento ao genitor. Possibilidade. Princípio do melhor interesse da criança. Apelação cível – Ação de guarda e regulamentação de visitas proposta pela genitora – Sentença de parcial procedência do pedido – Estabelecimento da guarda unilateral e do regime de visitação concedido ao genitor – Recurso interposto pelo pai pugnando pelo deferimento da guarda compartilhada – Possibilidade – Aplicação do instituto que pode se dar mesmo nas hipóteses de existência de dissenso entre os progenitores – Manutenção da guarda física com a genitora e a corresponsabilidade de direitos e deveres entre os pais – Exercício conjunto do poder familiar – observância do princípio do melhor interesse do menor – Direito fundamental – Inteligência do artigo 227 da Constituição Federal – Aplicação dos artigos 1.583, § 1º, segunda parte, e 1.584, I, do Código Civil – Precedente do C. STJ – Pelos princípios que norteiam o instituto da

‘guarda compartilhada’ deve-se entender a corresponsabilidade dos pais na criação da prole, ou seja, o exercício conjunto do poder familiar, de modo que cada genitor possa desempenhar seu papel de gerir a vida dos filhos com uma efetiva participação, transmitindo-lhes seus valores e cultura, objetivando-se, com isso, manter íntegro o relacionamento estabelecido entre eles, com a preservação da intimidade natural dessa relação afetiva. Já a fixação da residência da menor em lares diversos de modo alternado poderia provocar verdadeira desestruturação de sua vida, com reflexos prejudiciais no referencial de lar da criança, interferindo, por consequência, no equilíbrio necessário para seu sadio desenvolvimento. Especificamente neste caso, tem-se que a pretensão do Apelante não é a de que seja imposto à menor a obrigação de residir em dois lares, mas sim, e exatamente, o exercício conjunto do poder familiar. E, nesse ponto, observa-se que, de toda a instrução do feito, a representante legal da menor não teceu nenhuma consideração que desabonasse a conduta do genitor, apelante, no que tange tanto ao exercício de suas funções parentais, como de sua própria pessoa. Regime de visitação fixado na sentença de forma até mais ampla do que a referida pelo Apelante como correta (indicadas no Estudo Social e no parecer do Ministério Público), e que fica, por isso, mantido. Reforma da sentença. Recurso conhecido ao qual se concede provimento” (TJRJ – Acórdão 0020359-48.2009.8.19.0002, 16-8-2012, Rel^a Des^a Maria Regina Nova Alves).

9 “Apelação cível – Família – Divórcio litigioso – Cerceamento de defesa não configurado – Comprovação da impossibilidade de se manter a vida conjugal – Decretação do divórcio – Ausência de consenso quanto a partilha de bens – Concessão do divórcio sem a prévia partilha dos bens – Possibilidade – Inteligência do art. 1.581 do CC e Súmula 197 do STJ – Apelação conhecida e improvida – Sentença mantida – 1 – Mostra-se inexistente o alegado cerceamento de defesa, tendo em vista que o magistrado é o destinatário final da prova e está livre para dispensar as provas que entende desnecessárias para o deslinde da causa e, consequentemente, para formar seu convencimento, sendo seu dever indeferir a produção de provas desnecessárias ou protelatórias. *In casu*, restou evidenciado nos autos a impossibilidade de manutenção da vida conjugal do casal, não existindo outra alternativa a não ser a decretação do divórcio deixando-se a partilha dos bens para ser discutida em procedimento apropriado. 2 – O Novo Código Civil, em seu art. 1.581, dispensa a prévia partilha dos bens para a concessão do divórcio, isso com o intuito de que a partilha não venha a criar óbice à dissolução da sociedade conjugal. Assim, não havendo consenso entre os cônjuges acerca da divisão dos bens, a partilha poderá se dar em ação própria posteriormente à decretação do divórcio. 3 – O posicionamento do STJ é no sentido de que ‘o divórcio direto independe da partilha prévia dos bens’, conforme entendimento consolidado através da edição da Súmula nº 197, daquela corte. 4 – No caso em tela, é incontroverso que as partes não chegaram a um consenso para a partilha dos bens, não devendo tal fato representar óbice para a decretação do divórcio do casal tendo em vista, conforme comprovado nos autos, resta impossível a manutenção da vida conjugal entre ambos, que há muito já vinha falida. 5 – No que se refere a alegação de que a promovente ainda tinha esperança de reconciliação com o réu, também não merece prosperar tendo em vista que além de o réu não ter concordado com o aludido pleito ainda fora possível averiguar, através da análise dos autos e sobretudo da apelação, que a promovente, em verdade, busca a sua satisfação patrimonial ao alegar por diversas vezes no processo que queria a casa em que o casal vivia a qualquer custo. 6 – Portanto, demonstrada a impossibilidade de permanência da vida conjugal entre os cônjuges e ausente acordo quanto a partilha dos bens, não há outra alternativa a não ser decretar o divórcio do casal nos termos do disposto no art. 1.581 do CC e Súmula 197 do STJ. 7 – Apelação Conhecida e Improvida. Sentença Mantida” (TJCE – Acórdão 0114039-53.2009.8.06.0001, 1º-11-2012, Rel. Francisco Jose Martins Camara).

“Ação de conversão de separação judicial em divórcio – Partilha de bens – Análise em momento posterior – Possibilidade – A conversão da separação judicial em divórcio pode ser decretada independente do cumprimento das obrigações assumidas na separação, conforme decorre da previsão do art. 226, § 6º da Constituição Federal – A união não deve persistir como mera forma de obter de uma das partes o adimplemento de uma obrigação, podendo o cônjuge interessado se valer dos meios jurídicos adequados para obter o cumprimento forçado dos deveres assumidos no termo de separação – O artigo 1.581, do Código Civil de 2002 prevê a possibilidade de decretação do divórcio sem que tenha sido feita a partilha dos bens – Entendimento consolidado pelo STJ na Súmula nº 197 – Recurso não provido” (TJMG – Acórdão 1.0145.10.012838-1/001, 18-8-2011, Rel^a Heloisa Combat).

10 “**Indenização por danos morais** – Autor que após divórcio consensual, pleiteia reparação por traição e conduta homossexual de sua ex-esposa. Vínculo matrimonial cessado. Impossibilidade jurídica do pedido. Entendimento deste Tribunal de que adultério não gera indenização. Envolvimento homossexual que não gera dano, princípio da isonomia. Autor que busca auferir fortuna e enriquecimento. Valor pleiteado foge ao objetivo do instituto do dano moral. Sentença mantida. Recurso improvido” (TJSP – Ap. Cível 994.05.055334-3, 18-11-2012, Rel. Neves Amorim).

“**Separação judicial** contenciosa ruptura da vida em comum uso do nome do marido partilha de bens direito de família – Separação

judicial litigiosa que não teve como causa de pedir violação de dever conjugal ou conduta desonrosa. Insuportabilidade da vida em comum com a ruptura dos laços afetivos inviabilizando a convivência conjugal. Típica hipótese de separação-falência. Prestígio do nome, enquanto atributo da personalidade, oportunizando a escolha do cônjuge quanto a permanecer ou não com o nome de família do consorte. Controvérsia acerca da existência de bens a partilhar que deve ser discutida quando do divórcio, ou em inventário. Recurso ao qual se nega provimento” (*TJRJ* – Acórdão 0005081-37.2010.8.19.0207, 26-5-2011, Rel. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes).

11 “**Família. Guarda e responsabilidade.** Interesse do menor. Prevalência da guarda materna. Direito de visita do pai. 1. O direito de guarda é conferido segundo o melhor interesse da criança e do adolescente. O norte imposto pela legislação, doutrina e jurisprudência recai na prevalência da proteção do menor sobre as demais aspirações dos pais. 2. O direito de visita encontra-se previsto no artigo 1.589 do Código Civil, segundo o qual, ‘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’. 3. Em nome do interesse maior da criança, o direito de visita reconhecido e estabelecido pelo magistrado não faz coisa julgada material, de modo que pode vir a ser restringido ou suspenso, quando evidenciadas situações excepcionais, como, por exemplo, aquelas autorizadas de suspensão e destituição do poder familiar. 4. Negou-se provimento ao apelo de J.I.S. e deu-se provimento ao recurso do Ministério Público, a fim de homologar o acordo provisório de visita o genitor às menores, firmado pelas partes” (*TJDF* – Acórdão Apelação Cível 2008.09.1.007108-0, 2-6-2011, Rel. Des. Flavio Rostirola).

12 O STJ observou a questão na Súmula 197: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja partilha dos bens”.

PARENTESCO

10.1 CONCEITO E COMPREENSÃO

O Código trata das disposições gerais acerca do parentesco nos arts. 1.591 a 1.595, para, nos dispositivos seguintes, disciplinar filiação, reconhecimento dos filhos, adoção, poder familiar e demais institutos de direito de família.

A compreensão do parentesco é base para inúmeras relações de Direito de Família, com repercussões intensas em todos os ramos da ciência jurídica.

As fontes das relações de família são o casamento, o parentesco, a afinidade e a adoção. Não se pode esquecer atualmente da socioafetividade, como outra fonte do parentesco, como já faz o Projeto nº 2.285/2007 (Estatuto das Famílias), bem como da união estável. O casamento e suas consequências e vicissitudes já estudamos nos capítulos anteriores. *O parentesco é o vínculo que une duas ou mais pessoas, em decorrência de uma delas descender da outra ou de ambas procederem de um genitor comum.* Essa definição não leva em conta ainda o parentesco socioafetivo que exige maior meditação.

Essa noção de consanguinidade não era importante no Direito Romano mais antigo, pois o conceito de família não era fundado no parentesco consanguíneo tal como hoje conhecemos, mas no liame civil e principalmente religioso. Não era considerado da mesma família o membro que não cultuasse os mesmos deuses. O laço de sangue não bastava para estabelecer o parentesco; era indispensável haver o laço de culto. A família romana, em sentido geral, incluía todas as pessoas que estavam sob o pátrio poder da mesma pessoa. A família tinha um sentido político, econômico e religioso. A denominada *agnação* romana da época mais primitiva era reconhecida pelo culto e não pelo nascimento. O vínculo da agnação não era necessariamente derivado da consanguinidade (Coulanges, 1958, v. 1:82). O parentesco derivado da relação de nascimento, a *cognação*, passa a ter importância quando a religião enfraquece, passando a família a desempenhar função mais restrita derivada do casamento e da mútua assistência. Na compilação de Justiniano, já surge a família com o contorno moderno de vínculo consanguíneo.

O Direito Canônico denomina o parentesco moderno de consanguinidade. O parentesco no sistema jurídico parte da concepção da família, “*matrimonializada, hierarquizada e patriarcal*” (Fachin, 1999:196). Com a amplitude de direitos atribuídos à união livre, o próprio conceito de parentesco, dadas suas implicações, deve ser ampliado e repensado.

O parentesco pode ocorrer em *linha reta*, quando as pessoas estão umas para com as outras na

relação de ascendentes e descendentes (art. 1.591), ou em *linha colateral* ou transversal, quando as pessoas provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra (art. 1.592).¹ A linha é a série de pessoas que se relacionam pelo vínculo. Dentro dessas linhas, há graus de parentesco que se definem pela proximidade do ancestral comum. Grau é a distância que vai de uma geração a outra. Geração é a relação que existe entre gerador e gerado. Pode haver parentesco misto ou complexo quando o vínculo decorre de duas ou mais relações simultâneas: dois irmãos que se casam com duas irmãs, por exemplo.

A *afinidade* distingue-se do conceito de parentesco em sentido estrito. É o vínculo criado pelo casamento, que une cada um dos cônjuges aos parentes do outro: “Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade”.² O atual Código acrescenta à dicção do art. 1.595 a referência ao companheirismo ou união estável, que também deve criar o vínculo de afinidade. Observa ainda o § 2º do artigo do vigente diploma que na linha reta, “a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável”.

A adoção é o vínculo legal que se cria à semelhança da filiação consanguínea, mas independentemente dos laços de sangue. Trata-se, portanto, de uma filiação artificial, que cria um liame jurídico entre duas pessoas, adotante e adotado. O vínculo da adoção denomina-se *parentesco civil*. No sistema atual, o adotado tem os mesmos direitos do filho consanguíneo.

O art. 1.593 do presente Código distingue o parentesco natural do parentesco civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem. A *outra origem* citada diz respeito ao vínculo da adoção e às uniões estáveis. Não pode deixar de ser considerado, em todos os campos jurídicos, o parentesco derivado das uniões estáveis, embora nem sempre seja simples evidenciá-lo nas situações que surgirem no caso concreto. Melhor será que o legislador traga uma orientação a esse respeito. Tratando-se de uma relação de fato, a união estável sem casamento torna muitas situações de parentesco dúbias e confusas, pois, na maioria das vezes, sua evidência somente decorrerá da própria declaração das partes envolvidas.

Nesse campo, quanto à *outra origem* do parentesco, deve ser levada em conta também a denominada filiação socioafetiva. Embora não tenha sido mencionada expressamente no Código, trata-se de fenômeno importante no campo da família e que vem cada vez mais ganhando espaço na sociedade e nos tribunais. Da mesma forma, é sob esse aspecto que se examina o fenômeno da fertilização assistida, as chamadas inseminações homólogas e heterólogas, que serão examinadas nesta obra, quando do estudo da filiação. Há, portanto, sob esse prisma, uma desbiologização do parentesco (Nader, 2006:322).

Ademais, nessa expressão “*outra origem*” também pode ser identificada a posse de estado de filho, estudada a seguir e que de certa forma complementa a noção de paternidade socioafetiva. Toda essa elasticidade de interpretação é doutrinária e jurisprudencial. Melhor seria que o legislador tivesse acolhido expressamente esses novos aspectos.

Marido e mulher não são parentes. A relação entre os esposos é de vínculo conjugal que nasce com o casamento e dissolve-se pela morte de um dos cônjuges, pelo divórcio ou pela anulação do matrimônio, como examinado no Capítulo 9.

10.2 MODALIDADES DE PARENTESCO

No atual estágio da lei brasileira, após galgarem-se degraus legislativos paulatinos que outorgaram direitos aos filhos havidos fora do matrimônio e aos adotados, a Constituição de 1988 culminou por eliminar qualquer diferenciação de origem, estatuinto, no art. 227, § 6º:

“Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas designações discriminatórias relativas à filiação”.

Desse modo, ainda que persista importância na conceituação técnica de filiação legítima e ilegítima, adulterina e incestuosa, tudo que for examinado a respeito dos filhos e seus respectivos direitos, a partir da vigente Carta, deve ter sempre em mira o princípio igualitário constitucional. Nesse diapasão, a Lei nº 8.560/92, que regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, revogou expressamente o art. 332, que definia o parentesco legítimo e ilegítimo, natural ou civil. No mesmo diapasão coloca-se o corrente Código Civil.

De qualquer modo, a conceituação deve persistir como técnica jurídica. Parentesco legítimo é o que deriva do casamento. O casamento, aliás, tinha o condão de legitimar os filhos nascidos ou concebidos anteriormente a ele no sistema de 1916 (art. 229). Parentesco ilegítimo é o proveniente de união sem casamento; nesse caso, leva-se em consideração a relação entre pais e filhos havidos fora do casamento. Esse conceito é, como falamos, eminentemente didático, pois não tem mais sentido ético, técnico ou moral perante a união estável. É para o parentesco legítimo que são destinadas as regras sobre o poder familiar, tutela e impedimentos matrimoniais, os quais se aplicam também, em princípio, à união estável. Como apontamos, com a proteção e reconhecimento legal da união livre, o parentesco ilegítimo deve-se submeter aos mesmos princípios e restrições do parentesco legítimo, sob pena de converter-se a união estável em instituição proeminente ao casamento. Desse modo, por exemplo, ainda que sem texto expresso, os impedimentos matrimoniais devem atingir também o parentesco ilegítimo e, na esfera processual, os parentes ilegítimos também devem sofrer restrições para servir como testemunha (art. 447, § 2º, I do CPC).

Façamos um elenco com finalidade didática. Na *filiação ilegítima*, distinguem-se os filhos naturais e os filhos espúrios. *Filiação natural* é a proveniente de pessoas não casadas que não tinham qualquer impedimento para contrair matrimônio. *Filiação espúria* é a proveniente de união de pessoas que estavam absolutamente impedidas de casar, por força de impedimento absolutamente dirimente. A filiação espúria pode ser incestuosa ou adulterina. A *filiação incestuosa* é aquela cujo

impedimento para o casamento dos pais decorre de parentesco. *Filiação adulterina* é a que deriva de genitores impedidos de casar por já estarem casados.

Filiação civil é a proveniente do vínculo da adoção, à qual já nos referimos.

Marido e mulher, como vimos, não são parentes porque se unem pelo vínculo do casamento, que estabelece a relação de afinidade entre os respectivos parentes. O cônjuge não é afim, mas é causa da afinidade (*uxor non est affinis, sed causa ad finitatis*).

A Igreja considera ainda o parentesco espiritual, entre padrinho e madrinha e afilhados, que até mesmo constituía impedimento matrimonial. Para o Direito, essa relação é irrelevante.

10.3 CONTAGEM DE GRAUS

O parentesco pode ser visto sob a linha reta ou colateral.

Na linha reta, o vínculo refere-se aos ascendentes e descendentes, pais, filhos, netos, bisnetos; pais, avós, bisavós etc. Nessa linha, a contagem de graus é infinita, cada geração referindo-se a um grau. Desse modo, o pai é parente em primeiro grau do filho, em segundo grau do neto, em terceiro grau do bisneto etc. e vice-versa.

Conforme a lei civil, o parentesco na linha colateral ou oblíqua deve ser contado galgando-se até o ancestral comum, para depois se atingir o parente em questão. O parentesco na linha colateral pode ser igual ou desigual, conforme seja igual ou não a distância das gerações. Os irmãos são colaterais na mesma distância. Tio e sobrinho possuem parentesco desigual porque o tio dista do avô em um grau, enquanto o sobrinho dista dois graus desse mesmo ascendente. Percebemos, portanto, que não existe parentesco em primeiro grau na linha colateral. O irmão, colateral mais próximo, é parente em segundo grau, porque se computa como primeiro grau o pai, que é o ancestral comum. O tio, irmão do pai ou da mãe, e os sobrinhos, filhos do irmão, são colaterais em terceiro grau e assim por diante. Nessa forma, nossa lei atual entende que o parentesco colateral existe até o quarto grau (art. 1.592), inclusive para os direitos sucessórios. Originalmente, no Código de 1916, o parentesco na linha colateral atingia o sexto grau (art. 331). A extensão do parentesco é matéria de política legislativa, variando no direito comparado. Entre nós o parentesco colateral já foi reconhecido até o décimo grau; lei extravagante, decreto do período do Estado Novo, de finalidades obscuras, para satisfazer interesse de membros do governo da época, reduziu-o transitoriamente para o terceiro grau.³

No Direito Canônico, é diferente a forma de ser contado o parentesco na linha colateral, pois se computa somente o grau diretamente para um dos lados: nesse sistema, portanto, os irmãos são parentes em primeiro grau; os primos-irmãos, parentes em segundo grau etc. Se as linhas colaterais forem desiguais, são contados apenas os graus na linha mais extensa, sem se levar em consideração a linha menos extensa. Assim, pelo Direito Canônico, tio e sobrinho são parentes em segundo grau, porque na linha mais extensa até o antepassado comum, há duas gerações.

Quanto à contagem de graus em nossa lei civil, ensina o art. 1.594:

“Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo, depois, até encontrar o outro parente”.

Não há limite para o parentesco em linha reta, tanto para a linha ascendente, como para a linha descendente. Na linha reta ascendente, a pessoa possui duas linhas de parentesco, linha paterna e linha materna. Na linha reta descendente, surgem subgrupos denominados estirpes, que abrangem as pessoas provenientes de um mesmo descendente. Assim, dois netos de filhos diferentes são parentes em segundo grau, provenientes de duas estirpes diversas. Essa diferenciação tem importância no direito hereditário porque pode a herança ser atribuída por estirpe ou por cabeça, quando ocorre o direito de representação (arts. 1.851 ss.), quando houver igualdade de grau e diversidade de linhas quanto aos ascendentes (art. 1.836, § 2º) (ver nossa obra *Direito civil: sucessões*, Capítulo 7).

O parentesco entre irmãos pode ser bilateral ou unilateral conforme provenham dos mesmos pais, ou tenham apenas o mesmo pai ou a mesma mãe.

10.4 AFINIDADE

A afinidade possui simetria com a contagem de graus no parentesco. Essa relação deriva exclusivamente de disposição legal, sem relação de sangue. Na relação de afinidade, o cônjuge está inserido na mesma posição na família de seu consorte e contam-se os graus da mesma forma. Trata-se, pois, de uma contagem derivada. Desse modo, a afinidade ocorre tanto na linha reta, como na linha colateral. Assim, o sogro e a sogra são afins em primeiro grau, os cunhados são afins em segundo grau etc. Daí porque, na língua inglesa, os cunhados são denominados irmãos de acordo com a lei (*brother-in-law, sister-in-law*).

A afinidade pode decorrer do casamento ou da união estável com relação ao agente. Nesse caso, por exemplo, será afim em primeiro grau do filho com cuja mãe se casou. Pode decorrer de casamento contraído por seus filhos, quando se tornará afim em primeiro grau, em linha reta, com as respectivas esposas e em decorrência de casamento contraído por seu progenitor ou progenitora, quando será afim em primeiro grau da pessoa com quem ele ou ela se uniu. Em linha reta, o sujeito assume a posição de sogro ou sogra, ou genro ou nora, conforme sua posição.

Na linha colateral, os afins são, portanto, os cunhados. O cunhadio ou afinidade colateral extingue-se com o término do casamento, porém a afinidade em linha reta é sempre mantida. Desse modo, desaparece, por exemplo, o impedimento de o viúvo ou divorciado casar-se com a cunhada, mas persiste o impedimento de casamento de viúvos ou divorciados com sogro e sogra. Nesse sentido:

“O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro” (art. 1.595, § 1º). “Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável” (art. 1.595, § 2º).

Na hipótese de separação judicial, desaparecida com a Emenda Constitucional nº 66/2010, contudo, o vínculo da afinidade não é afetado. Persistirá o estado de separação judicial para os casais que não converterem em divórcio. Somente desaparecerá na linha transversal com o divórcio ou a morte de um dos cônjuges. Washington de Barros Monteiro (1996:241) lembra que, se houver anulação ou nulidade de casamento, temos que atentar para a existência ou não de putatividade. Se reconhecida a putatividade, será mantida a afinidade legítima; se não for reconhecida, a afinidade se conceituará como ilegítima.

Também na afinidade, para fins de melhor entendimento, distingue-se a legítima da ilegítima, se decorrente ou não de casamento, assim como a afinidade derivada da adoção.

Como a afinidade é de ordem pessoal e não se amplia além dos limites traçados pela lei, decorre que não existe vínculo de afinidade entre os parentes dos cônjuges (vulgarmente denominados contraparentes). Os afins dos cônjuges não são afins entre si porque a afinidade não gera afinidade. Desse modo, os concunhados não são afins entre si. Na hipótese de segundo casamento, os afins do primeiro casamento não se tornam afins do esposo casado em segundo matrimônio. A afinidade não tem repercussões no direito sucessório.

10.5 EFEITOS DO PARENTESCO

As relações de parentesco afetam os mais diversos campos do Direito, desde os impedimentos que se traduzem em inelegibilidades da Constituição até os impedimentos para o casamento.

No processo civil, estão impedidos de depor como testemunha, além do cônjuge da parte, seu ascendente ou descendente em qualquer grau, assim como o colateral até o terceiro grau, seja consanguíneo ou afim (art. 447, § 2º, I, do CPC).

No direito penal, há crimes cujo parentesco entre o agente causador e a vítima agrava a intensidade da pena.

No direito fiscal, o parentesco pode definir isenções, deduções ou o nível de tributação. No direito constitucional e no direito administrativo, há restrições de parentesco para ocupar certos cargos.

No direito de família, os efeitos do parentesco fazem-se sentir com mais intensidade, ao estabelecer impedimentos para o casamento, estabelecer o dever de prestar alimentos, de servir como tutor etc.⁴

No direito sucessório, o parentesco estabelece as classes de herdeiros que podem concorrer à herança, limitando-se, na classe dos colaterais, àqueles até o quarto grau.

1 “Constitucional – Direito à saúde – Obrigação de fazer – *Home Care* – Fornecimento pelo Estado – Atendimento de necessidades básicas – Descabimento – Obrigação dos familiares – Dever de assistência recíproca e de solidariedade humana – 1- O direito à vida e à saúde qualifica-se como atributo inerente à dignidade da pessoa humana, conceito erigido pela Constituição Federal em fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). 2- Serviço de enfermagem domiciliar (*home care*). Fornecimento pelo Poder Público. Atendimento de necessidades básicas. Descabimento. Obrigação dos familiares em razão do parentesco e dos deveres de assistência recíproca e de solidariedade humana. Pedido improcedente. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap 0006809-32.2015.8.26.0664, 15-4-2016, Rel. Décio Notarangeli).

“Ação de alimentos – Avô paterno – Princípio da solidariedade – Relação de parentesco – Precedência do dever de sustento do pai – Sucumbência – I – A obrigação do avô de prestar alimentos ao neto possui caráter sucessivo e complementar, fundamentado no princípio da solidariedade. II – Há precedência do dever dos pais de sustento do filho. Não houve demanda anterior contra o devedor principal ou prova da impossibilidade da prestação pelo pai. Improcedente o r. pedido de alimentos contra o avô. III – Nas ações em que não houver condenação, os honorários advocatícios serão arbitrados nos termos do § 4º, observadas as alíneas *a*, *b* e *c* do § 3º, todos do art. 20 do CPC. IV – Apelação provida” (TJDFT – Proc. 20130310256334, (875508),30-6-2015, Relª Desª Vera Andrighi, DJe).

“Alimentos revisional – Filho maior – Dever de prestar os alimentos que se funda na solidariedade decorrente da relação de parentesco – Alimentanda que frequenta curso universitário particular, mas exerce atividade remunerada – Ausência de provas no sentido do incremento das condições financeiras do alimentante – Nascimento de novo filho que, por si só, autoriza a redução do encargo – Necessidade de atendimento equitativo das necessidades de todos os filhos – Inteligência dos artigos 1.694, § 1º e 1.699 do Código Civil – Observância ao binômio necessidade-possibilidade – Minoração do valor da pensão para ½ salário mínimo – Valor que melhor atende, no momento, aos critérios de justiça e equidade – Apelação da autora reconvida desprovida – Apelação do réu reconvinde parcialmente provida” (TJSP – Ap 0055059-53.2012.8.26.0001,15-8-2014, Rel. Moreira Viegas).

“Adoção de fato *post mortem* – Sobrinho que foi criado pela tia desde pequeno como filho – Procedência do pedido – Inconformismo – Acolhimento – Ausência de inequívoca manifestação de vontade e de procedimento de adoção em trâmite. Requisitos da redação originária do art. 42, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Socioafetividade reconhecida pela r. sentença que é inaplicável ao caso concreto. Autor que já é parente biológico e herdeiro colateral da falecida. Tese da socioafetividade que não tem o condão de alterar o grau de parentesco dentro de uma mesma família, mas de criar parentesco civil entre pessoas sem relação biológica. Tia que declarou em vida a intenção de deixar o seu único imóvel para os netos, não para o requerente. Pretensão em discussão que tem caráter unicamente patrimonial. Sentença reformada. Recurso provido” (TJSP – Ap 0230266-40.2010.8.26.0000, 9-4-2014, Rel. J. L. Mônaco da Silva).

“Direito civil. **Ação de interdição.** Ajuizamento pela madrinha de batismo do interditando. Não comprovação da relação de parentesco. *Ilegitimidade ativa ad causam* flagrante. Arts. 1.591, 1.592, 1.595 e 1.768, todos do Código Civil de 2002 c/c arts. 267, inc. IV e § 3º, 333, inc. I, e 1.180, todos do Código de Processo Civil. Extinção do processo sem resolução do mérito. Recursos prejudicados. As condições da ação, matérias de ordem pública que são, devem ser apreciadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. São partes legítimas ao pleito de interdição, os pais, os tutores, o cônjuge, os parentes e, por fim, o Ministério Público. A madrinha de batismo do interditando, porque, na hipótese, não é parente, não goza de legitimidade ativa, razão pela qual a solução extintiva do feito, sem resolução do mérito, é desfecho que se impõe” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2006.032878-6, 16-5-2011, Rel. Des. Eládio Torret Rocha).

2 “Alimentos – Avô Paterno – Obrigação de natureza complementar – Comprovação – ‘Recurso especial. Ação de alimentos. Avô paterno. Obrigação de natureza complementar. Comprovação de que a genitora e o espólio do genitor estão impossibilitados de arcarem com a prestação alimentar. Não ocorrência. Recurso provido. 1. A obrigação dos avós de prestar alimentos tem natureza complementar e somente exsurge se ficar demonstrada a impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos dos filhos, ou de os proverem de forma suficiente. Precedentes. 2. No julgamento do REsp 1.354.693/SP, ficou decidido que o espólio somente deve alimentos na hipótese em que o alimentado é também herdeiro, mantendo-se a obrigação enquanto perdurar o inventário. 3. Nesse contexto, não tendo ficado demonstrada a impossibilidade ou a insuficiência do cumprimento da obrigação alimentar pela mãe, como também pelo espólio do pai falecido, não há como reconhecer a obrigação do avô de prestar alimentos. 4. O falecimento do pai do alimentante não implica a automática transmissão do dever alimentar aos avós. 5. Recurso especial provido” (STJ – REsp 1.249.133 – (2011/0093209-0), 2-8-2016, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira).

“Interdição. Requerida portadora de deficiência mental e incapaz para os atos da vida civil. Pedido formulado por esposa do primo falecido. **Inexistência de parentesco**. Falta de legitimidade ativa para propositura da ação. Artigo 1.768 do Código Civil. Sentença de extinção do processo sem julgamento de mérito. Relação de parentesco não comprovada. Parentesco por afinidade que não se estende a primos. Relação socioafetiva que não é tutelada pela norma. Interesse público da interdição de incapaz. Polo ativo a ser assumido pelo ministério público. Remessa dos autos à origem e regular prosseguimento do feito. Manutenção da curatela provisória. Apelação parcialmente provida” (TJSP – Ap. 0001606-77.2010.8.26.0660, 28-8-2012, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan).

3 “Procedimento de jurisdição voluntária. Requerimento de alvará judicial. Levantamento de valores referentes a benefício previdenciário, deixados pela falecida genitora da autora. Petição de renúncia da herança subscrita pelos demais herdeiros, irmãos da autora. Ausência de termo judicial. Forma prescrita em lei. Invalidade da renúncia. Exegese do art. 1.806 do Código Civil. Precedente do STJ. Falecimento da autora no curso do procedimento. Habilitação dos seus irmãos e de seus herdeiros. **Sucessão por cabeça entre os filhos da genitora da autora**. Aplicação do art. 1.829, I, do Código Civil. Sucessão por cabeça entre os filhos da demandante em relação à quota-parte a ela pertencente. Recurso provido em parte” (TJRJ – Apelação Cível 0000421-55.2008.8.19.0082, 4-3-2012, Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos).

4 “Apelação cível – Ação de inventário – Sucessão Testamentária – De cujus que não deixou herdeiros necessários – Sentença homologatória da partilha de bens – Inconformismo de parente colateral objetivando o reconhecimento da nulidade da sentença diante da ausência de intimação de herdeiros colaterais – A meu ver, razão não lhe assiste – Com efeito, não é necessário tecer maiores fundamentos para se concluir pela desnecessidade da intimação da Recorrente diante da sua relação de parentesco colateral com de cujus – Isto porque, de acordo com o Código Civil de 2002 os herdeiros colaterais podem ser excluídos da sucessão, bastando que o testador disponha do seu patrimônio sem contemplá-los – Na espécie, a certidão de óbito demonstra que o Inventariado deixa bens e não deixa filhos, conforme se vê às fls. 06 (índex 0009) – Sob outro prisma, no testamento acostado aos autos – índex 00003 – o testador declarou que não tem herdeiros necessários, descendentes nem ascendentes; Assim sendo, pode livremente dispor da totalidade de seus bens.... E dispôs a favor de seu sobrinho e a esposa daquele – Sentença correta, que se mantém. Recurso conhecido e desprovido” (TJRJ – Ap 0121021-52.2011.8.19.0001, 255-4-2016, Relª Maria Regina Fonseca Nova Alves).

“**Ação de alimentos – Parentesco colateral** – Tia paterna – Ilegitimidade – Rol taxativo do Código Civil – Precedentes do STJ – Apelação à qual se nega provimento – O STJ já firmou entendimento de que é taxativo o rol de pessoas que são obrigadas a prestar alimentos, previsto no Código Civil, motivo pelo qual os tios são partes ilegítimas para serem demandados pelos sobrinhos” (TJMG – AC 1.0045.13.005055-7/001, 25-8-2014, Rel. Marcelo Rodrigues).

“Cível – Ação de alimentos – Ilegitimidade passiva – Impossibilidade de interpretação extensiva do art. 1.697 do Código Civil. **Ausência de obrigação alimentar entre tios e sobrinhos**. Indeferimento da petição inicial. Sentença mantida. Na falta de ascendentes e descendentes, cabe a obrigação de prestar alimentos aos irmãos do alimentando. Os tios não têm legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo em ação de alimentos pleiteada pelos sobrinhos. Cabível conhecer da falta de uma das condições da ação. Apelação desprovida” (TJDFT – Ap. Cível 20110111775912 – (581103), 26-4-2012, Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito).

“**Direito civil** – Família – Alimentos – Pedido formulado contra tia – Ilegitimidade passiva *ad causam* – Extinção do feito em primeiro grau – Inconformismo das alimentadas – Pai em lugar incerto e não sabido – Alimentos pela tia – Afastamento – Art. 1.697 do CC – Rol taxativo – Parentesco colateral – Obrigação limitada ao segundo grau – Sentença mantida – Recurso improvido. A obrigação alimentar, em linha colateral, não vai além do segundo grau, consoante enumeração taxativa do art. 1.697 do Código Civil, sendo a tia parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação de alimentos” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2008.026002-6, 26-2-2010, Rel. Des. Monteiro Rocha).

FILIAÇÃO

11.1 CONCEITO

Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto, um fato natural. Sob o aspecto do Direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.

Tradicionalmente, afirmava-se com insistência, em passado não muito remoto, que a maternidade era sempre certa (*mater semper certa est*); a paternidade era sempre incerta (*pater semper incertus est*). No direito tradicional, vigente até próximo ao fim do século XX, essa foi uma verdade dogmática: enquanto a maternidade era sempre suscetível de ser provada, a paternidade era de difícil comprovação. O avanço da ciência e da tecnologia genética nas últimas décadas coloca na berlinda e desmente a afirmação tradicional. Hoje, pode-se apontar com quase absoluta certeza a paternidade. Atualmente, a paternidade pode ser comprovada independentemente de exame ou de invasão na integridade física do indigitado pai, da presumível mãe ou de terceiros. Ao atingir esse estágio, que a ciência já dirige e possibilita, a técnica mais uma vez suplanta o sistema jurídico e obriga sua reestruturação. Já é possível apontar o pai de um indivíduo sem restar qualquer dúvida ponderável. Torna-se possível programar nascimentos e características dos novos seres humanos. O amedrontador *admirável mundo novo*, imaginado e imortalizado por Aldous Huxley, há tantas décadas, pode tornar-se realidade não muito agradável ou aceitável, se o Direito e o ordenamento não tomarem os rumos corretos.

De qualquer modo, no campo do Direito, por maior que seja a possibilidade da verdade técnica, nem sempre o fato natural da procriação corresponde à filiação como fato jurídico. O legislador procura o possível no sentido de fazer coincidir a verdade jurídica com a verdade biológica, levando em conta as implicações de ordem sociológica e afetiva que envolvem essa problemática.

A filiação é, destarte, um estado, o *status familiae*, tal como concebido pelo antigo direito. Todas as ações que visam a seu reconhecimento, modificação ou negação são, portanto, ações de

estado. O termo *filiação* exprime a relação entre o filho e seus pais, aqueles que o geraram ou o adotaram. A adoção, sob novas vestes e para finalidades diversas, volta a ganhar a importância social que teve no Direito Romano.

Visto sob o prisma dos ascendentes, o estado de filiação traduz-se na paternidade ou maternidade. Utiliza-se o termo *paternidade* de forma genérica para expressar a relação do pai e da mãe com relação aos filhos.

O Código Civil de 1916 centrava suas normas e dava proeminência à família legítima, isto é, aquela derivada do casamento, de justas núpcias, em paradoxo com a sociedade brasileira, formada em sua maioria por uniões informais. Elaborado em época histórica de valores essencialmente patriarcais e individualistas, o legislador do início do século passado marginalizou a família não provinda do casamento e simplesmente ignorou direitos dos filhos que proviessem de relações não matrimoniais, fechando os olhos a uma situação social que sempre existiu, especialmente em nosso país de miscigenação natural e incentivada.

A partir de meados do século XX, porém, nossa legislação, embarcando em tendência universal, foi sendo alterada para, timidamente a princípio, serem introduzidos direitos familiares e sucessórios aos filhos provindos de relações extramatrimoniais. A Constituição de 1988 culminou por vedar qualquer qualificação relativa à filiação. Desse modo, a terminologia do Código de 1916, filiação legítima, ilegítima e adotiva, de vital importância para o conhecimento do fenômeno, passa a ter conotação e compreensão didática e textual e não mais essencialmente jurídica.

11.2 FILIAÇÃO LEGÍTIMA. PARIDADE NA FILIAÇÃO

A filiação legítima tinha por base o casamento dos pais quando da concepção. A fonte da legitimidade era o casamento válido ou o casamento putativo. Nesse sentido, o art. 337 do antigo Código dispunha que eram legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé. O casamento subsequente tinha o condão também de operar a legitimação dos filhos havidos pelo casal. Essa distinção não mais subsistia perante a Carta de 1988:

“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” (art. 227, § 6º).

Esse dispositivo constitucional é repetido, com igual redação, pelo art. 1.596 do corrente Código.

O art. 337 do antigo diploma já fora expressamente revogado pela Lei nº 8.560/92, que regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. A lei, porém, não tem o condão

de simplesmente apagar a verdade social patente e evidente: filhos continuam a nascer fora do casamento e, com frequência, a sociedade acolhe-os diferentemente, quando não os marginaliza. Desse modo, se, por um lado, desapareceu o tratamento discriminatório, por outro, os direitos dos filhos provindos de fora do casamento devem ser obtidos por meio dos instrumentos legais ora postos de forma ampla à disposição no ordenamento. Esse é o atual desafio no direito de filiação.

Durante o século XX, e neste início de século XXI, a família, o casamento e as relações de filiação vêm sofrendo profunda transformação social. A família tradicional, unida pelo casamento, era o mecanismo apropriado para transmitir os bens por via hereditária por gerações. O sistema socioeconômico era baseado na propriedade da terra, na riqueza imobiliária sob a condução do *pater*. O enfraquecimento do poder patriarcal faz-se sentir e o reconhecimento de direitos e deveres decorrentes do pátrio poder ou poder familiar prepara o terreno para a ampla modificação legislativa do final do século XX. O sistema de produção passa a não mais depender da propriedade imobiliária e concentra-se na empresa e em bens mobiliários. O foco e o centro de produção econômica deixam de ser a família. As expectativas da família concentram-se doravante muito mais em uma perspectiva de consumo do que de produção. O homem e a mulher integram-se nas atividades produtivas e de serviço que se realizam fora do convívio familiar. Os filhos são formados e educados para ingressar nesse ambiente de trabalho altamente competitivo, fora da estrutura autoritária do poder paternal. Não só dentro da família, mas em todos os organismos sociais, a autoridade inconcussa e incontestável do chefe ou superior hierárquico perde terreno para a responsabilidade individual.

Nesse contexto, ambos os pais, casados ou não, passam a ter papel semelhante na educação dos filhos, desaparecendo a autoridade exclusivamente marital. A família, doravante, deve gravitar em torno de um vínculo de afeto, de recíproca compreensão e mútua cooperação. A chamada família ou paternidade socioafetiva ganha corpo no seio de nossa sociedade, com respaldo doutrinário e jurisprudencial. Lembre-se do art. 1.593 citado quando do nosso estudo de parentesco, que se refere precipuamente a *outra origem* na filiação. A família passa a ter um conteúdo marcadamente ético e cooperativo e não mais econômico, resquício este da velha família romana e, nesse contexto, não há espaço para qualquer discriminação. Sob tal prisma, a Constituição brasileira vigente coroou tendência universal. Não se discriminam os filhos em razão de sua origem, aspecto que a sociedade, há muito, não sem alguma resistência, já se encarregara de observar.

A equiparação da filiação interessa fundamentalmente ao idêntico tratamento que faz a lei no tocante ao conteúdo e aos efeitos das relações jurídicas quanto à origem da procriação. A distinção entre filiação legítima e ilegítima possui modernamente compreensão essencialmente técnica e não mais discriminatória. Inevitável, contudo, que seja mantida a diferença terminológica e conceitual para compreensão dos respectivos efeitos. Bem observa Luiz Edson Fachin (1999:201):

“Como a Constituição manteve o casamento como fonte da família, desaparece a designação discriminatória, mas permanece a distinção. Há um resíduo diferenciador

sem que implique uma ofensa ao princípio da igualdade, porque distinguir não significa discriminar”.

A filiação decorrente da natureza pressupõe um nexó biológico ou genético entre o filho e seus pais. A maternidade ou paternidade é certa quando esse nexó é determinado. A determinação da filiação, como categoria jurídica, procura assegurar a identificação pessoal em relação à identidade biológica. Nem sempre, porém, a identidade genética amolda-se à identidade jurídica. Essa questão, entre outras, depende de uma solução legal, e marcadamente judicial, no campo da filiação.

A filiação pode ser definida como o liame jurídico existente entre pai ou mãe e seu filho. Nesse sentido, são utilizados os termos *paternidade* e *maternidade*. No entanto, como aponta Carbonnier (1999:181), a noção merece de plano uma ressalva, pois esse vínculo pode ser legítimo, natural ou adotivo. E, podemos acrescentar, também afetivo.

A filiação legítima pressupõe que o pai e a mãe sejam casados um com o outro, que o filho tenha sido concebido durante esse casamento ou que a legitimação tenha ocorrido com o casamento subsequente. A filiação natural é aquela na qual não existe casamento entre os pais. A filiação natural será singela quando entre o pai e a mãe não havia impedimento para o casamento. Essa filiação será adulterina quando os pais estavam impedidos de casar em razão de estarem casados com terceiros. Será filiação incestuosa, se o impedimento decorre do parentesco. A filiação adotiva cria o vínculo jurídico artificialmente, decorrente de um ato de vontade. A filiação afetiva é aquela na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social.

O Código Civil de 1916 não permitia, como regra, que se investigasse a paternidade contra homem casado. O critério foi progressivamente sendo atenuado em benefício da verdade biológica. A investigação de paternidade perante o pai casado com outra mulher torna-se possível, como também o reconhecimento de paternidade pelo pai biológico, nessas condições.

Sob toda essa problemática é que deve ser vista a dicção do art. 1.603, do atual Código, que expressa a regra geral: *“A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil”*.¹ Nessa presunção legal há uma verdade, mas pode haver, por detrás, toda uma história de vicissitudes, com amor e desamor, com maior ou menor amplitude.

11.2.1 Conceito de Filiação Legítima

O Código de 1916 conceituava como legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado ou mesmo nulo, se fora contraído de boa-fé (art. 337, revogado pela Lei nº 8.560/92). O art. 217 dispunha que a anulação do casamento não obstava à legitimidade do filho concebido ou havido antes ou na constância dele. Como já mencionamos, os critérios de legitimidade são doravante essencialmente teóricos. Nesse diapasão, também eram legítimos os filhos provindos de casamento nulo, se fosse declarada a putatividade. Da mesma forma, era legítimo

o filho nascido de casamento anulável.

A Lei nº 6.515/77 colocou-se da mesma forma e foi mais além, considerando legítimos os filhos havidos de casamento nulo ou anulável, ainda que ambos os cônjuges não o tivessem contraído de boa-fé (art. 14, parágrafo único). O Código de 2002 resguarda também os direitos e os efeitos civis dos filhos nessa situação (art. 1.561, § 2º). Como se nota, de algum tempo já vinha a tendência de se eliminar, na lei, a discriminação da ilegitimidade.

O Código de 1916 adotara o sempre repetido princípio segundo o qual pai é quem assim demonstram as justas núpcias (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Presume o antigo legislador que o filho de mulher casada foi concebido pelo marido. A presunção, fundamentada no que usualmente ocorre, possuía um embasamento cultural e social, em prol da estabilidade da família, uma vez que impedia que se atribuisse prole adulterina à mulher casada. A maternidade comprova-se pelo parto, erigindo o sistema em crime quem alegar parto suposto (arts. 241 e 242 do Código Penal). Daí a regra tradicional mantida pelo vigente Código no sentido de que “*não basta a confissão materna para excluir a paternidade*” (art. 1.602).

A Lei nº 8.560/92 subverte o princípio porque admitiu a investigação de paternidade contra homem casado ou pelo filho de mulher casada contra seu verdadeiro pai.

De qualquer modo, como regra geral, tem aplicação o art. 1.597, que repete, em síntese, nos dois incisos iniciais, os mesmos princípios do Código anterior:

“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”.

A lei presume a filiação legítima com fundamento nos dados científicos. Desse modo, se o filho nasceu até seis meses após o casamento, presumimos ser legítimo. Se o nascimento ocorrer antes dos 180 dias, não opera a presunção. Entendemos que é de seis meses o período mínimo de gestação viável. Fora desses períodos, ainda que possam ocorrer nascimentos, a presunção não opera.

O Projeto nº 6.960/2002 tentou acrescentar parágrafo único ao art. 1.597:

“Cessa a presunção de paternidade o caso do inciso II, se, à época da concepção, os cônjuges estavam separados de fato”.

Recorde-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010 extingue a separação judicial e o texto legal acima deve ser entendido com essa alteração.

O Projeto do Estatuto das Famílias objetivou trazer presunção mais simples e singela ao

estabelecer que presumem-se filhos “os nascidos durante a convivência dos genitores à época da concepção” (art. 73, I), suprimindo os prazos em dias descritos no atual art. 1597.

Importa saber a paternidade real e não presumida.

A presunção de pai certo, nessas situações, somente podia ser abalada pela ação negatória de paternidade, de cunho restritivo, dentro de certos princípios, que atualmente devem mostrar-se mais flexíveis. O emparedamento da coisa julgada, por exemplo, não pode negar verdades reais. Há que se repensar, inclusive, sobre esse princípio que por tanto tempo foi caudilhesco em nosso sistema.²

O art. 1.599, do corrente Código, dispõe que

“a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade”.

Trata-se, como se vê, de presunção relativa, e diz respeito não unicamente à impotência *generandi* do homem, mas também da mulher, embora quanto a esta seja mais difícil que ocorram casos concretos de dúvida.

Modernamente, havia mesmo que se modificar a concepção do Código, mormente porque os exames de DNA apontam com quase absoluta certeza a paternidade. As falhas que podem decorrer desses exames situam-se na falibilidade e fraquezas humanas e não na tecnologia.

Filiação é um conceito relacional, trata-se de uma relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas. Esse estado pode decorrer de um vínculo biológico ou não, como na adoção e na inseminação heteróloga, autorizada pelo pai.³

Assumindo definitivamente a nova orientação, inclusive com julgados nesse sentido nos tribunais em prol da paternidade real, o art. 1.601 do atual Código dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.⁴ Desse modo, caem por terra os vetustos pressupostos do direito anterior, que se arraigavam a princípios sociais e culturais hoje totalmente superados. A qualquer momento pode o marido impugnar a paternidade de filho de sua mulher. A verdade da paternidade genética não pode ser subordinada a prazo. De há muito já se notava nos julgados a repulsa ou certa tergiversação aos exíguos prazos estabelecidos no Código de 1916 para a impugnação da legitimidade de filho nascido de sua mulher. Esse prazo era de dois meses, contados do nascimento, se estava presente o marido, para este propor a ação negatória de paternidade, nas presunções do art. 388 (art. 178, § 3º); e, de três meses, se o marido achava-se ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato no segundo (art. 178, § 4º). Essas restrições escudavam-se em justificativas da Moral piegas, provinda ainda do século XIX. Evitava-se, tanto quanto possível, o reconhecimento da bastardia no reduto do casal. Muitos foram os dramas que se instalaram em lares brasileiros no passado, com fundamento nas amarras desses artigos, tão bem retratados na seara da ficção no romanceiro nacional.

O Projeto nº 6.960/2002 procurou dar maior amplitude a esse art. 1.601, mormente no tocante à legitimidade para contestar a relação de filiação. Assim, admite que essa legitimidade será do filho daqueles declarados pai e mãe no registro de nascimento; do pai e da mãe biológicos e de quem demonstrar legítimo interesse. Essas situações foram tomadas de exemplos da jurisprudência e visam permitir a exata definição da filiação. O Projeto acrescentava ainda que a relação de filiação oriunda da adoção não pode ser contestada. Destaca ainda, repetindo a dicção do vigente Código, que, uma vez contestada a filiação, os herdeiros do impugnante poderão prosseguir na ação. Acrescenta, em disposição não isenta de dúvidas, que a recusa injustificada das provas médico-legais acarreta a presunção da existência da relação de filiação. Esta última hipótese deve ser vista com muito cuidado.

Lembremos, porém, que a cada passo, nessa seara, sempre deverá ser levado em conta o aspecto afetivo, qual seja, a paternidade emocional, denominada *socioafetiva* pela doutrina, que em muitas oportunidades, como nos demonstra a experiência de tantos casos vividos ou conhecidos por todos nós, sobrepuja a paternidade biológica ou genética. A matéria é muito mais sociológica, ética e psicológica do que jurídica. Por essas razões, o juiz de família deve sempre estar atento a esses fatores, valendo-se, sempre que possível, dos profissionais auxiliares, especialistas nessas áreas. O campo da mediação, já estampado no CPC de 2015, vem em socorro ao Judiciário, que não pode ser repositório permanente dessas questões.

Não é afastada a possibilidade de um conflito de presunções: a mulher viúva que se casa antes de decorridos 10 meses da viuvez e tem um filho depois de 180 dias do segundo casamento, mas antes de findo o prazo de 300 dias posteriores à dissolução do primeiro matrimônio. A causa suspensiva do art. 1.523, II objetiva essa possibilidade, evitando a *turbatio sanguinis*, para fins patrimoniais. No entanto, para a definição exata da paternidade, serão necessários exames e a definição judicial. Alguns dispositivos mantidos no Código por força da tradição tornam-se de certa forma inúteis perante os novos exames que definem a paternidade, como, por exemplo, a norma do art. 1.600, que afirma não bastar o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade. O art. 343 do antigo diploma estatuiu:

“Não basta o adultério da mulher, com quem o marido vivia sob o mesmo teto, para elidir a presunção legal de legitimidade da prole”.

Suprimiu-se a referência à convivência sob o mesmo teto, no presente Código. A confissão, por si só, pode ter intenção exclusiva de beneficiar ou prejudicar a prole, daí porque a lei não a admite como prova peremptória. Se a mulher estiver separada de fato, é essa separação que fundamentará a filiação e não seu adultério. Lembre-se, mais uma vez, de que, atualmente, o exame de DNA permite apontar com certeza a paternidade, razão pela qual essas disposições perdem grandemente sua importância.

Quando dissolvido o matrimônio pela morte, separação ou divórcio, anulação ou declaração de nulidade, presume-se a paternidade dos filhos nascidos nos 300 dias seguintes à data em que se dissolveu a sociedade conjugal.⁵

Reitere-se que a posição moderna da tecnologia faz cair por terra o sistema de presunções de paternidade na maioria dos casos. O sistema de presunções de paternidade colocado no Código de 1916, e mantido em parte no vigente Código, há muito se mostra anacrônico, não só porque a sociedade evoluiu nesse fenômeno, como também porque a ciência permite atualmente apontar o pai (ou a mãe) com o mais elevado grau de certeza. Por essa razão, a jurisprudência vinha admitindo com frequência imputações e impugnações de paternidade contra o que dispõe o sistema. Arnold Wald (1999:171) lembra que, embora a lei considere privativa do pai presumido a ação negatória de paternidade, deve-se admitir que o filho possa, após dissolvida a sociedade conjugal, pedir a retificação da filiação provando que o pai presumido não é o verdadeiro. Coloca-se, portanto, em xeque a disposição do art. 1.601 do presente Código, que repete o princípio do antigo art. 344, segundo o qual cabe privativamente ao marido o direito de contestar a legitimidade dos filhos nascidos de sua mulher. Por essa razão, como vimos, o Projeto mencionado amplia essa legitimidade.⁶

A ação de impugnação de paternidade deve colocar no polo passivo o filho indigitado. Se este for menor, a mãe deverá assisti-lo. Vimos que o próprio filho pode ingressar com ação de impugnação de sua filiação. Lembremos que o parágrafo único do art. 1.601 reitera o caráter personalíssimo dessa ação de impugnação de paternidade legitimada ao marido, afirmando que, uma vez contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação. Essa contestação da paternidade mencionada pela lei é, sem dúvida, o ajuizamento da ação negatória de paternidade. Parte da doutrina entende, a nosso ver com razão, que o curador do marido pode intentar a ação para impugnar a prole (Viana, 1998:214). Evidente que o incapaz não poderá tomar essa iniciativa sem o curador: imaginemos a hipótese de ser ele absolutamente incapaz de qualquer ato, porque tomado de moléstia degenerativa irreversível, porque internado em hospital etc.

Essa orientação já sofrera, contudo, abrandamento. Recordemos que a Lei nº 883/1949, primeira válvula aberta contra o sectarismo do nosso Código de 1916, permitiu o reconhecimento de filhos adulterinos. A jurisprudência passou a reconhecer também filhos adulterinos *a matre*, independentemente de o marido ter impugnado a filiação. Aponta Sílvio Rodrigues (1999:285) que

“tal entendimento implicava uma revogação parcial do art. 344 do Código Civil, pois a legitimidade do filho havido pela mulher casada era contestada por outra pessoa que não marido desta”.

De qualquer forma, a cautela do legislador, que também deve-se traduzir em cautela do julgador, justifica-se porque o reconhecimento de filho nessas condições é motivo de tumulto e alarde no seio

familiar. No entanto, se, por um lado, as provas descritas no art. 1.600 não são suficientes para impugnar a filiação, são fortes adminículos para permitir a prova científica que apontará com quase absoluta certeza a paternidade.

A Lei nº 8.560/92, que regulou a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, alterou a forma de raciocínio dos tribunais sobre a questão, fazendo com que, sem dúvida, fiquem ainda mais relativas as presunções legais descritas no Código Civil de 1916 e também de 2002. Essa lei revogou expressamente o artigo que dispunha que a filiação provava-se pela certidão do termo do nascimento, inscrito no Registro Civil. De fato, tal lei alargou a possibilidade de reconhecimento de filhos havidos fora do casamento, como veremos. Ela revogou o art. 347 do Código anterior, que dispunha que a filiação legítima provava-se pela certidão do termo de nascimento, inscrito no registro civil. Historicamente se justificava o dispositivo, porque o Direito anterior permitia a prova de filiação mediante a comprovação da posse de estado. Persiste, todavia, a disposição do art. 1.604 pela qual *“ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”*.⁷ A dicção final, *“salvo provando-se erro ou falsidade do registro”*. Sem essa ressalva, o dispositivo fazia com que o registro civil implicasse uma presunção absoluta de paternidade, o que era inadmissível e contrariava a própria estrutura do registro público. Com o acréscimo, define-se o registro como uma presunção relativa de filiação, que admite prova em contrário. A prova do erro ou falsidade decorre das regras gerais. Meros erros materiais, evidenciáveis *ictu oculi*, como troca gráfica do nome dos pais, por exemplo, podem ser corrigidos por via correcional. Se o erro e a falsidade demandarem exame mais profundo de prova, somente a ação judicial própria poderá corrigir o registro, de acordo com o art. 113 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73). A matéria tem importância, mormente para o direito sucessório.

Acrescenta ainda o art. 1.605:

“Na falta, ou defeito do termo de nascimento poderá provar-se a filiação, por qualquer modo admissível em direito:

I – quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente;

II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos”.⁸

Essa dicção é exatamente a mesma do Código de 1916. O Projeto nº 6.960 sugeriu suprimir os dois incisos, pois se mostram mesmo anacrônicos e impróprios na época atual.

O legislador do início do século XX certamente não imaginava que a ciência genética poderia, no futuro, determinar com exatidão a paternidade. Por isso, essa disposição tem que ser entendida modernamente com os avanços da ciência. O exame de DNA torna esse dispositivo mera fonte subsidiária para o intérprete. Inobstante, nem sempre a prova científica será possível. O inciso I

declina hipótese pouco provável de que os pais tenham declarado a paternidade, em conjunto ou separadamente. Quanto ao segundo dispositivo, temos que entender o alcance das veementes presunções. Sem dúvida que a posse de estado de filho é forte elemento para essa conclusão. Aquele que durante muito tempo foi tratado como tal no meio social faz crer que seja filho das pessoas indigitadas. A posse de estado de filho, em paralelo com o que já vimos com respeito à posse do estado de casado, descreve a situação em que a pessoa é tratada como filho pela família, usa o nome familiar etc. Assim como para o casamento, a posse de estado de filho leva em conta os três elementos: *nominatio*, *tractatus* e *reputatio*. Existindo esses elementos, tudo nos leva a crer que efetivamente a pessoa é filho das pessoas indicadas. Nada que o exame técnico não possa confirmar ou infirmar. Não se esqueça, porém, como temos enfatizado nesta obra, de que, por vezes, para benefício dos próprios envolvidos, deverá preponderar a paternidade afetiva e emocional e não a do vínculo genético.

A Lei nº 11.924 de 2009, que inclui o § 8º ao art. 57 da Lei 6.015/1973, permite que o enteado ou a enteada, “na existência de motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º do mesmo artigo, em requerimento 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”.

Nessa matéria conclui-se com Paulo Luiz Netto Lobo:

“A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído. Como vimos, tanto o estado de filiação ope legis quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não” (in Pereira, 2004:521).

Digna de nota e de encômios a disposição inserida no projeto do Estatuto das Famílias que permite o conhecimento do vínculo genético sem gerar relação de parentesco, para aqueles cuja filiação seja proveniente de adoção, filiação socioafetivas, posse de estado ou de inseminação artificial heteróloga (art. 77). É inafastável o direito de qualquer ser humano saber quem é seu genitor biológico. Essa possibilidade já está presente em legislações estrangeiras.

☐ **Caso 3 – Investigação de paternidade – Direito intransmissível**

O art. 1.601 do atual Código dispõe que cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível. Desse modo, caem por terra os vetustos pressupostos do direito anterior, que se arraigavam a princípios sociais e culturais hoje totalmente superados. A qualquer

momento pode o marido impugnar a paternidade de filho de sua mulher. A verdade da paternidade genética não pode ser subordinada a prazo.

11.2.2 Provas de Paternidade. Os Filhos Provenientes de Inseminação Artificial. A Reprodução Assistida

Atendendo a insistentes críticas em face de sua ausência no Projeto original, na fase final de tramitação legislativa foram inseridos de afogadilho três dispositivos no Código Civil de 2002, no art. 1.597, que tratam da presunção de filhos concebidos na constância do casamento. Assim, além dos citados incisos I e II, dispõe esse artigo que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos:

“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”.

Esses dispositivos, únicos no Código, cuidam dos filhos nascidos do que se convencionou denominar fertilização assistida. O Código enfoca, portanto, a possibilidade de nascimento de filho ainda após a morte do pai ou da mãe, no caso de fecundação homóloga e de embriões excedentários como veremos. Frise-se que o embrião pode ser albergado no útero de outra mulher, questão que faz surgir a problemática da maternidade sub-rogada, maternidade de substituição ou ventre de aluguel, como mencionaremos. Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. É urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social.

O fenômeno legal da procriação, no direito do passado, estabelece a presunção de que há uma relação causal entre a cópula e a procriação. Desse modo, em princípio, provada a relação sexual, presume-se a fecundação.

No entanto, hoje enfrentamos outra problemática, a exigir normas atualizadas. A inseminação artificial permite fecundar uma mulher fora da relação sexual. O sêmen é recolhido e mantido ou não

por tempo mais ou menos longo, o qual, sendo introduzido no órgão sexual da mulher, a fecunda. A questão da paternidade nessa hipótese é de sensível importância. O sêmen pode ser do marido ou companheiro da mulher ou de terceiro, conhecido ou desconhecido. Pode não ter havido concordância do marido ou do terceiro. Cuida-se de problemática à espera de soluções, uma vez que os dispositivos do vigente Código apenas apontam um início legislativo. A fecundação também pode redundar de embrião retirado da mulher.

Denomina-se homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho. Por outro lado, outra banda de questões surge se a inseminação é feita contra a vontade do marido. São novos e desafiantes temas a aguçar modernamente os estudos jurídicos e a exigir respostas do legislador.

No tocante especificamente à paternidade, a tendência das legislações é de conceder toda a liberdade para permitir o recurso a todos os meios de prova cientificamente aceitos. A demora natural do legislador em dar respostas aos novos problemas, não só em nosso país, mas também no exterior, não deve ser obstáculo para o jurista e principalmente para o magistrado dar solução adequada às novas questões.

No passado próximo, eram proeminentes as provas ordinariamente admitidas. Já nos referimos ao valor da posse de estado de filho. A prova testemunhal e os depoimentos pessoais são apenas subsidiários no campo da investigação de paternidade.

O denominado exame prosopográfico, que consiste na ampliação de fotografias do investigante e do investigado, justapondo-se ambas e fazendo-se as comparações de traços fisionômicos, teve sua utilidade relativa reconhecida como prova.

As modernas provas genéticas permitem excluir com certeza a paternidade de um indivíduo com relação a outro e a afirmar com quase certeza, com elevado grau de probabilidade, essa mesma paternidade. Há necessidade de que o legislador pátrio, como feito por outras legislações, como em Portugal, na França e em vários outros ordenamentos europeus, introduza modificações na legislação tradicional, não somente fazendo referência a esse estágio da ciência genética, modernizando o conceito da ação de investigação de paternidade, como também resolvendo as dúvidas trazidas à paternidade pela problemática da inseminação artificial. Até mesmo o tradicional princípio *mater semper certa est* é colocado em xeque perante a possibilidade de úteros de aluguel ou emprestados, fenômeno também denominado maternidade sub-rogada. Movimentam-se nossos legisladores nesse sentido. Na França, foram editadas duas importantes leis em 29 de julho de 1994, que tratam do acesso à assistência médica para reprodução, tendo em vista a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

Há poucos anos, dizia-se que só se podia concluir com certeza quanto aos casos de exclusão de paternidade. Atualmente, considera-se que o resultado positivo de paternidade é tão seguro quanto sua exclusão. A genética avança em velocidade acelerada. Os exames até pouco tempo tidos como

modernos e eficazes, ainda praticados em nosso país de permanentes dificuldades econômicas para as classes menos favorecidas, exames de sistemas sanguíneos, ABO, MN, RH e o sistema HLA, perderam muito de seu interesse com a descoberta, na década de 1980, do polimorfismo genético, que se transmite hereditariamente (DNA). O sistema *Human Lymphocyte Antigen* (HLA) estabelece margens de acerto entre 96 e 99,9%. Essa técnica fundamenta-se no estudo de certas proteínas antigênicas codificadas no sexto par de cromossomos. Essas proteínas transmitem-se segundo as leis de Mendel.

A mais recente técnica do DNA, de múltiplas aplicações na medicina legal, tem a grande vantagem de compreender a individualidade biológica diretamente do código genético. Essa é a sigla do ácido desoxirribonucleico, uma molécula biológica complexa existente no núcleo das células, cujas principais funções são determinar a estrutura proteica e codificar a informação genética. A técnica permite o exame com muito pouco material genético, sendo suficiente um pouco de saliva, sangue ou um fio de cabelo. Os cientistas são, porém, cautelosos, afirmando que não é possível a conclusão absoluta da paternidade, embora se atinja a porcentagem de mais de 99% de certeza. O grau maior ou menor de probabilidades de paternidade depende do número de testes e da amplitude do mapa genético utilizado. Assim, analisando-se as sequências do DNA, pode-se estabelecer com exatidão a herança genética, superando-se as margens de dúvida do exame de HLA. Para averiguação de paternidade, os materiais genéticos do suposto pai, da mãe e do filho são analisados. Com isso, são obtidas bandas que compõem a impressão digital do DNA, para cada indivíduo. Desde que obtido material adequado, é possível a identificação de natimortos, fetos, cadáveres. Devido à extrema distinção de sua estrutura, a possibilidade de encontrar, ao acaso, duas pessoas com a mesma impressão genética é de uma em trinta bilhões, o que torna virtualmente impossível a coincidência (Diniz, 1999, v. 5:337).

No entanto, como adverte filosoficamente o mestre lusitano Eduardo dos Santos (1999:445):

“A nosso ver, por mais que se valore a prova biológica, não deve dispensar-se o concurso da prova convencional, a menos que o legislador queira, na filiação, estabelecer o estrito laço de sangue, desinteressando-se de todo e qualquer laço do coração, com todas más consequências familiares e sociais”.

Assim como na adoção, a paternidade deve ser vista como um ato de amor e desapego material, e não simplesmente como fenômeno biológico e científico, sob pena de revivermos odiosas concepções de eugenia que assolaram o mundo em passado não muito remoto. Nesse sentido a doutrina refere-se à paternidade socioafetiva. Várias legislações já nos dão exemplo disso ao admitir as consequências da paternidade à inseminação artificial com sêmen de terceiro, admitida pelo casal. Na inseminação heteróloga, autorizada pelo marido ou companheiro, a paternidade socioafetiva já estaria estabelecida no momento em que o pai concorda expressamente com a fertilização (Queiroz,

Essas disposições do Código de 2002 deverão merecer o crivo da jurisprudência, pois não são suficientemente claras. O inciso III do art. 1.597, ao presumir concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, traz à baila a necessidade de autorização do marido para essa fecundação, bem como o fato de a genitora estar na condição de viúva. Se casada com terceiro, é evidente que não se atende à intenção da lei e cria-se uma situação inusitada. O mesmo se diga no tocante aos embriões ditos excedentários do inciso IV.

Nas inseminações após a morte, o Código não tocou diretamente no direito hereditário dos seres assim gerados, pois para a sucessão continuam sendo herdeiros apenas aqueles vivos ou concebidos quando da morte.

O projeto do Estatuto das Famílias, como era de se esperar, busca alterar parcialmente o enfoque sobre essa matéria. O art. 73, II, faz presumir filhos “os havidos por fecundação artificial homóloga, desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor”. E o inciso III do mesmo artigo: “os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que realizada com prévio consentimento livre do marido ou do convivente, manifestado por escrito, e desde que a implantação tenha ocorrido antes do seu falecimento”. Esse texto é mais cuidadoso, ao falar de presunção apenas quando a fecundação ocorreu em vida do marido ou convivente, ao contrário do texto atual, totalmente aberto e descuidado em ponto tão delicado e sensível.

11.2.3 Biogenética e Paternidade

A ciência já avançou muito em matéria de fertilização assistida, em prol dos casais que padecem de infertilidade. Já nos referimos acerca da inseminação artificial homóloga e heteróloga. Entende-se inseminação como forma de fecundação artificial, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais. Vários são os métodos científicos para essa finalidade cujo estudo pertence à ciência biomédica. A inseminação artificial também é conhecida como concepção artificial, fertilização artificial, sementeira artificial, fecundação ou fertilização assistida (Scarpato, 1991:6). No Brasil, são utilizados todos os métodos proporcionados pela ciência biomédica internacional. Toda essa nova problemática levanta questões de ordem ética e moral que devem ser repensadas. Esse, talvez, o desafio mais crucial.

“Há inúmeras questões que decorrem dos avanços científicos no campo das ciências da vida que colocam determinados interesses diretamente em confronto com a dignidade da pessoa humana, diante dos receios de concretização de novas formas de discriminação, de escravidão, de prática de eugenia, enfim, da possibilidade de não se atender ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana” (Gama, 2003:127).

A inseminação homóloga pressupõe que a mulher seja casada ou mantenha união estável e que o sêmen provenha do marido ou companheiro. É utilizada em situações nas quais, apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc.).

A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de um doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência, recorre-se aos chamados bancos de espermatozoides, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos.

Questão primeira que se desloca para o campo jurídico é que se a inseminação heteróloga deu-se sem o consentimento do marido, este pode impugnar a paternidade. Se a inseminação deu-se com seu consentimento, há que se entender que não poderá impugnar a paternidade e que a assumiu. Nesse sentido se coloca o inciso V, do art. 1.597, do atual Código. A lei brasileira passa a resolver expressamente essa questão. A lei não esclarece ainda, porém, de que forma deve ser dada essa autorização. Por outro lado, a nova lei civil fala em “*autorização prévia*”, dando a entender que o ato não pode ser aceito ou ratificado posteriormente pelo marido, o que não se afigura verdadeiro.

No entanto, observam Gustavo A. Bossert e Eduardo A. Zannoni (1996:471), ao analisar o sistema argentino que também era omissivo, tal como nossa legislação anterior, que, se por um lado não pode o pai impugnar a paternidade nessa situação de consentimento de inseminação por terceiro, pode fazê-lo o filho, que poderá pretender o reconhecimento jurídico da paternidade biológica:

“Enquanto não existir norma legal específica sobre o ponto, no caso sob análise são aplicáveis as normas gerais do Código e, de conformidade com este, poderá o filho, conhecendo a origem da gestação, impugnar a paternidade do marido de sua mãe para, simultânea ou posteriormente, reclamar judicialmente o vínculo de filiação com o terceiro que deu o sêmen”.

A situação é tormentosa, exigindo posição do legislador, mormente no tocante às implicações do direito hereditário, sob pena de ser dificultada a doação de espermatozoides por terceiros, inviabilizando a tão desejada paternidade por grande número de casais. As singelas disposições enfocadas longe estão de dirimir essa questão que requer legislação detalhada. Importante, também, que se proteja com o anonimato o doador do sêmen, que deverá abrir mão de qualquer reivindicação de paternidade e também não poderá ser demandado a esse respeito. Eduardo A. Zannoni (1998, v. 2:527) recorda que Projeto preliminar da União Europeia dispõe que

“nenhuma relação de filiação poderá se estabelecer entre os doadores de gametas e o filho concebido como resultado da procriação. Nenhum procedimento por iniciativa do filho poderá ser dirigido contra um doador ou por este contra um filho”.

Essa norma deve ser urgentemente carreada para nossa legislação, de acordo com Projeto que está em tramitação que dispõe sobre a reprodução assistida (Projeto de Lei do Senado, nº 90, de 1999). Há, no entanto, em discussão inúmeros outros projetos. De acordo com o referido projeto nº 90, que se encontra em estado mais avançado de tramitação, os estabelecimentos que praticarem a reprodução assistida estarão obrigados a zelar pelo sigilo da doação, impedindo que doadores e usuários venham a conhecer reciprocamente suas identidades, zelando, da mesma forma, pelo sigilo absoluto das informações sobre a criança nascida a partir de material doado. Nesse projeto, abre-se, porém, a possibilidade de a pessoa gerada ter acesso às informações sobre sua geração em casos especificados em lei e quando houver razões médicas que tornem necessário o conhecimento genético. Estas últimas disposições são polêmicas. A nova lei deve examinar as várias técnicas possíveis de reprodução assistida, questão envolvendo a forma de consentimento do casal dentre tantos outros assuntos. Como se vê, o assunto ainda tateia na doutrina, visto que não há terreno seguro a ser trilhado nesse horizonte novo e vasto da ciência. Há necessidade de que invoquemos princípios éticos, sociológicos, filosóficos e religiosos para uma normatização da reprodução assistida.

Importante também que a lei determine que a procriação assistida somente seja permitida com expresse consentimento dos cônjuges e mediante a comprovação de necessidade, oportunidade e conveniência. O mais recente Código omitiu-se a esse respeito, perdendo oportunidade de legislar sobre questão tão crucial. O rigor da lei é importante nesse sentido para que a sociedade não venha enfrentar problemas de difícil solução ética e jurídica no futuro. Nesse sentido coloca-se a lei francesa de 29-7-1994. Como observa Jean Carbonnier (1999:213), o método de procriação artificial não pode ser admitido em razão de simples conveniência, mas como último remédio, quando a infertilidade for tecnicamente comprovada. Aguardava-se a iniciativa de nosso legislador do Código Civil, o qual, no entanto, preferiu omitir-se, abrindo valas para lei especial, para a instabilidade jurisprudencial ou para alterações serôdias na nova lei. O denominado “consentimento informado” será essencial e importante passo para a fertilização. Os cônjuges ou companheiros deverão concordar expressamente com o método a ser empregado, bem como com suas consequências.

A lei deverá restringir a reprodução assistida unicamente para situações permitidas nela, casos de infertilidade e quando todos os tratamentos possíveis para a reprodução natural tenham-se frustrado. Outro aspecto importante que o citado Projeto enfrenta é que essa reprodução assistida somente pode atribuir prole a quem ainda esteja em idade reprodutiva. A problemática destina-se basicamente à mulher. Essa modalidade de reprodução deve imitar a ordem natural e não deve conceder prole a quem já não mais está em idade de reproduzir, pois os problemas sociais decorrentes dessa atitude seriam imensos. Desse modo, não poderá ser autorizada a reprodução assistida quando a infertilidade decorrer da ultrapassagem da idade reprodutiva. Há exemplos dramáticos no estrangeiro que não devem repetir-se em nosso país.

Outra questão que a técnica genética cria diz respeito à fecundação extracorporal, que o Código

se refere como embriões excedentários, no inciso IV. Quando se busca a fecundação de embrião *in vitro*, a questão coloca-se no número plural de embriões que são obtidos por essa técnica. Apesar de tratar-se de uma técnica muito difundida e aplicada, traz o inconveniente de produzir embriões excedentes. Como existe um limite de embriões que podem ser transferidos para o útero, sempre restarão embriões excedentes que serão mantidos congelados. Não se deve atribuir direitos aos embriões obtidos dessa forma, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, quando então sim teremos um nascituro, com direitos definidos na lei. Essa questão, contudo, é altamente polêmica e implica variantes religiosas, científicas e morais. Essa vertente importante também consta do Projeto nº 90, o qual acrescenta que o tempo máximo de preservação de gametas e embriões deverá ser definido em regulamento. Muitas discussões e modificações ainda serão geradas nesse projeto de lei. De outro lado, é também importante que se legisle sobre as possibilidades e modalidades de descarte dos gametas e embriões.

Essa fecundação é possível por vários métodos, mediante a manipulação dos gametas, espermatozoides e óvulos. A técnica atual permite conservar por tempo considerável sêmen e óvulos para utilização posterior no processo de fertilização. Nessa situação, sêmen e óvulos podem ser doados ou vendidos. Assim, o embrião de um casal pode ser transferido para o útero de outra mulher, para possibilitar a gestação, impossível ou difícil na mãe biológica. Esse fenômeno traz à baila a questão ética, moral e jurídica das mães de aluguel ou mães sub-rogadas, conforme estas aceitem o encargo sob pagamento ou sob motivos altruístas. Essa matéria traz à baila a discussão sobre a declaração de maternidade ao lado da paternidade que a legislação também não contempla, colocando mais uma vez na berlinda o princípio *mater est*. Importa saber, em cada caso, se houve consentimento da mulher que cedeu seu útero e se reconheceu a maternidade alheia. O Código presume que os filhos concebidos pela modalidade homóloga, nessa forma, são concebidos na constância do casamento (inciso IV).

Também é possível que a mulher seja fecundada com sêmen de seu marido, após sua morte. O Código de 2002 reporta-se a essa hipótese no inciso III. O congelamento do sêmen abre essa possibilidade.⁹ No sistema do mais recente Código, o princípio geral sucessório é idêntico: “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (art. 1.799). Desse modo, os filhos concebidos, *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros. O atual código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800). Essas normas são insatisfatórias, como analisaremos em nossa obra sobre direito das sucessões.

Caio Mário da Silva Pereira (1996:117) observa, com propriedade, que, se mulher solteira, separada, divorciada ou viúva praticar livremente a inseminação artificial, não pode pretender identificar o doador anônimo do sêmen. A questão, porém, não é de deslinde tão simples com relação

ao filho assim concebido, pois há profundas consequências éticas, morais e psicológicas a serem consideradas. Essa situação de geração independente do filho pela mulher solteira não pode ser incentivada. Como conclui Eduardo A. Zannoni (1998, v. 2:521):

“O emprego da procriação humana artificial deve garantir a incondicionalidade da procriação do filho para ser atribuído exclusivamente a um pai e a uma mãe. No primeiro aspecto – incondicionalidade da procriação – exige que a técnica se aplique tão só para o fim de procriar, sem condicionar ou subordinar a procriação a outros fins ou interesses. Se isto ocorrer, a pessoa humana é considerada como meio e não como um fim em si, e isto menoscaba sua dignidade. No segundo aspecto – atribuição do filho exclusivamente a um pai e a uma mãe – significa que se deve recorrer a essas técnicas quando elas são requeridas por quem, não obstante a esterilidade de que padecem, está em condições de assumir a paternidade e a maternidade em razão de um posicionamento – matrimonial ou não – estável que, além de garantir ao filho um meio familiar adequado, não o exponha a situações de incerteza quanto à sua filiação”.

Desse modo, o ordenamento e a ética médica devem repelir a possibilidade de procriação artificial à mulher não casada ou não ligada à união estável. Essa proibição, aliás, já consta de projeto de lei sobre reprodução assistida, em trâmite no Congresso.

Quanto ao denominado contrato de gestação, as chamadas barrigas de aluguel, o movimento científico e legislativo internacional tem mostrado repulsa a qualquer modalidade de pagamento para essa atividade, quando não ao próprio fato. Há países, todavia, que admitem a prática e até mesmo a incentivam, como em parte dos Estados Unidos. A fecundação em ventre alheio somente deve ser admitida, em última *ratio*, por motivos de solidariedade e de afeto, da mesma forma que a doação de esperma. Nesse sentido já existem legislações, como a lei espanhola de 1988 (Bossert e Zannoni, 1996:475). Na ausência de norma, entre nós, um contrato oneroso dessa espécie deve ser considerado nulo, porque imoral seu objeto, e a obrigação dele decorrente pode ser considerada, quando muito, obrigação natural. É como conclui, por exemplo, Francisco Vieira Lima Neto, para quem o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher (In: Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito*, 2001:140). Acrescenta ainda o autor que o Código de Ética Médica passou a admitir a prática desde que os participantes estejam esclarecidos. Esse autor conclui como nós:

“embora o pacto não fira a moral e os bons costumes quando firmado em busca de objetivos nobres e altruísticos, é nulo porque ultrapassa os poderes decorrentes da liberdade contratual ao dispor de forma contrária à lei” (2001:144).

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se

admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa. Outra questão que nos deve preocupar é a clonagem de seres humanos, a qual deve ser em princípio vedada, autorizada unicamente em situações especialíssimas descritas em lei.

A futura legislação sobre biogenética e paternidade deverá ocupar-se, portanto, de muitos novos aspectos, nem sequer imaginados em passado próximo. Os aspectos preocupantes são, como se percebe, proeminentemente éticos.

11.3 AÇÃO DE FILIAÇÃO LEGÍTIMA

Embora não mais sejam feitas distinções acerca da origem da filiação, não fosse pelas repercussões patrimoniais, a condição de filiação legítima possui elevado conteúdo de ordem moral. Daí porque sempre persistirá o interesse de sua conceituação e definição jurídica.¹⁰

O presente Código coloca essa ação na titularidade do filho, para provar sua filiação, sem mais se reportar à filiação legítima. Qualquer que seja a situação da filiação, o filho terá legitimidade para buscar sua certeza, por via judicial (art. 1.606).¹¹ Este último artigo cuida da ação de prova de filiação, que não se confunde com a ação de investigação de paternidade. A ação do art. 1.606 só tem lugar nas hipóteses do mencionado art. 1.605, quando há falta ou defeito do termo de nascimento e quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, com veementes presunções da filiação indigitada. Nessa hipótese, poderá ficar afirmada a paternidade socioafetiva, independente de vínculos biológicos.

Da mesma forma, repete-se a regra de que, se a ação foi iniciada pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo (art. 1.606, parágrafo único). O Projeto nº 6.960 alarga a legitimidade dessa ação, atribuindo-a também ao pai e mãe biológicos. Na verdade, aqueles que acreditam ser os pais biológicos. O que se busca, modernamente, é estabelecer a correta relação de filiação, por todos os meios possíveis. O direito processual nunca pode ser óbice para tal.

O desiderato dessa ação, tal como colocada no ordenamento, é perseguir o estado de filho,

assim negado pelos pais. Embora a orientação constitucional do art. 227, § 6º, tenha imprimido linha que, à primeira vista, parece derogar o dispositivo, pode persistir interesse de ordem moral para a declaração de legitimidade. A norma deve ser vista com restrições, pois, como mencionamos, não é de ser permitida essa ação quando a filiação é oriunda de inseminação heteróloga autorizada pelo interessado, salvo para fins estritamente morais. A matéria, no entanto, é tormentosa.

Como notamos, a legitimação para essa ação personalíssima é do filho. O Projeto 6.960/2002 é que procura alargar essa situação. Somente surgirá a legitimação de seus herdeiros se o primeiro morrer menor ou incapaz. Isso significa que se o indigitado filho morreu capaz, sem propor a referida ação, ninguém mais poderá fazê-lo. Entende a lei que foi vontade presumida do filho falecido não dar andamento à questão pela via judicial, devendo assim ser respeitada sua vontade. Nesse caso, seus herdeiros não poderão substituí-lo. A ação competirá aos herdeiros do indigitado filho se este morreu menor ou incapaz. Entende a lei, acertadamente, que o incapaz não tinha como aferir da conveniência da propositura da ação.

Se o filho tiver iniciado a ação, falecendo ele em seu curso, poderão os herdeiros continuá-la, se não tiver sido julgado extinto o processo. Cuida-se, em princípio, das hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito. Não há que se falar em prescrição nessa ação, pois se trata de ação de estado.

É oportuno recordar que a ação para estabelecimento da correta filiação é imprescritível pelo atual Código. Assim, a qualquer tempo a paternidade pode ser contestada em juízo. Esse fenômeno atrai outro que diz respeito à chamada relativização da coisa julgada nesses casos. A sentença que estabelece uma filiação sempre poderá ser revista em prol da verdade real. Dos exíguos prazos do passado, passou-se ao outro extremo. Mas, em qualquer situação, o magistrado deverá sempre ter em conta a relação afetiva, que poderá suplantar a realidade genética.

O Projeto do Estatuto das Famílias abre a possibilidade de o filho não registrado ou não reconhecido ajuizar a qualquer tempo investigação de paternidade ou maternidade, biológica ou socioafetiva (art. 75).

11.3.1 Ação Negatória de Maternidade

Nada impede que seja ajuizada ação para impugnar a maternidade. Nesse caso, o interesse do agente é provar que não é filho da mulher que consta como sendo sua mãe. Embora não exista mais discriminação sobre a natureza da filiação, pode persistir o interesse por essa ação, de natureza sucessória, por exemplo, para atacar o vínculo da maternidade, que também é denominada impugnação de legitimidade.

Várias são as situações que podem determinar a ação, como, por exemplo, troca de bebês na maternidade, falsidade instrumental ou ideológica no registro de nascimento, defeito material no registro etc. Essa ação, assim como todas as outras que visam alterar, constituir ou declarar um

¹ V. Lei nº 11.789, de 2 de outubro de 2008 (Proíbe a inserção nas certidões de nascimento e de óbito de expressões que indiquem condição de pobreza ou semelhantes e altera as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos e 8.935, de 18 de novembro de 1994).

V. Lei nº 11.790, de 2 de outubro de 2008 (Altera o art. 46 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 – Lei de Registros Públicos, para permitir o registro da declaração de nascimento fora do prazo legal diretamente nas serventias extrajudiciais, e dá outras providências).

² Assim dispunha o art. 340 do antigo Código:

“A legitimidade do filho concebido na constância do casamento, ou presumido tal (arts. 337 e 338), só se pode contestar provando-se: I – que o marido se achava fisicamente impossibilitado de coabitar com a mulher nos primeiros 121 (cento e vinte e um) dias, ou mais, dos 300 (trezentos) que houverem precedido ao nascimento do filho; II – que a esse tempo estavam os cônjuges legalmente separados”.

O art. 341 complementava, estatuinto que não valeria o motivo do art. 340, II, se os cônjuges houvessem convivido algum dia sob o teto conjugal. O termo *coabitação*, utilizado pelo legislador, como vimos, é eufemismo para referir-se a relações sexuais. Para o fim de se contestar a legitimidade de filho nessas condições, impunha-se que o marido comprovasse a impossibilidade física ou material de o casal manter relação sexual. Examinam-se os exemplos no caso concreto: o casal estava afastado em razão de viagem; o marido estava acometido transitoriamente de moléstia que impedia as relações sexuais etc. A propósito, o art. 342 complementava que, somente se for absoluta, a impotência vale para sustentar alegação contra a legitimidade do filho. O fato de o marido provar que estava impotente quando do momento da concepção não implicava negativa da paternidade. Daí porque, nesse caso, o exame da prova devia ser cuidadoso para excluí-la. A questão do afastamento ou separação material do homem e da mulher também não implica, por si só, impossibilidade de filiação, se levada em consideração a possibilidade de inseminação artificial, fenômeno que traz nova caudal de problemas em sede de paternidade, como veremos.

³ Quando o filho nascia logo após o casamento, ou seja, antes dos 180 dias após o casamento, o pai podia contestar sua paternidade, salvo se livremente tinha ciência da gravidez da mulher à época das núpcias ou se assistira à lavratura do registro de nascimento, sem contestar a paternidade (art. 339). Nessas situações, o pai reconhecia implícita ou explicitamente a paternidade.

⁴ “Agravado interno no agravo em recurso especial – Ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil – Acórdão em sintonia com o entendimento firmado no STJ – Súmula 83 do STJ – Agravo interno não provido – 1- O STJ sedimentou o entendimento de que ‘em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafeti-

vas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012). 2- Não merece reparos a decisão hostilizada, pois o acórdão recorrido julgou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior. No caso concreto, as razões recursais encontram óbice na Súmula 83 do STJ, que determina a pronta rejeição dos recursos a ele dirigidos, quando o entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem estiverem em conformidade com a jurisprudência aqui sedimentada, entendimento aplicável também aos recursos especiais fundados na alínea ‘a’ do permissivo constitucional. 3- Agravo interno não provido” (STJ – AGInt-AG-REsp 697.848 – (2015/0091435-2), 13-9-2016, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“Apelação cível. **Ação negatória de paternidade c/c declaratória de ato jurídico ajuizada pelos avós paternos após o falecimento do suposto genitor.** Processo extinto sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa. Preliminar de cerceamento de defesa afastada. Impugnação de paternidade de filha nascida na constância do casamento. Ação privativa do marido. Exegese do art. 1.601 do Código Civil. Ilegitimidade ativa configurada. Recurso desprovido. I – Não há falar em cerceamento de defesa em razão da não produção de provas quando verificado que o feito foi extinto com base na ilegitimidade ativa, que pode ser declarada

em qualquer fase processual. II – Consoante disposição contida no art. 1.601 do Código Civil, cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, somente possibilitando-se que seus herdeiros figurem no polo ativo da lide acaso já ajuizada a ação pelo legitimado. Desse modo, evidente a ilegitimidade ativa dos avós paternos para ajuizamento de ação negatória de paternidade, mormente quando baseada em meras desconfiças de infidelidade da genitora (cônjuge do falecido). Ademais, ainda que se cogitasse a ausência de vínculo biológico, observando-se que entre o nascimento e morte do suposto genitor transcorreram 9 anos, sem qualquer impugnação, exsurge evidente a existência da paternidade socioafetiva, que deve ser preservada” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2009.038105-5, 30-9-2012, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

“**Processual civil.** Civil. Recurso especial. Registro civil. Anulação pedida por pai biológico. Legitimidade ativa. Paternidade socioafetiva. Preponderância. 1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativa à filiação. 2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe. 3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família. 4. 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. 5. 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. 6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar 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. 7. Recurso especial provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.087.163 – RJ, 18-8-2011, Rel. Min. Nancy Andriighi).

De acordo com o inciso II do art. 340 do antigo diploma civil, o marido também podia contestar a paternidade se, à época da concepção, estava legalmente separado da mãe. Desse modo, a separação só preencheria o requisito da presunção, se fosse legal e não simples separação de fato. Devia ficar entendido, nessa dicção, que também a separação de corpos era idônea para esse fim (art. 223 do Código Civil anterior e art. 7º, § 1º, da Lei nº 6.515/77). Na hipótese de separação de fato, o marido deveria provar, quando muito, a impossibilidade física de coabitação, de acordo com o inciso I, o que é muito mais complexo. A disposição não fazia muito sentido, mesmo sob a epígrafe do Código de 1916, mormente se já existisse separação de fato inconcussa de muitos anos. Suprimido esse dispositivo no atual Código, leva-se em conta a impotência *generandi* de ambos os cônjuges para essa hipótese, de acordo com o art. 1.599, ao qual já nos reportamos.

Também não se sustentava logicamente, como apontamos, o exíguo prazo de dois meses para essa ação, contados do nascimento, se era presente o marido (art. 178, § 3º) ou de três meses se o marido achava-se ausente, ou lhe ocultaram o nascimento, contado o prazo do dia de sua volta à casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do fato, no segundo (art. 178, § 4º).

“Direito civil – Família – Apelação Cível – **Ação negatória de paternidade** – Exame de DNA – Retificação de registro de nascimento – Resultado Negativo – Ausência de vício de consentimento – Improcedência do pedido – 1 – O resultado negativo de paternidade do exame de DNA, por si só, não tem o condão de excepcionar a regra do art. 1.604 do CC, a qual permite a alteração do assento de nascimento somente nos casos de erro ou falsidade do registro; 2 – Ausente prova do vício de consentimento, o registro civil não está sujeito à alteração; 3 – Recurso desprovido” (TJAP – Ap 0012653-51.2015.8.03.0001 – (81193), 2-5-2016, Rel. Des. Raimundo Vales).

“Recurso especial – Civil e processual civil – medida cautelar inominada e ação anulatória de partilha – Filiação contestada pelos irmãos – Exame de DNA – Resultado Negativo – Ilegitimidade ativa *ad causam* reconhecida pelas instâncias ordinárias – Insurgência recursal do autor – Registro de nascimento – Presunção de veracidade – Pretensão de desconstituição de paternidade pelos coerdeiros – Inadequação da via eleita – Necessidade de ação própria fundada em erro ou fraude (anulação de registro civil) – Afeto como paradigma das relações familiares – Filiação reconhecida – Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido – Trata-se de medida cautelar inominada, proposta com o intuito de se determinar a indisponibilidade dos bens imóveis objeto do inventário de Francisco Reinaldo de Moura, tendo em vista a omissão na indicação do autor, como herdeiro, nos autos do procedimento de arrolamento. Processo extinto, sem o julgamento do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa.

Provimento mantido em sede de apelação. 1 – A alegada ofensa ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal não merece ser discutida em sede de recurso especial, porquanto o exame de ofensa a Dispositivo Constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, inciso III, *a*, da Constituição. 2 – Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, ‘A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil’. Assim, o estado de filiação se comprova por meio da certidão de nascimento devidamente registrada no

Registro Civil, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada – Que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis. 2.1 A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria – Destinada à desconstituição do registro. 2.2 Jurisprudência e doutrina consagram a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Ademais, a filiação socioafetiva, a qual encontra respaldo no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também ‘parentescos de outra origem’, de modo a contemplar a socioafetividade. 2.3 As decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, ao desconstituírem o registro de nascimento com base, exclusivamente, no exame de DNA, desconsideraram a nova principiologia, bem assim as regras decorrentes da eleição da afetividade como paradigma a nortear as relações familiares. 3 – Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, a fim de reconhecer a legitimidade ativa do recorrente e em consequência, determinar o prosseguimento do feito na origem” (STJ – REsp 1.128.539, (2009/0048999-7), 26-8-2015, Rel. Min. Marco Buzzi).

“Direito civil – Recurso especial – Família – Ação negatória de paternidade – **Anulação de registro de nascimento** – Ausência de vício de consentimento – Improcedência do pedido – Arts. 1.604 e 1.609 do Código Civil – 1 – Ação negatória de paternidade, ajuizada em 14-8-2006 – recurso especial concluso ao gabinete em 14-6-2013 – 2 – Discussão relativa à nulidade do registro de nascimento em razão de vício de consentimento, diante da demonstração da ausência de vínculo genético entre as partes. 3 – A regra inserta no *caput* do art. 1.609 do CC-02 tem por escopo a proteção da criança registrada, evitando que seu estado de filiação fique à mercê da volatilidade dos relacionamentos amorosos. Por tal razão, o art. 1.604 do mesmo diploma legal permite a alteração do assento de nascimento excepcionalmente nos casos de comprovado erro ou falsidade do registro. 4 – Para que fique caracterizado o erro, é necessária a prova do engano não intencional na manifestação da vontade de registrar. 5 – Mesmo que não tenha ficado demonstrada a construção de qualquer vínculo de afetividade entre as partes, no decorrer de mais de 50 anos, a dúvida que o recorrente confessa que sempre existiu, mesmo antes da criança nascer, de que ele era seu filho, já é suficiente para afastar a ocorrência do vício de consentimento – Erro – No momento do registro voluntário. 6 – No entendimento desta Corte, para que haja efetiva possibilidade de anulação do registro de nascimento, é necessária prova robusta no sentido de que o pai foi de fato induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto. 7 – Recurso especial desprovido” (STJ – REsp 1.433.470 (2013/0188242-4), 22-5-2014, Rel^a Min^a Nancy Andriighi).

“Direito civil. Recurso especial. Família. Criança e adolescente. Ação de anulação de registro de nascimento. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido. 1. A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. 2. O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho. 3. As alegações do recorrido de que foi convencido pela mãe do menino a registrá-lo como se seu filho fosse e de que o fez por apreço a ela não configuram erro ou qualquer outro vício do consentimento, e, portanto, não são, por si só, motivos hábeis a justificar a anulação do assento de nascimento, levado a efeito por ele, quatro anos antes, quando, em juízo, voluntariamente reconheceu ser o pai da criança, embora sabendo não sê-lo. 4. Recurso especial conhecido e provido” (STJ – REsp 1229044/SC, 13-6-2013, Rel^a Min. Nancy Andriighi).

“Apelação cível – **Anulação de registro de nascimento** – Legitimidade do registrado – Recurso provido – 1 – Com efeito, o artigo 1.604 do Código Civil estabelece que Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro. 2 – Da exegese do dispositivo acima verifica-se que a anulação do registro é permitida tão somente nos casos de exceção, quando ocorra erro ou falsidade do próprio registro, assim como no vício de consentimento. 3 – Compulsando os autos de forma detalhada, observa-se que a ação versa sobre anulação de registro de nascimento, com possível comprovação de ocorrência de erro, em razão do exame de DNA apresentado na inicial, demonstrando a filiação do apelante em

nome de terceiro, estranho ao constante no registro. Dessa maneira, resta patente a legitimidade ativa do registrado, ora recorrente, para o pleito. 4 – Apelo conhecido e provido” (TJCE – Ap. 30682-83.2006.8.06.0001/1, 5-9-2012, Rel. Des. Carlos Alberto Mendes Forte).

8 “Direito civil – Família – **Ação negatória de maternidade** – Registro de nascimento mediante fraude – Necessidade de instrução probatória mais aprofundada – Filiação socioafetiva não demonstrada – Sentença cassada – 1- O reconhecimento de filiação pela chamada adoção à brasileira, como ato jurídico consolidado no registro de nascimento, só deve ser anulado se houver comprovação de que foi realizado mediante vício resultante de erro, dolo, coação, simulação ou fraude. Isso porque, nos casos de reconhecimento de filho, o ato jurídico *stricto sensu* não pode ficar exposto ao humor de quem anuiu livre e conscientemente com ele, nem ao sabor da sorte dos relacionamentos conjugais. 2- A sentença deve ser cassada para que a instrução probatória esclareça a existência de vínculo afetivo entre a adotante e o menor e se o ato de registro foi realmente maculado por vício de consentimento. 3- Recursos conhecidos e providos” (TJDFT – Proc. 20110910161273 – (919367), 15-2-2016, Relª Desª Leila Arlanch).

“Direito civil – Apelação cível – **Pedido de justificação de nascimento** – Mãe em local incerto e não sabido – Inclusão do nome da genitora – Possibilidade – Aplicabilidade do artigo 1.605 do Código Civil combinado com o artigo 109 da Lei 6.015/73 – Recurso conhecido e não provido – Sentença mantida. 1. Pode o juiz determinar a inclusão do nome da mãe no registro civil de nascimento dos filhos estando esta em local incerto e não sabido, desde que exista ‘começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente ou quando existem veementes presunções resultantes de fatos já certos’, conforme estabelecem os incisos I e II do artigo 1.605 do Código Civil. 2. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida” (TJCE – Acórdão Apelação Cível 112095200580600551, 14-10-2012, Rel. Des. Francisco Barbosa Filho).

9 No sistema de 1916, não vigoraria, nesse caso, a presunção de paternidade se o nascimento se desse após os 300 dias da morte do marido (art. 338, II). Sem disposição legal específica, caberia ao filho ingressar com ação de investigação de paternidade. Ademais, esse filho, aplicando-se textualmente a lei, não poderia ser considerado herdeiro do pai, porque não vivia nem fora concebido quando da abertura da sucessão.

10 Sob essa vertente, dispunha o art. 350 do Código de 1916: “*A ação de prova da filiação legítima compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor, ou incapaz*”. Complementava o art. 351, estatuinto que, “*se ação tiver sido iniciada pelo filho, poderão continuá-la os herdeiros, salvo se o autor desistiu, ou a instância foi perempta*”.

11 “Agravamento regimental. Apelação cível. Decisão monocrática. Ação de investigação de paternidade. Ausência de intimação do Ministério Público. Manifestação da procuradoria de justiça. Inexistência de prejuízo. **Ação personalíssima. Legitimidade ativa dos filhos.** Ausência de fatos novos a justificar o pedido de reconsideração. I – Em se tratando de matéria a cujo respeito é dominante o entendimento no respectivo tribunal ou nos tribunais superiores (STF e STJ), veiculado em súmula ou jurisprudência, o relator está autorizado, com lastro no *caput* e § 1º-a do art. 557 do CPC, negar seguimento ou dar provimento de plano ao recurso, permissividade que não implica em ofensa aos princípios do devido processo legal, recorribilidade e duplo grau de jurisdição. II – Ausentes prejuízos aos interesses do tutelado, não se há falar em nulidade do feito pela ausência de intervenção do Ministério Público em 1º grau, notadamente quando não alegada qualquer nulidade pelo órgão ministerial em segunda instância. III – A legitimação ativa é do filho e, por isto, se diz personalíssima a ação investigatória. É ele quem tem direito à proclamação de seu *status*, e somente ele tem o *ius actionis*. Por maior que seja o interesse, jurídico ou moral, de outrem, falta-lhe, contudo, o poder de agir. IV – Inexistindo fundamento ou fato novo capaz de conduzir o julgador a nova convicção, nega-se provimento ao agravo regimental. Agravo regimental conhecido, mas improvido” (TJGO – AgRg 201290369127, 28-8-2013, Relª Desª Amelia Martins de Araujo).

“Apelação cível – Família – **Ação declaratória de paternidade** – Indeferimento da inicial – Dicação dos arts. 267, I e 295, III, do CPC – Extinção do feito sem resolução do mérito na origem – I – Justiça gratuita – Declaração de necessidade – Presunção *juris tantum* – Deferimento – II – Preliminar – Demanda ajuizada contra ‘pai registral’ – Interesse processual – Carência de ação – Inocorrência – Busca da ancestralidade – Direito da personalidade – Investigação da origem genética – Utilidade do provimento jurisdicional verificada – Sentença reformada – Recurso provido – I – Havendo nos autos declaração de pobreza firmada pelo apelante, cujo teor não é suplantado por prova em sentido contrário, impõe-se o deferimento do benefício da justiça gratuita. II – Revela-se útil e, sobretudo, necessário o provimento jurisdicional de natureza declaratória, cujo objetivo é garantir ao filho, por meio de exame pericial, a descoberta da verdade biológica, de modo a aferir se o seu ‘pai registral’ é, também, seu genitor. – A busca origem genética consubstancia direito personalíssimo albergado pelos arts. 5º e 226 da Constituição da República e, recentemente, pelo art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com redação dada pela Lei 12.010/09, motivo por que a pretensão

declaratória de paternidade ora veiculada não pode falecer no campo árido das condições da ação, sob pena de solapar o direito do autor de esclarecer a sua ancestralidade” (TJSC – Acórdão 2009.055155-9, 30-3-3011, Rel. Des. Henry Petry Junior).

“Direito civil. Família. **Ação de declaração de relação avoenga. Busca da ancestralidade. Direito personalíssimo dos netos.** Dignidade da pessoa humana. Legitimidade ativa e possibilidade jurídica do pedido. Peculiaridade. Mãe dos pretensos netos que também postula seu direito de meação dos bens que supostamente seriam herdados pelo marido falecido, porquanto premorto o avô. – Os direitos da personalidade, entre eles o direito ao nome e ao conhecimento da origem genética são inalienáveis, vitalícios, intransmissíveis, extrapatrimoniais, irrenunciáveis, imprescritíveis e oponíveis *erga omnes*. – Os netos, assim como os filhos, possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, de pleitear declaratória

de relação de parentesco em face do avô, ou dos herdeiros se premorto aquele, porque o direito ao nome, à identidade e à origem genética estão intimamente ligados ao conceito de dignidade da pessoa humana. – O direito à busca da ancestralidade é personalíssimo e, dessa forma, possui tutela jurídica integral e especial, nos moldes dos arts. 5º e 226, da CF/88. – O art. 1.591 do CC/02, ao regular as relações de parentesco em linha reta, não estipula limitação, dada a sua infinitude, de modo que todas as pessoas oriundas de um tronco ancestral comum, sempre serão consideradas parentes entre si, por mais afastadas que estejam as gerações; dessa forma, uma vez declarada a existência de relação de parentesco na linha reta a partir do segundo grau, esta gerará todos os efeitos que o parentesco em primeiro grau (filiação) faria nascer. – A pretensão dos netos no sentido de estabelecer, por meio de ação declaratória, a legitimidade e a certeza da existência de relação de parentesco com o avô, não caracteriza hipótese de impossibilidade jurídica do pedido; a questão deve ser analisada na origem, com a amplitude probatória a ela inerente. – A jurisprudência alemã já abordou o tema, adotando a solução ora defendida. Em julgado proferido em 31/1/1989 e publicado no periódico jurídico NJW (Neue Juristische Woche) 1989, 891, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfG) afirmou que ‘os direitos da personalidade (Art. 2 Par. 1º e Art. 1º Par. 1º da Constituição Alemã) contemplam o direito ao conhecimento da própria origem genética’ – Em hipótese idêntica à presente, analisada pelo Tribunal Superior em Dresden (OLG Dresden) por ocasião de julgamento ocorrido em 14 de agosto de 1998 (autos nº 22 WF 359/98), restou decidido que ‘em ação de investigação de paternidade podem os pais biológicos de um homem já falecido serem compelidos à colheita de sangue’. – Essa linha de raciocínio deu origem à reforma legislativa que provocou a edição do § 372a do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) em 17 de dezembro de 2008, a seguir reproduzido (tradução livre): ‘§ 372a Investigações para constatação da origem genética. I. Desde que seja necessário para a constatação da origem genética, qualquer pessoa deve tolerar exames, em especial a coleta de amostra sanguínea, a não ser que o exame não possa ser exigido da pessoa examinada. II. Os §§ 386 a 390 são igualmente aplicáveis. Em caso de repetida e injustificada recusa ao exame médico, poderá ser utilizada a coação, em particular a condução forçada da pessoa a ser examinada.’ – Não procede a alegada ausência de provas, a obstar o pleito deduzido pelos netos, porque ao acolher a preliminar de carência da ação, o TJ/RJ não permitiu que a ação tivesse seguimento, sem o que, não há como produzir provas, porque não chegou o momento processual de fazê-lo. – Se o pai não propôs ação investigatória quando em vida, a via do processo encontra-se aberta aos seus filhos, a possibilitar o reconhecimento da relação avoenga; exigem-se, certamente, provas hábeis, que deverão ser produzidas ao longo do processo, mas não se pode despojar do solo adequado uma semente que apresenta probabilidades de germinar, lançando mão da negativa de acesso ao Judiciário, no terreno estéril da carência da ação. – O pai, ao falecer sem investigar sua paternidade, deixou a certidão de nascimento de seus descendentes com o espaço destinado ao casal de avós paternos em branco, o que já se mostra suficiente para justificar a pretensão de que seja declarada a relação avoenga e, por consequência, o reconhecimento de toda a linha ancestral paterna, com reflexos no direito de herança. – A preservação da memória dos mortos não pode se sobrepor à tutela dos direitos dos vivos que, ao se depararem com inusitado vácuo no tronco ancestral paterno, vêm, perante o Poder Judiciário, deduzir pleito para que a linha ascendente lacunosa seja devidamente preenchida. – As relações de família tal como reguladas pelo Direito, ao considerarem a possibilidade de reconhecimento amplo de parentesco na linha reta, ao outorgarem aos descendentes direitos sucessórios na qualidade de herdeiros necessários e resguardando-lhes a legítima e, por fim, ao reconhecerem como família monoparental a comunidade formada pelos pais e seus descendentes, inequivocamente movem-se no sentido de assegurar a possibilidade de que sejam declaradas relações de parentesco pelo Judiciário, para além das hipóteses de filiação. – Considerada a jurisprudência do STJ no sentido de ampliar a possibilidade de reconhecimento de relações de parentesco, e desde que na origem seja conferida a amplitude probatória que a hipótese requer, há perfeita viabilidade jurídica do pleito deduzido pelos netos, no sentido de verem reconhecida a relação avoenga, afastadas, de rigor, as preliminares de carência da ação por ilegitimidade de parte e impossibilidade jurídica do pedido, sustentadas pelos herdeiros do avô. – A respeito da mãe dos supostos netos, também parte no processo, e que aguarda possível meação do marido ante a pré-morte do avô dos seus filhos, segue mantida, quanto a ela, de igual modo, a legitimidade ativa e a possibilidade jurídica do pedido, notadamente

porque entendimento diverso redundaria em *reformatio in pejus*. Recurso especial provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 807.849 – RJ, 24-3-2010, Rel. Min. Nancy Andrighi).

“**Ação de reconhecimento de paternidade com pedido de retificação de registro público.** Pretensão de anulação de registro civil e de reconhecimento da paternidade. Sentença que aplicou o disposto na Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça após a negativa da genitora em submeter a criança a exame de dna. Preliminar de cerceamento de provas testemunhais afastada. Demanda de cunho personalíssimo do filho. Código Civil de 2002, art. 1.606. Pleito de manutenção do registro civil da infante em nome de pai registral. Paternidade socioafetiva comprovada. Observância ao melhor interesse da criança. Recurso provido” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2010.064573-3, 21-6-2011, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

12 Leitura Complementar – Legitimação no Código de 1916.

Os arts. 352 a 354 do Código anterior dispunham acerca da legitimação. A matéria perdeu importância após a edição do art. 227, § 6º da Constituição, que equiparou os filhos, inde-

pendentemente da origem, de modo que é perfeitamente sustentável a revogação desses dispositivos. Tanto assim é que Caio Mário da Silva Pereira (1996:182) anota que seu estudo, atualmente, possui mero caráter histórico. De qualquer forma, persiste o interesse doutrinário: a legitimação guarda a noção central segundo a qual se trata de efeito importante do casamento. A legislação atual não permite qualquer referência ou discriminação sobre o nascimento, antes ou após o casamento. Nesse sentido, a Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, discorre a respeito dessa questão:

“Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes”.

Há, portanto, uma diferença enorme de tratamento dessa matéria no Direito atual, com relação à redação primitiva do Código Civil anterior. O sistema revogado partia da ideia da necessidade de ser apagada a irregularidade originária do nascimento do filho pelo casamento, fazendo-nos então supor que ele sempre fora legítimo.

O casamento, tradicionalmente, legitimava os filhos havidos anteriormente ou concebidos em seu curso (art. 353, do antigo Código). A legitimação, portanto, partia de dois pressupostos: a existência de filhos concebidos ou nascidos em época na qual seus pais não se tinham casado e o casamento dos pais. O art. 352 disciplinava que os filhos legitimados estavam equiparados aos legítimos. Ainda, o art. 354 estatuiu que a legitimação dos filhos falecidos aproveitava aos seus descendentes. Essa legitimação, se levada em conta a ideia original, operava, por ficção, automaticamente, tão só pelo casamento dos pais, sem qualquer outra formalidade, autorizando-se, de ofício, as devidas averbações no registro civil. Com a Constituição de 1988, ademais, não mais há controvérsia, como no passado, acerca da legitimação de filhos adulterinos. Pode persistir, porém, o interesse no assunto, que se fará mediante averbação no Registro Civil (art. 29, § 1º, letra c da Lei nº 6.015/73). A propósito, nas certidões do registro civil, não será mencionada a circunstância de ser legítima ou não a filiação, salvo a requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial (art. 227, § 6º da Constituição de 1988 e art. 6º, § 1º da lei nº 8.560/92). A legitimação era, portanto, o meio jurídico para fazer desaparecer a ilegitimidade originária mediante o casamento dos pais. No Direito Romano, o instituto surgira como uma das formas para combater o concubinato *per subsequens matrimonium*. No velho direito também eram conhecidas outras modalidades de legitimação, como, por exemplo, por testamento, que chegou até a era atual. Em nosso sistema anterior ao Código Civil de 1916, podiam ser legitimados por subsequente matrimônio válido os filhos naturais e os adulterinos. Os filhos incestuosos somente podiam ser legitimados por força do casamento putativo. Ainda que extinto o instituto sob o ponto de vista legal, o casamento subsequente dos pais tem efeito retroativo, no sentido de que os filhos respectivos serão considerados como fruto dessa união.

FILIAÇÃO FORA DO CASAMENTO

12.1 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Já enfatizamos que a Constituição Federal de 1988 equiparou os filhos, proibindo as discriminações presentes no Código Civil anterior e em leis complementares. Fizemos referência, no Capítulo 11, à conceituação de filhos naturais, espúrios, incestuosos e adulterinos. No entanto, apesar da igualdade de direitos já estabelecida em lei, os filhos havidos fora do casamento não gozam da presunção de paternidade outorgada aos filhos de pais casados entre si. Por uma questão de lógica e equilíbrio do sistema, não poderia ser de outra forma.

Lembre-se, de outro lado, de que a atribuição de maternidade e paternidade são independentes; pode-se provar a maternidade sem que isso ocorra com a paternidade. Os filhos havidos fora do casamento necessitam de reconhecimento, que pode resultar de ato de vontade dos pais ou de ato coativo, resultante de decisão judicial. Ainda que o sistema tenha atualmente simplificado esse reconhecimento, persiste essa distinção, que decorre da Lógica: não há como se presumir legalmente a paternidade se não há casamento dos pais.

O Direito Romano não nos serve de paradigma nessa matéria. Estando a filiação diretamente relacionada com o culto doméstico, o filho de mulher que não professasse esse culto não podia ser admitido na família. A única forma de o filho natural ser admitido no meio familiar era pela adoção, instrumento utilizado com certa frequência para essa finalidade. Somente com a codificação de Justiniano o filho natural passa a ter direitos de ordem sucessória, ainda que limitados. O Cristianismo sempre foi muito rigoroso com a situação dos filhos bastardos, utilizando-se deles para punir as relações espúrias dos pais. Essa tendência restritiva chega até nossa época, e somente são vencidas as últimas resistências entre nós com a Constituição de 1988.

No sistema derogado do Código Civil de 1916, os filhos naturais podiam ser reconhecidos em conjunto ou separadamente pelos pais. Dispõe o art. 1.607 do Código de 2002: “*O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente.*” Esse reconhecimento deve ser entendido de forma ampla, uma vez que desapareceu por completo a impossibilidade de reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos. A respeito destes, longo foi o caminho legislativo para permitir seu reconhecimento e igualdade de direitos.

O art. 358 do Código de 1916 era peremptório ao proibir o reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos. Esse dispositivo foi revogado pela Lei nº 7.841/89. No entanto, já pela Lei nº 4.737/42 permitira-se o reconhecimento voluntário ou coativo de filho havido fora do matrimônio,

após o desquite. A interpretação desse diploma estendeu a possibilidade de reconhecimento para os filhos adulterinos em geral. A Lei nº 883/49, um marco no direito de filiação entre nós, permitiu o reconhecimento do filho adulterino, após a dissolução da sociedade conjugal, atribuindo-lhe direito sucessório mitigado. Essa lei permitiu, no art. 4º, que o filho nessas condições pudesse acionar o indigitado pai, em segredo de justiça, para obter alimentos, dispensando-se a propositura da ação de investigação de paternidade após dissolvida a sociedade conjugal, ressalvada a possibilidade de impugnação pelos interessados.

Persistia, porém, a dificuldade do reconhecimento do filho adulterino *a matre*, uma vez que para essa impugnação era necessária a contestação oportuna do marido, nos exíguos prazos de dois meses, contados do nascimento (art. 178, § 3º), ou em três meses quando o marido se achava ausente ou lhe ocultaram o nascimento, contado esse prazo do retorno ao lar conjugal na primeira hipótese, ou da data do conhecimento do nascimento, na segunda (art. 178, § 4º, I). Essa ação contestatória é privativa do marido. Os filhos incestuosos não podiam ser reconhecidos.

Quanto ao direito hereditário proveniente do progenitor, a Lei nº 883/49 atribuíra direito integral ao filho reconhecido sob suas normas se fosse o único da classe dos descendentes, a menos que tivesse morrido sem testamento e fosse casado pelo regime de separação de bens (art. 2º). Nessa hipótese, se fosse o único descendente, herdava a metade dos bens, cabendo-lhe igual quinhão se concorria com filhos legítimos ou legitimados. A discriminação era ainda evidente. A Lei nº 6.515/77 alterou a redação do dispositivo para atribuir herança em igualdade de condições, qualquer que fosse a natureza da filiação.

A igualdade de direitos dos filhos, independentemente de sua origem, tal como fixada na atual ordem constitucional, representa o último estágio da problemática e traduz tendência universal. Desse modo, derrogam-se todos os dispositivos do sistema que façam distinção da natureza da filiação, ainda que essa revogação não tenha sido expressa. Assim, muitos artigos do Código Civil de 1916, do Estatuto da Criança e do Adolescente e de outros diplomas perderam eficácia. A possibilidade do reconhecimento do estado de filiação faz-se sem qualquer restrição. Assim, por exemplo, no art. 363, do velho Código, que se referia à possibilidade de os filhos ilegítimos demandarem o reconhecimento de filiação, não se admitia mais a restrição aos incestuosos, que na redação original estavam impossibilitados de ingressar com a ação.¹

Acentuemos que a resistência à equiparação de direitos dos filhos havidos fora do matrimônio foi generalizada no direito comparado. Sua evolução representa a própria evolução da sociedade ocidental. No século XIX, especificamente, foi grande a disparidade de tratamento aos filhos naturais, ora permitindo-se, ora restringindo-se seu reconhecimento e respectivos efeitos. O século XX conheceu a grande evolução dos direitos de filiação com a crescente proteção aos filhos ilegítimos. Nessa senda, nosso ordenamento não se coloca diferentemente dos sistemas estrangeiros; aqui como alhures, os filhos naturais foram galgando paulatinamente os vários degraus jurídicos até obterem a plenitude de direitos. Digno de nota é mencionar a Carta Constitucional outorgada de

1937, que dispunha no art. 126:

“Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade com os legítimos, extensivos àqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais”.

Na época, houve tentativa de interpretação liberal desse dispositivo, entendendo-se que contemplava também os filhos adulterinos e incestuosos. No entanto, a aplicação ficou mesmo restrita aos filhos naturais, e a sociedade da época não estava preparada para saltos maiores em matéria de filiação espúria, direitos esses que iriam ser concedidos nas décadas seguintes. Com propriedade aponta Caio Mário da Silva Pereira (1997:41):

“A proteção concedida aos bastardos não envolve uma curva regular, mas, antes, é cheia de altos e baixos, de avanços e recuos. Quem se coloca, entretanto, numa posição de que possa abraçar em conjunto o panorama da situação dos filhos naturais nas diversas legislações e em tempos diferentes, percebe exatamente o sentido dessa evolução”.

A evolução da jurisprudência brasileira no decorrer do século XX é bastante esclarecedora e por si só preparou terreno para o legislador constitucional de 1988.

12.2 RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO

Cumprido, a esta altura de nosso estudo, analisar o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento ou ilegítimos, expressão de sentido lato e meramente didática que, como vimos, abrange os filhos naturais, adulterinos e incestuosos, não se podendo deixar de lado a filiação socioafetiva. Em que pese a igualdade de direitos de todos os filhos, de acordo com o art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, importa verificar como o sistema admite juridicamente a paternidade, porque o que estabelece o parentesco entre pai e mãe não casados e o filho é o ato de reconhecimento. Esse ato pode ser espontâneo ou coativo, gerando, é evidente, todo um complexo de direitos e obrigações. Na verdade, enquanto não houver reconhecimento, a filiação biológica é estranha ao direito. Toda a gama de direitos entre pais e filhos decorre do ato jurídico do reconhecimento. A cada ponto em que tocamos no tema, nunca é demais mencionar que a chamada paternidade socioafetiva deve passar a preocupar todos nossos estudos e julgados.

De plano, temos de fixar que existem duas modalidades de reconhecimento: o voluntário ou espontâneo e o judicial ou coativo. O reconhecimento é espontâneo quando alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho. O reconhecimento judicial decorre da sentença na ação de investigação de paternidade, na qual se reconhece que determinada pessoa é progenitor de outra.

Tradicionalmente, no sistema do Código Civil de 1916, a ação de investigação de paternidade, típica ação de estado, era promovida pelo filho, ou seu respectivo representante legal, contra o indigitado pai. A Lei nº 8.560/92, que analisamos neste capítulo, assimilando tendência do direito comparado, introduziu em nosso ordenamento nova modalidade de investigação de paternidade, com iniciativa atribuída ao juiz, que poderá ocorrer quando do assento de nascimento do infante constar apenas o nome da mãe e for indicado o presumido pai. Qualquer que seja a modalidade de reconhecimento, porém, seus efeitos são idênticos.

É importante adicionar que no mundo contemporâneo a origem genética da paternidade não significa mais direito à filiação. Quando há inseminação heteróloga, quando há adoção ou quando as circunstâncias apontam para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, o vínculo sanguíneo fica em absoluto segundo plano, para a ampla maioria dos efeitos jurídicos. Sob outras premissas, volta-se aos primórdios do direito romano, quando a consanguinidade não era importante.

Caso 4 – Investigação de paternidade – Retificação de registro civil

De plano, temos de fixar que existem duas modalidades de reconhecimento: o voluntário ou espontâneo e o judicial ou coativo. O reconhecimento é espontâneo quando alguém, por meio de ato e manifestação solene e válida, declara que determinada pessoa é seu filho. O reconhecimento judicial decorre da sentença na ação de investigação de paternidade, na qual se reconhece que determinada pessoa é progenitor de outra.

12.2.1 Reconhecimento Voluntário. Lei nº 8.560/92. Atual Código

O art. 355 do Código de 1916 dispunha que o filho ilegítimo podia ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente. O art. 357 acrescentava que o reconhecimento voluntário poderia ser feito no próprio termo do nascimento; por escritura pública e por testamento. O Estatuto da Criança e do Adolescente repetiu as normas desses artigos, acrescentando ainda que o reconhecimento poderia ser feito também por outro documento público.

A Lei nº 8.560/92 regulou especificamente a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Essa norma derroga os dispositivos citados do Código Civil de 1916 e do Estatuto da Criança, porque regula inteiramente a matéria. Assim, seu art. 1º dispõe:

“O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I – no registro de nascimento;

II – por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III – por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV – por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que contém”.

Essa redação foi inteiramente mantida pelo art. 1.609 do Código de 2002, no que foi seguida pelo Projeto do Estatuto das Famílias, com mínima alteração.

Essas modalidades de reconhecimento referem-se ao pai e à mãe, embora sua utilidade mais frequente seja para o pai. A maternidade estabelece-se de forma mais cabal e perceptível, pela evidência e materialidade da gravidez e do parto, mas pode ocorrer ausência de indicação do nome da mãe no registro nos casos de recém-nascidos abandonados ou expostos, por exemplo. Por essa razão, como regra, o nome da mãe constará do registro. Daí dizer-se que a maternidade é um fato; a paternidade, uma presunção. Nada impede, porém, se houver necessidade, que ocorra o reconhecimento de maternidade, nos mesmos moldes do reconhecimento de paternidade.

A legitimidade para o reconhecimento de paternidade é dos pais, ou de um só deles. Trata-se de ato personalíssimo. Nenhuma outra pessoa possui capacidade para tal. Devem ter plena capacidade. O ato pode também ser formalizado por procurador com poderes especiais. Aos interditos ou àqueles a que falta o devido discernimento não é dado efetivar a perfilhação. Os relativamente incapazes, porém, não necessitam de assistência do pai ou tutor, segundo professa a doutrina majoritária. Lembremos que os maiores de 16 anos possuem capacidade para fazer testamento e, como tal e nesse ato, podem reconhecer a paternidade.

O reconhecimento é ato unilateral, porque gera efeitos pela simples manifestação de vontade do declarante. Não depende de concordância, salvo com relação ao maior de idade, de vez que o art. 1.614 do vigente Código, assim como o art. 4º da Lei nº 8.560/92, exige seu consentimento. Há, de fato, um caráter sinalagmático no ato de reconhecimento, não só porque é necessária a concordância do filho, se maior, como também porque pode o menor reconhecido impugnar o reconhecimento quando se tornar capaz. Aponta Silvio Rodrigues que esse aspecto não retira o caráter unilateral do ato, uma vez que são medidas protetivas que se justificam tendo em vista as consequências morais e jurídicas. Aliás, como já anotamos quanto às nulidades de casamento, em sede de direito de família as categorias da teoria geral do Direito não se amoldam perfeitamente.

O reconhecimento voluntário é irrevogável, como decorrência da eficácia retroativa e da constitutividade do ato. Estatui o art. 1.610 do presente Código que *“o reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento”*. A lei preferiu ser expressa a respeito do testamento, no que andou bem para espancar dúvidas, se é que existiam. Tratando-se de disposição não patrimonial que pode ser inserida no testamento, esse reconhecimento persiste, ainda que o testamento seja revogado ou declarado nulo, se não foi atingida essa parte da declaração de vontade.

O art. 1.613 do Código dispõe que o reconhecimento não pode subordinar--se a condição ou termo: *“São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho.”* Trata-se, portanto, de confissão pura.

A declaração espontânea é ato de vontade com efeitos disciplinados em lei, ato jurídico unilateral, não tendo as características de negócio (Pereira, 1997:60). O ato de reconhecimento seja espontâneo, seja judicial, é declaratório, constatando uma situação, ou seja, a filiação preexistente. Trata-se de ato formal, porque submetido à forma prescrita em lei. Cada uma de suas modalidades admitidas tem suas próprias exigências formais que devem ser seguidas para a validade da declaração. A ação de investigação de paternidade é declaratória de per si: se cumulada com pretensão a alimentos ou a herança, cumula-se destarte a ação condenatória. Embora o reconhecimento seja visto como ato declaratório, com efeitos retroativos, sua carga de eficácia constitutiva é sensível, podendo ser conceituado, secundariamente, como ato constitutivo de estado (Oliveira, 1999:90).

A perfilhação pode anteceder ao nascimento, se o filho já estiver concebido, e também pode ser feita após sua morte, se o filho deixar descendentes (art. 1.609, parágrafo único; art. 26 da Lei nº 8.069/90). Quanto ao reconhecimento do já concebido, recordemos que a personalidade começa com o nascimento, mas a lei resguarda os direitos do nascituro (art. 2º). A perfilhação antes do nascimento pode representar uma cautela do pai que tenha receio de sua morte prematura, por exemplo, assegurando a certeza de paternidade ao futuro filho.

O reconhecimento póstumo, isto é, após a morte do filho, também é admitido. Note-se, porém, que esse reconhecimento redundará em exclusivo benefício para os descendentes reconhecidos. Não pode, por exemplo, tal reconhecimento permitir que o pai usufrua de direito hereditário do filho mercê desse ato. Na lei argentina, por exemplo, há norma expressa. Em nosso direito, outra não pode ser também a conclusão. Conclui, a respeito, Arnaldo Rizzardo (1994, v. 2:607):

“Assim, entende-se que a perfilhação póstuma, e mesmo nos derradeiros momentos de vida do filho, tem efeitos apenas unidirecionais. Poderá subsistir a filiação e, inclusive mudar-se o registro, sem efeitos sucessórios, no entanto, quanto ao pai, dada a condição expressa inserida na parte final do parágrafo único do art. 357”.

O reconhecimento de filiação extramatrimonial, em qualquer de suas formas permitidas, constará do registro civil, com a menção dos nomes da mãe e do pai e dos avós, sem qualquer referência a detalhes da origem do reconhecimento, para evitarem-se situações de constrangimento, salvo requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial (Decreto-lei nº 3.200/31, art. 14). Lembre-se, mais uma vez, na mesma linha, de que a Constituição de 1988 proibiu qualquer discriminação.

O reconhecimento, portanto, somente se admite por uma das formas elencadas na lei. Qualquer outro meio utilizado para o fim de reconhecer filho ilegítimo poderá lastrear prova para ação de investigação de paternidade, mas não poderá ser considerado um reconhecimento voluntário.

Examinemos as modalidades de reconhecimento voluntário:

“I – registro de nascimento”.

O reconhecimento no assento de nascimento pode ser feito por ambos os pais conjuntamente, ou por qualquer um deles. A Lei nº 8.560/92 introduziu a hipótese de apenas a maternidade ser declarada, com menção do nome do suposto pai. Neste último caso, abre-se um procedimento de averiguação oficiosa para o indigitado pronunciar-se sobre a paternidade em 30 dias. Em seu silêncio, ou na hipótese de oposição, o juiz pode iniciar diligência sumária, remetendo os autos ao Ministério Público, que terá legitimidade para propor ação investigatória, sem prejuízo da ação por quem tenha legítimo interesse.

A inovação da lei nº 8.560/92 é importante, porque no sistema anterior, como regra, o reconhecimento de filiação adulterina não podia ser feito no termo de nascimento. Revogado o art. 358, isso se tornou possível.²

Como regra geral, no reconhecimento lançado no assento de nascimento, quem faz a declaração manifesta sua vontade e apõe sua assinatura pessoalmente, ou por procurador. Quando for a mãe e esta indica o pai não casado, seu nome não pode ser registrado. A paternidade ilegítima só é lançada no registro quando o pai comparece, por si ou por procurador, declara e assina, na presença de testemunhas (art. 59 da Lei nº 6.015/73). A menção do nome do indigitado pai pode dar início à averiguação judicial, de acordo com a lei nº 8.560/92, como vimos. Lembre-se de que, em princípio, enquanto a legitimidade do filho não for contestada pelo marido, com êxito, o filho da mulher casada é legítimo, não podendo ser declarado adulterino pela mãe. Há hipóteses manifestas de separação de fato nas quais essa solução é inconveniente e pode ser repelida. A matéria deve ser decidida judicialmente, contudo, ainda que em sede correcional cartorária, quando não por sentença.

“II – escritura pública ou escrito particular.”

O reconhecimento formalizado em escritura pública para esse fim é irretratável. O Projeto do Estatuto substitui corretamente “escritura particular”, expressão antiquada, por “documento particular”. Não se exige, no entanto, que a escritura tenha o fim precípuo da perfilhação. Esse reconhecimento pode ser incidente em qualquer ato notarial idôneo, como, por exemplo, em uma escritura de doação. O que se requer é que a declaração seja explícita e inequívoca.

O escrito particular pode redundar em expresso reconhecimento. Pode ser formalizado em uma simples declaração ou missiva, por exemplo, mas com a finalidade precípua de reconhecimento. É evidente que o escrito particular, menos formal, fica mais sujeito às vicissitudes da dúvida e da anulabilidade. O escrito particular, ou o início de prova escrita, sempre foi admitido, porém, como adminículo para a ação de investigação de paternidade. A doutrina rejeita, contudo, que o reconhecimento possa ser feito incidentemente em escrito particular que não tenha a finalidade de perfilhação. Documento nesse sentido pode servir de início de prova para a ação de investigação de

paternidade (conforme art. 363, III do CC de 1916).

O reconhecimento por instrumento particular deve também identificar e qualificar as pessoas do declarante e do filho. O documento particular será levado ao registro civil para averbação, onde ficará arquivado (art. 29, § 1º, da Lei dos Registros Públicos).

“III – testamento.”

O reconhecimento pode ser feito por testamento, sob qualquer das formas admitidas em lei, tanto em testamento formalizado exclusivamente para esse fim, como em ato de última vontade que contenha outras disposições.

Sabido é que o ato de última vontade visa especificamente às disposições patrimoniais. No entanto, esse negócio unilateral pode conter cláusulas que não têm em mira, de forma direta, o patrimônio. É o que ocorre com o reconhecimento de filiação, como expresso na lei, bem como com nomeação de tutor ou curador, concessão de títulos honoríficos etc. Aliás, independentemente da menção da lei, nunca se duvidou que o testamento pudesse conter cláusulas não patrimoniais e especificamente servisse para o reconhecimento de filiação e que, nesse ponto, o reconhecimento não pode ser revogado (art. 1.610). O testamento, por sua natureza, é negócio jurídico essencialmente revogável.

O reconhecimento de filiação no bojo de um testamento, em declaração incidente como diz o Projeto do Estatuto das Famílias, obedece aos próprios requisitos dessa declaração e não propriamente aos requisitos testamentários. Assim, sendo o testamento negócio revogável por excelência, o ato de reconhecimento contido em seu bojo não admite revogação, embora exista ainda quem resista a essa interpretação. O atual Código Civil traz norma expressa, como vimos. No mesmo diapasão, a nulidade do testamento e das cláusulas testamentárias não implica, necessariamente, a nulidade do reconhecimento. Somente a nulidade do testamento em sua totalidade, tal como ocorre com os vícios de vontade, poderá inquinar também a declaração de perfilhação. O reconhecimento voluntário é confissão de caráter declarativo e por sua natureza irrevogável, somente inquinada por vício ou defeito na manifestação específica de vontade. Recorde-se que a Lei nº 6.515/77, no art. 50, admitira que qualquer dos cônjuges podia, na vigência do casamento, reconhecer filho havido fora do matrimônio, em testamento cerrado, e que mencionara que nessa parte o ato é irrevogável. A questão fica agora totalmente superada com a nova lei.

“IV – manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente já trazia dispositivo semelhante, pois se referia, no art. 26, a documento público. A manifestação perante o juiz, tomada por termo, qualquer que seja o

procedimento, traduz-se em um documento público, tendo em vista sua natureza. Essa declaração equivale à escritura pública, pois manifestada perante quem tem fé pública. Exigem-se os requisitos necessários de identificação do declarante e do filho. O texto legal exige a manifestação expressa e direta, portanto deve ser feita na presença do juiz. Não será válido, por exemplo, o ato tomado por termo em cartório e assinado posteriormente pelo juiz.

12.2.2 Averiguação Oficiosa de Paternidade

A Lei nº 8.560/92, já mencionada, seguindo exemplos presentes já há algum tempo na legislação comparada, acrescentou mais uma modalidade de reconhecimento espontâneo. Quando no registro apenas a maternidade é estabelecida, o escrivão remeterá ao juiz uma certidão do ato e das declarações da mãe, informando o nome do suposto pai, endereço e outros dados importantes para identificação. O juiz, que será aquele cuja competência é fixada por norma local da justiça estadual, determinará a oitiva da mãe. Ordinariamente, a matéria deverá estar afeta ao juiz corregedor do registro civil. Embora não conste da lei, a mãe deverá ser advertida pelo magistrado das implicações civis e criminais dessa declaração na hipótese de indigitação dolosa. Aliás, a lei deveria ser rigorosa nesse aspecto, pois a indigitação leviana de paternidade, nessa sistemática, pode causar sérios transtornos à vida do suposto pai. Após, designará data para audiência do indigitado pai, ou estabelecerá prazo para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída. Se ele confirmar a paternidade, lavrar-se-á termo de reconhecimento, remetendo-se certidão ao registro civil, para a devida averbação. É curial que se trata de reconhecimento espontâneo para o qual se exige plena capacidade. Se negada a paternidade ou mantiver-se silente o indigitado, os autos desse procedimento serão remetidos ao Ministério Público, para o fim de ser promovida a ação de investigação de paternidade contra o suposto pai.

Questão que surge é saber se sempre que não constar o nome do pai no registro deve o oficial remeter certidão ao juiz, ainda que não existam indicações sobre a pessoa do progenitor. Recorde-se que a lei usa a expressão *o oficial remeterá*, reportando-se, porém, a seguir, no mesmo dispositivo, às indicações do suposto pai. Vimos que a redação sugerida pelo projeto nº 6.960 prossegue na mesma senda. Leoni Lopes de Oliveira (1999a:104), em estudo monográfico sobre o tema, conclui que nessa situação sempre deverá ser feita a remessa da certidão ao juiz, ainda que não conste o nome do suposto pai. O juiz, nesse caso, deverá proceder à averiguação oficiosa, com os meios que tiver, contando, para tal, com o auxílio do Ministério Público.³ O bem jurídico sob enfoque, no caso, é indisponível. O juiz, recebendo o expediente do cartório, estará obrigado a iniciar o procedimento de averiguação. O termo utilizado na lei, *averiguação*, refere-se, sem dúvida, a mero procedimento administrativo conduzido pelo juiz, tal como, por exemplo, o inquérito policial presidido pelo delegado de polícia. Afinal, duas são as conclusões possíveis: deverá o juiz mandar lavrar no assento de nascimento o nome do pai ou remeterá o expediente ao Ministério Público. Não cabe ao

magistrado, por sua própria iniciativa, determinar o arquivamento.

O procedimento deve ser singelo e sem formalidades, as quais devem ser reservadas para a ação judicial, se necessária. A simples negativa por parte do pai notificado, que não necessita maiores digressões, implica remessa dos autos ao Ministério Público para a propositura da ação investigatória. Nada impede, contudo, que as partes, no procedimento, concordem em produzir provas para confirmar a paternidade, como o exame de DNA, por exemplo. Determina o art. 2º, da Lei nº 8.560/92, que o juiz, quando entender necessário, determinará diligência em segredo de justiça. Nessa matéria, será sempre conveniente e oportuno o segredo de justiça. A alteração proposta pelo projeto de lei mencionado não cobre todas as hipóteses firmadas por essa lei.

O Projeto de Estatuto das Famílias estatui procedimento que denomina “averiguação da filiação”, com a finalidade e o espírito da lei ora vista, atribuindo, porém, majoritariamente ao Ministério Público a condução desse procedimento. Não é mesmo conveniente que o juiz tenha a iniciativa dessa atividade, como está na lei vigente.

A Lei nº 12.004/2009 introduziu o art. 2º A nesse diploma. No seu *caput* está expresso princípio fundamental de qualquer procedimento: *“Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos”*. O parágrafo único desse artigo acrescentou que a recusa do réu em se submeter a exame de DNA *“gerará presunção de paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório”*. Trata-se de presunção relativa que é superfetação da lei. Na verdade, o Código Civil já mencionara a matéria, nos arts. 231 e 232. Por maior certeza que o exame de DNA proporciona, não pode ser guindado a prova irrefutável. Não se deve esquecer que se o exame chega aos limites da certeza absoluta, os homens têm fraquezas que podem prejudicá-la.

12.2.3 Oposição ao Reconhecimento

Como já mencionamos, o filho maior somente pode ser reconhecido com seu consentimento (art. 1.614 e art. 4º do Estatuto menorista). Na hipótese de reconhecimento de filho menor, há razões de sobra para permitir que ele impugne a paternidade quando atingir a maioridade. Como aduz Arnaldo Rizzardo (1994, v. 2:604), ninguém melhor do que ele para ter ciência e convicção de sua paternidade. De outro lado, terá ele interesse em impugnar a paternidade inverídica, para pleitear a paternidade verdadeira, não só por interesse moral, mas também para buscar as repercussões hereditárias desse novo estado.

De acordo com o art. 362 do Código de 1916, o menor poderia impugnar a paternidade dentro dos quatro anos que se seguissem à maioridade ou emancipação. Modernamente, não se pode admitir prazo para essa ação, imprescritível como a ação de investigação de paternidade. Ao incapaz, contudo, não se pode negar a ação de impugnação de paternidade enquanto não atingir a maioridade, devidamente assistido pela mãe ou curador especialmente nomeado, não fosse pelo interesse moral

que salta à vista, pelo princípio geral da verossimilhança dos registros públicos.

O art. 1.614 do vigente diploma estabelece que o filho maior não pode ser reconhecido sem seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação. Esse prazo decadencial não se amolda ao novo direito de filiação e não pode subsistir. Há de persistir sempre a possibilidade de definição da verdadeira relação de filiação. Por essa razão, acertadamente, o Projeto nº 6.960 retirou a menção a esse prazo. A qualquer momento, como regra geral, o filho pode impugnar seu estado de filiação. Trata-se de direito potestativo.

O art. 74 do Projeto do Estatuto das Famílias dispõe, de forma por si só explicativa: “o filho registrado ou reconhecido pode impugnar a paternidade, desde que não caracterizada a posse do estado de filho em relação àquele que o registrou ou reconheceu.” O texto tem diretamente a ver com a paternidade socioafetiva. Quem sempre foi tratado como filho e assim se comportou não pode, em tese, impugnar essa paternidade.

12.2.4 Anulação do Reconhecimento

O desiderato do sistema de registros públicos é que espelhem a verdade, em qualquer modalidade. O reconhecimento de filiação produz efeitos imediatos, a partir de sua manifestação e do lançamento no registro civil. Vimos que é irretratável e incondicional. Poderá, no entanto, emanar de vícios da vontade ou defeitos formais no registro. Na maioria dos casos, alega-se erro ou coação. A modificação do registro somente se admite com ação anulatória.

Veja que sob esse prisma surge a questão da relativização da coisa julgada, mormente em sede de paternidade. A jurisprudência trazida à colação aqui é por si só esclarecedora.⁴ O dogma da coisa julgada passa a ter outra compreensão, o que nem sempre significa segurança jurídica. Na verdade, nada pode ser rígido e impermeável em Direito. A questão da paternidade é apenas um dos exemplos, talvez o mais patente. Importa, em cada caso, mesmo perante a coisa julgada, o nível de razoabilidade, que dependerá de cada caso concreto e do bom senso do julgador. A ciência do DNA coloca em xeque a coisa julgada. Não será certamente a única hipótese. Caberá ao ordenamento criar instrumentos de credibilidade, ainda que perante essas premissas.

Unicamente, o comando emergente da sentença com trânsito em julgado poderá modificar o assento do registro civil. No entanto, sempre que for necessário, a ação anulatória do reconhecimento deverá ser proposta, para que a verdade jurídica se amolde à verdade biológica da paternidade. Nesses termos, estatui o art. 113 da Lei dos Registros Públicos: “*As questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma do assento.*” No polo passivo dessa ação, será colocada a pessoa atingida pelos efeitos da sentença: se o autor é o suposto pai, réu será o filho reconhecido, devidamente representado ou assistido. Se o filho reconhecido é o autor da ação, serão réus ambos os pais, ou o progenitor que o reconheceu. Quando a

ação é movida pelo Ministério Público, reconhecido e reconhecente serão colocados no polo passivo (Rizzardo, 1994, v. 2:608). Tratando-se de ação de estado, cuida-se de hipótese de ação imprescritível.

Em prol da verdade jurídica, entendeu a jurisprudência que o filho de pais casados pode pedir investigação de paternidade contra terceiro, seu verdadeiro pai, pleiteando a nulidade e modificação de seu registro civil (referência a julgado da 3ª Turma do STJ, *Boletim Informativo Juruá*, nº 252, p. 2). Como aduz Caio Mário da Silva Pereira (1996, v. 5:197),

“os tribunais têm manifestado certa tendência a admitir o reconhecimento do adulterino a mãe, quando notoriamente se apura que o filho não pode ser do marido (ausência durante o período da concepção, enfermidade, segregação etc.), e que ele, por displicência, por ignorância, ou outro obstáculo comprovado, não intentou oportuno tempore a ação de ‘contestação de legitimidade’”.

Considerada a presunção de paternidade decorrente do casamento, somente com essa abertura propiciada pelos tribunais podia o filho vindicar outra paternidade, que não a do marido de sua mãe. Não resta dúvida, porém, de que os tempos são outros e, dentro da interpretação sistemática do presente Código, em princípio, sempre haverá possibilidade, quando não obstada por modalidades de fertilização assistida. A matéria deve ser examinada em cada caso concreto, enquanto não tivermos normas específicas, como vimos no Capítulo 11.

Observe-se, ainda, que o atual Código manteve redação anterior ao estatuir:

“Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas” (art. 1.608).

Trata-se de corolário do princípio *mater certa* e a alteração do registro somente pode decorrer de decisão judicial. O dispositivo entrosou-se com o art. 1.604.

O Projeto do Estatuto das Famílias, homogêneo com as novas famílias da contemporaneidade, abre a possibilidade ampla de o marido, o convivente ou a mulher impugnar a paternidade ou maternidade constante do registro civil. Não caberá, porém, essa impugnação: “I – em se tratando de inseminação artificial heteróloga, salvo a alegação de dolo ou fraude; II – caso fique caracterizada a posse do estado de filho” (art. 76). Note, mais uma vez, o realce que esse projeto concede à socioafetividade, fator importante de adequação social dentro da família neste século.

12.3 INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Vimos que a filiação pode ser declarada de forma voluntária ou judicial. Examina-se, agora, a

declaração judicial ou coativa de paternidade. Ação de investigação de paternidade é a que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação. Ação de estado por definição é inalienável, imprescritível e irrenunciável. O art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercitado contra os pais e seus herdeiros, sem qualquer restrição. O exercício dessa ação alcança, portanto, todos os filhos, inclusive os concebidos na constância do casamento, não mais vigorando as restrições do art. 363 do Código de 1916. A paternidade pode ser evidenciada sem que necessariamente estejam presentes os requisitos desse dispositivo. A prova de paternidade é ampla e irrestrita. Sob o mesmo diapasão, o art. 1.607 do novel Código estatui genericamente que “*o filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente*”. Por outro lado, o art. 1.616 afirma que “*a sentença que julgar procedente a ação de investigação produzirá os mesmos efeitos do reconhecimento*”.

São legitimados ativamente para essa ação o investigante, geralmente menor, e o Ministério Público. O nascituro também pode demandar a paternidade, como autoriza o art. 1.609, parágrafo único (art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, repetindo disposição semelhante do parágrafo único do art. 357 do Código Civil de 1916). Nos termos do art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento da filiação. Trata-se, como vimos, de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. A investigação de paternidade é imprescritível; prescrevem, porém, as pretensões de cunho material que podem acrescentar-se a ela, como a petição de herança. Desse modo, ainda que prescrita a ação de petição de herança, o filho poderá sempre propor a investigação de paternidade, mas não terá direito à herança. A tendência atual é entender que também a impugnação do estado de paternidade é direito imprescritível, matéria que gera inúmeras consequências.

A legitimação extraordinária atribuída ao Ministério Público decorre da Lei nº 8.560/92, quando, no procedimento de averiguação inoficiosa, o pai indicado não responde à notificação em 30 dias ou nega a paternidade. Essa lei continua em vigor no que não conflitar, até que sofra adaptação ao mais moderno Código Civil. Se o Ministério Público tiver elementos suficientes, deverá propor a ação. Trata-se de substituto processual, conforme o art. 18º do CPC. O Ministério Público propõe a ação de investigação em nome próprio, para defender interesse alheio, ou seja, o do investigante. Essa legitimação extraordinária não exclui a dos interessados que, uma vez proposta a ação, podem pedir seu ingresso como assistentes litisconsorciais. Nada impede, da mesma forma, que, não proposta a ação pelo Ministério Público, façam-no os interessados. Se falecer o investigante no curso da ação, desaparece o interesse do Ministério Público, e a ação extingue-se (Pereira, 1997:72), porque não há mais a figura do substituído processual para a atuação do substituto, e o interesse de seus eventuais herdeiros passa a ser exclusivamente econômico.

Embora o tema não seja isento de dúvidas, quando o Ministério Público atua como substituto processual, defendendo interesse de incapazes, corrente majoritária entende que há necessidade de

outro membro da instituição atuar como fiscal da lei.

Deve figurar no polo passivo da ação o indigitado pai ou seus herdeiros. Atente-se: o espólio não tem legitimidade passiva nessa hipótese. A mãe não é, em princípio, parte legítima para figurar no polo passivo, pois sua meação não será atingida com o reconhecimento. Participará ela como representante ou assistente do filho menor. Todavia, se o pai apontado não deixar descendentes ou ascendentes, sua mulher será herdeira: nesse caso, deve figurar no polo passivo da ação, pois a sentença de procedência repercutirá em seu patrimônio. Se não houver qualquer herdeiro, os bens transferem-se ao Estado nos termos do art. 1.844, do corrente Código Civil, que dá preferência ao Município. Nesse caso, os Municípios, ou o Distrito Federal, serão colocados no polo passivo. A União terá legitimidade quando se tratar de território federal. Os legatários serão colocados no polo passivo, caso a herança venha a ser distribuída somente a eles. Se concorrerem com demais herdeiros, os legatários não serão afetados em seus legados, devendo a ação ser proposta unicamente contra os herdeiros, nos casos de investigação após a morte do indigitado pai. Em resumo, qualquer pessoa que possa ser afetada pela sentença de reconhecimento pode figurar no polo passivo, ali colocada na inicial ou pedindo seu ingresso como assistente litisconsorcial. Nesse sentido o art. 1.615: *“Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação da paternidade, ou maternidade”*.⁵ O Projeto nº 6.960 tenta substituir essa redação no *caput*, sugerindo a seguinte: *“Os filhos têm ação contra os pais ou seus herdeiros, para demandar o reconhecimento da filiação, sendo esse direito imprescritível”*. O Projeto acrescenta ainda nove parágrafos a esse artigo, no intuito de regular a ação de filiação.

Com muita frequência, como surge evidente, a ação de investigação de paternidade é cumulada com pedido de alimentos, petição de herança e cancelamento de registro civil.

A Lei nº 8.560/92 estatui:

“Art. 7º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite”.

Disposição com o mesmo sentido já constava da Lei nº 883/49. O Projeto mencionado acrescenta essa dicção como § 9º do art. 1.615. Corrente majoritária entende que, nesse caso, os alimentos são devidos desde a citação. A matéria deverá ser aprofundada quando estudarmos os alimentos.⁶

Toda matéria jurídica criada pelo legislador do passado perde terreno hoje perante a Biologia Genética, que permite apontar a paternidade com mínima margem de erro. Desse modo, os princípios tradicionais, concubinato, rapto, relações sexuais, início de prova escrita, devem ser vistos atualmente não mais como *numerus clausus*, mas como elementos subsidiários e somente devem ser utilizados isolada ou conjuntamente quando se torna impossível, falível ou incerta a perícia genética. Em síntese, a prova técnica coloca em segundo plano a prova das relações sexuais ou qualquer outra

em matéria de paternidade. Não se diga, porém, que a perícia genética é sistematicamente prova definitiva. Pode haver necessidade de recurso às demais provas permitidas, inclusive as descritas no artigo sob enfoque.

No entanto, problemas mais complexos quanto à paternidade e maternidade, com conotação ética e moral, preocupam hoje o jurista, o magistrado e o legislador, como a inseminação artificial, mães de aluguel e fertilização fora do útero.

O termo *escrito*, presente nesse dispositivo, deve ter abrangência ampla, podendo inserir-se em sua compreensão testamentos nulos, anulados e revogados (Rodrigues, 1999:325). O testamento cerrado, por exemplo, embora rompido e não válido para fins de última vontade, pode ser idôneo para o reconhecimento.

No mesmo diapasão se coloca a matéria de defesa tradicionalmente lembrada para as ações de investigação de paternidade: a *exceptio plurium concumbentium*. Essa exceção material consiste em provar que a mãe, no período da concepção, manteve relações sexuais não somente com o investigado. Como já afirmamos, perante os modernos métodos de investigação biológica, mormente o DNA, a *exceptio* perdeu a importância que teve no passado. A exceção de plúrimas relações cumpriu sua função, enquanto a ciência não atingiu o grau de evolução atual, que permite a perfeita identificação da paternidade. No entanto, não sendo possível o exame genético, o recurso aos princípios da exceção deve ser utilizado. Cabe a quem alega, portanto ao réu, o ônus da prova, nesse caso.

Por outro lado, a recusa do réu em submeter-se a exame hematológico ou de outra natureza leva à presunção, ainda que não absoluta, de paternidade. A questão é delicada e dependerá muito do exame do caso concreto pelo magistrado, que analisará se há razões lógicas de recusa por parte do investigando. Elucidativo é julgado citado por Leoni Lopes de Oliveira (1999a:181):

“Investigação de paternidade. Recusa de se submeter a exame genético. Verdade relativamente presumida contra o recusante. HLA e DNA. Embora ninguém possa ser coagido a exame ou inspeção corporal, o investigado que se recusa ao exame pericial de verificação de paternidade, deixa presumir contra ele, a verdade da impugnação (CPC, art. 359, II), por aplicação analógica (CPC, art. 126). Presunção harmoniosa com o conjunto da prova” (Rel. Des. Paulo Roberto A. de Freitas, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, v. 10, 1992, p. 200).

O exame genético é, portanto, ônus processual da parte. O réu não tem obrigação, mas o ônus probatório de realizar o exame, cuja recusa opera presunção contra ele. É evidente, porém, que a conclusão do juiz levará em consideração todo o conjunto probatório, mormente na inexistência de exame genético, admitindo-se todas as provas lícitas no processo. Sob esses aspectos, o art. 231 do atual Código estipula que a negativa do agente em submeter-se a exame médico necessário não

poderá ser aproveitada em seu favor. Ainda, o art. 232 acrescenta que “*a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame*”. De qualquer forma, nunca a ausência da prova técnica poderá induzir peremptoriamente a paternidade, da mesma forma que a conclusão pericial em prol da paternidade, por mais perfeita que se apresente. O juiz deve sempre ser cauteloso e levar em conta todo o conjunto probatório.

Outro aspecto, ao qual se dava muita importância no passado, era a posse do estado da filiação. Cuida-se do aspecto externo que se traduz em *nomen*, *tractatus* e *fama* com relação ao filho. Nosso Código Civil, de antes e de agora, não o mencionou como hipótese de perfilhação. Há direitos estrangeiros que o fazem. Em nosso sistema, a posse do estado de filho é apenas mais um elemento de convicção para ser sopesado pelo juiz, dentro do conjunto probatório, na ação de investigação. Como prova isolada, porém, nunca poderá fundamentar por si só a paternidade em nosso sistema (Pereira, 1997:120).

A sentença na ação de investigação de paternidade (ou maternidade) é de carga de eficácia declaratória e tem efeitos *erga omnes*. Ao reconhecer a paternidade, a sentença declara fato preexistente, qual seja, o nascimento.

Por todas as razões expostas, em sede de reconhecimento de paternidade, não há que se conceder um valor absoluto à coisa julgada. Nesse aspecto, há que se levar em conta as particularidades do direito de família e os avanços científicos. Não há como se impingir à sociedade e a alguém uma paternidade irreal, se lastreada em coisa julgada questionável por meio de nossos instrumentos probatórios disponíveis. A verdade real e axiológica suplanta, nesse campo, os estritos limites tradicionais das regras de processo, que nem mesmo a elasticidade da ação rescisória pode resolver. Nossos julgados já propendem para essa nova fórmula,⁷ a qual, todavia, deve ser trazida para o texto expresso da lei. Peremptórias as palavras de Rolf Madaleno a esse respeito:

“Tendo a ciência da herança genética atingido seus níveis de certeza e segurança, repulsa seguir em defesa do escopo político e social da coisa julgada quando um laudo de DNA pode atestar a certeza jurídica da filiação e completar ou reescrever a verdade dos vínculos de parentesco que antes de estampar a realidade dos registros públicos, acalma a alma agitada de cada um dos protagonistas destas ações que procuram a semente exata de sua criação” (Leite, 2000:303).

Arnaldo Rizzardo (1994, v. 2:623) recorda a problemática da investigação da relação avoenga. Relata julgado do Superior Tribunal de Justiça que admitiu válida a pretensão dos filhos, substituindo o pai, em investigar a filiação deste, junto ao avô, dirigindo a lide contra os referidos herdeiros (RE nº 269-RS, 3-4-90, Rel. Min. Waldemar Zveiter). Trata-se, portanto, de alargamento da legitimidade ativa para a ação de investigação de paternidade, sempre tida como personalíssima ditada pelos novos tempos.

Como enfatizamos, o Projeto nº 6.960 tentou inserir parágrafos ao art. 1.615 já mencionado, nos quais enfrenta essa problemática. O § 1º dispõe que a ação de reconhecimento de filiação pode ser proposta antes ou depois do nascimento do filho. O § 2º ratifica a ideia atual pela qual nas ações de filiação todas as provas são admitidas, inclusive as biológicas. O § 3º estabelece a presunção da relação de filiação diante de recusa injustificada à realização das provas médico-legais. O § 4º afirma que *“a posse do estado do filho, comprovada em juízo, presume a paternidade, salvo se o investigado provar que não é pai”*. O § 5º estabelece que, *“se a mãe convivia com o suposto pai durante a época da concepção, presume-se a paternidade, salvo prova em contrário”*.

O § 7º consagra a regra tradicional de que essa ação investigatória compete ao filho enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz; se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo. O § 8º repete a dicção do art. 1.615 originário no vigente Código:

“Qualquer pessoa, que justo interesse tenha, pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade.”

Lamenta-se que toda essa matéria, de tamanha profundidade doutrinária e fática, seja colocada de cambulhada em um único artigo, em um Código que tramitou tantos anos e recebeu a redação final de forma açodada.

No Projeto do Estatuto das Famílias há uma parte processual, ali constando a ação de investigação de paternidade (arts. 211 a 218).

12.3.1 Provas Científicas de Paternidade

No Capítulo 11, fizemos digressão sobre as provas científicas de paternidade. As gerações mais jovens de juristas certamente não terão ideia das dificuldades de um processo de investigação de paternidade no passado, quando os exames técnicos podiam, quanto muito, afastar a paternidade, mas não afirmá-la. Quando o exame não concluía pela negativa, a instrução probatória em um processo dessa natureza era impiedosa e sutil, rude e delicada ao mesmo tempo. O juiz deveria aferir todo um conjunto de fatores, as possibilidades de relações sexuais da mãe com terceiros, a conduta social dos interessados, interesses de terceiros na paternidade em questão etc. O mal-estar instalava-se na sala de audiências. Quanto menor a comarca ou a comunidade, maior era o estrépito social de uma ação dessas. Só quem atuou nesses processos como juiz, advogado ou curador sabe exatamente o alcance dessas palavras. Modernamente, esse aprofundamento da prova somente se permite, ainda que de forma relativa, quando inexistente o exame técnico, levando-se sempre em conta os dispositivos citados dos arts. 231 e 232 do presente Código. O juiz não pode, perante a ausência ou recusa do exame, simplesmente formar com esse aspecto a definição pela paternidade. Deverá prosseguir no

exame da prova, como apontamos.

Pois o atual exame de DNA, e a perfeição de outras técnicas derivadas, que permitem atingir a quase absoluta certeza da paternidade, transformou em história as dificuldades do passado para apontar a paternidade genética. Hoje, a maior dificuldade do juiz não é definir a paternidade biológica, mas encontrar a melhor solução dentro do contexto da família socioafetiva, questão não menos tormentosa. Está aí, portanto, a eterna luta do Direito pela verdade fática e pela verdade axiológica. Na realidade, há uma nova luta pelo Direito, não imaginada pelos juristas da época clássica. Novos aspectos da ética ou da chamada bioética devem ser levados em conta. Haverá sempre um eco a perseguir o magistrado nesse tema: *“O verdadeiro pai é aquele que cuida da criança, cuja voz e cuja presença podem ser ouvidas e sentidas”* (Trachtenberg, Anete. In: LEITE, Eduardo de Oliveira, *Grandes temas da atualidade*. 2000:24). Ou, como conclui Eduardo de Oliveira Leite:

“O que a evolução histórico-cultural comprovou, e de forma inquestionável, é que a função paterna está irremediavelmente ligada ao amor de um pai pelo seu filho. Fora desta relação pode haver laço biológico por si só insuficiente a criar qualquer vínculo de paternidade, incapaz de gerar uma relação paterno-filial” (Op. cit., 2000:67).

Por tudo isso, levando-se também em conta o que se explanou no Capítulo 11 e o que se dirá a respeito da adoção, a paternidade não pode se resumir a um mero dado biológico.

12.4 EFEITOS DO RECONHECIMENTO

O reconhecimento, como já afirmado, tem efeito *ex tunc*, retroativo, daí por que seu efeito é declaratório. Sua eficácia é *erga omnes*, refletindo tanto para os que participaram do ato de reconhecimento, voluntário ou judicial, como em relação a terceiros. Dessa eficácia decorre a indivisibilidade do reconhecimento: ninguém pode ser filho com relação a uns e não filho com relação a outros. Vimos também que esse ato jurídico é puro, não pode ser subordinado a termo ou condição. É irrevogável, somente podendo ser anulado por vício de manifestação de vontade ou vício material. A sentença que reconhece a paternidade produz, como vimos, os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário (art. 1.616).

Ao lado do caráter moral, o reconhecimento de filiação gera efeitos patrimoniais. Os filhos reconhecidos equiparam-se em tudo aos demais, no atual estágio de nosso ordenamento, gozando de direito hereditário, podendo pedir alimentos, pleitear herança e propor ação de nulidade de partilha. Se o filho reconhecido falecer antes do autor da herança, seus herdeiros o representarão e recolherão os bens, por direito de transmissão, se a morte tiver ocorrido antes da partilha. O direito sucessório que se estabelece é recíproco entre pais e filhos. Houve também, em nossa legislação, um longo

caminho para atribuir-se igualdade de direitos sucessórios aos filhos ilegítimos, matéria afeta a outro estudo. Enfatizemos aqui, porém, que foi a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que atribuiu direito de herança reconhecido em igualdade de condições para filiação de qualquer natureza (art. 2º).

O reconhecimento sujeita o filho menor ao poder familiar. Dispõe o art. 1.612 do Código Civil que o filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do progenitor que o reconheceu, e, se ambos o reconhecerem, e não houver acordo, sob a de quem melhor atender aos interesses do menor. Sobre esta última dicção, melhores interesses do menor já se manifestam. Trata-se de uma exortação ao juiz para estabelecer a melhor situação familiar para o menor.⁸ Assim, o pai que reconhece o filho não adquire automaticamente a guarda, que pode ser deferida à mãe, se o magistrado assim entender mais conveniente para o menor. Como lembra Sílvio Rodrigues (1999:306), o pátrio poder, hoje denominado poder familiar, não se confunde com a guarda do menor: o juiz pode, se achar melhor, conferir a guarda da criança a um dos pais e deferir o pátrio poder ao outro, embora não seja uma solução conveniente, na maioria das vezes.

O art. 1.611, do Código, dispõe que *“o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro”*. No mesmo sentido dispunha o art. 359 do Código anterior. A disposição faz todo sentido, pois o filho recém-reconhecido será, em síntese, uma pessoa estranha no lar conjugal, podendo tumultuar a convivência. Desse modo, se, por um lado, esse filho tem direitos patrimoniais, por outro lado, sendo filho de um só dos cônjuges, não tem direito de pedir acolhida no lar comum. O fato de não poder residir nesse lar, contudo, não libera o pai de prestar toda assistência ao menor, fornecendo-lhe alimentos correspondentes à condição social, como inclusive determinara o art. 15 do Decreto-lei nº 3.200/41.

Quanto ao nome, Leoni Lopes de Oliveira (1999:230) conclui que atualmente é indiscutível que o filho reconhecido pelos pais ou posteriormente pelo pai, estando registrado com o nome de família da mãe, pode adotar o sobrenome paterno, mantendo ou não o nome da mãe. Esse entendimento decorre do princípio da isonomia entre os filhos, havidos ou não do casamento, conforme o art. 227, § 6º, da Constituição Federal. O direito ao nome, direito da personalidade, como tal também é imprescritível. Desse modo, a qualquer tempo, após o reconhecimento, pode o filho pleitear o acréscimo do nome de família do pai.

12.5 INVESTIGAÇÃO DE MATERNIDADE

Como mencionamos, o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente é expresso ao afirmar que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercitado sem restrições. O dispositivo aplica-se tanto à paternidade como à maternidade. Não mais subsiste restrição para a ação de investigação de paternidade, deixando de ter aplicação o art. 364, do velho Código, que estatuiu: *“A ação de maternidade só se não permite, quando tenha por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada, ou incestuosa à solteira.”* O critério do legislador traduzia-se em justificáveis rebuços quanto à mulher

casada e em argumentos de ordem moral quanto à prole incestuosa.

O legislador do passado preocupara-se com a investigação de paternidade, mas a investigação de maternidade, embora não frequente, pode ser exercitada nas mesmas hipóteses descritas na Lei nº 8.560/92. Tal como na investigação de paternidade, a ação de investigação de maternidade será movida contra a indigitada mãe e seus herdeiros. Se o registro apresentar o nome de outra mulher como mãe, contra ela também deverá ser promovida a ação. Se a investiganda for casada, o marido também deverá ser citado, porque haverá repercussões de ordem moral e econômica para ele. O Projeto de Código Civil de 1975 modificara a redação ao art. 364, estatuinto, no art. 1.632 originário: “*Não se permite a investigação de maternidade quando tenha por fim atribuir à mulher casada filho havido fora da sociedade conjugal*”. Esse dispositivo foi suprimido na redação final do corrente Código, vigorando a plena liberdade introduzida pelo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente e mantida pelo Projeto do Estatuto das Famílias.

¹ “Agravado interno em recurso especial – Ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro de nascimento – Decisão monocrática negando seguimento ao reclamo – Insurgência recursal do requerido – 1- não se pode conhecer da violação ao art. 535 do CPC/1973, pois as alegações que fundamentaram a pretensão ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula 284 do STF, por analogia. 2- A ausência de prequestionamento de preceitos legais ditos violados, mesmo quando opostos embargos de declaração, impede o trânsito do recurso especial, por aplicação da Súmula 211 do STJ. 3- O acórdão recorrido julgou em harmonia com a jurisprudência consolidada no STJ e da Súmula 301 desta Corte Superior no sentido de que a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. Súmula 83 do STJ. 4- A análise de outros dados colhidos nos autos, afora a presunção gerada pela recusa daquele a quem é imputada a paternidade, que levaram à convicção do órgão julgador, reclamaria o reexame geral da prova, circunstância esta inviável em razão do óbice da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5-Agravado interno desprovido” (STJ – AGInt-REsp 1.377.398 – (2013/0101314-1), 27-6-2016, Rel. Min. Marco Buzzi).

“Agravado regimental – Agravado em recurso especial – **Ação de investigação de paternidade**, c/c anulatória de registro civil – Entrega da plena prestação jurisdicional evidenciada – Decadência não configurada – Acórdão recorrido em consonância com a jurisprudência do STJ – Aplicação da Súmula nº 83/STJ – Exame de DNA – Conclusões – Inviabilidade de reexame – Incidência da Súmula nº 7/stj – Manutenção da decisão agravada – Agravado regimental desprovido – 1 – O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar sobre todas as alegações das partes e dispositivos invocados, sendo suficiente que apresente, de forma clara e expressa, as razões que formaram o seu convencimento. 2 – O filho tem o direito de buscar sua identidade biológica a qualquer tempo, não ocorrendo decadência ou prescrição da pretensão, pois busca conhecer a verdade real e, conforme o caso, alterar o assento de nascimento. 3 – Se o acórdão recorrido reconheceu a conclusão do exame de DNA e considerou que as alegações de erro não passavam de meras conjecturas, não há como analisar a questão de fundo (reconhecimento da paternidade) em face do óbice contido na Súmula nº 7/STJ. 4 – Decisão mantida por seus próprios fundamentos. 5 – Agravado regimental desprovido” (STJ – AgRg-AG-REsp 309.548 (2013/0064362-7, 3-6-2014, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

“Alimentos provisórios. **Investigação de paternidade**. Fixação. Descabimento. Inexistência de prova pré-constituída de parentesco entre as partes. Prudente a espera do contraditório sem prejuízo de nova e posterior apreciação do pedido. Recurso improvido” (TJSP – AI 2002936-13.2013.8.26.0000, 16-8-2013, Rel. Alvaro Passos).

“Dano moral. **Investigação paternidade** – Posterior Exame de DNA vinte anos depois do primeiro exame que decidiu pela probabilidade do autor ser o pai da então menor que reivindicava regulamentação em registro de nascimento e prestação alimentícia. Impossibilidade visto que houve a adequada prestação jurisdicional levando-se em conta o conhecimento médico

científico utilizado à época – Recurso desprovido” (TJSP – Ap. 990.10.349127-0, 24-5-2012, Rel. Nogueira Diefenthaler).

“**Investigação de paternidade.** Ação julgada procedente. Admissibilidade – Existência de laudo conclusivo que leva a um juízo de certeza quanto ao reconhecimento da paternidade. Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP – Ap. 0004068-20.2008.8.26.0549, 7-11-2012, Rel. Moreira Viegas).

“Apelação. **Anulação de registro civil. Reconhecimento voluntário de paternidade.** Ausência de vício a ensejar anulação. Embora incontroversa a inexistência de filiação biológica, a higidez do ato de reconhecimento de paternidade não foi abalada por qualquer prova de vício a ensejar a anulação do registro. Negaram provimento. Unânime” (TJRS – Acórdão Apelação Cível 70013530373, 25-1-2010. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

2 O Projeto nº 6.960/2002, que tentou alterar o corrente Código, sugeriu redação ao § 2º do art. 1.609, culminando com esse procedimento inovador trazido por essa lei. Sua redação é prolixa e melhor caberia em um dispositivo autônomo, sem remendar o novel diploma, como sugere:

“Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e a qualificação do suposto pai, a fim de ser averiguada a procedência da alegação. Se confirmada a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro para a devida averbação. Negada a paternidade, inclusive por falta de comparecimento do suposto pai em Juízo, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público ou ao órgão competente para que promova, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade”.

Ainda, o Projeto adiciona o § 3º para enfatizar que a legitimidade do Ministério Público para essa ação de investigação de paternidade não retira a legitimidade concorrente de outras pessoas que a possuam para essa ação.

3 “Apelação cível – **Averiguação oficiosa de paternidade post mortem** – Procedência – Recurso interposto pelo ministério público pleiteando a realização de exame pericial para comprovação da paternidade. Recurso prejudicado. Ausência de intimação dos demais herdeiros e da genitora do infante. Interessados diretos na lide. Art. 2º, § 1º, Lei 8560/1992. Intimação que se mostra necessária para o andamento do feito. Sentença cassada. Recurso prejudicado”. (TJPR – AC 1454474-0, 6-5-2016, Relª Desª Joeci Machado Camargo).

“Família – **Procedimento oficioso de averiguação de paternidade** – Previsão na Lei nº. 8560/92 sem o condão de substituir a ação de investigação de paternidade – Naturezas distintas – Realização de exame de DNA – exclusão da paternidade – Pleito de dilação probatória – Impossibilidade – Envio dos autos ao ministério público para propor a ação de investigação de paternidade se for o caso – 1 – A averiguação oficiosa de paternidade ocorre em procedimento estritamente administrativo. 2 – Assim, nos termos do § 4º do art. 2º da Lei 8.560/92, a atuação do Juiz nestes casos, limita-se à notificação do suposto pai para que se manifeste a respeito da paternidade que lhe é atribuída e, em caso de confirmação, determinar a lavratura do termo de reconhecimento, e 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 intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade” (TJMG – AC 1.0718.10.004404-6/001, 19-3-2015, Rel. Renato Dresch).

“Apelação cível – Procedimento de averiguação de paternidade – Registro civil de nascimento de criança – Recusa da genitora em informar ao registrador o nome do possível pai – Risco de alienação parental – Necessidade da oitiva da mãe pelo magistrado – Melhor interesse da criança – Recurso provido – 1 – O filho tem o direito de saber quem é seu pai biológico, não sendo a genitora casada. 2 – O direito da genitora à intimidade não pode prevalecer sobre o direito de personalidade do filho, principalmente quando há risco de alienação parental. 3 – Assim, tendo havido recusa da genitora, no ato do registro do filho, em informar o nome do possível genitor, deve o magistrado ouvi-la e adverti-la sobre as consequências da sua omissão. Estará preservando o melhor interesse da criança. 4 – Apelação cível conhecida e provida para cassar a sentença e determinar diligência. 5 – O procedimento de averiguação oficiosa de paternidade visa ao reconhecimento voluntário do pai para fins de averbação do registro de nascimento perante o Cartório de Registro Civil, evitando-se uma futura ação de investigação de paternidade – Não obstante a paternidade seja um direito do menor, a ausência de informação do nome do suposto genitor impossibilita a averiguação, devendo ser mantida a sentença que determinou o arquivamento do procedimento” (TJMG – AC 1.0188.12.008409-3/001, 16-7-2014, Rel. Alyrio Ramos).

“Reclamação. **Averiguação oficiosa de paternidade.** Lei nº 8.560/92. Irresignação interposta pelo representante do Ministério Público contra ato judicial que determinou a extinção do procedimento acolhendo parecer ministerial. Ato meramente administrativo. Inexistência de processo judicial. Reclamação incabível. Exegese do art. 243 do regimento interno do tribunal de justiça de Santa Catarina. Recurso não conhecido. Para o cabimento da Reclamação, prevista no art. 243 do Regimento

Interno deste Tribunal, é necessária a existência de processo judicial, bem como a demonstração de erro ou abuso que importe em inversão da ordem legal do feito. Dessa feita, afigura-se incabível a interposição da aludida reclamação contra ato judicial que extingue a averiguação oficiosa de paternidade, tendo em vista que se trata de procedimento de caráter meramente administrativo, razão pela qual o recurso não deve ser conhecido. Em arremate, assinala-se que ‘... A extinção da reclamação em nada obstaculiza a atuação ministerial, tampouco malfere os direitos da criança. Se pretender o Ministério Público esclarecer os fatos que envolvem a paternidade da criança C. E. V., poderá instaurar procedimento administrativo (art. 201, VI, ECA) e expedir notificações à genitora, aos parentes e testemunhas a fim de colher informações sobre o caso, em exercício da atribuição de zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes (art. 201, VIII, do ECA) – *In casu*, o direito de filiação – Podendo inclusive requisitar a colaboração dos serviços médicos, hospitalares, educacionais e de assistência social, públicos ou privados (art. 201, XII, ECA)’ (TJSC, 3ª Cam. Dir. Civ., Relª Desª Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Reclamação nº 2011.046523-1, da Capital, j. 4-12-2011)” (TJSC – RCL 2012.055039-9, 1-3-2013, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior).

“Apelação cível – Ação negatória de paternidade – Preliminares – Ausência de cientificação do Ministério Público acerca da prolação da sentença favorável à menor – Posterior manifestação da procuradoria-geral de justiça – Nulidade superada – Cerceamento de defesa em decorrência do julgamento antecipado da lide – Não ocorrência – Elementos constantes nos autos suficientes para decidir a questão – Mérito – Reconhecimento da filiação em procedimento de averiguação de paternidade – Superveniente exame de DNA que comprova a inexistência de vínculo biológico entre as partes – Liame socioafetivo absolutamente ausente – Decisão de primeira instância que merece reforma – Paternidade registral e obrigação alimentar desconstituídas – Recurso conhecido e provido – 1 – ‘A efetividade do princípio da instrumentalidade das formas afasta a arguição de nulidade por falta (ou irregularidade) de pronunciamento do Ministério Público, no juízo monocrático, quando há, como na espécie, manifestação do Parquet sobre o mérito da controvérsia, em segundo grau de jurisdição, sem suscitar qualquer prejuízo ou nulidade, apta a suprir qualquer mácula [...]’ (Resp nº 308.662/SC, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 18-11-2003). 2 – ‘[...] Não se vislumbra cerceamento de defesa, advindo da não designação de audiência e do julgamento antecipado da lide, quando a oitiva de testemunhas, ou a realização de outras provas, pouco ou em nada influenciariam no convencimento do Magistrado, que pode, ademais, segundo o preceituado no art. 130 do CPC, indeferir aquelas que entender inúteis ou meramente protelatórias [...]’ (Apelação Cível nº 2003.007444-9, de Timbó, Rel. Des. Ricardo Fontes, j. 3-6-2004). 3 – ‘[...] Não reconhecer as paternidades genética e socioafetiva, ao mesmo tempo, com a concessão de todos os efeitos jurídicos, é negar a existência tridimensional do ser humano, que é reflexo da condição e da dignidade humana, na medida em que a filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, pelo que se deve manter incólumes as duas paternidades, com o acréscimo de todos os direitos, já que ambas fazem parte da trajetória da vida humana [...]’ (EI nº 2010.054045-7, da Capital, Rel. Des. Luiz Fernando Boller, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. em 15-7-2011)” (TJSC – Acórdão 2012.004703-6, 30-7-2012, Rel. Des. Subst. Luiz Zanelato).

“**Ação de averiguação de paternidade** – Extinção sem resolução de mérito – Perda de interesse processual – Artigo 267, VI, do Código de Processo Civil – Genitora que declarou falta de interesse em declinar o nome do pai de seu filho – Impossibilidade – Direito individual e indisponível da criança – Legitimidade do Ministério Público para ajuizar e dar continuidade à averiguação – Decisão reformada – Reclamação acolhida – Trata-se de reclamação interposta pelo Ministério Público de Santa Catarina, requerendo a cassação da decisão que julgou extinta a Averiguação de Paternidade nº 023.11.024783-6 à luz do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil, mais precisamente, por falta de interesse processual. Com muita propriedade, o Dr. Júlio César Mafra, Promotor de Justiça, equacionou muito bem a matéria quando estabelece que: “No caso em apreço, a sentença retro, ao extinguir o presente, não obedeceu ao teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.560/1992, não se preocupou em unir e colher elementos para futura ação de investigação de paternidade, bem como não declinou a competência para a Promotoria de Justiça responsável pela instauração da ação retro – Importando, assim, na inversão da ordem legal. Claramente, o único e primordial objetivo do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.560/92 é salvaguardar o direito de filiação, tão zelado pelo Provimento 12 da Corregedoria Nacional de Justiça. O bem maior a ser tutelado é a vida do recém-nascido, que necessita de cuidados materiais e afetivos, também por parte do pai. Por outro vértice, a referida oitiva pode ser – Também – Realizada pelo Ministério Público, que detém o dever legal de fiscalizar a efetiva aplicação da lei, zelando pelo interesse coletivo, e, ainda, a incumbência de buscar, *‘in casu’*, indícios da paternidade, ‘não estando atrelado, necessariamente a afirmação da genitora’ (Recl. 2007.002229-6, Campos Novos, Rel. Des. Monteiro Rocha)” (fls. 4 a 6). (TJSC – RCL 2011.046535-8, 3-10-2011, Rel. Des. Carlos Prudêncio).

4 “**Anulatória de registro de nascimento** – Ação proposta pelo filho do declarante falecido, o qual reconheceu a paternidade da apelada voluntariamente. Reconhecimento espontâneo. Ato irrevogável. Ação de estado. Falsidade do registro. Prova frágil.

Somente é possível anular-se o registro civil diante de prova cabal da assunção ilegítima da filiação ou de falsidade do documento. Circunstâncias inocorrentes. Evidência de filiação socioafetiva entre o *de cujus* e a apelada, ao longo de várias décadas. Proteção a situações familiares reconhecidas e consolidadas que deve ser prestigiada. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap 4000726-62.2013.8.26.0126, 23-5-2016, Rel. Rômulo Russo).

“**Apelação cível.** Anulatória de paternidade. Erro substancial. Ato de reconhecimento voluntário. Possibilidade de revogação. Vínculo socioafetivo. Ausência de reciprocidade. Extinção do vínculo de parentesco. 1 – Havendo provas de que o pai, ao reconhecer voluntariamente o filho, não tinha conhecimento da possibilidade de não ser o seu genitor biológico, é admissível a contestação da paternidade. 2 – O simples fato de haver relação de afeto entre pai e filho não biológicos não significa a existência de reciprocidade de relação socioafetiva, requisito essencial para a manutenção do vínculo de parentesco. 3 – Negado provimento ao apelo” (TJDFT – Proc. 20110112105925 – (718240), 8-10-2013, Rel. Des. Gilberto Pereira de Oliveira).

“Apelação cível. **Ação anulatória de reconhecimento de paternidade** c/c investigação de paternidade e petição de herança. Extinção do feito sem resolução do mérito. Carência de ação. Decisão mantida. Ilegitimidade de parte. Impossibilidade dos netos contestarem a filiação presente no assento de nascimento do pai pré-morto. Genitor dos apelantes que nunca se opôs a filiação. Ação personalíssima. Recurso conhecido e negado provimento – Ilegitimidade do autor para requerer a ação, pois a ação que quer anular a paternidade declarada em registro, assim como as ações de investigação de paternidade, são personalíssimas do filho. Por maior que seja o interesse jurídico ou normal de outrem, falta-lhe, contudo, o direito de agir” (TJSC, Apelação 33.761, Rel. Des. Protásio Leal). (TJPR – Acórdão 0770297-8, 21-3-2012, Rel. Des. Antonio Loyola Vieira).

“**Ação anulatória de reconhecimento de paternidade** cumulada com retificação de registro civil. Vínculo parental que pode ser reconhecido por escritura pública, escrito particular, testamento ou por manifestação expressa perante o juiz. Ato irrevogável. Código Civil de 2002, art. 1.609. Ausência de vínculo biológico. Circunstância que, por si só, não revela falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. Impugnação do ato que se revela admissível apenas nas hipóteses de erro ou falsidade do registro. Requisitos indemonstrados. Recurso desprovido. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação socioafetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil” (REsp 878.941/DF, rel^a Min^a Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJ 17-9-2007) (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2010.070793-0, 22-8-2011, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

“**Negatória de paternidade** – Ação ajuizada pelo pai em face do filho para desconstituir o vínculo de paternidade antes espontaneamente reconhecido – Sentença de procedência – Apelo do réu – Precedente demanda entre as mesmas partes e para os mesmos fins em que, a despeito de extinguir o processo sem julgamento de mérito, explicitamente se pronunciou sobre a inviabilidade jurídica de se negar a paternidade espontaneamente reconhecida a despeito de saber não ser o pai biológico – Coisa julgada – Ainda que assim não fosse, a ação é manifestamente improcedente, pela irretratabilidade do reconhecimento filial – Inteligência da regência civil (CC, arts. 1.609,1; 1.610; 1.613 e Lei 8.560/92) – Sentença reformada – Apelo provido” (TJSP – Acórdão Apelação Cível 641.155-4/6-00, 3-11-2010, Rel. Des. João Carlos Garcia).

“Agravamento no agravamento de instrumento – Fundamentação deficiente – Súmula nº 284/STF – **Investigação de paternidade** – **Exame de DNA** – Recusa – Presunção relativa – Reexame de provas – Súmula nº 7/STJ – 1. Não obstante tenha mencionado o art. 232 do Código Civil de 2002 e colacionado algumas ementas, o recorrente não desenvolveu argumentação que evidenciasse de que modo teria ocorrido a apontada ofensa ao aludido dispositivo, tampouco comprovou a existência da suposta divergência jurisprudencial, tornando patente a falta de fundamentação do recurso obstado, circunstância que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal. 2. Concluindo as instâncias ordinárias pela procedência do pedido deduzido em sede de investigação de paternidade não apenas com base na presunção gerada pela recusa do réu em se submeter ao teste de DNA, assim também com amparo nas demais provas coligidas aos autos, a inversão do decidido esbarra no óbice contido no enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravamento regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg-AI 1.228.385 – (2009/0141518-0), 1º-2-2011, Rel. Min. Raul Araújo).

“Recurso especial – Processo civil – **Investigação de paternidade** – Recusa ao exame de DNA – Súmula 301/STJ – Prova indiciária robusta e convincente – Súmula 7/STJ – ausência de omissão – 1. Inexistindo a prova pericial capaz de propiciar certeza quase absoluta do vínculo de parentesco (exame de impressões do DNA), diante da recusa do investigado em submeter-se ao referido exame, comprova-se a paternidade mediante a análise dos indícios e presunções existentes nos autos, observada a presunção *juris tantum*, nos termos da Súmula 301/STJ. 2. Concluindo o Tribunal de origem robustos, fortes e convincentes os

indícios e presunções apresentados pelo autor, não é viável o reexame desse fundamento em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Não há falar em ofensa ao artigo 535 do CPC se o Tribunal *a quo* decidiu, fundamentadamente, as questões postas a julgamento. 4. Não observadas as disposições dos artigos 541, parágrafo único, e 255, § 2º, do RISTJ, não se conhece do recurso quanto à alínea ‘c’ do permissivo constitucional. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido” (STJ – REsp 1.137.425 – (2009/0081828-5), 6-9-2011, Rel. Min. Raul Araújo).

“**Apelação cível** – Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos – Exame de DNA – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Presunção de paternidade não elidida por prova em contrário – Alimentos mantidos – De cerceamento de defesa não se pode cogitar. Porque ao réu foi conferida oportunidade da realização de prova essencial para afastar o resultado do exame de DNA. Diante da paternidade atribuída ao apelante, inegável a necessidade de percepção dos alimentos pela menor, sendo, por outro lado, inconteste a obrigação do pai em provê-los. Sopesando os elementos extraídos dos autos, vislumbra-se que os alimentos foram fixados com observância do binômio legal, ou seja, respeitando as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, devendo ser mantidos no patamar arbitrado, mormente em consideração à condição financeira satisfatória do apelante e por este não ter logrado provar a incapacidade de arcar com o valor fixado. Recurso conhecido e desprovido” (TJAM – Acórdão 2010.004036-6, 4-4-2011, Rel. Des. Flávio Humberto Pascarelli Lopes).

“Alimentos – Investigação de paternidade – Réu que não comparece ao exame de DNA – Presunção *juris tantum* – Exegese da Súmula 301 do STJ – Fixação de alimentos provisórios – Agravo parcialmente provido” (TJSP – AI 990.10.271193-5, 6-9-2011, Rel. Mauricio Vidigal).

5 “**Ação de investigação de paternidade** – Interesse moral – Justo Interesse da viúva, não herdeira, do suposto pai, para contestar – Art. 365 do Código Civil de 1916 e 1.615 do Código Civil de 2002 – 1- A ação de investigação de paternidade *post mortem*, em regra, é ajuizada em face dos herdeiros do suposto pai falecido. 2- Hipótese em que a viúva do suposto pai não ostenta a condição de herdeira, não sendo litisconsorte passiva necessária. Assiste-lhe, todavia, o direito de contestar a ação, uma vez que tem justo interesse moral, albergado pelo art. 365 do Código Civil de 1916 e 1.615 do Código Civil de 2002, recebendo o processo no estado em que se encontrava quando requereu a intervenção. 3- Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.466.423 – (2014/0165621-2), 2-3-2016, Relª Minª Maria Isabel Gallotti).

6 O art. 363 do Código Civil de 1916 admitia a ação de investigação de paternidade dos filhos ilegítimos contra os pais ou seus herdeiros, em três tradicionais incisos.

“I – se ao tempo da concepção a mãe estava concubinada com o pretendido pai; II – se a concepção do filho reclamante coincidiu com o rapto da mãe pelo suposto pai, ou suas relações sexuais com ela; III – se existir escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente.”

7 “**Apelação cível** – Ação negatória de paternidade – Alegação não demonstrada de vício na manifestação da vontade – Regra geral de imutabilidade do registro – **Exame de DNA conclusivo pela exclusão** – Fato que por si só não revela a falsidade da declaração – Vínculo afetivo construído ao longo dos anos – Produção de efeitos jurídicos e sociais na esfera do menor – Recurso improvido – 1 – A ausência de vínculo biológico, evidenciada pelo resultado negativo do exame de DNA, é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato de reconhecimento espontâneo. A relação socioafetiva deve ter prioridade em relação à biológica, quando sedimentada ao longo dos anos. No caso, a ação negatória de paternidade foi proposta 2 (dois) anos após o exame de DNA e há mais de 16 (dezesseis) anos do nascimento do apelado, resultando dos autos que em todo este período apelante e apelado se trataram como se pai e filho fossem. O decurso do tempo certamente produziu efeitos jurídicos e sociais no centro subjetivo de interesse do menor, agregando-se o patronímico paterno à sua personalidade, tornando-o indisponível e irreatável. 2 – O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito, quando demonstrado vício de consentimento, exigindo-se prova robusta, no sentido de que o ‘pai registral’ tenha sido coagido, máxime quando a pretensão anulatória vem embasada em alegação de pressão recebida da mãe a longos anos, não tendo o autor apelante demonstrado quais teriam sido os fatos que, uma vez ocorridos, constituiriam pressão a que teria sido submetido e a qual teria cedido para reconhecer a paternidade do requerido apelado. 3 – A paternidade socioafetiva, calcada na vontade livre, não pode ser rompida em detrimento do melhor interesse do filho (Enunciado 339 do CEJ)” (TJMS – Acórdão 2012.017516-0/0000-00, 24-7-2012, Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte).

8 No Código anterior, nessa situação, traduzindo o espírito dessa lei, o art. 366 determinava que o menor ficasse sob poder do pai. Como a legislação após a Constituição de 1988 não mais permitiu distinção entre o homem e a mulher, não era, desde então, de se admitir essa preferência pelo pai. Não concordando os pais, deverá o juiz decidir a esse respeito conforme o que for mais

conveniente para o menor. Aliás, essa solução já estava presente com o acréscimo que fez o art. 16 do Decreto-lei nº 3.200/41 ao art. 360 do Código Civil, na redação que lhe deu o Decreto-lei nº 5.213/43: “*salvo se o juiz decidir doutro modo, no interesse do menor*”.

ADOÇÃO

13.1 CONCEITO

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma relação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema. A Lei nº 12.010/2009, Lei da Adoção, introduziu modificações na sistemática da adoção, adaptando o Estatuto da Criança e do Adolescente e derogando o Código Civil na parte referente ao tema.

A filiação natural ou biológica repousa sobre o vínculo de sangue, genético ou biológico; a adoção é uma filiação exclusivamente jurídica, que se sustenta sobre a pressuposição de uma relação não biológica, mas afetiva. A adoção contemporânea é, portanto, um ato ou negócio jurídico que cria relações de paternidade e filiação entre duas pessoas. O ato da adoção faz com que uma pessoa passe a gozar do estado de filho de outra pessoa, independentemente do vínculo biológico.

A discussão acerca de sua conveniência é de cunho sociológico. Muito se discute com relação a suas vantagens e desvantagens. Sua utilidade, com relação ao menor, carente ou em estado de abandono, é inafastável, sendo do interesse do Estado que se insira em um ambiente familiar homogêneo e afetivo. Sua utilidade, mormente para casais sem filhos, é ressaltada. O enfoque da adoção atual terá em vista, contudo, a pessoa e o bem-estar do adotado, antes do interesse dos adotantes. As inconveniências apontadas para o instituto, no entanto, também são muitas e variadas. Tradicionalmente, apontam-se: a adoção permite que filho natural seja transplantado para a família; possibilita fraude fiscal; permite tráfico de menores etc. A questão relativa à filiação natural fica hoje praticamente superada, tendo em vista o estágio atual de nossa lei e da sociedade. Como em todo instituto jurídico, porém, sempre haverá possibilidade de fraudes e desvios de finalidade. Como em todo campo do Direito, isso não retira as vantagens do instituto, cabendo ao ordenamento coibir e punir severamente seu mau uso. A adoção, vista como um fenômeno de amor, afeto e desprendimento, deve ser incentivada pela lei.

Historicamente, houve em nosso país um longo caminho legislativo em matéria de adoção e direitos dos filhos adotivos, até a Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como a mais recente Lei da Adoção. O duplo sistema de adoção que vigorou no país, conforme o Código Civil de 1916 e segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe de princípios tão díspares que se torna difícil sua definição inicial sob o mesmo paradigma. O atual Código Civil trouxe disposições sobre a adoção e não revogou nem expressa nem tacitamente o ECA, o que foi

feito pela mais recente lei que rege a adoção.

A Lei da Adoção, em seu art. 1º enfatiza, contudo, que a proteção estatal será concedida prioritariamente ao apoio e promoção social da família natural (§ 1º). Somente na impossibilidade de permanência na família natural, a criança e o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda (§ 2º). Sob esse prisma, a criança ou adolescente inserido em programa de acolhimento familiar terá sua situação reavaliada periodicamente, para que a autoridade judiciária avalie a necessidade e oportunidade de ser colocada em família substituta (art. 19, §§ 1º a 3º do ECA, com nova redação).

A adoção plena prevista no estatuto é dirigida fundamentalmente para os menores de 18 anos; a adoção que permanecera vigente no Código Civil de 1916 era dirigida aos maiores de 18 anos. O Código de 2002 assumiu a posição esperada, ao estabelecer que a adoção de maiores de 18 anos dependeria também da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva (art. 1.623, parágrafo único), assinalando o texto do art. 1.619, com a redação dada pela lei da Adoção: *“A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.”* A lei, porém, não esclarece em que consiste essa assistência efetiva do Estado, matéria que deverá ser objeto de regulamentação. Dependendo de sentença essa adoção do maior, não mais haverá a modalidade de adoção por escritura pública do Código de 1916. No entanto, o Projeto nº 6.960/2002 apresentou proposta para retorno à possibilidade de escritura pública, além de apresentar sugestões para o procedimento da adoção.

A adoção plena, tal qual admitida pelo ECA, insere o menor em tudo e por tudo na família do adotante, conferindo-lhe a mesma posição da relação biológica. Nos termos do vigente Código Civil, também há de se concluir que a adoção de maiores terá a mesma amplitude, ainda porque não mais se admite qualquer distinção entre categorias de filiação.

Pode-se afirmar, genericamente, que, em ambas situações, na estatutária e na do Código Civil antigo, a adoção é um ato jurídico que estabelece laços de filiação legal entre duas pessoas, independentemente dos laços de sangue. Cumpre que se analisem os dois sistemas, advertindo-se, de início, que diminuta foi, nas últimas décadas, a importância da adoção regida pelo Código Civil de 1916, que ora desaparece, não se justificando mais sua manutenção.

A adoção, na modernidade, preenche duas finalidades fundamentais: dar filhos àqueles que não os podem ter biologicamente e dar pais aos menores desamparados. A adoção que fugir desses parâmetros estará distorcendo a finalidade do ordenamento e levantará suspeitas.

A ideia central da adoção descrita originalmente no Código Civil de 1916 tinha em mira precipuamente a figura dos pais que não podiam ter prole e as normas foram postas primordialmente em seu benefício. O enfoque da legislação posterior e principalmente do Estatuto da Criança e do Adolescente é francamente inverso, pois o legislador menorista optou por proteger o interesse do

menor desamparado, colocando-o em família substituta, condicionando o deferimento da adoção à comprovação de reais vantagens para o adotando. Essa orientação foi trazida inclusive para o texto do mais recente Código ora revogado: “*Somente será admitida a adoção que constituir efetivo benefício para o adotando*” (art. 1.625, revogado). Esse dispositivo programático aplica-se tanto aos adotandos maiores como aos menores, na sistemática da nova lei. Ao decretar uma adoção, o ponto central de exame do juiz será o adotando e os benefícios que a adoção poderá lhe trazer.

13.2 LINEAMENTOS HISTÓRICOS

A adoção, como forma constitutiva do vínculo de filiação, teve evolução histórica bastante peculiar. O instituto era utilizado na Antiguidade como forma de perpetuar o culto doméstico. Atualmente, a filiação adotiva é uma filiação puramente jurídica, baseando-se na presunção de uma realidade não biológica, mas afetiva (Carbonnier, 1999:337). A Bíblia nos dá notícia de adoções pelos hebreus. Também na Grécia o instituto era conhecido, como forma de manutenção do culto familiar pela linha masculina. Foi em Roma, porém, que a adoção difundiu-se e ganhou contornos precisos. “*Adotar é pedir à religião e à lei aquilo que da natureza não pôde obter-se*” (Coulanges, 1957, v. 1:75).

A ideia fundamental já estava presente na civilização grega: se alguém viesse a falecer sem descendente, não haveria pessoa capaz de continuar o culto familiar, o culto aos deuses-*lares*. Nessa contingência, o *pater familias*, sem herdeiro, contemplava a adoção com essa finalidade. O princípio básico do instituto antigo que passou para o direito civil moderno era no sentido de que a adoção deveria imitar a natureza: *adoptio naturam imitatur*. O adotado assumia o nome e a posição do adotante e herdava seus bens como consequência da assunção do culto. O direito sucessório, permitido exclusivamente pela linha masculina, também era corolário da continuidade do culto familiar.

Duas eram as modalidades de adoção no Direito Romano: a *adoptio* e a *adrogatio*. A *adoptio* consistia na adoção de um *sui iuris*, uma pessoa capaz, por vezes um emancipado e até mesmo um *pater familias*, que abandonava publicamente o culto doméstico originário para assumir o culto do adotante, tornando-se seu herdeiro. A *adrogatio*, modalidade mais antiga, pertencente ao Direito Público, exigia formas solenes que se modificaram e se simplificaram no curso da história. Abrangia não só o próprio adotando, mas também sua família, filhos e mulher, não sendo permitida ao estrangeiro. Somente podia ser formalizada após aprovação pelos pontífices e em virtude de decisão perante os comícios (*populi auctoritate*). Havia interesse do Estado na adoção porque a ausência de continuador do culto doméstico poderia redundar na extinção de uma família (Petit, 1970:173).

Por muito tempo os impúberes não puderam ser ad-rogados porque estavam excluídos dos comícios e porque se temia que um tutor pudesse desvencilhar-se dos encargos da tutela por meio do instituto. Também os plebeus não podiam ad-rogar porque não participavam dos comícios. Os

requisitos da ad-rogação eram estabelecidos pelos pontífices: o ad-rogente deveria ser um *pater familias* sem herdeiro masculino; era indispensável o consentimento do ad-rogando, que não podia ser mulher nem impúbere, uma vez que ambos não tinham acesso aos comícios; a ad-rogação somente podia ocorrer em Roma, pois fora da cidade os comícios não se reuniam. Com a ad-rogação, a família do adotado era absorvida pela nova família. Em época mais recente, também os *alieni iuris* puderam ser ad-rogados sob determinadas condições, sendo permitida também nas províncias, suprimindo-se então algumas exigências.

A *adoptio*, porém, também conhecida como *datio in adoptionem*, era instituto mais recente de direito privado destinado aos *alieni iuris*, quais sejam, os que estivessem sob o pátrio poder. Era ato de menor gravidade, que não exigia a intervenção do povo nem dos pontífices, pois sendo o adotado um incapaz, não faria com que uma família e seu respectivo culto desaparecessem. Para a adoção, ao contrário da ad-rogação, havia necessidade do consentimento dos dois *pater familias*, mas não do adotado. Esse instituto não operava modificação da capacidade, porque o adotado permanecia *alieni iuris*, nem alterava a situação de seus filhos, que permaneciam na família de origem. Havia dupla solenidade: pela *mancipatio* era extinto o pátrio poder do pai natural por três oportunidades; pela *in iure cessio*, ocorria uma cessão de direito em favor do adotante, realizada perante o pretor. Na época de Justiniano, foi suprimida a primeira fase, operando-se a adoção tão somente pela *in iure cessio*. Também por contrato perante uma autoridade e por testamento era possível a adoção. A *adoptio per testamentum*, pouco conhecida nas fontes, é considerada por muitos autores como modalidade de *adrogatio*.

Em ambas as modalidades de adoção, era exigida idade mínima do adotante, 60 anos, bem como que não tivesse filhos naturais, devendo o adotante também ter 18 anos mais que o adotado. A mulher não podia adotar no direito mais antigo. Na fase imperial já podia fazê-lo, com autorização do imperador.

Em época mais recente do Direito Romano, com Justiniano, surgiram duas formas de *adoptio*: *adoptio plena*, realizada entre parentes, e *adoptio minus plena*, realizada entre estranhos. Em ambos os casos, o adotado conservava os direitos sucessórios da família natural. A adoção *minus plena* era modalidade nova, ocorrendo sempre que o filho era dado em adoção a um estranho, isto é, não ascendente. Nessa hipótese, o filho não saía da família originária, na qual conservava os direitos sucessórios, mas era considerado filho adotivo do adotante e adquiria direito a sua herança. Essa modalidade não gerava a *patria potestas*, facultando-se, assim, a adoção pelas mulheres (Chamoun, 1977:177).

A adoção plena é modalidade proveniente do Direito Clássico, porém com consideráveis restrições. Ocorria apenas quando o adotante era um ascendente que não tinha o pátrio poder sobre o adotado; como no caso de um avô cujo neto fora concebido após a emancipação do pai. O pai adotivo adquiria a *patria potestas*. Na época de Justiniano, acentua-se o caráter de que a adoção deveria imitar a filiação natural, ideia que atravessou os séculos.

Na Idade Média, sob novas influências religiosas e com a preponderância do Direito Canônico, a adoção cai em desuso. Na Idade Moderna, com a legislação da Revolução Francesa, o instituto da adoção volta à baila, tendo sido posteriormente incluído no Código de Napoleão de 1804. Esse diploma admitiu a adoção de forma tímida, a princípio, nos moldes da adoção romana *minus plena*. Lei francesa de 1923 ampliou a adoção, aproximando-a da *adoptio plena*, mas deixando subsistir os laços de parentesco originários do adotado (Benkauss, 1993:6). Lei de 1939, naquele país, fixou a legitimação adotiva, com maior amplitude e aproximando o adotado da filiação legítima. Com maior ou menor amplitude, a adoção é admitida por quase todas as legislações modernas, acentuando-se o sentimento humanitário e o bem-estar do menor como preocupações atuais dominantes. Em nosso país, como veremos, a evolução legislativa do instituto da adoção foi semelhante.

13.3 NATUREZA JURÍDICA

A definição da natureza jurídica da adoção sempre foi controvertida. A dificuldade decorre da natureza e origem do ato. Como apontamos em várias passagens deste livro, nem sempre as categorias gerais da teoria geral aplicam-se aos institutos do direito de família, mormente porque se cuida de campo jurídico repleto de normas de ordem pública.

A linha francesa tradicional admite o instituto como contrato, sustentando que há necessidade de duas vontades, participando o adotado por si ou por representante. Em algumas situações, porém, a vontade do adotando inexistente, o que dificulta a compreensão dessa doutrina.

Na verdade, havendo duas modalidades distintas de adoção no Direito brasileiro, de acordo com o Código de 1916, cada uma delas apresentava nitidamente natureza jurídica própria. A adoção do Código Civil de 1916 realçava a natureza negocial do instituto, como contrato de Direito de Família, tendo em vista a singela solenidade da escritura pública que a lei exigia (art. 375).

Por outro lado, na adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente não se pode considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontade, porque o Estado participa necessária e ativamente do ato, exigindo-se uma sentença judicial, tal como faz também o Código Civil de 2002. Sem esta, não haverá adoção. A adoção moderna, da qual nossa legislação não foge à regra, é direcionada primordialmente para os menores de 18 anos, não estando mais circunscrita a mero ajuste de vontades, mas subordinada à inafastável intervenção do Estado. Desse modo, na adoção estatutária há ato jurídico com marcante interesse público que afasta a noção contratual. Ademais, a ação de adoção é ação de estado, de caráter constitutivo, conferindo a posição de filho ao adotado.¹

13.4 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA. A LEI DA ADOÇÃO

Anotar-se, de plano, que o presente Código Civil não alterou, em princípio, a filosofia e a estrutura do Estatuto da Criança e do Adolescente, sua competência jurisdicional e seus instrumentos procedimentais. Desse modo, mantém-se a atribuição dos juizados da infância e da juventude para a concessão de adoção dos menores, havendo que se compatibilizar ambos os diplomas. O mesmo faz a Lei da Adoção, a qual, na verdade, derroga os dispositivos sobre adoção no Código Civil porque pretendeu regular plenamente o instituto.

O Projeto do Estatuto das Famílias mantém a mesma sistemática, traçando princípios gerais sobre a adoção e estabelecendo que a adoção de crianças e adolescentes é regida por lei especial, observadas as regras e princípios deste estatuto (art. 78, parágrafo único).

Como acentuamos, a Lei nº 3.133/57 representa um divisor de águas na legislação e na filosofia da adoção no Direito pátrio. Esse diploma aboliu o requisito da inexistência de prole para possibilitar a adoção e diminuiu a idade mínima do adotante. A segunda inovação marcante em nosso ordenamento foi, sem dúvida, a introdução da legitimação adotiva, pela Lei nº 4.655/65. Pela legitimação adotiva estabelecia-se um vínculo profundo entre adotante e adotado, muito próximo da família biológica. O Código de Menores, Lei nº 6.697/79, substituiu a legitimação adotiva pela adoção plena, com quase idênticas características. Por um período, portanto, tivemos em nosso sistema, tal como no direito romano, duas modalidades, adoção plena e adoção simples. Esta última mantinha em linhas gerais os princípios do Código Civil. A adoção plena, que exigia requisitos mais amplos, por outro lado, inseria o adotado integralmente na nova família, como se fosse filho biológico. O assento de nascimento era alterado, para que não fosse revelada a origem da filiação, substituindo-se os nomes dos avós.

No sistema atual do Estatuto da Criança e do Adolescente já não há distinção: a adoção dos menores de 18 anos é uma só, gerando todos os efeitos da antiga adoção plena. O estatuto menorista posiciona-se em consonância com a tendência universal de proteção à criança, assim como faz a Constituição de 1988, que em seu art. 6º, ao cuidar dos direitos sociais, refere-se à maternidade e à infância. Nos arts. 227 e 229 são explicitados os princípios assegurados à criança e ao adolescente. O Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente quanto à adoção, descreve que a criança ou adolescente tem direito fundamental de ser criado e educado no seio de uma família, natural ou substituta (art. 1º). O estatuto considera a criança e o adolescente sujeitos de direito, ao contrário do revogado Código de Menores, que os tratava como objeto da relação jurídica, deixando mais claro o espectro de direitos subjetivos. O princípio fundamental, porém, é o da manutenção sempre que possível da família natural, junto da qual a criança e o adolescente devem prioritariamente permanecer, ressalvada a absoluta impossibilidade, demonstrada por decisão judicial fundamentada, como reza o art. 1º, § 1º da Lei da Adoção. Nem precisaria a lei dizê-lo.

O art. 2º do ECA considera criança, para efeitos do estatuto, a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre 12 e 18 anos. Suprimiu-se o termo *menor*, que teria recebido conotação depreciativa na referência do Código de Menores. O parágrafo único desse dispositivo

dispõe que essa lei se aplica excepcionalmente às pessoas entre 18 e 21 anos de idade. O art. 25 define como família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Define-se aí também como família a unidade monoparental, isto é, aquela dirigida somente pelo pai ou pela mãe. O parágrafo único desse artigo, introduzido pela Lei da Adoção, conceitua também a família extensa ou ampliada, *“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”*. Essa família ampliada terá preferência na adoção, conforme o caso concreto.

Ao lado da família natural, coloca-se a entidade denominada família substituta. A alternativa da família substituta para o menor deve surgir somente quando todas as possibilidades de manutenção do infante em sua família natural se esvaem. Desse modo, a colocação do menor em família substituta é medida excepcional de proteção destinada a amparar as crianças e adolescentes cujos direitos fundamentais se encontram suprimidos ou ameaçados.² Nessa situação se inserem os menores em estado de abandono. Nesse sentido, dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente que

“a colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta lei” (art. 28).

A colocação em família substituta deverá sistematicamente verificar o interesse do menor, que será ouvido sempre que possível, levando-se em conta o grau de parentesco e grau de afinidade ou afetividade, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida. O maior de 12 anos de idade será necessariamente ouvido, como dispõe o § 2º do art. 28 do ECA, introduzido pela lei da Adoção. Considerando que a colocação em família substituta sempre dependerá de decisão judicial, avulta de importância a atividade do juiz e dos órgãos auxiliares que atuam no campo social e psicológico.

O diploma também é expresso no sentido de afirmar que a colocação em família substituta estrangeira somente pode ocorrer sob a modalidade da adoção, como medida excepcional (art. 31). A adoção estatutária, que se harmonizava, com pequenas imperfeições, com a adoção estabelecida no corrente Código Civil, é concebida na linha dos princípios constitucionais e objetiva a completa integração do adotado na família do adotante, *“desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”* (art. 41). A mesma noção apresentava-se no Código. Trata-se de ato jurídico complexo cujo ponto culminante é a sentença, pela qual é constituído o vínculo da adoção. Sem sentença judicial não haverá adoção, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente. Afastava-se, portanto, a adoção plena ou completa desse estatuto, da adoção de maiores, que se constituía por escritura pública, destinada a maiores, regulada pelo Código Civil de 1916.

13.5 GUARDA

A guarda dos filhos menores é atributo do poder familiar. Compete aos pais ter os filhos menores em sua companhia e guarda. O pátrio poder, hoje denominado poder familiar, gera um complexo de direitos e deveres, sendo a guarda um de seus elementos.

A guarda, disciplinada nos arts. 33 a 53 do Estatuto, muitos deles alterados pela lei da Adoção, é instituto destinado à proteção de menores de idade, pois no atual sistema a maioridade é atingida aos 18 anos. A guarda é a modalidade mais simples de colocação em família substituta; não suprime o poder familiar dos pais biológicos, os quais mantêm seu direito de visita e o dever de prestar alimentos, salvo situação de inconveniência ou impossibilidade assim definida pelo magistrado (art. 33, § 4º). A tutela tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente é disciplinada basicamente de acordo com os princípios do Código Civil. A tutela pressupõe a suspensão ou destituição do pátrio poder (art. 36, parágrafo único), enquanto a adoção é modalidade mais ampla de colocação em família substituta, que procura imitar a natureza, criando a filiação civil. Também implica perda do pátrio poder pelos pais biológicos. Por isso mesmo, é importante frisar que a guarda e a tutela são institutos temporários, enquanto a adoção de menores, nos moldes atuais, é permanente, definitiva e irrevogável (art. 39, § 1º do ECA, com nova redação). A guarda poderá ser deferida aos avós, tios ou quaisquer outros parentes da criança ou adolescente, ou até mesmo a outra pessoa, desde que haja ambiente familiar compatível. Nesse sentido, aponta o art. 29 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Não se deferirá colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado”.

Muitas são as situações nas quais menores convivem por longo tempo com famílias não biológicas, pelas mais diversas razões, sem que essa condição tenha uma definição legal. Foi justamente para regularizar e fiscalizar essas situações que a lei disciplinou a guarda dos menores. Assim, o § 1º do art. 33 estatui:

“A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentemente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros”.

Trata-se, portanto, de estágio de colocação em família substituta, que pode anteceder os institutos mais amplos da adoção e da tutela. Na verdade, a guarda decorrente e inerente ao poder familiar tem a mesma compreensão; na guarda regida pelo estatuto, transferem-se algumas das prerrogativas próprias do poder familiar a outra pessoa.

Advirta-se que essa guarda pode ser estabelecida pelo juízo da infância e da juventude e pelo juízo de família. Quando é discutida matéria atinente ao pátrio poder e guarda dos filhos, divórcio, separação judicial, regulamentação de visitas etc., competente será o juiz de família para determinar a guarda dos filhos, atendendo ao que mais lhes for conveniente. Quando é discutida matéria que importe em violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, competente será o juizado especial. A guarda, tratada no Estatuto da Criança e do Adolescente, é deferida à criança ou ao adolescente que, por abandono dos pais ou orfandade, necessitam de colocação em família substituta. No entanto, o comportamento do juiz em ambas as situações deve ser o mesmo, sempre levando em consideração o interesse e o bem-estar do menor. Destarte, não se confunde a guarda deferida em processo judicial em que litigam os pais, com a regulamentação da guarda para colocação em família substituta.

Em princípio, a família substituta é destinada aos menores de 18 anos. Podia ser mantida além dessa idade, até os 21 anos, se já fora deferida antes, pois era nessa idade que cessava a menoridade no sistema anterior. Não havia razão, portanto, para que cessasse a guarda já existente, quando o menor completasse 18 anos (Guimarães, 2000:17). A guarda, como uma das medidas de proteção à criança e ao adolescente, é aplicável nos casos do art. 98 do ECA:

“As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – em razão de sua conduta”.

As diferenças da guarda, no Estatuto, e da guarda de família e do poder familiar residem no fato de que há exigências processuais e conjunturais para a primeira, como, por exemplo, o compromisso que prestará o guardião de bem e fielmente desempenhar o encargo, mediante termo nos autos (art. 32).

O art. 33 e seus parágrafos definem os requisitos e efeitos da guarda:

“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.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º 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 determinados atos.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

Note-se, portanto, de acordo com o § 2º, que a guarda deverá ser deferida pelo juiz sempre que atender aos interesses do menor. Lembre-se de que o § 1º do art. 28 recomenda que a criança ou adolescente deverá ser ouvida previamente e sua opinião deverá ser considerada. Trata-se de direito à manifestação e expressão que é preservado para o menor, como sujeito de direito nas modalidades de colocação em família substituta. A Lei da Adoção acrescentou o § 4º a esse artigo estatuinto que durante a guarda não ficará impedido o direito de visita dos pais, nem ficarão estes liberados da obrigação de prestar alimentos, salvo expressa e fundamentada determinação em contrário da autoridade judiciária competente.

Aponta Leoni Lopes de Oliveira (1999:37) que o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplina três modalidades de guarda: a provisória, a permanente e a peculiar. A guarda provisória (§ 1º) pode ser concedida liminar ou incidentalmente nos processos de adoção, com exceção nas adoções por estrangeiros, que a lei veda expressamente. A guarda permanente é destinada a atender a situações nas quais, por qualquer razão, não se logrou a adoção ou tutela, objetivando, também, regularizar a guarda de fato. A guarda peculiar (§ 2º) é destinada a atender a situações excepcionais ou eventuais, permitindo ao juiz outorgar representação ao guardião para a prática de determinados atos em benefício do menor. Imaginemos, por exemplo, a hipótese de criança ou adolescente que necessite receber indenização securitária.

A guarda decorrente de dissídio de casal que se separa ou divorcia tem a natureza de guarda permanente. Veja o que estudamos a esse respeito no capítulo sobre separação e divórcio. Em qualquer situação, porém, em benefício do menor, a situação pode sempre ser judicialmente alterada. O art. 35 é expresso nesse sentido, ao estabelecer que a guarda pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

O art. 33, por sua vez, estabelece o efeito principal da guarda: coloca a criança ou adolescente na condição de dependente do guardião, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Não é moral e contraria o espírito da lei guarda que seja deferida unicamente para que o guardião usufrua benefícios fiscais. Os benefícios previdenciários e fiscais devem ser corolário natural da guarda e não sua causa. O responsável pela guarda deve prestar contas: se o guardião gerir, de qualquer modo, bens e direitos do menor, deverá prestar contas periódicas.

A guarda transfere ao guardião alguns dos atributos do poder familiar, permanecendo os pais com o exercício de outros atributos. Levando em conta que os direitos dos pais devem ser, sempre que possível e conveniente, preservados, eles mantêm o direito de visitas, que deve ser regulamentado. O fato de o menor estar sob guarda, contudo, não exime os pais da obrigação de prestar alimentos.

No campo de direitos da criança e do adolescente, em todos os níveis, o juiz se valerá de órgãos auxiliares, estudos sociais e psicológicos. Havendo motivo relevante, o magistrado poderá suspender ou destituir os pais do pátrio poder.

13.6 ADOÇÃO NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. LEI DA ADOÇÃO. REQUISITOS

Da tutela, outra modalidade de colocação em família substituta disciplinada no Estatuto da Criança e do Adolescente, devemos nos ocupar em capítulo autônomo, analisando também os dispositivos do Código Civil.

A adoção é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente nos arts. 39 a 52, com várias alterações trazidas pela Lei nº 12.010/2009. No Código Civil de 2002, a matéria era disciplinada nos arts. 1.618 a 1.629. Advirta-se que o art. 23 é expresso no sentido de afirmar que “*a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do pátrio poder*”. O estado de pobreza, portanto, não é elemento definitivo para impossibilitar a adoção. A destituição do pátrio poder deve anteceder a adoção, ainda que decretada na mesma sentença. Tratando-se de menor abandonado, todos os esforços devem ser envidados para localização dos pais. Conforme o art. 24 do estatuto,

*“a perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em processo contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”.*³

Referido art. 22 reporta-se ao dever de sustento, guarda e educação dos filhos. O art. 1.638 do Código Civil enuncia também causas de perda do poder familiar. Portanto, não é admitido que o magistrado conceda a supressão do pátrio poder ou poder familiar sem maiores cuidados, sob a égide de propiciar melhores condições à criança e ao adolescente.⁴ Embora o interesse destes seja curial, não podemos descurar do direito inafastável dos pais biológicos, que podem validamente opor-se à adoção. Em princípio, e sempre que possível, os pais devem consentir com a adoção, manifestando sua vontade. Essa é a regra geral.

Como se acentua, essa modalidade de adoção, conhecida como adoção plena no sistema pretérito, é destinada aos menores de 18 anos. Excepcionalmente, no sistema anterior ao corrente Código, o adotando poderia ter idade superior, se à data do pedido já estivesse sob a guarda ou tutela dos adotantes (art. 40). Segundo o estatuto, a adoção é ato que requer a iniciativa e presença dos adotantes, sendo proibida expressamente a adoção por procuração (art. 39, § 2º). Ao proibir a procuração, o estatuto exige a presença do interessado perante o juiz. Essa exigência deve ser mantida para a adoção de maiores, na forma do mais recente Código. Trata-se de ato pessoal e o contato direto dos interessados com o magistrado e seus auxiliares é fundamental. O processo de

adoção deve tramitar, sempre que existente na comarca, por vara especializada da infância e da juventude.

Como observa Arnaldo Marmitt (1993:9), “a Lei nº 8.069/90 criou uma adoção com roupagens novas, vindo toda ela impregnada de afeto e amor”. O estatuto menorista, na senda da Constituição de 1988, no art. 41, atribui

“a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

A mesma regra estava presente no art. 1.626 do Código.

O cônjuge ou companheiro pode adotar o filho do consorte, ficando mantidos os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e respectivos parentes (art. 41, § 1º). A regra também estava descrita no art. 1.626, parágrafo único, do vigente Código. Essas situações ocorrem com frequência e, no passado, traziam divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A lei busca situação de identidade dessa filiação adotiva com a filiação biológica, harmonizando o estado do adotado para o casal. Como notamos, a lei permite que, com a adoção, o padrasto ou madrasta assuma a condição de pai ou mãe.

A adoção, segundo o estatuto, não somente iguala os direitos sucessórios dos adotivos como também estabelece reciprocidade do direito hereditário entre o adotado, seus descendentes, o adotante, seus ascendentes, descendentes e colaterais, até o 4º grau, observada a ordem de vocação hereditária (art. 41, § 2º). Superam-se, portanto, todos os resquícios de discriminação na adoção, existente até a Constituição de 1988.

No Estatuto, na redação originária, a idade mínima de adoção fora sensivelmente diminuída nessa modalidade: podiam adotar os maiores de 21 anos, independentemente do estado civil (art. 42). O corrente Código Civil, levando em conta a maioridade que assume, permitiu que a pessoa maior de 18 anos pudesse adotar (art. 1.618), o que é seguido pelo art. 42 do ECA, com nova redação.⁵ A idade de 18 anos é, portanto, requisito objetivo para o adotante. A questão subjetiva, maturidade para a adoção, por exemplo, é aspecto de oportunidade e conveniência a ser analisado pelo juiz no caso concreto. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros pode ser concedida, desde que um dos consortes tenha completado 18 anos, de acordo com o presente Código (art. 1.618, parágrafo único), comprovada a estabilidade da família. A redação do § 2º do art. 42 trazida pela Lei da Adoção dispõe que para a adoção conjunta “é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família”. O texto silencia sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. O legislador não desejou adentrar ainda nessa celeuma. Caberá ao juiz verificar da conveniência de cada adoção, examinando com acuidade a situação do casal adotante.

Não é dado aos pais adotarem seus próprios filhos. A legislação não mais distingue entre filhos legítimos e ilegítimos. Não tem o menor sentido adotar quem já é filho. A proibição é expressa, vedando a adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando (art. 42, § 1º). No sistema anterior, era admitida a adoção por avós, entendendo a jurisprudência que não havia proibição para tal, embora houvesse divergência. A disposição expressa colocou fim ao dilema. Já foi decidido por converter pedido de avós nesse sentido em tutela (*TJSP – Ap. Cível nº 26.159-0, Santos, Câmara Especial, Rel. Lair Loureiro*). No tocante à proibição de adoção pelos irmãos, observa Artur Marques da Silva Filho (1997:78):

“A adoção é entrevista, na forma estatutária, como autêntico direito parental e, por isso, também é vedada a irmãos. As mesmas razões que informam a restrição em relação aos avós servem para embasar o impedimento relacionado aos irmãos, posto que já existe um vínculo natural de parentesco”.

A propósito, a Lei de Adoção é enfática ao determinar, na nova redação do art. 28, § 4º do ECA, que os irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, salvo motivação muito forte em contrário. A todo custo há de se evitar o rompimento dos vínculos fraternais com a adoção, algo que é intuitivo, muito antes de ser jurídico.

Sem o menor sentido, também, discutirmos sobre a impossibilidade de adoção por pessoa jurídica, como mencionam doutrinadores, tamanha é a ilogicidade da premissa, a qual não merece qualquer comentário: a atividade da pessoa jurídica refoge ao âmbito do Direito de Família, não necessitando a lei especificar proibição expressa.

Não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante: pode ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo, concubino. A adoção, como percebemos, pode ser singular ou conjunta. A adoção conjunta é admitida por casal em matrimônio ou em união estável, entidade familiar reconhecida constitucionalmente. Se não são ainda os companheiros homoafetivos reconhecidos como entidade familiar, a eles não é dado, em princípio, adotar conjuntamente. Alguns julgados ensaiam já essa possibilidade. O futuro dirá se e quando a sociedade aceitará essa situação. Poderá o indivíduo homossexual adotar, contudo, dependendo da avaliação do juiz, pois, nessa hipótese, não se admite qualquer discriminação.

No intuito de aproximar a adoção tanto quanto possível da natureza, exigia a lei que o adotante fosse pelo menos 16 anos mais velho que o adotado (art. 1.619, na redação originária). Assim também era no Código de 1916. O intuito era fazer da adoção um instituto tão próximo quanto possível da família biológica. Contudo, a Lei da Adoção derroga surpreendentemente esse princípio, extirpando-o da legislação. Não havendo lapso mínimo de idade entre adotante e adotado o sistema, a nosso ver, ficará passível de distorções sociológicas de todas as espécies, para dizer o mínimo, e fraudes, que podem causar danos inimagináveis à família e à sociedade. Caberá aos magistrados o

máximo de bom senso ao deferir adoções que não imitam a vida.

Os divorciados e os separados judicialmente, bem como ex-companheiros, poderão 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 da sociedade conjugal (art. 1.622, parágrafo único, art. 42, § 4º, do ECA). Essa situação permitida na lei é excepcional e busca estabilizar o menor que já estivesse convivendo com o casal antes do desenlace. A Lei de Adoção acrescenta nesse art. 42 o § 5º, referindo-se à guarda compartilhada para essas hipóteses de separação do casal.

O § 6º do art. 42 permite que a adoção seja deferida quando o adotante vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. O procedimento já deve ter sido iniciado em vida, cabendo ao juiz analisar sobre a conveniência de adoção *post mortem* (art. 1.628). Não é admitida a adoção sem que o interessado tenha iniciado o processo. Não se trata, pois, de modalidade de adoção nuncupativa, que o legislador não contemplou. Aponta Artur Marques da Silva Filho (1997:104) que a doutrina firma posição no sentido de alargar o “procedimento” mencionado na lei, para entender que o fato de o adotante ter já requerido a guarda tipifica a exigência legal, ainda que não tenha iniciado o procedimento de adoção. A adoção, como regra geral, produz efeito a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto nessa situação *post mortem*, em que a lei determina o efeito retroativo à data do óbito (art. 47, § 7º). A apelação da sentença, que será ajuizada em prazo de 10 dias, com igual prazo para resposta, será recebida no efeito devolutivo;⁶ em se tratando de sentença deferindo a adoção a estrangeiro, será conferido o efeito suspensivo, a juízo da autoridade, sempre que houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 198, VI). O cuidado, neste último caso, justifica-se porque pode o estrangeiro sair do país com o adotando, frustrando cumprimento de decisão que eventualmente casse a adoção. Essa apelação permite juízo de retratação por parte do juiz de primeiro grau, que, antes da remessa dos autos à instância superior, proferirá despacho fundamentado, mantendo ou reformando a decisão, no prazo de cinco dias (art. 198, VII). Se reformada a decisão, a parte interessada, ou o Ministério Público, poderá pedir a remessa ao juízo de apelação, no prazo de cinco dias.

O art. 44, na mesma esteira do Código Civil (art. 1.620, revogado), estabelece proibição temporária para o adotante tutor ou curador: enquanto ele não prestar contas de sua administração e as tiver aprovadas, não pode adotar o pupilo ou curatelado. A proibição, de origem histórica muito antiga, é intuitiva: visa impedir que, com a adoção, o administrador de bens alheios se locuplete indevidamente. A curatela de maiores é possível no Estatuto, excepcionalmente, tratando-se de interditos, quando o adotando, com mais de 18 anos, já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. A disposição só faz sentido quando o adotando tiver bens, o que é raro no sistema estatutário e na realidade brasileira.

O Ministério Público, tendo em vista o interesse público relevante, mormente de incapaz, no processo de adoção, deve dele participar necessariamente (art. 178 do CPC).

A adoção, em síntese, traduz ação de estado. Sua participação, sob a mesma óptica do interesse de incapazes, também é necessária nos procedimentos de guarda, tutela e curatela.

O consentimento dos pais ou do representante legal do adotando é necessário, como dispõe o *caput* do art. 45.⁷ No mesmo sentido estipulava o art. 1.621 do Código. Segue-se, nesse diapasão, o que já fora estabelecido nos diplomas anteriores. Como regra, ninguém pode adotar menor sem o consentimento de seus pais ou representantes. Suas declarações devem ser tomadas por termo. Essa concordância equivale, no dizer de Sílvio Rodrigues, “*à renúncia voluntária do pátrio poder*” (1999:338). Em situações excepcionais, como vimos, a adoção pode ser deferida ainda que na ausência da manifestação dos pais, quando desconhecidos, e mesmo contra sua vontade, quando destituídos do poder familiar,⁸ mas, nesse caso, o critério para permitir a adoção deve ser mais aprofundado e rigoroso.

O consentimento dos pais ou dos representantes legais é revogável até a publicação da sentença constitutiva de adoção, segundo dispunha o revogado art. 1.621, § 2º do Código Civil. Note que o Código falava em publicação da sentença e não em trânsito em julgado. No mesmo sentido a redação do art. 166, § 5º do ECA, com nova redação: “*O consentimento é retratável até a data da publicação da sentença constitutiva da adoção*”. Depois de ultimada, a adoção é irrevogável.

O menor, com mais de 12 anos de idade, também deverá ser ouvido, e será necessário seu consentimento (art. 28, § 2º). Como acentuamos e foi por nós referido, o menor é considerado sujeito de direito pelo estatuto, ao contrário da legislação anterior. A negativa do menor em ser adotado, por si só, não condiciona peremptoriamente o juiz ao indeferimento do pedido, mas a adoção nessas circunstâncias deve ser cercada de maiores cuidados. Em se tratando de adotando maior de 18 anos não pairam dúvidas de que a adoção somente pode ocorrer com seu consentimento.

O ECA, quanto aos menores, abre exceção, contudo, ao dispor que “*o consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar*” (art. 45, § 1º). A válvula pode ensejar fraudes, como demonstram acontecimentos narrados por nossa imprensa, e merece cuidado em sua aplicação.

13.6.1 Estágio de Convivência

Antecedente de muita importância na adoção estatutária é o estágio prévio de convivência:

“Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso” (ECA).

Esse estágio tem por finalidade adaptar a convivência do adotando ao novo lar. O estágio é um período em que se consolida a vontade de adotar e de ser adotado. Nesse estágio, terão o juiz e seus

auxiliares condições de avaliar a conveniência da adoção. O juiz poderá dispensar o estágio se o adotando já estiver na companhia do adotante tempo suficiente para poder ser avaliada a conveniência da constituição do vínculo (art. 46, § 1º, com redação da lei da Adoção). A criança em tenra idade adapta-se com maior facilidade à nova família. Não há prazo na lei; caberá ao juiz fixá-lo. No texto originário, os menores de um ano poderiam ser dispensados do estágio, quando fosse conveniente. Ao deferir o estágio de convivência, o juiz estará, na verdade, deferindo a guarda do menor ao interessado na adoção.

13.6.2 Adoção Internacional

O envio de crianças brasileiras para o exterior somente é permitido quando houver autorização judicial. Desse modo, na adoção por pessoa residente ou domiciliada fora do país, aspecto que traz a maior esfera de problemas nessa matéria, nunca será dispensado o estágio, que será cumprido no território nacional, com duração mínima de 30 dias (art. 46, § 3º).⁹ A adoção internacional, mais suscetível a fraudes e ilicitudes, é dos temas mais delicados, sujeito a tratados e acordos internacionais e a reciprocidade de autoridades estrangeiras. Procura-se minimizar a problemática do tráfico de crianças. O estrangeiro, domiciliado no Brasil, submete-se às regras nacionais de adoção e pode adotar, em princípio, como qualquer brasileiro.

Anteriormente à Constituição de 1988, a adoção por estrangeiros, embora não prevista no Código Civil, era usualmente praticada. O presente Código determinava que a adoção internacional se submetesse à lei especial. Essas adoções eram feitas geralmente sem a participação dos adotantes, que se faziam representar por procuração, hoje vedada expressamente. O Código de Menores permitiu que os estrangeiros não residentes no país adotassem menor brasileiro em situação irregular. No sentido de coibir abusos, a Constituição de 1988 foi expressa ao mencionar que a adoção será assistida pelo Poder Público, com menção expressa às condições de efetivação por parte de estrangeiros (art. 227, § 5º). O Estatuto da Criança e do Adolescente, no entanto, como lei ordinária, não cumpriu plenamente a contento o desiderato constitucional.

“A adoção deve ser deferida preferencialmente a brasileiro”; essa é noção básica.

“A adoção por estrangeiros deve ser excepcional” (art. 31, do ECA).¹⁰

Essa orientação deverá sempre nortear o magistrado. Aliás, toda e qualquer adoção, por si só, deve ser encarada como uma exceção, uma saída, em princípio, para menores desamparados ou em estado de abandono. Muitos abusos ocorreram, pois nem sempre as adoções internacionais obedecem a um critério afetivo e protetivo do menor, dando margem à atuação de organismos privados não governamentais de discutível transparência. A modalidade não deve ser discriminada, porém, sob pena de respaldar um nacionalismo preconceituoso.

Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil (art. 51, com redação fornecida pela Lei da Adoção). O que define, portanto, como internacional a adoção não é a nacionalidade dos adotantes, mas sua residência ou domicílio fora do país. O juiz pátrio deve definir com o maior cuidado a oportunidade e conveniência dessa adoção, obedecendo ao que determina o art. 51, depois de esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira (art. 51, § 1º, II). Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros nessa adoção internacional (§ 2º). Os requisitos para essa modalidade estão descritos nos arts. 165 a 170 do ECA, com as especificações do art. 52, com a redação da Lei da Adoção.

O art. 52 dispôs, entre outros requisitos, que a adoção internacional será condicionada a estudo prévio e análise de uma comissão estadual judiciária de adoção, que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente. No Estado de São Paulo, foi criada a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional (Cejai), em 1992. Há várias entidades estrangeiras ligadas à adoção, credenciadas pelo organismo paulista.

A adoção é objeto de regras internacionais. O Brasil é signatário da Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, concluída em Haia, em 29-5-93. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 3.087/99. Essa norma internacional tem disposições que devem ainda ser adaptadas à legislação interna, como, por exemplo, a designação de “*autoridade central*” no país, encarregada de dar cumprimento às obrigações impostas pela convenção, algo que ainda não está suficientemente claro.

O vigente Código Civil, tal como aprovado, determinava que “*a adoção por estrangeiro obedecerá aos casos e condições que forem estabelecidas em lei*” (art. 1.629). Melhor seria que o Código balizasse ao menos os princípios gerais dessa adoção, o que foi feito pelo ECA. Comente-se, ainda, que o atual Código não foi expresso quanto à revogação total ou parcial do Estatuto da Criança e do Adolescente, o que trazia dúvidas.

13.6.3 Sentença e Registro

A sentença que concede a adoção tem cunho constitutivo. Quando prolatada a sentença de adoção, opera-se simultaneamente a extinção do poder familiar anterior.

“A destituição do pátrio poder constitui, na verdade, sanção aplicada aos pais biológicos (ou adotivos) pelo fato de terem desprezado o dever de criar, assistir e educar seus filhos, conforme determina a lei” (Liberati, 1995:162).

Após o trânsito em julgado, será inscrita no Cartório do Registro Civil, mediante mandado do

qual não será fornecida certidão. É cancelado o registro original do adotado, não mais se fazendo menção quanto à modificação. Ressaltemos, porém, que os dados permanecerão disponíveis para eventual requisição por autoridade judiciária. O cartório do registro que indevidamente revelar os dados ficará sujeito, além das reprimendas administrativas e criminais, a responder por perdas e danos, mormente de ordem moral. A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a alteração do prenome (art. 47, § 5º). Cuida-se, aqui, de uma exceção ao princípio da imutabilidade do prenome.

A sentença que deferir a adoção produz efeitos desde logo, sendo a apelação recebida apenas no efeito devolutivo, “*salvo se se tratar de adoção internacional ou se houver perigo de dano irreparável ou de difícil reparação ao adotando*” (art. 199-A do ECA, introduzido pela Lei da Adoção). Cabe ao devido critério do juiz avaliar a possibilidade de dano ao adotando, para receber a apelação em ambos os efeitos. Os recursos nos procedimentos de adoção e de destituição do poder familiar serão processados com “*prioridade absoluta*” (art. 199-A).

Aponta a doutrina que são necessários dois mandados emergentes da sentença de adoção: um para o cancelamento do registro anterior e outro para a inscrição (Silva Filho, 1997:165).¹¹

13.6.4 Efeitos da Adoção

A adoção nos moldes ora estabelecidos é irrevogável. Uma vez estabelecida a adoção, a sentença de adoção somente pode ser rescindida de acordo com os princípios processuais. A morte dos adotantes ou do adotado não restabelece o vínculo originário com os pais naturais (art. 49).¹² A nova redação do art. 48 do ECA autoriza o adotado a conhecer sua origem biológica, após completar 18 anos. Esse reconhecimento é de ordem moral e não terá reflexos patrimoniais.

Não esqueçamos que o menor pode ser adotado novamente, obedecendo-se os requisitos legais. Essa a solução que se divisa na hipótese de a primeira adoção não ser bem-sucedida, perante a impossibilidade de sua revogação.

A Constituição de 1988 já estabeleceria plena igualdade de todas as formas de filiação (art. 227, § 6º). A adoção estatutária pressupõe perfeita integração do adotado em sua nova família, com ruptura de seus vínculos biológicos com os pais e parentes naturais.¹³ Como corolário, o pátrio poder é assumido pelo adotante, com todos os deveres respectivos, suprimindo-se o pátrio poder dos pais biológicos a partir da sentença que defere a adoção. Na adoção derivada do Código Civil de 1916, como vimos, essa integração não era completa. A legitimação adotiva, vigente no passado entre nós, também rompia com os vínculos biológicos, de modo que o sistema estatutário não constitui novidade. Muitos são os exemplos da legislação comparada que adotam o mesmo sistema, alguns mantendo ainda duas modalidades de adoção, plena e restrita.

A inscrição do adotado no registro civil consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes (art. 47, § 1º). O art. 1.627 do Código Civil também estipulava que a

decisão que decretasse a adoção conferiria ao adotado o sobrenome do adotante, podendo determinar a modificação de seu prenome, se menor, a pedido do adotante ou do adotado. Se é a mulher casada que adota, é seu sobrenome que é conferido ao adotado e não o do marido e vice-versa. Tudo se faz, portanto, para que a integração do adotado na nova família seja a mais completa possível. É aberta, destarte, exceção ao princípio de imutabilidade do prenome. Diferente, como vimos, era o sistema da adoção civil no Código de 1916, pois os nomes de família originários podiam ser mantidos, com ou sem o acréscimo do nome do adotante. De qualquer modo, após certa idade, o menor já integra sua personalidade ao prenome: melhor seria que a lei permitisse a modificação do prenome apenas para menores em tenra idade.

Embora a lei iguale todos os direitos do adotado e insira-o integralmente na família do adotante, ressalva os impedimentos matrimoniais. O impedimento matrimonial, por força do parentesco biológico, é irremovível na esteira de razões morais, éticas e genéticas. Nesse diapasão, os impedimentos atingem o adotado com relação a ambas as famílias, a adotante e a biológica.

Quanto aos efeitos materiais, considera-se que o adotado passa a ser herdeiro do adotante, sem qualquer discriminação, e o direito a alimentos também se coloca entre ambos de forma recíproca. Nesses aspectos, desvincula-se totalmente o adotado da família biológica.

Questão tormentosa era saber se o filho adotivo poderia ingressar com ação de investigação de paternidade para evidenciar quem são seus pais biológicos. A lei não vedava expressamente, sendo inevitável reconhecer-se inelutável interesse moral do adotado para essa ação, a qual, no entanto, nunca poderia ter o condão de romper a filiação estabelecida pela adoção, não tendo qualquer repercussão patrimonial, mas unicamente moral. A nova redação do art. 48 do ECA tornou a questão superada. É claro, também, que a adoção, como qualquer outro ato ou negócio jurídico, fica sujeita a nulidades ou anulabilidades, dentro das regras gerais. Nessas ações, geralmente serão interessados o adotante e o adotado, embora possa haver interesses de terceiros para essas ações, parentes, sucessores e legatários. O prazo prescricional para a ação decorrente de anulabilidade é de 10 anos (art. 205). O negócio nulo não prescreve (art. 169).

13.6.5 Cadastro de Crianças e Adolescentes para Adoção

No sistema do Código de Menores, muitos juízes preocuparam-se em cadastrar os adotandos potenciais, sem que a lei o exigisse. Essa atividade serviu de base para que o Estatuto da Criança e do Adolescente passasse a exigir que cada comarca ou foro regional mantivesse um registro de crianças e adolescentes e outro de pessoas interessadas na adoção (art. 50). As justiças estaduais passaram a regulamentar o dispositivo. É importante que o sistema de triagem seja suficientemente criterioso, sério e veraz, pois a colocação de menor em família substituta é ato da mais alta responsabilidade. O fato de um pretendente à adoção não estar cadastrado não é, no entanto, óbice para o pedido, embora existam opiniões em contrário.¹⁴ É fato, contudo, que a inscrição no cadastro

permite melhor critério nas adoções. A Lei da adoção abriu unicamente três exceções para ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente: “*I – se tratar de pedido de adoção unilateral; II – for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade; III – oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal da criança maior de 3 (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 qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei*” (art. 50, § 13 do ECA, com nova redação). Os arts. 237 e 238 tipificam crimes de subtração e desvio de menor. Essas exceções autorizam certa elasticidade, permitindo ao juiz avaliar detidamente a situação dos envolvidos no caso concreto, com auxílio dos órgãos auxiliares.

13.7 ADOÇÃO: O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O ATUAL CÓDIGO CIVIL. LEI DA ADOÇÃO

Em mais de uma oportunidade já nos referimos à inconveniência de mantermos um Código Civil ao lado de um microssistema. O presente Código Civil, no intuito anacrônico de ser uma lei geral, nos moldes dos velhos princípios da codificação, esbarra constantemente em leis desse nível. Assim é com o Estatuto da Criança e do Adolescente, tal como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor. O ECA é exemplo palpável de que melhor seria termos um Estatuto da Família, que regulasse não só o menor e o adolescente, mas também todos os princípios do direito de família, com suas novíssimas manifestações. Tal como promulgado, o vigente Código esbarraria em problemas de interpretação e teria, necessariamente, que sofrer modificações muito rápidas. É o que ocorreu no regulamento da adoção, cujos princípios fundamentais persistem sendo regulados pelo ECA, sem grandes inovações no Código.

Desse modo, persistiu a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente em matéria de adoção, em tudo que não conflitasse com normas inovadoras introduzidas no Código Civil. Como vimos, muitos dos dispositivos são repetitivos e expressam a mesma noção do ECA. A nova redação conferida pela Lei da Adoção ao art. 1.618 determina que a adoção de crianças e adolescentes será regulada pelo ECA (Lei nº 8.069/90). Da mesma forma, a redação nova do art. 1.619 dispõe que a adoção de maiores de 18 anos dependerá de assistência efetiva do poder público e sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, o ECA. Desaparece, portanto, a dicotomia de legislação, como era nossa previsão.

¹ Leitura Complementar – *Adoção no Código Civil de 1916. Requisitos. Efeitos. Adoção do nascituro.*

É importante sempre reportarmo-nos ao Código de 1916, pois a História é a mestra da vida e os institutos jurídicos do passado em muito auxiliam na resolução de problemas atuais. A adoção civil ou comum era regulada nos arts. 368 a 378. Continuaram em vigor

esses dispositivos para as adoções não reguladas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse estatuto disciplina a adoção dos menores até 18 anos e, além dessa idade, por exceção, quando, ao completar 18 anos, o adotando já estivesse sob a guarda ou tutela dos adotantes. No estatuto menorista, há rígidos procedimentos a serem obedecidos e a adoção depende de sentença judicial. No sistema do Código Civil de 1916, a adoção era feita por escritura pública, sem interferência do magistrado. Tal procedimento, como vimos, foi banido pelo atual Código.

A adoção do Código Civil antigo continuou aplicável para quem tivesse mais de 18 anos. O art. 377, atinente a direitos sucessórios, fora revogado pela Carta Constitucional de 1988 (art. 227, § 6º), que igualou todos os direitos de filiação, independentemente de sua natureza. Como percebemos, foi rara a utilidade do instituto da adoção para os maiores de idade no passado. Analise-se, portanto, o conteúdo da adoção civil, estatuída no projecto Código, com a advertência ora feita.

Outro ponto que merecia atenção prévia era a possibilidade prevista no Código de 1916 de adoção do nascituro, conforme expressa disposição no art. 372. Parte da doutrina entendia que essa possibilidade fora revogada não somente em razão da nova ordem constitucional, que determina que a adoção deve ser assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros (art. 227, § 5º), como também pelo fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente discriminar uma série de exigências estritas para adoção de menores, a qual somente se perfaz por decisão judicial.

Nesse sentido observou, com acuidade, Giovane Serra Azul Guimarães (2000:34):

“Se uma criança ou adolescente só pode ser adotada com a intervenção do judiciário, que analisará cada caso, possibilitando um controle rígido sobre o tráfico de crianças,

que foi uma das razões, talvez a principal, que levou o legislador a limitar os casos em que se permite a adoção internacional, não haveria qualquer fundamento para que se admitisse a adoção de nascituro, ou seja, de uma criança, antes de nascer, pelas regras da adoção do Código Civil, ferindo completamente o espírito da lei. Em suma, com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, só existem duas modalidades de adoção, a de menores de 18 anos de idade, regida pela referida lei, e a de maiores de 18 anos de idade, regida pelo Código Civil, sem interferência da autoridade judiciária na adoção propriamente dita. Não há mais a possibilidade da adoção de nascituros, antes possível nos termos do art. 372 do Código Civil”.

A respeito da adoção do nascituro, Arnaldo Marmitt (1993:26), demonstrando sufragar o mesmo entendimento, aduz que o legislador estatutário perdeu oportunidade para ser claro e completo, pois em passagem alguma refere-se ao nascituro, deixando-o em situação de inferioridade perante os menores, o que é injusto e desproporcional. O corrente Código também não se refere à questão. Sem dúvida, a adoção do nascituro, se admitida, o que nos parece a melhor solução, deve ser feita, por analogia, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, não podendo prevalecer interpretação literal, nesse caso.

A adoção, no Código Civil de 1916, lei eminentemente patrimonial, visava proeminentemente à pessoa dos adotantes, ficando o adotando em segundo plano, aspecto que já não é admitido na moderna adoção. Originalmente, o Código disciplinou a adoção conforme tendência internacional da época, isto é, como instituição destinada a dar prole àqueles que não tinham e não podiam ter filhos. A adoção somente era possível, por exemplo, na projecta idade de 50 anos. A grande guinada legislativa é iniciada com a Lei nº 3.133/57, que trouxe profundas alterações para a adoção entre nós. Silvio Rodrigues (1999:330) observa que foi esse diploma que passou a considerar a adoção sob o prisma assistencial, tendo em mira a condição do adotado, representando, na realidade, uma nova adoção, distante daquela disciplinada pelo legislador no início do século. Essa lei de 1957 permitiu a adoção por pessoas de 30 anos, com ou sem prole legítima ou ilegítima. Até então, a possibilidade de adoção restringia-se às pessoas sem filhos. Assim estatuinto, essa lei determinou, na redação dada ao art. 377, do antigo Código, que, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária. Esse preceito teve vigência até a Constituição de 1988, pois o art. 227, § 6º, equiparou os filhos de qualquer natureza, para todos os fins.

Caio Mário da Silva Pereira (1996:229) observa, com acuidade, que essa adoção regulada pelo Código Civil antigo não podia observar tão somente suas regras. Isso porque, ao estabelecer a Constituição, no art. 226, § 5º, que a adoção será assistida pelo Poder Público, não fez distinção entre as modalidades de adoção. Conclui:

“Ato público que é, embora não subordinado a provimento jurisdicional, estará sujeito à homologação judicial, em processo de jurisdição graciosa, com audiência do Ministério Público, como pré-requisito para sua inscrição no Registro Civil”.

Essa visão tinha lastro e era polêmica. De qualquer forma, a adoção pelo Código Civil de 1916, de pouca utilidade, estava mesmo fadada ao desuso e, por isso, não mereceu maiores discussões jurisprudenciais.

Eram características e requisitos dessa adoção nos termos do Código Civil antigo:

1. adotante 16 anos mais velho que o adotando, com mais de 30 anos de idade;
2. se o adotante fosse casado, casamento com duração superior a cinco anos;
3. duas pessoas não podiam adotar conjuntamente se não fossem marido e mulher;
4. adotando com mais de 18 anos;
5. o tutor ou curador podia adotar, depois de prestadas as contas;
6. escritura pública;
7. possibilidade de adoção por estrangeiro sem restrições.

A escritura pública era da substância do ato, conforme o art. 134, I. A adoção somente era consumada com a averbação da escritura no registro civil (art. 29, § 1º, e, e 102, item 3º, da Lei nº 6.015/73). Não havia necessidade de intervenção judicial. A adoção não podia ser subordinada a condição ou termo (art. 375). Consoante o art. 2º da Lei nº 3.133/57, no ato da adoção seriam declarados quais os apelidos da família passaria o adotado a usar.

“O adotado poderá formar seus apelidos conservando os dos pais de sangue; ou acrescentando os do adotante; ou, ainda, somente os do adotante, com exclusão dos apelidos dos pais de sangue” (parágrafo único do art. 2º).

A adoção civil, nessa época, como manifestação bilateral de vontade, era ato de direito privado, sem interferência do Estado, por meio do Poder Judiciário, como ocorre com a adoção estatutária, cujos passos foram seguidos pelo atual Código Civil. Nessa adoção civil não existia necessidade de estágio de convivência, nem restrições para o adotante estrangeiro, residente dentro ou fora do país. Nesses termos, qualquer pessoa, independentemente de seu estado civil, preenchendo os requisitos enumerados, podia adotar.

Dispunha o art. 368, do antigo Código, que *“só os maiores de 30 (trinta) anos podem adotar”*. Essa redação, como vimos, fora dada pela Lei nº 3.133/57, pois na redação original do Código a idade mínima era de 50 anos. A intenção do legislador foi somente permitir a adoção de pessoas que já tivessem atingido determinado grau de maturidade, diminuindo--se o risco de adoções prematuras ou levianas. O solteiro, com mais de 30 anos, estava habilitado a adotar, enquanto o casado, com a mesma idade, teria de aguardar cinco anos de duração do matrimônio (parágrafo único do art. 368). Por outro lado, o art. 370 dispunha que ninguém podia ser adotado por duas pessoas, salvo se fossem marido e mulher. Essa mesma disposição é mantida no Código de 2002, que se reporta também à união estável (art. 1.622). Nesse sentido, a adoção civil procura imitar a natureza, assim como quando a lei exige diferença de idade ponderável entre adotante e adotado. Tendo em vista o novo *status* da união estável, era perfeitamente aceitável que companheiros nessa situação, convivendo como marido e mulher, pudessem conjuntamente adotar maior de 18 anos, por escritura pública.

O consentimento do adotado, contudo, era imprescindível, devendo constar da escritura pública. Há julgados que admitiram o consentimento posterior à escritura, mas não era a melhor solução, pois havia possibilidade maior de fraudes. De qualquer modo, qualquer nulidade decorrente da falta de manifestação de vontade somente podia ser arguida pelo interessado.

Essa adoção, que não podia envolver menores, não rompia os vínculos do adotado com seus parentes consanguíneos, sendo apenas transferido o pátrio poder, hoje denominado

poder familiar, do pai natural ao pai adotivo, conforme o art. 378, limitando-se o parentesco resultante dessa adoção ao adotante e adotado, exceto quanto aos impedimentos matrimoniais do art. 183, II e V, do velho Código, ou seja, não podiam casar o adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante; nem o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva, na forma do art. 376. No entanto, como sempre enfatizamos, a Constituição de 1988 equiparou todos os direitos de filiação, sem qualquer distinção, inclusive quanto aos filhos adotivos. Desse modo, já não podiam ser admitidas as restrições estampadas no Código de 1916, após a carta de 1988. Na verdade, o legislador posterior deveria ter-se preocupado com a questão da adoção como um todo e não unicamente com a adoção de menores. Se equiparados os adotados civilmente, sem discriminação de modalidade, essa relação terá reflexos com relação a terceiros ligados ao grupo familiar, não mais se limitando a adotante e adotado. Há incongruências no cotejo de ambos os sistemas que ficaram relegadas à interpretação dos tribunais. Melhor seria que simplesmente tivessem sido revogadas as disposições do Código Civil, não mais se permitindo a adoção de maiores por escritura pública, tendo em vista sua inutilidade e possibilidade de fraudes.

Como vimos, o art. 370 dispunha que somente o casal unido pelo matrimônio podia adotar conjuntamente. No entanto, a lei permitiu também que o homem casado ou a mulher casada adotasse isoladamente. A mesma regra permanece no Código de 2002, incluindo-

se também os casais em convívio estável. Ambos os Códigos não exigem o consentimento do outro cônjuge para adoção isolada, solução que não é das melhores. Assim sendo, o cônjuge pode introduzir estranho no seio da família, ainda que o outro consorte se oponha. Não tendo a lei feito a restrição, não poderá o juiz fazê-lo no caso concreto. Observa Marco Aurélio S. Viana (1998a:254) que há quem sustente que o consentimento é indispensável em nome da paz e harmonia familiar e da vida conjugal, pois um estranho é introduzido no ambiente doméstico. Há também reflexos patrimoniais alimentícios e sucessórios. Porém, em face do Direito Positivo, não há como se impor esse consentimento.

Os laços dessa adoção eram tênues na imitação da família biológica, porque o adotado não se desprendia totalmente de sua família originária, mantendo o parentesco, podendo manter o nome primitivo, permanecendo também com a obrigação de alimentos com relação aos pais biológicos.

Extinção da adoção civil no Código de 1916

Disciplinava o art. 373 que o adotado, quando menor, ou interdito, poderia desligar-se da adoção no ano imediato ao que cessasse a interdição, ou a menoridade. Como essa modalidade de adoção somente era facultada atualmente aos maiores, o dispositivo esvaziou-se. De acordo com o art. 374, o vínculo da adoção civil extinguiu-se por ato bilateral de ambas as partes e nos casos em que fosse admitida a deserdação.

A extinção bilateral se perfazia igualmente por escritura pública. Tratava-se de resilição bilateral da relação jurídica, por mera conveniência das partes. Notamos aqui mais um inconveniente dessa forma de adoção que podia dar margem a fraudes e prejuízos a terceiros. A noção moderna de adoção não mais se coaduna com o conceito de revogabilidade. Ao imitar a natureza, a adoção deve ser irrevogável. Como, no caso, a adoção era negócio jurídico entre maiores e capazes, a lei possibilitava seu desfazimento. Acentuamos nesse ponto mais um argumento em favor da extinção dessa forma de adoção em nossa legislação, que não fará falta alguma ao ordenamento. Aliás, o legislador do estatuto menorista deveria ter-se manifestado a respeito de sua revogação.

O art. 374 referia-se ainda à dissolução do vínculo da adoção nos casos em que fosse admitida a deserdação. A deserdação possibilita, no direito das sucessões, que os herdeiros necessários sejam afastados da herança em sua porção legítima (art. 1.961; antigo, art. 1.741). Sua causa somente deve ser declinada em testamento (art. 1.964; antigo, art. 1.742) e a exclusão do herdeiro depende de sentença judicial em ação movida pelo herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, onde deverá ser provada a causa deserdativa, sob pena de ineficácia da cláusula testamentária (art. 1.965, parágrafo único; antigo, art. 1.743, parágrafo único). A matéria pertence ao estudo do direito das sucessões, onde deve ser aprofundada (ver nosso *Direito civil: sucessões*, Capítulo 18). O art. 1.962 (antigo, art. 1.744) descrevia, em número fechado, as hipóteses de deserdação, que podiam ser utilizadas para a dissolução do vínculo da adoção. Também tem aplicação o art. 1.963 (antigo, art. 1.745).

As causas de deserdação utilizadas para a dissolução do vínculo da adoção civil também deviam ser provadas em ação judicial, sustentando-se uma das hipóteses descritas nesses dispositivos. A legitimidade para essa ação era do pai ou do filho adotivo. Nessas situações, portanto, somente a sentença poderia decretar a dissolução da adoção.

2 “Agravado de instrumento – Art. 1.015, II, do CPC – Recurso cabível – Processo de preparação para adoção – Suspensão da inclusão no cadastro do adolescente junto ao cadastro nacional de adoção – Descabimento, no caso – 1- A decisão acerca da inclusão no Cadastro Nacional de Adoção, como questão de mérito atinente à própria colocação em família substituta e consectário da procedência do pedido de destituição do poder familiar, desafia agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, II, do CPC. 2- Na espécie, considerando que os pais do adolescente foram destituídos do poder familiar, em processo em que se apurou a inviabilidade de sua colocação na família extensa, e que não poderia, de qualquer sorte, residir na casa da avó materna, por estar jurado de morte na comunidade, deve ser atendida a sua inscrição no Cadastro Nacional de Adoção, providência afirmativa de seu direito constitucional de conviver em família, ainda que substituta. Agravo de instrumento provido” (TJRS – AI 70069887875, 7-2016, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl).

“Adoção – Destituição do poder familiar – Guarda provisória – Interesse da criança – Medida cautelar. Pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso especial pendente de juízo de admissibilidade. Medida excepcional. Afastamento das Súmulas nº 634 e nº 635 do STF. Precedentes. Presença dos requisitos da medida de urgência. Manifesta ilegalidade ou teratologia. Ação de adoção cumulada com pedido de destituição do poder familiar. Revogação abrupta da prorrogação da guarda provisória deferida aos pais adotivos desde o terceiro dia de vida da menor. Interesse da criança que deve ser protegida de sucessivas mudanças de lar. Inerente prejuízo emocional imputado ao menor. 1. A competência do Superior Tribunal de Justiça para a apreciação de medida cautelar, objetivando concessão de efeito suspensivo a recurso especial, instaura-se após ultrapassado o juízo de admissibilidade, a cargo do Tribunal de origem. 2. A atribuição, em caráter excepcional, de efeito suspensivo a recurso especial, pendente de juízo de

admissibilidade, depende da presença cumulativa dos requisitos do periculum *in mora* e do *fumus boni iuris*, aliados à teratologia ou à manifesta ilegalidade da decisão. 3. A verificação dos requisitos autorizadores da concessão da medida cautelar está relacionada diretamente com a probabilidade de êxito do recurso especial, de modo que conveniente o exame da viabilidade do apelo extremo, ainda que de modo superficial. 4. No caso dos autos, em um exame perfunctório, constata-se a plausibilidade jurídica do recurso especial, porquanto manifesta a possibilidade de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa e evidenciada a iminência do cumprimento do mandado de execução do julgado que determinou a entrega da menor aos pais biológicos sem a oitiva da família substituta. 5. Hipótese em que o menor deve ser protegido de sucessivas trocas de guarda e mudanças de lar que podem acarretar prejuízos a sua saúde e estabilidade emocional. 6. Medida cautelar procedente” (STJ – MC 20.264 – (2012/0245464-0), 3-6-2013, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

3 “Apelação – Estatuto da Criança e do Adolescente – **Destituição do poder familiar** – Irresignação do genitor – Afastamento de preliminar de nulidade – Documentos juntados aos autos válidos – Plenitude do contraditório e direito de defesa garantido – Genitora revel

– Recorrente que não conhece a criança, não tem qualquer vínculo com a ela, encontra-se preso e foi constatado, por exame de DNA, não ser ele o pai biológico – Inexistência de família extensa apta para cuidar da infante – Sentença de destituição do poder familiar mantida por seus próprios fundamentos – Recuso improvido” (TJSP – Ap 0019127-45.2014.8.26.0482

– Presidente Prudente – C.Esp. – Relª Dora Aparecida Martins – DJe 12-9-2016).

“Civil e estatuto da criança e do adolescente – Apelação cível – **Destituição do poder familiar** ausência de condições dos pais biológicos – Adoção – Prevalência do interesse da criança – 1- Correta é a sentença de destituição do poder familiar quando as provas acostadas aos autos demonstram que os genitores não possuem condições socioafetivas de alcançar aos filhos a proteção integral e de exercer a função parental de forma adequada. 2- O artigo 43, do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens ao adotando e fundar-se em motivos legítimos. Assim, deverá ser observada a imprescindibilidade da prevalência dos interesses do menor sobre quaisquer outros, na medida em que se discute o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. 3- Apelo não provido” (TJAP – Ap 0007480-48.2012.8.03.0002, 23-7-2015, Rel. Des. Gilberto Pinheiro).

“Direito civil – Família – Recurso especial – **Ação de investigação de paternidade** – Vínculo biológico comprovado – ‘Adoção à brasileira’ – Paternidade socioafetiva – Inexistência de óbice ao reconhecimento da paternidade biológica buscada pela filha registral – 1 – Nas demandas sobre filiação, não se pode estabelecer regra absoluta que recomende, invariavelmente, a prevalência da paternidade socioafetiva sobre a biológica. É preciso levar em consideração quem postula o reconhecimento ou a negativa da paternidade, bem como as circunstâncias fáticas de cada caso. 2 – No contexto da chamada ‘adoção à brasileira’, quando é o filho quem busca a paternidade biológica, não se lhe pode negar esse direito com fundamento na filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral, sobretudo quando este não contesta o pedido. 3 – Recurso especial conhecido e provido” (STJ – REsp 1.256.025 (2011/0118853-4), 19-3-2014, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

“Apelação cível – Ação de retificação de registro civil ajuizada pelo ministério público – Procedência na origem – Infantes entregues à adoção pela genitora – **Registro de nascimento efetivado por aquele que se dizia pai** – Ressalva materna em sentido contrário – Exame de DNA que comprova a ausência de vínculo biológico – Nítida tentativa de se proceder a chamada ‘adoção à brasileira’ – Burla à lei que proíbe o registro de prole alheia como se sua fosse e também ao cadastro de adoção – Recurso conhecido e desprovido – O cadastro de adoção não tem por condão violar os direitos e interesses dos menores ou dificultar a colocação em família substituta, mas, ao contrário, tem por pressuposto garantir os interesses daqueles que ali estão, de modo a assegurar a colocação em família que possua condições morais e estruturais de acolhê-las e criá-las, garantindo assim o desenvolvimento pleno” (TJSC – Acórdão 2010.060790-8, 21-3-2012, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves).

4 “**Ação de destituição do poder familiar** – Abandono – Violação dos deveres decorrentes do poder familiar caracterizado – Ausente, contudo, voluntariedade no proceder – Genitora acometida por catarata e rebaixamento intelectual – Enfermidades que limitam a prática dos atos cotidianos, notadamente os devidos cuidados com a casa e crianças – Primogênito adolescente da requerida que se incumbia de parte do múnus das irmãs e que derivou para o caminho da drogadição a agravar a situação – Inicial renitência do núcleo familiar a se submeter às orientações e tratamentos disponibilizados, aparentemente revertido após acolhimento das infantes – Possível inviabilidade da colocação de ambas em lar substituto, frente a avançada idade (10 e 11 anos) para tanto e comprovada manutenção de vínculos afetivos a motivar a continuidade pela busca de reintegração familiar, sobretudo diante da demonstração da genitora e fraterno de esforço para a reversão do quadro – Providência que prestigia os superiores interesses das

infantes e atende o comando legal que obriga o esgotamento dos meios de reinserção no seio da família natural – Inteligência dos arts. 227 da CF, 19 e § 3º, 39, § 1º, 92, inciso II e 100 inciso X, todos do ECA – Visitações autorizadas como forma de incentivo à reintegração familiar – Recurso parcialmente provido” (*TJSP* – Ap 0016208-68.2014.8.26.0196, 23-8-2016, Rel. Renato Genzani Filho).

“Apelação cível – **Ação de destituição do poder familiar** – Sentença de procedência – Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada – No mérito, pretensão à reforma integral – Impossibilidade – Recurso desprovido. Se foram realizadas inúmeras diligências visando à localização da apelada, para que fosse submetida a estudo psicossocial, não pode ser acolhida preliminar de cerceamento de defesa baseada na alegação da ausência desse estudo e da citação pessoal. Havendo nos autos prova robusta de que a conduta da mãe ajusta-se às hipóteses do art. 1.638, incisos I (castigo imoderado) e II (abandono), do Código Civil, deve ser mantida a sentença que decretou a perda do poder familiar” (*TJMT* – Acórdão Apelação Cível 78418/2010, 11-1-2012, Rel. Des. Orlando de Almeida Perri).

“Apelação cível. ECA. **Destituição de poder familiar**. Art. 1.638, II, do Código Civil. A prova dos autos evidencia a incapacidade da genitora em manter o poder familiar do filho, em razão de seu histórico de drogas e alcoolismo. Mesmo após inúmeras tentativas, não conseguiu afastar-se do vício. A perda do poder familiar impõe-se, pela incidência do art. 1.638, II do Código Civil. Negaram provimento. Unânime” (*TJRS* – Acórdão Apelação Cível 70039883426, 24-2-2011, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

“**Direito da infância e juventude. Destituição de poder familiar**. Abandono material, moral, social e intelectual suficientemente comprovados. Estudo social e relatórios do conselho tutelar que atestam a ausência total de condições dos genitores para criar e educar a filha recém-nascida. Genitores que sofrem de alcoolismo e residem em casa sem as mínimas condições de higiene. Histórico anterior de destituição de poder familiar dos réus (filha nascida em 2007). Descumprimento pelos pais dos deveres a eles atribuídos nos artigos 229 da Constituição Federal e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Exegese do art. 1.638, iii e iv, do Código Civil. Sentença mantida. Recurso desprovido. Nada obstante seja uma medida extrema, há que se enaltecer e aplaudir a prudente decisão do Magistrado que, em defesa dos interesses de crianças e adolescente, e com base no conjunto das provas produzidas, ao constatar o evidente abandono material, moral, social e intelectual dois pais em relação à sua filha recém-nascida, promove a destituição do poder familiar” (*TJSC* – Acórdão Apelação Cível 2009.075603-2, 9-2-2010, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato).

5 “Ação de adoção – Ascendente – **Adotanda maior de idade** – Vedação legal contida no parágrafo 1º do artigo 42 do ECA – Inaplicabilidade – Adotanda portadora de deficiência mental – Absolutamente incapaz – Avó paterna, que outrora exercera a guarda, nomeada curadora da neta – Pedido que objetiva resguardar situação fática já existente há anos – Vínculos de afinidade e afetividade – Dignidade da pessoa humana – Ausência de impedimento legal à adoção – Possibilidade – A vedação legal contida no parágrafo 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, relativamente à adoção de descendente por ascendente, aplica-se somente em ação de adoção de menor de idade. Tratando-se de pedido de adoção de pessoa maior de idade – Que dependerá da efetiva assistência do poder público e de sentença constitutiva (art. 1.619, do Código Civil) –, as únicas vedações legais são aquelas referentes à impossibilidade de adoção por pessoa menor de 18 anos e com diferença de idade em relação ao adotando inferior a 16 anos – Regras estas que permanecem exigíveis, a despeito da alteração da redação dos artigos 1.618 e 1.619 do Código Civil, pela Lei nº 12.010/09 – A adoção está assentada na ideia de se oportunizar a uma pessoa humana a inserção em núcleo familiar, com a sua integração efetiva e plena, de modo a assegurar a sua dignidade, atendendo às suas necessidades de desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo prisma psíquico, educacional e afetivo (Nelson Rosenvald, citado por Milton Paulo de Carvalho Filho). Nessa orientação, restando evidenciado nos autos que a adotanda, malgrado maior de idade, é pessoa absolutamente incapaz, por apresentar deficiência mental, bem como que, há muitos anos, é a sua avó paterna quem lhe propicia toda a assistência afetiva, material e psicológica necessárias ao seu bem-estar e à garantia de uma vida digna, tendo sido, por essa razão, nomeada a sua guardiã, durante a menoridade, e, posteriormente, a sua curadora, no bojo da ação de interdição, viável é o pedido de adoção, ausente qualquer impedimento legal – A regra prevista no art. 44, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que exige prévia prestação de contas da administração da curatela como condição à adoção pelo curador, não tem cabimento no caso específico dos autos, eis que inexistente qualquer preocupação quanto à hipótese de o adotante se valer do instituto para camuflar eventual dilapidação do patrimônio do adotando/curatelado – Pedido julgado procedente” (*TJMG* – Acórdão 1.0024.10.270911-0/001, 22-6-2012, Rel. Eduardo Andrade).

6 “Recurso Especial – Direito de família – Guarda – Arts – 33, § 2º, e 35 do ECA – Instituto Autônomo – Assistência devida. **Adoção post mortem**. Inequívoca vontade. Inexistência. Requisitos. Súmula nº 7/STJ. 1. A guarda é considerada a modalidade

mais simples de colocação da criança em família substituta, podendo atender a situações peculiares, temporárias ou mesmo suprir a falta eventual dos pais ou do responsável, o que não se confunde, necessariamente, com uma medida de preparação para futura adoção. 2. Há uma escala ascendente de intensidade na colocação em família substituta em relação à guarda, à tutela e à adoção, institutos específicos para tratar de situações diversas. 3. O bom exercício do *munus* assumido em decorrência da guarda de uma criança, devidamente assistida, material, moral e educacionalmente, não se confunde com a assunção da plena filiação, objeto de procedimento próprio de adoção, sob pena de não se justificar a existência do instituto autônomo. 4. É possível o deferimento da adoção póstuma, mesmo que o adotante não tenha dado início ao processo formal para tanto, desde que presente a inequívoca vontade para tanto. 5. Rever as conclusões do Tribunal de origem que afastou os requisitos para a configuração da adoção por ausência do vínculo de filiação encontra óbice formal no teor da Súmula nº 7/STJ. 6. Recurso especial não provido” (STJ – REsp 1.593.656 – (2015/0144756-6), 16-8-2016, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

“Direito processual civil. **Ação de adoção póstuma**. Direito personalíssimo. Impossibilidade jurídica do pedido. Indeferimento da inicial. 1 – verificado que não houve a inequívoca manifestação da vontade da falecida em adotar a autora e não sendo permitido em nosso ordenamento jurídico o reconhecimento de adoção tácita, resta caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido. Portanto revela-se correta a decisão que indeferiu a petição inicial, impondo a extinção do processo, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. 2 – recurso conhecido e não provido” (TJDFT – Proc. 20121310014956 – (646848), 21-1-2013, Rel.^a Des.^a Nídia Corrêa Lima).

“Agravamento regimental – Ação declaratória – **Adoção póstuma** – Ausência de comprovação do vínculo afetivo – Impossibilidade de reexame – Inteligência da Súmula nº 7/STJ – Recurso improvido” (STJ – AgRg-AG-REsp. 32.122 – (2011/0181996-5), 2-10-2012, Rel. Min. Massami Uyeda).

“**Apelação cível** – Estatuto da Criança e do Adolescente – **Adoção póstuma** – Artigo 42, § 6º, da Lei nº 8.069/90 – Falecimento do autor no curso do procedimento – Existência de manifestação inequívoca de vontade por parte do *de cujus* – 1. Nos termos do artigo 42, § 6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), verifica-se que é juridicamente possível a adoção póstuma quando houver prova inequívoca de que o *de cujus* tinha a intenção de adotar e este vier a falecer no curso do procedimento, antes da sentença. 2. Os efeitos da adoção, em regra, começam a partir do trânsito em julgado da sentença. Ocorre que, de acordo com o disposto no § 7º do artigo 47 da Lei nº 8.069/90, a adoção *post mortem* possui efeitos retroativos à data do óbito do adotante. 3. Desse modo, comprovado, através do acervo probatório acostado aos autos, que o adotante, em vida, havia declarado a vontade no sentido de formalizar a adoção, o referido propósito precisa ser respeitado, devendo, portanto, ser reformada a respeitável sentença vergastada, a fim de deferir a adoção formulada pelo falecido em relação à adotanda. 4. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada” (TJCE – Ap. 53-26.2004.8.06.0057/1, 14-3-2011, Rel. Des. Francisco Barbosa Filho).

7 “Agravamento regimental em agravo de instrumento – **Ação de adoção** – Ausência de consentimento dos pais biológicos – Poder familiar – Necessidade de se promover a prévia destituição – Precedentes – Agravo improvido” (STJ – AgRg-AI 1.269.899 – (2010/0011441-7), 17-2-2011, Rel. Min. Massami Uyeda).

8 “Agravamento de instrumento – Estatuto da criança e do adolescente – Regulamentação de visitas – Mãe biológica – Menor abandonado em processo de adoção por terceiros que detêm a sua guarda desde os dois meses de vida – Incompetência absoluta da vara de família para conhecer do pedido – Art. 148, III, do ECA – **Ação de adoção e ação de destituição do poder familiar** previamente ajuizadas perante a 3ª Vara da Infância e Juventude – Ausência dos requisitos necessários para a concessão liminar da regulamentação de visitas – Notícias de que a mãe biológica do menor teria envolvimento com prostituição e drogas – Longo período entre o abandono da criança e a pretensão de visitas – Possível inexistência de vínculo afetivo – Prevalência do princípio da prioridade do interesse da criança – Art. 227, da CF c/c art. 4º do ECA – Agravo de instrumento conhecido e provido – Decisão revogada – 1 – A incompetência absoluta é matéria que pode ser conhecida e declarada de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos moldes do art. 113, do Código de Processo Civil. 2 – O Estatuto da Criança e do Adolescente, especificamente no art. 148, inciso III, define que é da Justiça da Infância e da Juventude a competência para conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes. Portanto, havendo pedido de adoção em trâmite na 3ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Fortaleza, o incidente de regulamentação de visitas não poderia ter sido decidido pelo juízo a quo em virtude de sua incompetência absoluta. 3 – A decisão agravada, ao regulamentar o direito de visita da mãe biológica em relação ao seu filho menor, não observou se havia um vínculo afetivo entre os mesmos, que justificasse referida medida, considerando o lapso temporal de cerca de cinco anos, existente entre o abandono da criança, à época com dois meses de vida, e a citada pretensão de

regulamentação de visita, além de já estar em curso uma ação de adoção e outra de destituição de poder familiar, em verdadeira contrariedade ao interesse da criança. 4 – Restam esvaziados, nos autos de origem, os pressupostos necessários à concessão da tutela antecipada, vez que noticiado o envolvimento da Agravada com prostituição e drogas, quando o bem-estar da criança prevalece sobre o interesse da mãe biológica em visitar o filho, em atendimento ao Princípio da Preponderância do Interesse do Menor (art. 227, da Constituição Federal c/c art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente). 5 – Agravo de instrumento conhecido e provido. Decisão revogada. Acórdão” (TJCE – AI 0000892-81.2011.8.06.0000, 30-10-2012, Relª Maria Vilauba Fausto Lopes).

“Agravo de instrumento – **Ação de destituição de poder familiar** – Mãe de dois menores – Tutela antecipada deferida para suspender o exercício do poder familiar. Motivos ensejadores da medida evidenciados nos autos. Decisão mantida. Recurso desprovido. Não acostando aos autos a agravante qualquer prova apta a convencer o julgador de que reúne condições materiais e emocionais de educar e criar seus filhos, os quais se encontram atualmente abrigados, deve ser mantida a decisão que determinou, liminarmente, a suspensão do poder familiar” (TJDFT – AI 20110020047838 – (507314), 30-5-2011, Rel. Des. Lécio Resende).

“**Adoção cumulada com destituição do poder familiar.** Caracterização de abandono. Falta de identidade familiar. Vínculo afetivo entre a criança e o adotante. Interesse do menor. Ação de destituição de o pátrio poder cumulada com adoção – ‘A hereditariedade, voz do sangue, não é garantia plena do amor e dos cuidados indispensáveis ao bom desenvolvimento de toda criança. O amor comporta méritos silenciosos, mas seus efeitos são transparentes, sendo certo que só o afeto verdadeiro é capaz de fazer do ente amado um ser melhor e mais feliz.’ Configuração de abandono (art. 1.635, inciso II, do Código Civil de 2002.) Incidência da sanção civil prescrita no art. 24, por descumprimento injustificado dos deveres a que alude o art. 22, ambos do ECA. De todo o contexto probatório resulta transparente a inegável intensidade do sentimento que ligam as menores aos autores, ficando claro que a destituição do pátrio poder e a adoção atendem aos interesses das menores e, sem qualquer dúvida, podem minimizar o sofrimento que, por certo, marcou o abandono e a falta de identidade familiar. Além do vínculo afetivo que já se faz presente entre adotantes e adotadas, as condições morais, psicológicas e materiais dos autores lhes conferem credenciais para bem cumprirem a nobre missão de adotar, construindo um futuro melhor para as menores. Improvimento do recurso” (TJRJ – Acórdão 0000515-57.2007.8.19.0043, 26-5-2011, Rel. Des. Maldonado de Carvalho).

9 “Sentença estrangeira contestada – Adoção – Falta de consentimento do pai biológico – Citação – Desnecessidade – Abandono – Situação de fato consolidada em benefício do adotando – Estudo social e laudo pertinente às condições do adotante – Desnecessidade – Homologação – 1- Segundo a legislação pátria, a adoção de menor que tenha pais biológicos no exercício do pátrio poder pressupõe, para sua validade, o consentimento deles, exceto se, por decisão judicial, o poder familiar for perdido. Nada obstante, não se pode formular exigências descabidas e inexequíveis, sob pena de se negar acesso à justiça nacional. 2-Sentença estrangeira de adoção assentada no abandono pelo pai de filho que se encontra por anos convivendo em harmonia com o padrasto que, visando legalizar uma situação familiar já consolidada no tempo, pretende adotá-lo, prescinde de citação, mormente se a Justiça estrangeira, embora tenha envidado esforços para localizar o interessado, não logrou êxito. 3- As normas atinentes à adoção internacional, previstas na Convenção de Haia e incorporadas pelo Estatuto da Criança e Adolescente, aplicam-se aos casos em que o adotante seja domiciliado fora do Brasil e seja necessário o deslocamento do adotando para outro país, bem como haja inserção completa em outra unidade familiar (ou seja, casos em que o adotando passe a conviver com novos pais). O presente caso, não obstante, trata de situação diversa: adoção unilateral (apenas pelo padrasto), quando o infante já vivia no mesmo território do adotante, bem como em situação que não implicou a completa inserção em outra unidade familiar, pois a criança continuou convivendo com a mãe biológica. 4- Presentes os demais requisitos objetivos e verificado que o teor da decisão não ofende a soberania nem a ordem pública (arts. 5º e 6º da Resolução STJ nº 9/2005). 5- Pedido de homologação deferido” (STJ – SEC 8.600 – (2014/0096575-7), 16-10-2015, Rel. Min. Og Fernandes).

“Ação rescisória – **Adoção internacional** – Rescisão de sentença – Irregularidades no trâmite do processo – Situação de fato consolidada – Prevalência do interesse do menor em detrimento das formalidades – Princípio do melhor interesse da criança e proteção absoluta – 1. Compulsando os autos da ação, verifica-se que o Órgão Ministerial objetiva rescindir sentença prolatada por juiz monocrático nos autos de processo de adoção internacional, que se deu sem a observância de formalidades elencadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Ocorre que, desde a data da interposição da ação em questão já se passaram 9 (nove) anos. E não se pode olvidar que, diante deste vasto lapso temporal, entre a criança e seus pais adotivos foram criados laços afetivos e psicológicos. 3. Diante da situação fática que se encontra sobejamente consolidada, retirar a criança do seio familiar em que vive com aqueles que reconhece como pais há 9 (nove) anos configuraria uma medida demasiadamente violenta, ensejadora de danos irreversíveis, que iria de encontro ao princípio do melhor interesse da criança, bem como da prioridade absoluta. 4. Em sendo assim,

não se justifica decretar-se uma nulidade que se contrapõe ao interesse de quem teoricamente se pretende proteger” (*TJPE* – AR 47136-5, 16-6-2011, Rel. Des. Bartolomeu Bueno).

10 “Civil e processo civil. **Direito da criança e do adolescente**. Apelação cível. Alvará de autorização para viagem. Ação de adoção internacional em curso. Impossibilidade. Trânsito em julgado de sentença prolatada nos autos da adoção. Requisito indispensável à concessão do alvará. Aplicação do disposto nos artigos 52, § 8º, 83 a 85 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Eca. Previsão legal que privilegia a proteção integral de crianças e adolescentes. Princípio do melhor interesse da menor. Recurso conhecido e desprovido” (*TJRN* – AC 2012.015545-0, 7-2-2013, Rel. Des. Cláudio Santos).

11 “**Adoção cumulada com destituição do poder familiar**. Adotantes tios do menor. Estudo social. Mãe biológica. Concordância expressa. Princípio da proteção integral. Adoção com destituição do poder familiar – Entrega da menor pelos genitores aos tios – Anuência expressa sobre a adoção – Ausência de comprovação, sequer de argumentação, de que agora a genitora possa cuidar de sua filha – Sentença que se mantém – Entrevistas realizadas pela assistente social e declaração em que a genitora/apelante afirma categoricamente não ter condições de cuidar da filha e que concorda com a adoção. Apelante citada, mantendo-se inerte e indiferente ao feito, o que só corrobora o descaso com a situação jurídica da guarda de sua filha. A menor já conta aproximadamente 7 anos de idade, estando sob a proteção afetiva, material e educacional dos apelados desde fevereiro de 2007, reconhecendo-os como seus verdadeiros pais. Não há na apelação qualquer argumento ou indicação de que agora a genitora possua condições financeiras e afetivas para assumir a guarda, o que faz crer que as razões que a fizeram entregar a menor aos cuidados dos apelados ainda persistem. É de causar estranheza que a apelante não esclareça como e onde pretende cuidar de sua filha, caso readquirir a guarda, e sequer suscite como manterá o tratamento da mesma, que requer cuidados especiais. Proteção dos interesses da menor, em atenção aos princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral. A sentença bem avaliou as condições da menor, de modo que merece ser mantida. Nega-se provimento ao recurso” (*TJRJ* – Acórdão 0011971-91.2007.8.19.0014, 16-8-2012, Relª Desª Maria Augusta Vaz).

“Agravado de instrumento – Adoção ‘intuitu personae’ – Indeferimento da guarda provisória, acolhimento da criança e posterior entrega, em guarda, para avó materna. Cabimento. Ausência de qualquer vinculação entre os requerentes e a família biológica. Guarda de fato exercida por poucos dias. Hipótese em que não justifica a preferência aos requerentes, em detrimento das pessoas regularmente cadastradas, perante o Juízo da Infância e Juventude. Criança aliás já inserida na família natural. Decisão que melhor atende aos interesses da criança. Não provimento do agravo” (*TJSP* – AgRg 990.10.086343-6, 23-5-2011, Relª Maria Olívia Alves).

“**Civil** – Adoção – Vício no consentimento da genitora – Boa-fé dos adotantes – Longo convívio da adotanda com os adotantes – Preponderância do melhor interesse da criança – 1. A criança adotanda é o objeto de proteção legal primário em um processo de adoção, devendo a ela ser asseguradas condições básicas para o seu bem-estar e desenvolvimento sociopsicológico. 2. A constatação de vício no consentimento da genitora, com relação a entrega de sua filha para a adoção, não nulifica, por si só, a adoção já realizada, na qual é possível se constatar a boa-fé dos adotantes. 3. O alçar do direito materno, em relação à sua prole, à condição de prevalência sobre tudo e todos, dando-se a coacta manifestação da mãe-adolescente a capacidade de apagar anos de convivência familiar, estabelecida sobre os auspícios do Estado, entre o casal adotante, seus filhos naturais e a adotanda, no único lar que essa sempre teve, importa em ignorar o direito primário da infante, vista mais como objeto litigioso e menos, ou quase nada, como indivíduo, detentora, ela própria, de direitos, que, no particular, se sobrepõe aos brandidos pelas partes. 4. Apontando as circunstâncias fáticas para uma melhor qualidade de vida no lar adotivo e associando-se essas circunstâncias à convivência da adotanda, por lapso temporal significativo – 9 anos –, junto à família adotante, deve-se manter íntegro esse núcleo familiar. 5. Recurso especial provido” (*STJ* – REsp 1.199.465 – (2010/0120902-0), 21-6-2011, Relª Minª Nancy Andrighi).

12 “Apelação cível – **Ação de adoção** – Genitora acometida por depressão pós-parto – Risco à vida da filha – Entrega da menor ao Conselho Tutelar com sinais de maus-tratos – Pedido de adoção de família substituta – Concessão de guarda provisória à nova família – Arrependimento posterior dos genitores – Impossibilidade – Estudo social – Ausência de afetividade dos pais biológicos – Menor inserida e adaptada ao novo lar – Aplicação do princípio do melhor interesse da criança – Prevalência da socioafetividade – Destituição do poder familiar – Apelação conhecida, porém improvida – 1 – Não há qualquer dúvida de que a menina deve ficar com o casal adotante, seja pela forma como vem sendo tratada, seja pela legalidade da adoção em questão, não se podendo levar em conta o arrependimento dos genitores, por ser tardio e extemporâneo. 2 – Mostra-se mais prudente manter a sentença que julgou procedente o pedido de adoção, porquanto a reforma de tal decisão poderia trazer sérios prejuízos ao desenvolvimento psicológico da infante, haja vista ter passado praticamente toda sua vida sob os cuidados dos apelados, e tem neles a figura de sua

mãe e de seu pai. Não há dúvidas de que possível modificação de lar, por ora, ocasionaria consequências danosas ao seu equilíbrio emocional. 3 – Recurso conhecido, porém improvido. Acórdão” (TJCE – Acórdão 0000545-78.2009.8.06.0045, 24-9-2012, Rel. Durval Aires Filho).

13 “Processo civil e ECA – Apelação cível – **Ação de adoção** – Extinção do feito, sem resolução de mérito, por falta de inscrição no cadastro nacional de adoção (art. 267, inc. IV, do CPC c/c art. 50 do ECA) – Dispensa do mencionado requisito em homenagem ao princípio do melhor interesse do menor – Precedente do STJ – Anulação da sentença – recurso conhecido e provido – I – Compulsando os fólios processuais, denota-se que a v. sentença vergastada extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por entender que, pelo fato de não se encontrarem os promoventes, ora apelantes, inscritos no Cadastro Nacional de Adotantes, está ausente um dos pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, CPC c/c art. 50, ECA). II – No entanto, consoante já pacificou a melhor jurisprudência pátria, a prévia inscrição no cadastro oficial não constitui condição *sine qua non* para que a adoção possa ser deferida, devendo, acima de tudo, prevalecer o princípio do melhor interesse do adotando, de tal modo que, comprovada a existência de laços afetivos convincentes entre as partes, se for melhor para o adotando, dispensa-se a exigência de inscrição prévia no registro a que alude o artigo 50 do ECA. III – Dessarte, diante das peculiaridades apresentadas pelo caso concreto, afasta-se a exigência prevista no artigo 50 do ECA, não havendo, por via de consequência, que se falar em ausência de qualquer das condições e pressupostos essenciais para a constituição e o regular desenvolvimento do processo. IV – Recurso conhecido e provido. Sentença cassada para determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que seja dado regular prosseguimento ao feito” (TJCE – Acórdão 0151925-81.2012.8.06.0001, 29-10-2012, Rel. Francisco Sales Neto).

14 “Apelação cível – **Ação de destituição de poder familiar** – Genitores que não têm condições de oferecer um lar estável e afetivo para o filho em tenra idade (4 anos de idade) – Histórico familiar de violência e abandono – Criança acolhida em casa lar – Impossibilidade de manutenção do poder familiar – Medida mais salutar para o desenvolvimento físico e mental do infante – Exegese do art. 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e art. 1.638, inciso II, do Código Civil – Recursos conhecidos e desprovidos – I – Consoante o disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ‘aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores’, além dos demais deveres previstos no art. 1.634 do Código Civil. II – Assim, a negligência dos genitores no sentido de não fornecer condições adequadas para o desenvolvimento afetivo, psicológico, moral e educacional do infante implica o descumprimento injustificado dos direitos e obrigações acima expostos, dando azo à destituição do poder familiar, e, assim, recomendável é o encaminhamento da criança à adoção que, certamente, será a medida mais salutar para o desenvolvimento físico e mental do infante” (TJSC – AC 2015.064338-7, 18-1-2016, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior).

“**Apelação cível** – Ação de perda do poder familiar c/c pedido de colocação para adoção – Observância do melhor interesse da criança – Menor em situação de abandono – Adequação da realidade fática à regra prevista no inciso II do artigo 1.638, do Código Civil – Perda do poder familiar – Menor inserida em família substituta – Recurso conhecido e não provido – O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao preconizar a doutrina da proteção integral (artigo 1º da Lei nº 8.069/90), torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. Restando clara a conduta adotada pelos genitores dos infantes no sentido de não lhes prestar auxílio moral e material, fica evidenciada a situação de abandono que autoriza a destituição do poder familiar, mormente em atenção ao princípio do melhor interesse da criança. Deve ser mantida a atual situação da menor inserida em família substituta se evidenciado que os pais de criação estão prestando auxílio moral e material, o que fica reforçado pelo fato a infante residir com aqueles já há alguns anos. Recurso conhecido e não provido” (TJMS – Acórdão 2011.031485-5/0000-00, 28-6-2012, Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo).

“Agravado de instrumento – Ação de guarda e responsabilidade – Insurgência quanto à decisão que indeferiu o pleito dos autores e manteve o menor abrigado – Ausência de assinatura de um dos recorrentes no instrumento de outorga de mandado – Ausência de procuração nos autos – Infringência ao disposto no art. 525, inc. I, do CPC – Recurso conhecido apenas em relação à primeira agravada – Recém-nascido entregue aos autores após o parto – Suspeita de adoção direta ou à brasileira – Respeito ao cadastro de interessados à adoção – Ausência de formação de laços afetivos – Menor que permaneceu com os demandantes por período de um mês – Visando o bem-estar da criança, mantém-se a decisão vergastada – Recurso conhecido em parte e desprovido – [...] A petição de agravo de instrumento deverá ser instruída com as peças obrigatórias (cópia da decisão agravada, certidão de intimação, procuração das partes), bem como as facultativas. Desta forma, não tendo a parte agravante instruído seu recurso com os documentos imprescindíveis, deverá o reclamo não ser conhecido (Agravado de Instrumento nº 2010.074084-4, de Lages, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 25-1-2011). [...] Tendo em vista a idade ínfima do menor (quase cinco meses), a precariedade da guarda do ECA, o exíguo tempo de convivência com os guardiões de fato (pouco mais de um mês), os indícios de adoção dirigida com suspeitas de pagamento de contraprestação, a pendência da ação de perda do poder familiar, a não consolidação dos laços afetivos

com os postulantes ou configuração da posse do estado de filho, a manifesta intenção de adoção dos autores, bem como a necessidade de respeito ao cadastro de adotantes, mostra-se conveniente, *in casu*, o abrigo da menor e a rejeição do pleito de regularização da guarda de fato da criança (Agravo de Instrumento nº 2009.014159-2, de Capivari de Baixo, Rel. Des. Henry Petry Junior, j. 23-6-2009)” (*TJSC*

– AI 2011.024187-5, 26-9-2011, Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga).

PODER FAMILIAR. ALIENAÇÃO PARENTAL

14.1 INTRODUÇÃO. LINEAMENTO HISTÓRICO. COMPREENSÃO

Em várias oportunidades, nos capítulos anteriores, referimo-nos ao pátrio poder, que o Código de 2002, cioso da igualdade constitucional entre o homem e a mulher, preferiu denominar *poder familiar*. O projeto do Estatuto das Famílias prefere denominar “autoridade parental”, fugindo da ideia de poder, que não deve existir no seio da família. Trata-se de instituto que se alterou bastante no curso da história, acompanhando, em síntese, a trajetória da história da própria família. No Direito Romano, a *patria potestas* representava um poder incontrastável do chefe de família. Nosso Código de 2002, a exemplo do que já fazia o velho diploma, no art. 379, sem defini-lo, dispõe no art. 1.630:

“Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Muito mais aceitável neste início de século a dicção do futuro Estatuto das Famílias: “A autoridade parental deve ser exercida no melhor interesse dos filhos” (art. 87).

Jean Carbonnier recorda os termos do art. 371 do Código francês: o menor, de qualquer idade, deve honrar e respeitar seu pai e sua mãe. A mesma ideia estava presente em nosso Código (art. 1.634, IX), quando se referia à possibilidade de os pais exigirem obediência e respeito dos filhos. O autor aponta que se trata de dispositivo do qual todos nós não gostamos muito enquanto jovens (1999:167). O novo texto legal modificado desse dispositivo diz que os pais podem exigir que os filhos prestem obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição. Visto sob o prisma do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação. Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever.¹ A denominação poder familiar do vigente Código também não se coaduna perfeitamente com sua extensão e compreensão.

A modificação do entendimento dessa relação entre pais e filhos, porém, não é muito antiga. A redação originária do art. 264 do Código argentino, por exemplo, conceituava o pátrio poder como o conjunto de direitos dos pais com relação às pessoas e aos bens dos filhos menores. Essa noção

traduzia a ideia imperante até o século XIX e início do século XX. Até então, o pátrio poder ainda tinha a compreensão da *patria potestas* do Direito Romano. A sociedade rural, em nosso país, incentivava a manutenção do poder patriarcal de forma quase incontestável. Com a urbanização, industrialização, a nova posição assumida pela mulher no mundo ocidental, o avanço das telecomunicações e a globalização da sociedade, modificou-se irremediavelmente esse comportamento, fazendo realçar no pátrio poder os deveres dos pais com relação aos filhos, bem como os interesses destes, colocando em plano secundário os respectivos direitos dos pais. O exercício desse poder pressupõe o cuidado do pai e da mãe em relação aos filhos, o dever de criá-los, alimentá-los e educá-los conforme a condição e fortuna da família.

Desse modo, comparando-se a noção do pátrio poder em Roma, com o instituto moderno, nota-se, destarte, uma profunda e radical modificação, que afeta sua própria estrutura. Em Roma, o pátrio poder tem uma conotação eminentemente religiosa: o *pater familias* é o condutor da religião doméstica, o que explica seu aparente excesso de rigor. O pai romano não apenas conduzia a religião, como todo o grupo familiar, que podia ser numeroso, com muitos agregados e escravos. Sua autoridade era fundamental, portanto, para manter unido e sólido o grupo como célula importante do Estado. De fato, sua autoridade não tinha limites e, com frequência, os textos referem-se ao direito de vida e morte com relação aos membros de seu clã, aí incluídos os filhos. O *pater, sui juris*, tinha o direito de punir, vender e matar os filhos, embora a história não noticie que chegasse a este extremo. Estes, por sua vez, não tinham capacidade de direito, eram *alieni juris*. O patrimônio era integralmente do pai. Os filhos não tinham bens próprios. Essa primeira concepção romana vai-se abrandando com o tempo. Permite-se, por exemplo, que o filho adquira o pecúlio castrense, propriedade de bens adquirida e decorrente de atividade militar. Outros pecúlios vão sendo paulatinamente permitidos ao *filius familiae*. Com Justiniano, já não mais se admite o *ius vitae et necis* (direito de vida e morte).

Na Idade Média, é confrontada a noção romana de pátrio poder com a compreensão mais branda de autoridade paterna trazida pelos povos estrangeiros.

De qualquer modo, a noção romana, ainda que mitigada, chega até a Idade Moderna. O patriarcalismo vem até nós pelo Direito português e encontra exemplos nos senhores de engenho e barões do café, que deixaram marcas indeléveis em nossa história. Na noção contemporânea, o conceito transfere-se totalmente para os princípios de mútua compreensão, a proteção dos menores e os deveres inerentes, irrenunciáveis e inafastáveis da paternidade e maternidade. O pátrio poder, poder familiar ou pátrio dever, nesse sentido, tem em vista primordialmente a proteção dos filhos menores. A convivência de todos os membros do grupo familiar deve ser lastreada não em supremacia, mas em diálogo, compreensão e entendimento.

Arnaldo Rizzardo (1994:897) observa que, atualmente, preponderam direitos e deveres numa proporção justa e equânime no convívio familiar; os filhos não são mais vistos como esperança de futuro auxílio aos pais. O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um

poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens. Nesse diapasão, João Andrades Carvalho (1995:175) define pátrio poder como “*o conjunto de atribuições, aos pais cometidas, tendo em vista a realização dos filhos menores como criaturas humanas e seres sociais*”. Como estampado no art. 1.630, do corrente Código, o poder familiar direciona-se a todos os filhos reconhecidos, independentemente de sua origem. Eduardo dos Santos (1999:511), ao escrever sobre o Direito lusitano, em situação análoga à nossa, observa:

“O poder paternal já não é, no nosso direito, um poder e já não é, estrita ou predominantemente, paternal. É uma função, é um conjunto de poderes-deveres, exercidos conjuntamente por ambos os progenitores”.

Caso 5 – Poder familiar – Destituição e perda

Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que singela regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais, enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever. O poder familiar, ou melhor, a autoridade parental, não é o exercício de um poder ou uma supremacia, mas de um encargo imposto pela paternidade e maternidade, decorrente da lei. Nesse sentido, entendemos o pátrio poder como o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais com relação aos filhos menores e não emancipados, com relação à pessoa destes e a seus bens.

14.2 TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR. SUJEITOS

Até a Constituição de 1988, era defensável a posição do Código Civil de 1916, deferindo a proeminência do marido no exercício do pátrio poder:

“Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores, quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para solução da divergência”.

Essa redação fora dada pela Lei nº 4.121/62 (Estatuto da Mulher Casada). Na redação

originária do Código Civil, cabia ao marido, como chefe da sociedade conjugal, exercer o pátrio poder sobre os filhos menores e somente em sua falta ou impedimento a incumbência era deferida à mulher, nos casos em que ela passava a exercer a chefia da sociedade conjugal.

Essa construção foi demolida pelo art. 226, § 5º, da Constituição de 1988: *“Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”*.

Nesse sentido, acentuou o art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90):

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

A referência aos princípios da legislação civil é superfetação. Ambos os pais devem exercer o pátrio poder, em ambiente de compreensão e entendimento. O conflito poderá ser, em última análise, definido pelo tribunal: imaginemos, por exemplo, a hipótese de os pais divergirem irremediavelmente acerca da modalidade de educação a ser dada ao menor, bem como da instituição escolhida para fazê-lo; sobre tratamento médico ou psicológico a ser seguido em caso de necessidade; sobre autorização de viagem ao exterior etc. Ademais, na conduta do patrimônio do menor podem surgir divergências acerca da melhor forma de administração dos bens.

Atendendo aos novos princípios, o art. 1.631 do presente Código estampou:

“Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo”.

Nenhum dos pais perde o exercício do poder familiar com a separação judicial ou divórcio.² O pátrio poder ou poder familiar decorre da paternidade e da filiação e não do casamento, tanto que o mais recente Código se reporta também à união estável. A guarda normalmente ficará com um deles, assegurado ao outro o direito de visitas. Atualmente, não é afastada a possibilidade de guarda compartilhada, como vimos, na qual, por períodos definidos ou concomitantemente, ambos os cônjuges a exercem. Tal, porém, não suprime ou suspende o pátrio poder do pai ou da mãe. Essa, aliás, a noção do art. 1.632.³ A guarda e a visita dos filhos era disciplinada pelos arts. 9º a 16 da Lei nº 6.515/77 e a elas já fizemos referência no Capítulo 9. É certo que o cônjuge que não detém a guarda tem, na prática, os poderes do pátrio familiar enfraquecidos. O cônjuge, no entanto, nessa situação, pode recorrer ao Judiciário quando entender que o exercício direto do pátrio poder pelo guardião não está sendo conveniente. Aplica-se mesma conclusão à separação de fato e às uniões

sem casamento. Também permanece para os pais o pátrio poder na anulação de casamento, pouco importando se putativo ou não. Com a morte de um dos pais, o sobrevivente exercerá isoladamente, é evidente, o pátrio poder.

O art. 1.633 refere-se ao filho não reconhecido pelo pai. Nesse caso, o pátrio poder ou poder familiar será exercido pela mãe. Se desconhecida a mãe, ou incapaz de exercer o pátrio poder, dar-se-á tutor ao menor.

Como vimos no Capítulo 13, quando é deferida a guarda a terceiros, estes passam a exercer algumas das prerrogativas do poder familiar, o qual, porém, não se extingue. Na separação ou divórcio, como vimos, os filhos menores ficarão com quem tiver melhores condições, expressão que deve ser entendida com certos rebuços. Os filhos permanecem sob a guarda de terceira pessoa, notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges ou mesmo sem parentesco, quando, na separação judicial ou no divórcio, o juiz verificar da inconveniência de o menor permanecer com os pais, aplicando-se o art. 1.584, parágrafo único, do novel Código. Da mesma forma, a guarda pode ser deferida segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de regularizar posse de fato do menor, em período antecedente à adoção ou tutela; ou, excepcionalmente, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável (art. 33). A guarda é sempre situação transitória, em qualquer caso, e pode ser alterada pelo juiz, na conveniência do menor.

Pela nova ordem constitucional, da mesma forma, estava derogado o art. 385 do Código de 1916, que conferia preponderantemente ao pai a administração legal dos bens dos filhos e apenas na falta daquele a administração seria da mãe. Perante a igualdade dos cônjuges na lei, ambos os pais devem exercer essa administração de comum acordo. Desse modo, ambos os progenitores deverão firmar os contratos referentes aos bens dos filhos menores, podendo um só fazê-lo somente se tiver procuração do outro. Ademais, o antigo Código Civil, em seu art. 386, dispunha que os pais, no exercício do pátrio poder, não poderiam praticar atos que resultassem na diminuição do patrimônio do menor sem prévia autorização judicial. Os atos livres desta prévia autorização são os de mera administração.⁴ O princípio continua presente.

Todos os filhos, enquanto menores, estão sujeitos ao poder familiar. Já não distingue a ordem constitucional entre legítimos, ilegítimos ou adotivos. Lembre-se de que, atualmente, há ampla liberdade para o reconhecimento de filiação. Como apontamos, ainda que a guarda seja confiada a terceiros, os pais não perdem o pátrio poder. A guarda absorve apenas alguns aspectos do pátrio poder.

14.3 CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR OU DA AUTORIDADE PARENTAL

Cabe aos pais dirigir a educação dos filhos, tendo-os sob sua guarda e companhia, sustentando-os e criando-os. O poder familiar é *indisponível*.⁵ Decorrente da paternidade natural ou legal, não

pode ser transferido por iniciativa dos titulares, para terceiros. Como vimos, os pais que consentem na adoção não transferem o pátrio poder, mas renunciam a ele. Também, indiretamente, renunciam ao pátrio poder quando praticam atos incompatíveis com o poder paternal. De qualquer modo, contudo, por exclusivo ato de sua vontade, os pais não podem renunciar ao pátrio poder. Trata-se, pois, de estado irrenunciável. Cuida-se de condição existencial entre pai e filho. O revogado Código de Menores permitia a delegação do pátrio poder, a qual foi abolida de nosso ordenamento. Por decisão judicial, na hipótese de guarda, alguns dos direitos e deveres do pátrio poder podem ser atribuídos ao guardião.

O poder familiar é *indivisível*,⁶ porém não seu exercício. Quando se trata de pais separados, cinde-se o exercício do poder familiar, dividindo-se as incumbências. O mesmo ocorre, na prática, quando o pai e a mãe em harmonia orientam a vida dos filhos. Ao guardião são atribuídos alguns dos deveres inerentes ao pátrio poder, o qual, no entanto, não se transfere nessa modalidade, quando se tratar de família substituta.

O poder familiar também é *imprescritível*. Ainda que, por qualquer circunstância, não possa ser exercido pelos titulares, trata-se de estado imprescritível, não se extinguindo pelo desuso. Somente a extinção, dentro das hipóteses legais, poderá terminá-lo.

14.4 PARTICULARIDADES

O art. 1.611 dispõe que o filho havido fora do casamento, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal sem o consentimento do outro. Muitos entenderam que esse dispositivo, então presente no art. 359 do antigo Código, estava revogado pela nova ordem constitucional, por ser discriminatório. Não nos parece, no entanto. O dispositivo foi estabelecido em prol da harmonia da família. Um filho estranho a um dos cônjuges pode se converter em elemento perturbador no âmbito da convivência do lar. Não há discriminação nesse artigo, mas apenas regulamentação. Essa disposição é complementada pelo art. 15 do Decreto-lei nº 3.200/41, que continua com plena aplicação:

“Se um dos cônjuges negar consentimento para que resida no lar conjugal o filho natural reconhecido do outro, caberá ao pai, ou à mãe, que o reconheceu, prestar-lhe, fora do seu lar, inteira assistência, assim como alimentos correspondentes à condição social em que viva, iguais aos que prestar a filho legítimo, se o tiver”.

Recordamos também que, em matéria de responsabilidade civil, o pátrio poder acarreta ônus aos pais. Nesse sentido, o art. 932 estatui que são responsáveis pela reparação civil os pais pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. A ideia é no sentido de que, em se tratando de pais separados, responsáveis pelos atos do menor, será o progenitor que detiver sua

guarda. No entanto, a jurisprudência tende a alargar o conceito, dependendo do caso concreto, buscando, quanto possível, responsabilizar ambos os pais.

14.5 PODER FAMILIAR QUANTO À PESSOA DOS FILHOS

Sob esse título, o Código Civil disciplina a matéria de forma concisa no art. 1.634:

“Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I – dirigir-lhes a criação e a educação;

II – exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI – 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;

VII – representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição”.

Cabe aos pais, primordialmente, dirigir a criação e educação dos filhos, para proporcionar-lhes a sobrevivência. Compete aos pais tornar seus filhos úteis à sociedade. A atitude dos pais é fundamental para a formação da criança. Faltando com esse dever, o progenitor faltoso submete-se a reprimendas de ordem civil e criminal, respondendo pelos crimes de abandono material, moral e intelectual (arts. 224 a 246 do Código Penal). Entre as responsabilidades de criação, temos que lembrar que cumpre também aos pais fornecer meios para tratamentos médicos que se fizerem necessários. Sob certas condições o abandono afetivo e intelectual pode acarretar responsabilidade civil que deságua numa indenização. A matéria, contudo, ainda é nova.

O inciso II menciona que é direito dos pais ter os filhos em sua companhia e guarda. Trata-se de complemento indispensável do dever de criação e educação. Somente em casos excepcionais, como vimos, a guarda pode ser suprimida. Já nos referimos anteriormente quanto à situação de pais separados.

O inciso III refere-se ao consentimento para os filhos menores se casarem. Como examinamos no Capítulo 3, há que ser suprido judicialmente esse consentimento quando negado

injustificadamente, ou impossível de ser obtido. Como apontamos, esse consentimento deve ser específico, nos moldes requeridos pelo Direito matrimonial, isto é, para casar com determinada pessoa. Curial que essa autorização vise favorecer o menor.

A faculdade de nomear tutor (inciso IV) é de pouca utilização prática, objetivando também o cuidado com a prole, mormente na morte do progenitor.

A representação dos filhos ocorre até que estes completem 16 anos. Dessa idade, até os 18 anos, os menores são assistidos (inciso V). A regra é repetida pelo art. 1.690, do presente Código. Reporta-se ao que estudamos em nosso *Direito civil*: parte geral (Capítulo 19). Ato praticado por menor absolutamente incapaz sem representação é nulo; ato praticado por menor relativamente incapaz sem assistência, é anulável.

O inciso VI dispõe que os pais podem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha.⁷ Para tal, valer-se-ão da ação de busca e apreensão do menor. Se se trata, porém, de pais separados, nem sempre a traumática ação de busca e apreensão, com tutela liminar, será necessária, sendo suficiente pedido de modificação de guarda. O caso concreto nos dará a solução, nesse drama nem sempre fácil de ser equacionado.

Quanto ao inciso VII, reportamo-nos a ele logo na abertura deste capítulo. Os pais devem exigir respeito e obediência dos filhos. Não há, contudo, uma subordinação hierárquica. O respeito deve ser recíproco. A desarmonia e a falta de respeito, em casos extremos, podem desaguar na suspensão ou perda do pátrio poder. Podem também os pais exigir serviços próprios da idade do menor. Havemos de respeitar a legislação específica a respeito do trabalho do menor. A legislação trabalhista proíbe seu trabalho fora do lar até os 16 anos, salvo na condição aprendiz, a partir dos 14, conforme art. 7º, XXXIII, da CF, sendo-lhe proibido o trabalho noturno, perigoso e insalubre até os 18 anos. Todos os abusos em matéria de menor devem ser severamente combatidos. Não é admitido também o castigo imoderado, que pode, inclusive, ocasionar a perda do pátrio poder (art. 1.638; antigo, art. 395, I). Por outro lado, o Código Penal tipifica o crime de maus-tratos, previsto no art. 136.

14.6 USUFRUTO E ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DE FILHOS MENORES

Os filhos menores não possuem capacidade de direito para administrar seus bens, que a eles podem advir de várias formas, mormente por doação ou testamento ou por fruto de seu trabalho. Geralmente, no entanto, a situação de administração ocorre com a morte de um dos pais, com relação aos bens que os menores recebem como herança do falecido. A matéria é tratada pelos arts. 1.689 a 1.693 do vigente Código. A questão era tratada pelos arts. 385 a 391 do antigo Código. Em princípio, salvo disposição em contrário, os pais são administradores naturais dos bens dos filhos menores, de acordo com o art. 1.689, II. Os atos de mera administração não autorizam, em princípio, a alienação. A administração a que se refere a lei abrange apenas os atos restritos de administração, como

locação, aplicações financeiras, pagamento de impostos, defesa de direitos, por exemplo.⁸

Haverá necessidade de autorização judicial para alienação de bens imóveis, conforme o art. 1.691, do atual Código Civil:⁹

“Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo:

I – os filhos;

II – os herdeiros;

III – o representante legal”.

O pedido de alienação ou gravame deve ser feito em juízo e somente podem esses atos ocorrer com autorização judicial. O parágrafo único descreve a legitimidade para a ação de nulidade nessas hipóteses. Sem autorização judicial, decorrente de procedimento no qual participa o Ministério Público, o ato é nulo por ausência de agente capaz.¹⁰ Em juízo deve ser provada a necessidade ou conveniência de alienação ou oneração do bem com relação ao menor. Os imóveis devem ser avaliados, não se admitindo alienação por venda inferior ao preço de mercado.

Quando colidirem os interesses do progenitor com o do filho menor, este deverá ser representado ou assistido por curador especial, a requerimento do filho ou do Ministério Público, também como aplicação dos princípios gerais sobre conflitos entre representantes e representados (art. 1.692).¹¹ Tal colisão de interesses deve ser vista objetivamente, sempre que as vantagens colimadas ou os direitos na berlinda possam afrontar ou ferir os interesses do filho. Assim, se o pai demonstrar necessidade ou utilidade para venda ou hipoteca de imóvel do filho, ao ser deferida a autorização judicial, incumbe ao juiz que nomeie o curador. Washington de Barros Monteiro (1996:291) lembra que é necessária a nomeação de curador:

“a) para receber em nome do menor doação que lhe vai fazer o pai; b) para concordar com a venda que o genitor efetuará a outro descendente; c) para intervir na permuta entre o filho menor e os pais; d) para levantamento da inalienabilidade que pesa sobre o bem de família”.

Nessa administração legal, não há necessidade de caução ou qualquer modalidade de garantia, pois entendemos que ninguém melhor do que os próprios pais para aquilatar o que é melhor para o patrimônio de seu filho. O progenitor somente responde por culpa grave, e não está também obrigado a prestar contas.

Quanto ao usufruto, é ele inerente ao poder familiar, como declara o art. 1.689, I. Sua origem histórica é encontrada no usufruto concedido ao *pater familias*, na legislação de Justiniano. Procura-se justificar o instituto sob duas faces: esse usufruto compensaria o pai pelos encargos do múnus do poder familiar e, sob o prisma da entidade familiar, entendemos que todos os seus membros devem compartilhar dos bens. A estrutura desse usufruto aproxima-se do direito real de usufruto, disciplinado no direito das coisas, mas, como na maioria dos institutos de direito de família, tem compreensão própria. Desse modo, difere do usufruto de direito real porque não deriva de negócio jurídico, mas da lei; não necessita de inscrição imobiliária; abrange todos os bens dos filhos menores, salvo exceções previstas no Código; é irrenunciável e intransferível. Assim, os frutos e rendimentos produzidos pelos bens dos filhos menores pertencem aos pais que exercerem a administração, podendo consumi-los, sem necessidade de prestação de contas.

Uma vez alcançada a maioridade, os bens são entregues aos filhos, com seus acréscimos, sem que os pais tenham direito a qualquer remuneração.

A lei enumera os bens que são excluídos do usufruto, assim como da administração dos pais. Dispõe o art. 1.693:

“Excluem-se do usufruto e da administração dos pais:

I – os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; II – os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos;

III – os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais;

IV – os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão”.

Quanto aos bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento, a norma tem nítido caráter moral: pretende-se não transformar o ato de reconhecimento como incentivo à cupidez para o pai reconhecente. Ademais, enquanto não houver reconhecimento, não há poder familiar.

Os valores e bens auferidos pelo filho menor, como produto de seu trabalho, são bens próprios e reservados. A lei menciona o trabalho do maior de 16 anos. Como regra, os valores adquiridos pelo menor dessa idade, embora não se lhe permita, em princípio, o trabalho regular, pertencerão à administração e usufruto dos pais. O Código de 1916 se referia a bens adquiridos em serviço militar, ou decorrentes de função pública, o que era resquício do pecúlio castrense do Direito Romano, parcela de bens que o *alieni juris* poderia ter para si, sem que integrasse o patrimônio do *pater familias*. Hoje, não mais se justifica a restrição ao produto decorrente de função pública, pois muitas são as hipóteses de fruto de trabalho de menores na atividade privada.

Na terceira hipótese, o doador ou testador pode incluir cláusula vedando a administração ou usufruto dos bens. Há de ser obedecida a vontade do disponente, nesses negócios gratuitos. Se não for nomeado administrador, incumbe ao juiz fazê-lo, na hipótese de ambos os pais terem sido vetados para o encargo. Também não podem ser administrados ou usufruídos pelos pais os bens que couberem aos filhos na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão. A regra tem evidente cunho moral.

Sempre que a administração dos bens do menor não puder ser exercida por um dos genitores, o juiz deverá nomear curador especial para tal.

14.7 SUSPENSÃO, PERDA E EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

Como o poder familiar é um múnus que deve ser exercido fundamentalmente no interesse do filho menor, o Estado pode interferir nessa relação, que, em síntese, afeta a célula familiar. A lei disciplina casos em que o titular deve ser privado de seu exercício, temporária ou definitivamente.

Primeiramente, o Código descreve alguns fatos causadores da extinção do pátrio poder, no art. 1.635:

“Extingue-se o poder familiar:

I – pela morte dos pais ou do filho;

II – pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III – pela maioridade;

IV – pela adoção;

V – por decisão judicial, na forma do artigo 1.638”.

Como referimos, a morte de um dos pais não faz cessar o pátrio poder, agora poder familiar, que remanesce na pessoa do genitor sobrevivente. Originalmente, na redação do Código Civil de 1916, a mãe perdia o pátrio poder se contraísse novas núpcias, o que foi modificado pela Lei nº 4.121/62. Nesse sentido, o art. 1.636 é expresso no sentido de que o pai, ou a mãe, que contrai novas núpcias ou estabelece união estável não perde os direitos do poder familiar com relação aos filhos havidos na relação anterior, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

A emancipação do filho importa atribuir-lhe completa capacidade de direito. A maioridade é a forma normal de extinção do poder familiar. Quanto à adoção, qualquer que seja sua modalidade, ela extingue o pátrio poder da família original, que passa a ser exercido pelo adotante.¹² Na verdade, a adoção transfere o poder familiar, não o extingue. Quando o indivíduo for adotado pelo casal, aos pais adotivos cabe o exercício do poder familiar. Quando a pessoa for adotada só pelo marido ou companheiro, ou só pela mulher ou companheira, só ao adotante, individualmente, compete o exercício do poder familiar. Não é a melhor solução, como apontamos no Capítulo 13.

A decisão judicial lastreada no art. 1.638 é aquela que conclui por um dos fatos graves ali descritos, que se mostram incompatíveis com o poder familiar.

Por outro lado, a suspensão do poder familiar é decretada pela autoridade judiciária, após a apuração de conduta grave. Nesse sentido, o art. 1.637 refere que podem os pais ser suspensos do poder familiar quando agirem com abuso, faltarem com os deveres inerentes ou arruinarem os bens dos filhos. O pedido de suspensão pode ser formulado por algum parente ou pelo Ministério Público, ou mesmo de ofício. Caberá ao prudente critério do juiz suspender o pátrio poder pelo tempo que achar conveniente, adotando também as medidas necessárias. O parágrafo único do citado art. 1.637 dispõe que também será suspenso o pátrio poder se o pai ou a mãe forem condenados em crime cuja pena exceda de dois anos de prisão.¹³ A condenação por crimes apenados com reprimendas inferiores

As causas de suspensão do poder familiar descritas no Código são apresentadas de forma genérica, dando margem ampla de decisão ao magistrado. O Estatuto da Criança e do Adolescente faz referência à perda e suspensão do pátrio poder no art. 24, reportando-se ao descumprimento injustificado dos deveres e obrigações descritos no art. 22. Esse dispositivo, por sua vez, reporta-se aos deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, bem como à obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais, no interesse deles. Portanto, o caso concreto dará ao juiz os parâmetros para a grave decisão de suspensão do poder familiar. Não esqueçamos, por outro lado, que os processos de perda e suspensão do pátrio poder devem assegurar o contraditório, com amplo direito de defesa aos envolvidos, devendo ser nomeado advogado dativo para a defesa, se for caso de pobreza e a assistência judiciária oficial não estiver disponível. Os arts. 155 ss do Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinam os procedimentos para a perda ou suspensão do poder familiar. A sentença que decretar a perda ou suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou adolescente.

Uma vez suspenso o poder familiar, perde o genitor todos os direitos em relação ao filho, inclusive o usufruto legal. Se houver motivos graves, a autoridade judiciária poderá decretar liminarmente a suspensão do poder familiar, dentro do poder geral de cautela. Trata-se de uma medida que se aproxima a uma antecipação de tutela. Nessa hipótese, defere-se a guarda provisória a terceiro, até final decisão (art. 157 do Estatuto da Criança e do Adolescente).

A suspensão é medida menos grave do que a destituição ou perda porque, cessados os motivos, extinta a causa que a gerou, pode ser restabelecido o poder paternal. Por outro lado, como apontamos, a suspensão pode-se referir a apenas parte dos atributos do poder familiar.

A perda ou destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. Disciplina o art. 1.638:¹⁴

“Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

Os fatos graves relatados na lei devem ser examinados caso a caso. Sevícias, injúrias graves, entrega do filho à delinquência ou sua facilitação, entrega da filha à prostituição etc. são sérios motivos que devem ser corretamente avaliados pelo juiz. Abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material: abrange também a supressão do apoio intelectual e psicológico. A perda poderá atingir um dos progenitores ou ambos.

Vimos que o Estatuto da Criança e do Adolescente trata da suspensão e perda do pátrio poder nos mesmos dispositivos, inclusive processuais. Os fatos graves devem ser sopesados pelo juiz, que decidirá sobre a perda ou suspensão. Em qualquer situação, perante motivos graves, pode decretar a suspensão liminar. A gravidade da conduta dependerá sempre do acurado exame do caso concreto. Ressalte-se, mais uma vez, que o art. 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente observa que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar. Nesses casos, cabe ao Estado suprir as condições mínimas de sobrevivência.

Como observa Sílvio Rodrigues (1999:359), a suspensão ou destituição do poder familiar constituem menos um intuito punitivo dos pais e mais um ato em prol dos menores, que ficam afastados da presença nociva. Uma vez decretada a perda do poder familiar a um dos genitores, o outro passa a exercê-lo isoladamente, salvo se não tiver condições, caso em que deverá ser nomeado um tutor ao menor.

Anota Marco Aurélio S. Viana (1998b:272) que o que foi destituído do poder familiar pode ser nele reinvestido, provando judicialmente que as razões que determinaram a medida cessaram.

Em sede de suspensão ou perda do poder familiar, cabe sempre ao juiz, avaliando a urgência e a necessidade que a situação requer, sempre em prol do que melhor for para o menor, usar de seu poder geral de cautela, determinando medidas provisórias, deferindo e determinando a busca e apreensão e a guarda provisória dos menores a terceiros ou a estabelecimentos idôneos, enquanto a matéria é discutida no curso do processo. Lembre-se de que a suspensão do poder familiar suprime alguns direitos do genitor, mas não o exonera de prestar alimentos.

Os procedimentos de perda ou suspensão do poder familiar terão início por iniciativa do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse, conforme o art. 24 e art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Trata-se de processo, pois há que se assegurar ao réu o princípio do contraditório e da ampla defesa. O menor deve ser ouvido sempre que possível e razoável. A competência para essas ações será dos juízos da infância e do adolescente (art. 148, parágrafo único, *b*, da mesma lei). O procedimento é regulado pelos arts. 155 ss do ECA. A sentença

que decretar a perda ou suspensão do poder familiar deverá ser averbada no registro de nascimento no menor (art. 164 do ECA e art. 102, § 6º, da Lei dos Registros Públicos). O futuro Estatuto das Famílias dispõe que em qualquer situação: “é possível, no melhor interesse do filho, o restabelecimento da autoridade parental por meio da decisão judicial” (art. 95).

14.8 ALIENAÇÃO PARENTAL

Essa questão já vinha sendo tratada pela doutrina, afligindo os tribunais. A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, houve por bem colocar a problemática em termos legislativos, embora não fosse matéria essencial para isso, pois se inclui na proteção do menor, dentro do poder geral do juiz. A síndrome de alienação parental (SAP) só vem sendo estudada sob padrões científicos mais recentemente no mundo ocidental. Apenas nas últimas décadas tivemos os primeiros trabalhos publicados. Trata-se de um transtorno psíquico que geralmente aflora na separação, quando a guarda do menor é atribuída a um dos genitores, geralmente a mãe, ou a terceiros, parentes ou não. Nesse diapasão, o guardião projeta no menor seus rancores, dúvidas e ressentimentos, dificultando, impedindo o contato e denegrindo a figura do outro ascendente ou mesmo de parentes próximos, como avós, tios e irmãos. Nem sempre é fácil de ser aferida à primeira vista, e necessitará, então, de acurado exame da prova, principalmente técnica. Não apenas os pais, mas qualquer parente ou terceiro que incorra na situação pode ser acometido da síndrome e deve ser punido ou, ao menos, jurídica e psicologicamente orientado. O ofensor deverá sofrer, conforme o caso, as reprimendas civis e criminais do ordenamento, até mesmo a suspensão ou perda do poder familiar.

A questão toca diretamente o poder familiar ou a autoridade parental, como muitos preferem. Segundo o art. 2º da citada lei, “*considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do 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*”.

No dizer de Ralf Madaleno,

“A maliciosa manipulação da indefesa mentalidade de uma criança ou de um adolescente constitui um dos mais perversos instintos do ser humano, que não se importa com o mal que causa ao seu próprio filho ou familiar, considerando que também avós e parentes próximos podem atuar ativamente na obstrução do contato do filho com o outro ascendente” (2013:462).

Não raro os filhos menores são tidos como um brinquedo na separação dos pais. O ranço da separação pode traduzir-se numa atitude beligerante em relação ao outro genitor, geralmente aquele que não tem a guarda, embora isso não seja uma regra. Mesmo aquele que só recebe os filhos nos

finais de semana e em datas específicas pode ter conduta de alienação parental. O guardião em geral, seja ele separado de fato, divorciado ou fruto de união estável desfeita, passa a afligir a criança com ausência de desvelo com relação ao outro genitor, imputando-lhe má conduta e denegrindo sua personalidade sob as mais variadas formas. Nisso o alienador utiliza todo tipo de estratégias. Trata-se de abuso emocional de consequências graves sobre a pessoa dos filhos. Esse abuso traduz o lado sombrio da separação dos pais. O filho é manipulado para desgostar ou odiar o outro genitor.

O parágrafo único do artigo transcrito apresenta apenas exemplificativamente sete modalidades de condutas reprováveis, as quais não podem mesmo ser exaustivas. Veja, por exemplo, a descrita no inciso VII, exemplo marcante de alienação parental quando o guardião muda de domicílio para local distante injustificadamente visando dificultar a convivência do menor com o outro genitor, seus familiares e pessoas queridas.¹⁵

Cabe ao juiz, de ofício ou a requerimento, em ação autônoma ou incidentalmente, com participação do Ministério Público, tomar as medidas urgentes necessárias conforme o caso concreto, no sentido de resguardar a higidez psicológica do menor.

A síndrome da alienação parental deve ser vista como uma moléstia psíquica grave. Em muitas situações o alienador não tem consciência plena do mal causado. Sua intenção é mais do que denegrir, destruir o outro genitor perante os filhos. Se necessário, o juiz determinará realização de perícia psicológica ou biopsicossocial (art. 5º da Lei nº 12.318/2010). A escolha do profissional capacitado para essa perícia será essencial, podendo ser realizada por equipe multidisciplinar. Psicólogos, psiquiatras, pedagogos, assistentes sociais poderão participar do exame. Provada a existência de desvio psicológico, essa sociopatia é sumamente prejudicial para os filhos e o genitor inocente.

A lei citada abre amplo espectro de opções instrumentais ao juiz para inibir ou atenuar os efeitos desse desvio de conduta, conforme a gravidade e a situação concreta (art. 6º):

“I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III – estipular multa ao alienador;

IV – determinar o acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda compartilhada ou sua inversão;

VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII – declarar a suspensão da autoridade parental”.

Esse rol é apenas exemplificativo e o juiz deverá verificar qual a solução mais plausível no caso concreto. Nada impede que algumas dessas medidas sejam aplicadas cumulativamente. Situações haverão em que a simples advertência atingirá resultados. Outras situações exigirão

medidas mais rudes. A lei não esclarece a natureza da multa, mas quer parecer que a melhor solução será das *astreintes* ou multa diária. O tirocínio do julgador será fundamental na aplicação das medidas, sob pena de jogar por terra a intenção da lei. A suspensão da *autoridade parental*, examinada no tópico anterior deste capítulo, é expressão que mais modernamente se refere ao *poder familiar*, pois há autores que querem afastar a ideia de poder nas relações de família.

O parágrafo único do art. 6º se reporta à mudança abusiva de endereço, inviabilizando ou obstruindo a convivência familiar. O juiz poderá inverter a obrigação de retirar o menor da residência do genitor. Tudo isso no sentido formal: nem sempre a situação concreta permitirá solução descrita na lei.

Rolf Madaleno, em sua exaustiva e profunda obra sobre direito de família, lembra ainda que, ao lado da SAP, deve ser considerada também a *síndrome das falsas memórias* (2013:468). A terminologia ainda não é definitiva. Cuida-se, entre outros aspectos, da lembrança de abusos sexuais que alguém traz da infância ou adolescência. As falsas memórias provêm daqueles que perpetraram abuso e têm interesse em implantar memórias no indivíduo de molde que os fatos respectivos fiquem apagados ou exatamente o contrário, implantação de memórias de abuso na infância, quando este não ocorreu. A memória da criança é falível e muito suscetível a esse fenômeno. A psiquiatria vem estudando com afincos essa denominada síndrome nas últimas décadas.

Quando há suspeita dessa situação, em processo ou fora dele, o Judiciário não pode fazer vistas grossas e deve aprofundar a prova tanto quanto possível e necessário para apurar fatos tão graves, que maculam e prejudicam a formação do caráter do menor e do futuro adolescente ou adulto. O cônjuge alienador é geralmente pessoa com baixa estima, manipuladora, dominadora, que se recusa a cumprir decisões judiciais e dá-lhes pouca importância, como, com agudeza, aponta Juliana Mezzaroba Tomazoni de Almeida Pinto (Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6552>), em trabalho divulgado na internet. Usa dessa alienação como instrumento de vingança contra o ex-companheiro, esquecendo-se dos seus deveres como mãe (ou pai). A moléstia é grave e deve ser coibida prontamente pelo juiz ao tomar conhecimento dos fatos.

¹ “Ação de modificação de guarda – Indeferimento do pedido liminar formulado pela avó paterna – Menores recolhidos em abrigo – Ação de destituição do poder familiar dos genitores em fase de recurso – Menores expostos à situação de risco (Art. 98, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente) – Matéria de competência da Câmara Especial, nos termos do Art. 33, parágrafo único, inciso IV, do Regimento Interno desta Corte de Justiça – Remessa determinada – Recurso não conhecido” (TJSP – AI 2061479-04.2016.8.26.0000, 26-4-2016, Relª Marcia Dalla Déa Barone).

“Recurso especial – **Ação de destituição do pátrio poder** – Defensoria pública – Desnecessidade de nomeação de curador especial – Precedentes – 1. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII, da Lei nº 8.069/1990 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. Precedente. 2. Nas ações de destituição do poder familiar, figurando o Ministério Público em um dos polos da demanda, pode ainda atuar como fiscal da lei, razão pela qual se dispensa a nomeação de curador especial. 3. Recurso especial

conhecido e provido” (STJ – REsp 1370537/RJ, 3-3-2015, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

“Poder familiar – Ação de destituição – Ministério Público – Curadoria especial – Agravo regimental. Recurso especial. Ação de destituição do poder familiar. Atuação do Ministério Público. Curadoria especial. Precedentes da Corte. 1 – ‘A ação de destituição do poder familiar, movida pelo Ministério Público, prescinde da obrigatória e automática intervenção da Defensoria Pública como curadora especial’ (AgRg-Ag 1369745/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe 16-4-2012). 2 – O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3 – Agravo regimental improvido” (STJ – AgRg-REsp 1.406.749 (2013/0328240-3), 2-5-2014, Rel. Min. Sidnei Beneti).

“**Destituição de poder familiar** promovida pelo Ministério Público. Nomeação de curador especial da defensoria pública aos menores. Desnecessidade. Eca. Art. 201, incisos III e VIII. Recurso especial a que se nega provimento. – 1. Compete ao Ministério Público, a teor do art. 201, III e VIII, da Lei nº 8.069/1990 (ECA), promover e acompanhar o processo de destituição do poder familiar, zelando pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes. 2. Resguardados os interesses da criança e do adolescente, não se justifica a nomeação de curador especial na ação de destituição do poder familiar. 3. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ – REsp 1176512/RJ, 1º-3-2012, Min. Maria Isabel Gallotti).

“Agravo de instrumento – **Ação de destituição de poder familiar** – Genitora que possui oito filhos vivos, todos enviados à adoção ou sob a guarda de parentes – Histórico familiar de exposição à violência, abandono e descaso com os infantes – Situação que se repete com o filho já abrigado provisoriamente – Atenção aos princípios protetivos insculpidos no estatuto de criança e do adolescente – Destituição recomendável – Decisão mantida – Recurso desprovido – Diante do histórico familiar de exposição à violência, descuido e abandono, situação que se repete com o filho menor, aliado ao fato de a genitora possuir mais oito filhos, todos já adotados ou sob a guarda provisória de parentes, a destituição do poder familiar é a medida mais adequada à preservação dos direitos do infante” (TJSC – AI 2011.090169-63-7-2012, Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga).

“Agravo de instrumento – **Ação de destituição de poder familiar** – Mãe de quatro menores – Tutela antecipada deferida para suspender o exercício do poder familiar. Motivos ensejadores da medida evidenciados nos autos. Decisão mantida. Negou-se provimento ao recurso. I – Se a agravante não traz aos autos qualquer prova apta a convencer o julgador de que reúne condições materiais e emocionais de educar e criar seus quatro filhos, os quais se encontram atualmente abrigados, hão de prevalecer as informações constantes de relatórios elaborados por assistentes sociais que narram situação de total desamparo aos menores. II – Correta se mostra, pois, a suspensão, por ora, do poder familiar” (TJDFT – AI 20100020170225 – (497875), 25-4-2011, Rel. Des. Lecir Manoel da Luz).

2 “Civil – Infância e juventude – **Destituição do poder familiar** – Competência – Situação de risco – Arts. 98 e 148 do ECA – Medida Extrema – Demonstração de hipótese prevista pelo art. 1.638 do Código Civil – Abuso sexual – 1- O juízo especializado da infância e juventude é competente para o processamento de ação de destituição de poder familiar quando configurada condição de risco à infante. Arts. 98 e 148, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2- O poder familiar, que por sua natureza é indelegável, deve ser exercido em absoluta sintonia com os interesses dos filhos e da família como entidade em si. 3- A destituição do poder familiar consubstancia medida extrema, autorizada, tão somente, quando constatado que os genitores não apresentam condições de exercer o poder familiar, segundo os ditames legais. 4- Presente uma das causas de destituição do poder familiar, prevista no art. 1.638 do Código Civil, mediante a qual se observou o risco social e pessoal a que o menor estaria sujeito, bem como a ameaça a seus direitos, viável a decretação da perda do poder familiar, nos moldes em que determinado pelo nobre sentenciante. 5- Negou-se provimento ao apelo” (TJDFT – Proc. 20110130026324 – (926395), 15-3-2016, Rel. Des. Flavio Rostirola).

“Embargos de declaração em agravo de instrumento – **Ação de destituição do poder familiar** c.c. – Pedido de adoção – Pedido de efeito suspensivo para sobrestamento da ação de destituição do poder familiar até final julgamento do agravo de instrumento. Acolhimento. Peculiaridade do caso em exame cujas providências determinadas na ação principal devem aguardar o final julgamento do agravo interposto. Embargos acolhidos, com determinação” (TJSP – EDcl 2026687-29.2013.8.26.0000, 14-7-2014, Rel. Carlos Dias Motta).

“Agravo de instrumento – Ação de guarda – Princípio do maior interesse da criança – Princípio da dignidade da pessoa humana – Direito a convivência familiar – **Poder familiar atribuído aos pais – Guarda compartilhada como regra – Genitor com melhores condições** – Exceção – Recurso improvido – 1 – Segundo o princípio do maior interesse da criança e do adolescente, proclamado no *caput* art. 227 da Constituição Federal, ‘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'. 2 – Neste sentido, a lei outorgou a ambos os pais um conjunto de responsabilidades relacionadas a direção, criação e educação dos filhos, o que foi denominado pelo Código Civil de poder familiar. E, obviamente, não é a extinção da sociedade conjugal que irá alterar esse vínculo de parentesco, conforme prevê a lei civilista: 'a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos' (Art. 1.632). 3 – a jurisprudência do superior tribunal de justiça, em inúmeras oportunidades já manifestou que toda criança ou adolescente tem o direito de ter amplamente assegurada a convivência familiar, o que se traduz na rígida observância da prevalência do melhor interesse da criança, devendo os pais pensarem sempre de forma conjugada no bem-estar dos filhos, possibilitando-lhes usufruir harmonicamente da família que possuem, tanto a materna, quanto a paterna, ainda que seus ascendentes estejam separados. 4 – Portanto, foi nessa busca de proteção integral aos interesses dos filhos que os artigos 1.583 e 1.584 foram substancialmente alterados pela Lei 11.698/2008, passando então a determinar como regra a guarda compartilhada, uma vez que, conforme salientou a min. Nancy Andrighi no RESP 1.251.000/MG, 'esta [Guarda Compartilhada] reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual, em que cada vez mais ficam apenas na lembrança as rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais'. 5 – Todavia, a própria disciplina civil brasileira previu exceções ao regime preferencial da guarda compartilhada, adequada àqueles casos em que um dos genitores demonstre melhores condições para a criação do menor, conforme se vê do parágrafo 2º do artigo 1.583 do Código Civil brasileiro. 6 – O estudo social/psicológico se caracteriza como diligência mais adequada à percepção dos verdadeiros elementos fáticos que justifiquem a guarda da criança com tal ou qual genitor. 7 – Assim, restando demonstrado que, a despeito do prestígio a ser dado ao regime de guarda compartilhada, um dos genitores está em melhor situação para propiciar à criança os meios necessários ao desenvolvimento regular, além de ausentes quaisquer elementos que determinem a imediata alteração do regime de guarda, como a existência de riscos à vida ou dignidade da infante, deve o regime de guarda unilateral ser mantido, ao menos até a realização do competente estudo social. 8 – Recurso improvido" (TJES – AI 0013712-85.2012.8.08.0051, 24-10-2012, Rel. Des. José Paulo Calmon Nogueira da Gama).

“Recurso de apelação cível – Ação de destituição do poder familiar – Descumprimento dos deveres legais demonstrado – Correta a decretação da perda do poder familiar – Melhor interesse do menor – Recurso desprovido. Verificado o descumprimento dos deveres legais em relação à criança por parte dos seus genitores, impõe-se a destituição do poder familiar, conforme previsto no art. 1.638 do CC, com vistas ao melhor interesse e bem-estar da criança” (TJMT – Ap. 9214/2011, 15-8-2011, Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges).

3 **“Apelação – Direito de família – Ação de destituição do poder familiar – Abandono afetivo da criança – Ausência de comprovação – Não restando comprovada a situação de abandono afetivo e assistencial da criança, mas apenas a escusa religiosa dos genitores, não há como se decretar a destituição do poder familiar”** (TJMG – AC 1.0012.10.000937-7/001, 4-3-2016, Rel. Jair Varão).

“Recurso apelatório. Ação de alimentos. Feito maduro. Matéria fática que prescinde de produção de novas provas. Condição de julgamento imediato com fundamento no art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil. Acordo entre genitores estabelecendo **guarda compartilhada. Obrigação mútua dos pais na manutenção do menor. Art. 226, § 5º, da Carta Magna. Recurso conhecido e provido. Ação de alimentos julgada improcedente. 1 – Julgamento de acordo com o disposto no artigo 515, § 3º, do CPC. Matéria fática que prescinde de produção de novas provas, estando apto o feito para imediato exame. 2 – Em decorrência do princípio constitucional da igualdade de direitos e obrigações entre homem e mulher (art. 226, § 5º da CF/88), a obrigação de contribuir para o sustento dos filhos é de ambos os genitores. 3 – Recurso Apelatório conhecido e provido. Ação de Alimentos julgada improcedente”** (TJCE – Ap. 65993-33.2009.8.06.0001/1, 5-6-2013, Rel. Francisco Gladysson Pontes).

“Apelação cível – Direito da criança e do adolescente – Destituição do poder familiar – Inexistência de causa para a aplicação da severa medida – As disposições contidas no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do ECA dispõem que os direitos da criança e do adolescente têm absoluta prioridade no ordenamento jurídico brasileiro. O poder familiar deve ser exercido em benefício do próprio menor. Para a destituição judicial do poder familiar, necessário que esteja comprovada, de forma inequívoca, uma das hipóteses descritas no art. 1.638 do Código Civil, o que não ocorreu na hipótese” (TJDFT – Acórdão 20060130065385 – (493044), 1-4-2011, Relª Desª Carmelita Brasil).

4 **“Apelação cível – Ação de destituição de poder familiar ajuizada pelo Ministério Público – Genitor que não têm condições de oferecer um lar estável e afetivo para o filho menor (1 ano) – Histórico familiar de violência e abandono – Criança acolhida em casa lar – Impossibilidade de manutenção do poder familiar – Medida mais salutar para o desenvolvimento físico e mental do**

infante – Exegese do art. 24 do Estatuto da Criança e Adolescente e art. 1.638, inciso II, do Código Civil – Recurso conhecido e desprovido – I- Consoante o disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ‘aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores’, além dos demais deveres previstos no art. 1.634 do Código Civil. II- Assim, a negligência do genitor no sentido de não fornecer condições adequadas para o desenvolvimento afetivo, psicológico, moral e educacional da infante implica no descumprimento injustificado dos direitos e obrigações acima expostos, dando azo à destituição do poder familiar” (TJSC – AC 2016.007674-7, 5-5-2016, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior).

“**Destituição do poder familiar.** Índícios de violência. Atos praticados pelo genitor. Conduta omissiva da genitora. Suspensão do poder familiar. Princípio do melhor interesse da criança. ‘Agravado de instrumento. Ação de destituição do poder familiar. Prevalência do princípio do melhor interesse da criança. Índícios de violência física, psicológica e sexual perpetradas pelo genitor. Omissão da genitora em fazer cessar tais abusos. Manutenção das decisões. Desprovimento dos recursos. 1 – Incapacidade dos recorrentes para o exercício do poder familiar, não restando outra alternativa senão aquelas alvitadas pelas decisões atacadas que, embora drásticas, levam em conta o interesse maior das crianças, sobrepondo-se aos dos genitores. 2 – E o descumprimento reiterado das obrigações decorrentes do poder familiar, descritas no art. 1.634, do CC e art. 22, da Lei nº 8.069/90, obriga que, de forma excepcional, os recorrentes sejam suspensos do poder familiar, na forma do art. 1.638, do CC e art. 24, do ECA. 3 – Manutenção das decisões. 4 – Não conhecimento do agravo de instrumento nº 0025332-13.2013.8.19.0000 e desprovimento dos demais recursos” (TJRJ

– AI 0023586-13.2013.8.19.0000, 9-7-2014, Rel.^a Des.^a Leticia de Faria Sardas).

“Agravado de instrumento. ECA. **Guarda e suspensão do poder familiar.** O infante foi entregue pelo genitor a terceira pessoa e esta postulou a guarda para posterior adoção, evidenciando uma tentativa de ‘adoção à brasileira’, burlando o sistema organizado para tal procedimento. A atitude de entrega do filho a terceira pessoa evidencia negligência nos cuidados com a educação e guarda do infante, a teor do que exige o art. 1.634, I e II do Código Civil. Negaram provimento. Unânime” (TJRS – Acórdão Agravo de Instrumento 70040424046, 24-2-2012, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

“Apelação cível. **Destituição do poder familiar.** Negligência do genitor para com os cuidados básicos do filho. Inobservância dos deveres estampados no art. 1.634 do Código Civil. Avaliações sociais favoráveis à aplicação da medida. Caso concreto em que demonstrado que o genitor não apresenta condições de oferecer os mais básicos cuidados ao filho, sendo que nos seus primeiros meses de vida entregou-o à avó paterna e, posteriormente, a um casal previamente escolhido, momento em que a criança foi acolhida em abrigo municipal. Assim, resta justificada a destituição do poder familiar, como indicado pelas avaliações sociais realizada durante a instrução processual. Apelação desprovida” (TJRS – Acórdão Apelação Cível 70044536969, 13-10-2012, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl).

“**Apelação cível** – Homologação de acordo extrajudicial referente à guarda definitiva de menor púbere. Procedimento de jurisdição voluntária. Impossibilidade de autorização ilimitada de viagens ao exterior, bem como da dispensa de autorização de vistos em relação ao genitor do menor. Ilegalidade da cláusula do acordo quanto à renúncia do poder familiar. Necessária incidência dos artigos 1.634 do Código Civil c/c artigo 84 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Conhecimento e desprovimento da apelação cível. Manutenção do julgamento hostilizado” (TJRN – Acórdão 2011.004100-0, 26-7-2011, Rel. Des. Amaury Moura Sobrinho).

5 “Apelação cível – **Ação de destituição de poder familiar** ajuizada pelo Ministério Público – Genitora que não têm condições de oferecer um lar estável e afetivo para a filha menor (10 meses) – Histórico familiar de violência e abandono – Criança acolhida em casa lar – Impossibilidade de manutenção do poder familiar – Medida mais salutar para o desenvolvimento físico e mental da infante – Exegese do art. 24 do estatuto da criança e adolescente e art. 1.638, inciso II, do Código Civil – Recurso conhecido e desprovido – I-Consoante o disposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ‘aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores’, além dos demais deveres previstos no art. 1.634 do Código Civil. II- Assim, a negligência dos genitores no sentido de não fornecer condições adequadas para o desenvolvimento afetivo, psicológico, moral e educacional da infante implica no descumprimento injustificado dos direitos e obrigações acima expostos, dando azo à destituição do poder familiar, e, assim, recomendável é o encaminhamento da criança à adoção que, certamente, será a medida mais salutar para o desenvolvimento físico e mental do infante” (TJSC – AC 2015.093916-1, 3-3-2016, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior).

“**Poder familiar** – Criança abandonada pelos pais em hospital público – Acolhimento institucional – Processual civil e civil. Agravo regimental. Criança abandonada pelos pais em hospital público. Acolhimento institucional. Nomeação de defensor público para atuar como curador especial em situação na qual o Ministério Público já tenha providenciado as medidas cabíveis em favor do menor. Desnecessidade. 1. No julgamento do Recurso Especial nº 1.296.155/RJ, a Segunda Seção deixou preconizado que a Defensoria

Pública não deve atuar como substituto processual, agindo de ofício em casos nos quais o Ministério Público já tenha providenciado as medidas cabíveis em favor do menor abrigado. No caso, o *parquet* já até mesmo ajuizou ação de destituição de poder familiar. 2. Agravo regimental não provido” (STJ – AgRg-REsp 1.499.431, (2014/0308068-4), 12-5-2015, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“Apelação cível. ECA. **Destituição de poder familiar**. Art. 1.638, II, do Código Civil. A prova dos autos evidencia a incapacidade da genitora em manter o poder familiar do filho, em razão de seu histórico de drogas e alcoolismo. Mesmo após inúmeras tentativas, não conseguiu afastar-se do vício. A perda do poder familiar impõe-se, pela incidência do art. 1.638, II do Código Civil. Negaram provimento. Unânime” (TJRS – Acórdão Apelação Cível 70039883426, 24-2-2012, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

“Direito de família – **Ação de destituição de poder familiar** – Abandono – Art. 1.638 do Código Civil – Adoção. – A perda ou a destituição do poder familiar é a sanção mais grave imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos. Nesta linha de raciocínio, o Código Civil de 2002, prescreve em seu artigo 1.638 as hipóteses em que perderá o poder familiar o pai ou a mãe, ou, ambos, se comprovados a falta, omissão ou abuso em relação aos filhos. Restando configurada a ausência de devida assistência e o abandono familiar, moral, médico hospitalar, e outros tantos cuidados necessários na criação de crianças, seres humanos ainda em formação, de se julgar procedente a ação de destituição de Poder Familiar. O art. 1.625 do CC salienta que, somente será admitida a adoção que constitua benefício ao adotando, de onde se percebe claramente que o objetivo maior do nosso ordenamento é proteger o menor, salvaguardando seus interesses em relação aos pais, parentes, de sangue ou afetivos, que disputam o direito de acompanhar de forma mais efetiva e próxima seu desenvolvimento (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0024.07.757217-0/001, 7-10-2010, Rel. Des. Dárcio Lopardi Mendes).

“Processo civil – Apelação cível – Destituição do poder familiar – Grave violação aos deveres paternos – Inexistente – Poder familiar – Dever irrenunciável – Guarda concedida – Sentença reformada – Recurso conhecido e provido – 1. Por sua gravidade, a perda do poder familiar somente deve ser decidida quando o fato que a ensejar for de tal magnitude que ponha em perigo permanente a segurança e a dignidade da criança ou do adolescente. 2. O poder familiar é um dever irrenunciável, não podendo sua renúncia ser levada em consideração para extinguir-se o poder familiar, quando não configuradas as hipóteses previstas no art. 1.638 do CC. 3. Apesar da possibilidade de concessão da tutela requerida, tendo em vista que pressupõe a perda ou suspensão do poder familiar, o instituto da guarda atende aos interesses da criança, pois confere a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais (art. 33 da Lei nº 8.069/ 90). 4. Recurso conhecido e provido” (TJPI – Acórdão 06.000588-2, 13-9-2010, Rel. Des. Francisco Landim).

6 “Apelação cível – **Poder familiar – Destituição – Pais adotivos** – Ação ajuizada pelo Ministério Público – Adoção de casal de irmãos biológicos – Irrenunciabilidade e irrevogabilidade da adoção – Impossibilidade jurídica – Renúncia do poder familiar – Admissibilidade, sem prejuízo da incidência de sanções civis – Aplicação analógica do art. 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente – Perda do poder familiar em relação ao casal de irmãos adotados – Desconstituição em face da prática de maus-tratos físicos, morais – Castigos imoderados, abuso de autoridade reiterada e conferição de tratamento desigual e discriminatório entre os filhos adotivos e entre estes e o filho biológico dos adotantes – Exegese do art. 227, § 6º da Constituição Federal c/c art. 3º, 5º, 15, 22, 39, §§ 1º, 2º e art. 47, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 1.626, 1634, 1.637 e 1.638, incisos i, ii e iv, todos do Código Civil – Manutenção dos efeitos civis da adoção – Averbação do julgado à margem do registro civil de nascimento dos menores – Proibição de qualquer espécie de observação – Exegese do art. 163, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente c/c art. 227, § 6º da Constituição Federal – Dano moral causado aos menores – Ilícito civil evidenciado – Obrigação de compensar pecuniariamente os infantes – Aplicação do art. 186 c/c art. 944, ambos do Código Civil – Juros moratórios – Marco inicial – Data em que a sequência de ilicitudes atinge o seu ápice, matizada, no caso, pelo abandono do filho adotado em juízo e subscrição de termo de renúncia do poder familiar – Exegese do art. 398 do Código Civil em interpretação sistemática com o art. 407 do mesmo diploma legal – Princípio da congruência – Pertinência entre o pedido e o pronunciado – Necessidade de flexibilização e relativização das regras processuais clássicas em sede de direito da criança e do adolescente – Mitigação da disposição contida no art. 460 do Código de Processo Civil – Vítimas que, na qualidade de irmãos biológicos e filhos adotivos dos réus merecem receber, equitativamente, a compensação pecuniária pelos danos imateriais sofridos – Hipoteca judiciária – Efeito secundário da sentença condenatória – Aplicação do art. 466 do Código de Processo Civil – I – A adoção é medida irrevogável e irrenunciável, assim como o é a filiação biológica, sendo impossível juridicamente a prática de qualquer ato dos pais buscando atingir tal desiderato” (TJSC – Acórdão 2011.020805-7, 19-9-2011, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior).

7 “Embargos de declaração – Ação de guarda – **Decisão que suspende o poder familiar** – Agravo da decisão – Alegação de omissão do acórdão que manteve a suspensão liminar do poder familiar da embargante. Alegação de omissão do aresto, além de

prequestionamento. Descabimento. Pretensão expressa de novo exame da matéria de fundo. Inviabilidade. Inconformismo que não se presta a alterar o julgamento proferido. Embargos rejeitados” (TJSP – EDcl 2002344-32.2014.8.26.0000, 9-2-2016, Rel. Carlos Dias Motta).

“Apelação cível. Direito da criança e do adolescente. **Suspensão do poder familiar**. Existência de causa para a aplicação da medida. Alimentos. Fixação no valor ofertado pelo genitor, alimentante, em audiência. Recurso do réu não provido. As disposições contidas no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do eca dispõem que os direitos da criança e do adolescente têm absoluta prioridade no ordenamento jurídico brasileiro. O poder familiar deve ser exercido em benefício dos filhos, sendo que a sua suspensão é medida que se impõe em razão das peculiaridades do caso e do estudo psicossocial realizado. Havendo sido apenas homologados os alimentos ofertados pelo alimentante em juízo e considerando a ausência de demais elementos de informação acerca da real situação econômico-financeira do genitor, mantém-se o valor (meio salário mínimo mensal), já que extremamente razoável em se tratando de três alimentados” (TJDFT – AC 20110130028715 – (696437), 29-7-2013, Relª Desª Carmelita Brasil).

“Apelação cível. Infância e juventude. **Suspensão do poder familiar**. Procedência na origem. I – Decisão em gabinete. Procedimento. Previsão de leitura da sentença em audiência. Ato não realizado. Prazo recursal. Fluência a partir da intimação pessoal. Tempestividade. II – Condições precárias de habitabilidade, alcoolismo dos genitores e notícia de violência doméstica entre estes. Negligência nos cuidados da infante. Sinais de melhora significativa ausentes, não obstante a afetividade. Exegese do art. 1.637 do CC. Suspensão pertinente. III – sentença mantida. Recurso desprovido. I – Tempestivo o recurso que considera como início do prazo recursal a juntada do mandado de intimação pessoal dos réus acerca da sentença que suspende o poder familiar, porquanto não observado o procedimento de leitura da decisão em audiência, previsto no art. 162, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo mister, ao menos, a cientificação pessoal dos demandados sobre o decidido para a contagem. II – Legítima e recomendável a suspensão do poder familiar quando a residência familiar não reúne condições mínimas de habitabilidade, os genitores apresentam problemas com o alcoolismo e há notícia de violência doméstica entre os companheiros, sem que haja sinais de melhora significativa do quadro durante o processado, apesar do apoio do Poder Público, nada obstante a afetividade existente entre a criança e os pais” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2010.046650-8, 3-3-2012, Rel. Des. Henry Petry Junior).

“**Busca e apreensão de menor** – Guarda da mãe – Manifestação de vontade do filho em ficar com o pai – Decisão de primeiro grau que, revogando despacho que deferira a busca e a apreensão, autoriza a permanência com o genitor. Pedido formulado pela mãe em autos já arquivados de ação julgada improcedente, na qual o pai solicitava a modificação da guarda. Medida alcançada em nova ação judicial em andamento perante outro juízo. Menor apreendido e entregue à mãe. Agravo prejudicado” (TJSP – AI 990.10.053280-4, 11-5-2011, Rel. Carlos Henrique Trevisan).

8 “**Ação de cancelamento** de gravame em escritura pública – Procedência – Inconformismo – Desacolhimento – Registro de usufruto vitalício de bem imóvel pertencente à filha menor dos litigantes. Legitimidade ativa do genitor, para questionar o gravame. Usufruto registrado em escritura pública, pela genitora. Apelante que ficou com a guarda da filha, de modo que tem o usufruto do imóvel e é responsável pela sua administração, até que a menor adquira a maioridade, nos termos do art. 1.689, I, do CC. Inviabilidade do registro de usufruto vitalício. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP – Ap. 994.06.127813-6, 22-3-2011, Rel. Grava Brazil).

9 “**Apelação cível. Alvará para convalidar alienação de bens de menor** – Nulidade absoluta de ato jurídico – Ausência de prévia autorização judicial para a venda dos bens de incapaz. Inteligência art. 1691 do Código Civil. Apelo desprovido” (TJPR – Acórdão 0840327-4, 3-8-2012, Rel. Juiz Conv. Subst. Benjamim Acacio de Moura e Costa).

10 “**Pagamento de seguro de vida à representante legal dos menores, sua genitora** – Ausência de restrições e ressalvas contratuais à movimentação do numerário correspondente. Verba securitária de natureza indenizatória e não alimentar. Não se demonstrando conflito de interesses entre os filhos menores e sua mãe, presume-se que esta, melhor do que ninguém, zelará pelas coisas de sua prole e, não se tratando de alienação de bens imóveis, mas de mera movimentação de numerário recebido como capital concernente a seguro de vida, inexistem restrições à administração de tais valores, aspecto que não se enquadra nas exceções legais previstas nos artigos 1.691 a 1.693 do Código Civil. Conduta não sujeita à prestação de caução nem a render contas, decorrente do usufruto inerente ao poder familiar. 2 – Homologação de transação efetuada nos autos, na fase recursal. Possibilidade, mesmo após sentença, eis que não transitada em julgado. Extinção do processo na forma do art. 269, III, do CPC” (TJSP – Ap. 9185677-72.2008.8.26.0000, 3-10-2012, Rel. Soares Levada).

“Civil e processual civil – Autorização judicial para alienação de bem de menor – Necessidade ou interesse do menor não demonstrados – Rejeição do pedido – Sentença mantida – A fim de resguardar os bens dos filhos, dever que decorre do poder

familiar, a legislação civil pátria disciplinou, em seu art. 1.691 do CC, que os pais não podem alienar os bens imóveis dos filhos, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz. Não demonstrados os requisitos necessários, mantém-se a improcedência do pedido” (*TJDFT* – Proc. 20100910187324 – (513365), 20-6-2011, Rel^a Des^a Carmelita Brasil).

11 “Agravado de instrumento – Ação de inventário – Herdeira Menor – Interesses colidentes com a representante legal – Nomeação curador especial – No procedimento de Inventário, quando for verificada a existência de herdeiro incapaz sem representante legal ou com interesses conflitantes aos de seu representante legal, deverá ser nomeado curador especial para exercer a função como medida acautelatória, para proteger os interesses do incapaz – Assim, constatado nos autos da Ação de Inventário a existência de herdeiro menor, correta a decisão do juízo *a quo* ao nomear curadora especial para atuar em defesa dos interesses do incapaz, evitando possível conflito de interesses entre este e seu representante legal” (*TJMG* – AI-Cv 1.0704.13.009094-4/001, 29-3-2016, Rel^a Yeda Athias).

“Apelação cível – Alvará judicial – **Conflito de interesses de incapaz com o representante legal** – Nomeação de curador especial – Art. 9º, I, do Código de Processo Civil – Feito que deve ser anulado – Vício insanável – Tratando-se de vício insanável a ausência de nomeação de curador especial quando evidenciado que os interesses de incapaz são conflitantes com os de seu representante legal, deve o feito ser anulado de ofício. Anulação do feito de ofício” (*TJPR* – Acórdão 0906192-5, 18-9-2012, Rel^a Des^a Vilma Régia Ramos de Rezende).

12 “Família. Infância e juventude. Apelação cível. Ação de guarda e tutela. Menor que vivia sob os cuidados da mãe e dos avós maternos desde o nascimento. Família monoparental. Falecimento superveniente da genitora. **Poder familiar: Extinção.** Pai que não reconheceu o vínculo da filiação. Colocação em família substituta. Avós maternos. Tutela legítima. Possibilidade. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. 1 – Os recorrentes, avós maternos da menor, pleiteiam a tutela e a guarda de sua neta. Para tanto, juntaram documentos que comprovam que são pessoas de vidas ilibadas e de condutas ilaqueadas. 2 – No caso dos autos, o poder familiar era exercido somente pela mãe, uma vez que o pai não reconheceu a paternidade de sua filha, sendo a família, portanto, monoparental, consoante preceitua o Art. 1.633 do Código Civil e o Art. 226, § 4º, da Constituição Federal. 3 – Com a morte da mãe, o poder familiar fora extinto, nos termos do Art. 1.635, I, da Lei Substantiva Civil, sendo admissível, dessa forma, a nomeação de tutor. 4 – Na demanda sob enfoque, não se faz necessário, para a nomeação de tutores, a desconstituição do poder familiar do pai da menor, uma vez que este nunca o possuiu ou o exerceu, pois sequer reconheceu o vínculo da filiação. 5 – Logo, ao compulsa as provas dos autos, quais sejam, testemunhal, documental e depoimento pessoal, tem-se que os avós maternos possuem plenas condições de assumir o encargo da tutela, conforme dispõe o Art. 1.731, I, do Código Civil. 6 – Apelo conhecido e provido. Sentença reformada” (*TJCE* – AC 0002694-95.2009.8.06.0029, 3-10-2013, Rel. Raimundo Nonato Silva Santos).

“Direito de família – **Pedido de suspensão e extinção do poder familiar** – Fixação do regime de visitas na sentença que homologou o divórcio consensual entre as partes. Alegação da autora de que o pai seria dependente de drogas. Não há dúvida de que, nos termos dos arts. 1.586 e 1.638, inc. III, ambos do Código Civil, poderá o juiz, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida a situação deles com os pais, bem como perderá o poder familiar o pai ou a mãe que praticar atos contrários à moral e bons costumes. Não existe nos autos, todavia, prova suficiente de que faria o requerido uso de drogas, bem como de que estaria a menor sujeita a risco com a manutenção do regime de visitas já fixado. Ainda que haja indicativos de problemas de ordem emocional nas famílias, o estudo social demonstrou terem ambas as partes condições de assistir materialmente a menor. Estudo psicológico, de outra parte, descarta a possibilidade de afastamento, que traria prejuízos à formação da criança. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido” (*TJSP* – Ap. 0023129-55.2005.8.26.0003, 22-10-2012, Rel. Carlos Alberto Garbi).

“Requerimento de guarda – Maioridade superveniente – **Extinção do poder familiar** – Consequente extinção da ‘guarda’, atributo do ‘poder familiar’ – Perda superveniente do objeto da demanda. Sentença confirmada – Recurso desprovido. – Nos termos do artigo 1.635, do Código Civil de 2002, o poder familiar extingue-se pela maioridade, daí porque a guarda, em sendo um dos atributos do poder familiar, também ‘extingue-se de pleno direito a partir do momento em que o menor atinge 18 anos, não havendo nenhum dispositivo legal que a estenda até os 21 anos’ (José Luiz Mônaco da Silva)” (*TJMG* – Acórdão Apelação Cível 1.0024.09.739246-8/001, 9-8-2011, Rel. Des. Eduardo Andrade).

13 “Apelação cível – **Ação de destituição de pátrio poder c/c adoção e guarda provisória** – Prequestionamento explícito – Desnecessidade – Recurso não provido – Presentes os requisitos da suspensão/extinção do poder familiar, bem como as melhores condições dos apelados em atender os interesses da criança, sejam físicos, psicológicos, materiais, sociais e de proteção, fornecendo-lhe o mínimo para seu desenvolvimento saudável, não há motivos para reforma da decisão atacada. Sendo as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, torna desnecessária a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de

prequestionamento” (*TJMS* – Acórdão 2012.009416-9/0000-00, 25-6-2012, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho).

“Apelação cível. Infância e juventude. **Suspensão do poder familiar**. Procedência na origem. I – Decisão em gabinete. Procedimento. Previsão de leitura da sentença em audiência. Ato não realizado. Prazo recursal. Fluência a partir da intimação pessoal. Tempestividade. II – Condições precárias de habitabilidade, alcoolismo dos genitores e notícia de violência doméstica entre estes. Negligência nos cuidados da infante. Sinais de melhora significativa ausentes, não obstante a afetividade. Exegese do art. 1.637 do CC. Suspensão pertinente. III – sentença mantida. Recurso desprovido. I – Tempestivo o recurso que considera como início do prazo recursal a juntada do mandado de intimação pessoal dos réus acerca da sentença que suspende o poder familiar, porquanto não observado o procedimento de leitura da decisão em audiência, previsto no art. 162, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo mister, ao menos, a cientificação pessoal dos demandados sobre o decidido para a contagem. II – Legítima e recomendável a suspensão do poder familiar quando a residência familiar não reúne condições mínimas de habitabilidade, os genitores apresentam problemas com o alcoolismo e há notícia de violência doméstica entre os companheiros, sem que haja sinais de melhora significativa do quadro durante o processado, apesar do apoio do Poder Público, nada obstante a afetividade existente entre a criança e os pais” (*TJSC* – Acórdão. Apelação Cível 2010.046650-8, 3-2-11, Rel. Des. Henry Petry Junior).

14 “Apelação cível – **Ação de destituição do poder familiar** – Sentença de procedência – Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada – No mérito, pretensão à reforma integral – Impossibilidade – recurso desprovido. Se forem realizadas inúmeras diligências visando à localização da apelada, para que fosse submetida a estudo psicossocial, não pode ser acolhida preliminar de cerceamento de defesa baseada na alegação da ausência desse estudo e da citação pessoal. Havendo nos autos prova robusta de que a conduta da mãe ajusta-se às hipóteses do artigo 1.638, incisos I (castigo imoderado) e II (abandono), do Código Civil, deve ser mantida a sentença que decretou a perda do poder familiar” (*TJMT* – Acórdão Apelação Cível, 78418/2010, 11-1-2011, Re. Des. Orlando de Almeida Perri).

15 “Apelação – Alegação de **síndrome da alienação parental** – Laudos psicológicos que não comprovam sua ocorrência – Pleito judicial embasado em laudo formulado pela psicóloga que atendia a infante – Genitora que apenas procurou preservar o melhor interesse da filha – Inexistência da alienação parental. Verba honorária readequada em razão do trabalho despendido pelo patrono. Recurso conhecido e parcialmente provido. Apelação. Autora. Cerceamento de defesa – Afronta aos princípios do contraditório e ampla defesa – Não ocorrência – Juiz destinatário das provas – Julgamento antecipado da lide que não caracteriza nulidade. Ampliação do direito das visitas – Atendimento ao melhor interesse da infante – Visitas fixadas de forma equilibrada e propiciando a reinserção desta no seio familiar paterno. Recurso conhecido e não provido” (*TJPR* – AC 1372594-3, 8-4-2016, Rel. Des. Ruy Muggiati). Agravo de instrumento. Ação de regulamentação de visitas. Decisão interlocutória. **Indícios de ocorrência da síndrome de alienação parental**. Alto grau de animosidade entre pais da criança. Possibilidade de prejuízo ao pleno desenvolvimento da menor. Determinação do acompanhamento psicológico necessário nos termos da Lei nº 12.318/10. Agravo conhecido e não provido. 1 – A decisão agravada reporta a presença de indícios da ocorrência de alienação parental nos termos da Lei 12.318/2010. 2 – Declarações de ambos os pais da menor no sentido de remeter ao outro a culpa exclusiva pelas mazelas existentes na relação dos mesmos. O exacerbado grau de animosidade entre os mesmos indubitavelmente afeta a criança. 3 – A Síndrome da Alienação Parental, caracterizada pela ruptura dos laços de afetividade entre um dos pais e os filhos, decorre das situações em que os pais se separam ou põem fim à relação amorosa e um deles inicia um processo de descrédito da imagem do outro para os filhos, no qual estes são utilizados como ferramenta para agredir o ex-parceiro. 4 – Para facilitar a identificação e reconhecimento da síndrome a lei estabelece procedimentos que devem ser tomados pelo juiz da causa quando verificar a existência de indícios que podem gerar a alienação parental. 5 – A lei elencou exemplificativamente algumas condutas que podem desencadear a alienação parental e que devem ser expurgadas para a manutenção ou estabelecimento dos vínculos afetivos na relação pais-filhos, tendo em vista a prejudicialidade destas condutas na formação e desenvolvimento psicológico dos filhos. 6 – Agravo conhecido e desprovido. Decisão mantida” (*TJCE* – AI 0075772-10.2012.8.06.0000, 6-8-2013, Rel.^a Maria Iraneide Moura Silva).

“**Síndrome da alienação parental**. Ausência de prova pericial reversão de guarda. Descabimento. Excepcionalidade da medida. Direito de família – Ação de guarda cumulada com regulamentação de visitas – Requerimento de inversão de guarda – Indeferimento pelo juízo *a quo* – Agravante que alega alienação parental por parte da ex-mulher à pessoa da filha – Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 – Inversão da guarda – Medida extrema – Deferimento em hipóteses excepcionais imperiosa comprovação através de larga instrução probatória – Necessário aprofundamento da cognição com a realização de perícia psicológica do caso, decisão que não pode ser precipitada exigindo-se zelo e prudência, a fim de se evitar uma ruptura brusca na já

conturbada vida da menor – Ausência de verossimilhança – Manutenção do *decisum* – 1 – Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo, nos autos da ação de guarda cumulada com regulamentação de visita, contra decisão que indeferiu a inversão da guarda da menor Flávia. 2 – A prática de ato de alienação parental, como alega o genitor/agravante, tendo como alienador a própria mãe da menor 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. 3 – A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que dispõe sobre a alienação parental, dispõe em seu art. 6º, que caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III – estipular multa ao alienador; IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; (...) 4. Como se extrai da própria enumeração do dispositivo, a inversão da guarda afigura-se em nosso sistema medida extrema, só devendo, por isso, ser deferida em hipóteses excepcionais, em que devidamente comprovada a sua existência, através de larga instrução probatória, inclusive com a produção de perícia. 5 – Por isso mesmo, prevê o art. 5º da Lei 12.318/10 que, havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial. 6 – No caso, não se tem notícias ainda de ter havido estudo psicológico do caso, pelo que a inversão da guarda nesse momento, afigura-se medida prematura e não recomendada, até mesmo em nome do princípio da proteção integral da criança. 7 – Retira-se do louvável parecer do i. Procurador de Justiça, José Aluísio de Arruda, a seguinte passagem, *in verbis*: ‘(...) Inobstante os fatos graves noticiados, comprovados mediante a transcrição das conversas telefônicas gravadas entre genitora e a menor, sem o conhecimento das mesmas, este órgão ministerial entende que, para preservar os direitos da criança, maior interessada no caso em estudo, é necessário que a situação tenha uma resposta menor açodada, em ritmo que não crie uma ruptura brusca na já conturbada vida da menor Flávia. Nego seguimento ao recurso, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC’” (TJRJ – AI 0007103-39.2012.8.19.0000, 1º-8-2012, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem).

REGIMES DE BENS

15.1 INTRODUÇÃO

A união pelo casamento almeja mútua cooperação, assim como assistência moral, material e espiritual. O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda, durante a vida matrimonial há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens. Ainda que não se leve em conta um cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de vida.

Desse modo, o regime de bens entre os cônjuges compreende uma das consequências jurídicas do casamento. Nessas relações, devem ser estabelecidas as formas de contribuição do marido e da mulher para o lar, a titularidade e administração dos bens comuns e particulares e em que medida esses bens respondem por obrigações perante terceiros. Portanto, “*regime de bens é o estatuto que regula as relações patrimoniais entre os cônjuges, e entre estes e terceiros*” (Santos, 1999:291).

Tecnicamente, a denominação *regime de bens* não é a melhor, porque mais exato seria referir-se a regimes patrimoniais do casamento. No entanto, a expressão é consagrada, sintética e com significado perfeitamente conhecido. Regime de bens constitui a modalidade de sistema jurídico que rege as relações patrimoniais derivadas do casamento. Esse sistema regula precipuamente a propriedade e a administração dos bens trazidos antes do casamento e os adquiridos posteriormente pelos cônjuges. Há questões secundárias que também versam sobre o direito patrimonial no casamento que podem derivar do regime de bens, como o dever de alimentos à prole e o usufruto de seus bens, da mesma forma que importantes reflexos no direito sucessório.

Desse modo, a existência de um regime de bens é necessária, não podendo o casamento subsistir sem ele. Ainda que os cônjuges não se manifestem, a lei supre sua vontade, disciplinando o regime patrimonial de seu casamento. Augusto César Belluscio (1987, v. 2:4) aponta que, na prática, todos os ordenamentos estabelecem um regime de bens. Somente o Código soviético da família, de 1918, o proibiu, embora tenha sido uma posição meramente teórica, tanto que o Código de 1926 voltou a restabelecê-lo. Enquanto o casamento é regido por normas rígidas e imperativas, o regime de bens pode adotar várias fórmulas flexíveis. Raras são as legislações que adotam um regime único de bens;

a maioria oferece várias modalidades, permitindo a livre escolha pelos nubentes. Quando os cônjuges não exercem essa opção, a lei lhes supre a vontade, regulando seus interesses patrimoniais.

No Direito Romano, vigorava o princípio da absorção: o patrimônio da mulher era absorvido pelo marido, que se tornava único proprietário e administrador. Tratava-se de consequência do casamento *cum manu*, ao qual já nos referimos. Como a mulher ficava sujeita ao poder do *pater familias*, assim também ficavam seus bens. O antigo direito saxão também estabeleceu uma unidade patrimonial entre os esposos e foi aplicado igualmente nos Estados Unidos até meados do século XIX, sendo substituído pelo regime da separação, como consequência da emancipação da mulher. A legislação comparada toma os mais diversos rumos nessa matéria, não se divisando tendência de uniformidade, como ocorre em inúmeros outros institutos jurídicos. Cada país apresenta matiz próprio, porque o regime de bens conjugais depende dos costumes e das necessidades sociais locais. Daí afirmar Guillermo A. Borda (1993, v. 1:206) que o estudo de direito comparado nesse campo oferece interesse reduzido, quando se trata de interpretar disposições da lei nacional.

Nosso Código Civil adota, como regra geral, a liberdade de escolha pelos cônjuges do regime patrimonial no casamento: “*É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver*” (art. 1.639).¹

Há necessidade, porém, de escritura antenupcial se os nubentes desejarem outro regime que não o da comunhão de aquestos, o que será muito bem corrigido pelo futuro Estatuto das Famílias, que dispensará a escritura, se os interessados escolherem o regime da comunhão universal ou o da separação de bens. Esse projeto exclui o regime de participação final de aquestos, monstro legal inútil trazido pelo Código de 2002.

Como vimos e como claramente expressava a lei, a escolha do regime de bens devia necessariamente anteceder ao casamento, pois o Código de 1916 estabelecia a imutabilidade do regime de bens, ou melhor, sua irrevogabilidade (art. 230). A imutabilidade, como explanado, constava na lei como garantia aos próprios cônjuges e para resguardo ao direito de terceiros. No curso da vida conjugal, um dos cônjuges poderia fazer prevalecer indevidamente sua vontade para alterar o regime, em detrimento do outro ou de credores do casal. Terceiros que contraem obrigações com pessoas casadas devem conhecer seu regime de bens, porque dele decorrem inúmeros reflexos nos negócios jurídicos. Neste sentido, nosso sistema de 1916 não permitia, pois, que o regime escolhido fosse alterado no curso da vida conjugal, em sentido contrário ao observado em outras legislações.

Tomando o exemplo do direito comparado, o Código de 2002 passou a admitir a alteração do regime de bens,

“*mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros*” (art. 1.639, § 2º).

Os julgados sob esse dispositivo nos aponta que andou bem o legislador. Sem dúvida, os rumos tomados pela união estável sem casamento influenciaram o legislador nesse sentido: os companheiros sempre gozaram de maior mobilidade no tocante aos bens comuns. Manter a imutabilidade do regime de bens seria tratar o casamento de forma mais rigorosa que a união sem casamento.

O art. 734 do CPC de 2015, em boa hora, regula a alteração do regime de bens, que caía em um vazio processual. Especifica que a medida poderá ser requerida motivadamente em petição firmada por ambos os cônjuges, declinando as razões da pretensão. Do procedimento participará o Ministério Público e será publicado edital com prazo de 30 dias. Medida útil consta do § 2º do artigo, que permite aos cônjuges requerer meio alternativo de divulgação, a fim de resguardar direitos de terceiros. Assim, podem ser utilizadas as redes sociais, por exemplo. O essencial é que se acautelem terceiros que eventualmente possam ser prejudicados com a alteração do regime de bens.

Após o trânsito em julgado da sentença procedente, serão expedidos mandados de averbação aos cartórios do registro civil e de imóveis e, caso qualquer dos cônjuges seja empresário, ao Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (§ 3º).

Os efeitos da alteração de regime serão sempre *ex nunc*, não retroagindo para antes da sentença.

Como se nota, contudo, não será livre a possibilidade de os cônjuges alterarem seu regime de bens, não se erigindo essa possibilidade em um direito meramente potestativo. A modificação do regime somente decorrerá de autorização mediante decisão judicial.

Quatro eram os regimes de bens descritos por nossa lei de 1916: comunhão universal (arts. 262 a 268), comunhão parcial (arts. 269 a 275), separação (arts. 276 e 277) e dotal (arts. 278 a 311). Até o advento da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a redação original do Código anterior dispunha que no silêncio dos nubentes o casamento seria regido pelo regime da comunhão universal. Essa lei modificou tal orientação, dispondo que o regime da comunhão parcial regeria a vida patrimonial dos cônjuges na ausência de pacto antenupcial. Leva-se em conta que a maioria dos matrimônios ocorre com pessoas jovens, ainda de pouco ou nenhum patrimônio, o qual será amealhado, sem dúvida, com o esforço comum na futura vida conjugal. É mantida essa mesma diretriz no Código de 2002 (art. 1.640). Não havendo convenção antenupcial, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará quanto aos bens entre os cônjuges o regime da comunhão parcial.

O Código de 2002 disciplina a comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666); a comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671); a participação final nos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e a separação de bens (arts. 1.687 e 1.688). Suprime-se o regime dotal, de praticamente nenhuma utilização em nosso país, introduzindo-se o regime de participação final de aquestos, que já de plano se mostrava supérfluo e sem adequação em nosso meio social. Outra inutilidade como fora o regime dotal.

Na verdade, os regimes patrimoniais para os cônjuges não representam compartimento estanque, pois os interessados podem combiná-los entre si. Leve-se em conta, por exemplo, que o regime dotal

não era um regime propriamente dito, mas uma modalidade de administração de bens que se combinava com os demais regimes.

Vigora, portanto, no sistema de 1916 e no de 2002, salvo as situações de separação obrigatória, plena liberdade para os interessados na elaboração da escritura antenupcial, que somente encontra obstáculos em normas de ordem pública. Desse modo, os nubentes podem não só adotar um dos regimes descritos na lei, assim como mesclá-los entre si. No sistema a ser introduzido pelo Estatuto das Famílias, a escritura somente será necessária se os nubentes optarem por mesclar regimes. Podem, por exemplo, determinar que o regime será o da comunhão universal, mas que determinado bem, como as quotas de uma sociedade ou as ações de uma empresa, permaneçam na propriedade exclusiva de um dos cônjuges; podem estipular que o regime será o da separação completa de bens, mas que determinado bem móvel ou imóvel será comum etc. Mais explícito a respeito é o Código português, que esclarece:

“Os esposos podem fixar livremente, em convenção antenupcial, o regime de bens, quer escolhendo um dos regimes previstos neste Código, quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver, dentro dos limites da lei” (art. 1.698).

Desse modo, se os nubentes desejarem assumir o regime de comunhão parcial, não necessitarão de pacto. Se outra modalidade de regime for sua escolha, precisarão estipulá-la por meio de escritura pública. Desse modo, embora seja facultativa a escolha do regime, os cônjuges necessariamente devem recorrer ao pacto se não desejarem a comunhão parcial.

Quando o casamento desenvolve-se sem maiores sobressaltos, nada interferirá na vida econômica dos cônjuges. O regime de bens repousa em recôndito esquecido da vida em comum. Quando, porém, o casamento balouça em mares bravios e soçobra, nos momentos de fricção ou quando se desfaz a sociedade conjugal, surgem problemas derivados do regime de bens, quer levantados pelos próprios cônjuges, quer por seus herdeiros, no caso de morte.

☐ **Caso 6 – Casamento – Alteração do regime de bens**

O casamento não deve possuir conteúdo econômico direto. No matrimônio, sobrelevam-se os efeitos pessoais entre os cônjuges e destes com relação aos filhos. No entanto, a união de corpo e alma do homem e da mulher traz inexoravelmente reflexos patrimoniais para ambos, mormente após o desfazimento do vínculo conjugal. Ainda durante a vida matrimonial, há necessidade de o casal fazer frente às necessidades financeiras para o sustento do lar. Cumpre, portanto, que se organizem essas relações patrimoniais entre o casal, as quais se traduzem no regime de bens. Ainda que não se leve em conta o cunho econômico direto no casamento, as relações patrimoniais resultam necessariamente da comunhão de

15.2 PRINCÍPIOS GERAIS. REQUISITOS DO PACTO ANTENUPCIAL

O princípio da imutabilidade foi consagrado pelo Código napoleônico, do qual passou para a maioria das legislações ocidentais. Não mais vige, porém, na França, tendo desaparecido com a reforma do Código Civil de 1965. Admite-se, naquele país, a mudança do regime durante o casamento, por acordo dos cônjuges ou sentença judicial requerida a pedido de um deles, após a duração inicial do regime por dois anos.

Vimos que nosso mais recente Código posicionou-se no mesmo sentido, permitindo a alteração do regime de bens, mediante autorização judicial requerida por ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvado o direito de terceiros. A atual lei não estabelece um prazo mínimo para possibilitar esse requerimento. Verificamos, portanto, tendência geral de modificação do princípio que entre nós era mantido como dogmático desde antes da promulgação do Código Civil de 1916.

Outro princípio do regime de bens já por nós acenado é a autonomia da vontade dos cônjuges. Os esposos têm a sua disposição supletivamente o regime da comunhão parcial na lei, não sendo obrigados a elaborar escritura antenupcial. No entanto, como vimos, têm ampla oportunidade de fazê-lo, adotando os demais regimes descritos pelo legislador ou combinando-os entre si. Os únicos obstáculos serão normas de ordem pública.

O projeto do Estatuto das Famílias extingue esse regime de separação obrigatória cujos resultados mostraram-se pífios.

15.2.1 Separação Obrigatória de Bens

Existem exceções a essa autonomia de escolha, como estudamos, em situações nas quais a lei impõe o regime da separação. Trata-se de regime obrigatório, imposto em determinadas condições, que não se confunde com o regime legal da comunhão parcial, supletivo da vontade dos interessados. Nesse sentido dispõe o atual diploma:

“Art. 1.641. 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 (com a redação dada pela Lei nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010);

*III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.*²

Quanto aos casamentos com infração às cláusulas suspensivas nos ocupamos anteriormente no Capítulo 4. O casamento de incapazes, sem autorização legal, é anulável. O mesmo ocorre no casamento dos que não atingiram a idade núbil. Persistindo o enlace, porém, o regime será o da separação.

Lembrando o último inciso desse dispositivo, o princípio geral é que, em todo casamento que necessite de autorização judicial, o regime será o da separação. Acende-se a chama da suspeita para o legislador com relação a todos aqueles que necessitam de autorização judicial para se casarem. O legislador entende, por exemplo, que o menor que se casa com suprimento judicial da vontade de seus pais ou para furtar-se à imposição de pena criminal necessita de maior proteção no curso do casamento. No entanto, o legislador, direcionado para uma posição essencialmente patrimonial, esbarra em nossa realidade social. Geralmente, os casamentos de pessoas nessas condições ocorrem nas classes menos favorecidas, cujo patrimônio se constituirá nos anos futuros ao casamento. Ainda porque os membros das classes mais favorecidas terão maiores possibilidades de elaborar pacto antenupcial. O melhor regime, o que mais atende às situações sociais, não somente nessa hipótese de imposição legal, mas também nas demais, é o da comunhão parcial. É de curial justiça que os bens adquiridos pelo esforço comum de ambos os cônjuges pertençam a ambos. Não se justifica que em casamento estável, perdurando por décadas, haja imposição de separação absoluta de bens. Como veremos a seguir, a jurisprudência do Código anterior encarregou-se de aparar essa aresta.

Questão que ora se coloca diz respeito à possibilidade de ser alterado o regime compulsório de separação, com fulcro no art. 1.639, § 2º. Pergunta-se: podem os cônjuges, mediante justificação e razões plausíveis, alterar voluntariamente um regime imposto pela lei? Certamente que a resposta, com base no texto literal e nos princípios gerais, é pela negativa. Dirá o exegeta estrito da lei que qualquer tentativa de alteração do regime legal imposto será fraudatória. Sem dúvida, o texto não permitiria outra interpretação se estivéssemos no campo obrigacional. Como alertamos de início, o direito de família rege-se por princípios diversos; não é um direito patrimonial. Nesse sentido, não será esta a melhor solução, sem dúvida, para inúmeras situações concretas que serão trazidas aos tribunais nos próximos anos. Aguardemos a direção dos novos ventos.

Quanto ao casamento do maior de 60 e da maior de 50 anos no Código de 1916, o legislador compreendera que, nessa fase da vida, na qual presumivelmente o patrimônio de um ou de ambos os nubentes já está estabilizado, e quando não mais se consorciavam no arroubo da juventude, o conteúdo patrimonial deve ser peremptoriamente afastado. A ideia é afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso. O vigente Código, em atendimento à perfeita igualdade constitucional do homem e da mulher, estabeleceu a idade de 60 anos para ambos os sexos. Sílvio Rodrigues (1999:165) posiciona-se francamente contra a disposição, sustentando, com razão, que se trata de imposição legal atentatória contra a liberdade individual. Dizia, com base no antigo diploma:

“Aliás, talvez se possa dizer que uma das vantagens da fortuna consiste em aumentar os atrativos matrimoniais de quem a detém. Não há inconveniente social de qualquer espécie em permitir que um sexagenário ou uma quinquagenária ricos se casem pelo regime da comunhão, se assim lhes aprouver”.

Como se nota, em que pese a resistência doutrinária, o presente Código manteve a restrição. A Lei nº 12.344/2010 elevou essa idade para *“pessoa maior de setenta anos”* (art. 1.641, II). Essa majoração mais recente da idade atende a contemporaneidade, tendo em vista novos padrões de saúde e sociais. Há quem sustente a inconstitucionalidade do princípio com base na proteção à dignidade da pessoa.

Quanto aos órfãos de pai e mãe, a lei antiga impunha o regime legal da separação, ainda que existisse a autorização do tutor, porque pretendeu colocar a salvo o patrimônio do nubente, quando o casamento poderia servir de meio para dissipá-lo. Entendia a lei que o tutor não tinha a mesma confiabilidade dos pais no tocante à proteção do interesse dos filhos. O mais recente Código não repete a disposição.

15.2.1.1 Comunhão de aquestos na separação legal no sistema de 1916. O atual Código

É importante que se mantenha este estudo neste volume porque, por muito tempo, ainda teremos a influência e aplicação de dispositivos do Código Civil antigo.

No passado, o art. 259 do Código de 1916 provocou celeuma na doutrina e na jurisprudência. Restou predominante a corrente jurisprudencial que entendia que o regime legal de separação não obstava a comunhão dos aquestos. Traz-se à berlinda a dicção do art. 259:

“Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

O legislador do antigo Código preparou uma armadilha indesejável para os que escolhiam no pacto antenupcial o regime da separação: se não fossem expressos a respeito da incomunicabilidade absoluta, estariam casando-se, na verdade, sob o regime da comunhão de aquestos.

No tocante ao regime de separação imposto por lei, a interpretação gramatical do texto, por si só, não permitia esse entendimento. É fato que o art. 259 teve por objetivo unicamente as convenções voluntárias (*“no silêncio do contrato”*). Por outro lado, como aponta Sílvia Rodrigues (1999:168), se o legislador quisesse determinar que o casamento fosse regido pela comunhão parcial, não se teria referido ao regime da separação, como faz no art. 258, mas expressamente ao regime da comunhão parcial. Ademais, as várias leis subsequentes que interferiram no tema, como o Estatuto da Mulher

Casada (Lei nº 4.121/61) e a Lei do Divórcio (nº 6.515/77), poderiam ter alterado o dispositivo e não o fizeram. Prova de que o legislador é pertinaz nessa orientação é sua posição na redação do Projeto original de 1975, pois, ao estabelecer esse regime obrigatório, foi expresso que essa separação ocorre “*sem a comunhão de aquestos*” (art. 1.669 do Projeto primitivo). Note que o texto promulgado do presente Código suprimiu essa expressão no atual art. 1.641, o que pode, novamente, dar margem a dúvidas quanto à comunicação de aquestos no regime obrigatório, que, aliás, traria a solução mais justa na maioria dos casos.

Para essa hipótese, a Lei nº 6.515/77, art. 54, abriu exceção temporária, ao permitir a livre escolha do regime de bens, desde que antes do casamento os nubentes tivessem tido vida em comum há mais de 10 anos consecutivos até 28-6-77, ou que da união anterior a essa data tivesse resultado prole.

A jurisprudência, no entanto, procurou abrandar iniquidades em casos concretos trazidos pelo texto objetivo da lei, como apontamos. A maioria dos casamentos realizados sob o regime da separação legal é de jovens que amealham seu patrimônio no curso do casamento. Seria injusto, em princípio, não se comunicarem os bens adquiridos pelo esforço comum. A intenção do legislador, porém, não foi essa. A ideia, todavia, é de que, mesmo se casando sob o regime da separação, durante o casamento estabelece-se uma sociedade de fato entre os esposos, e os bens são adquiridos pelo esforço comum. A discussão dessa matéria nos tribunais redundou na Súmula 377 do STF:

“No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Não se entenda, contudo, que a questão se encontra isenta de discussões. A súmula não ressalva que os bens que se comunicam são os comprovadamente decorrentes do esforço comum. Essa matéria é daquelas nas quais há um descompasso entre a doutrina e a jurisprudência.

Nova discussão sobre a matéria será aberta, doravante, com o vigente Código. Acreditamos, embora seja um mero vaticínio, que mesmo perante o corrente Código, será mantida a orientação sumulada, mormente porque, como vimos, o texto final do novel diploma suprimiu a disposição peremptória.³

15.2.2 Redução a Termo. Escritura Pública

O regime legal da comunhão parcial atualmente vigente no sistema resulta da vontade tácita dos nubentes (art. 1.640). A escolha de regime diverso do legal, porém, deve ser formalizada por escritura pública antecedente ao casamento.

O Código de 2002 inova a respeito do regime legal, pois dispõe no parágrafo único do art. 1.640 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”.

Essa tomada de termo no tocante ao regime da comunhão parcial é redação nova. A intenção da lei foi tornar absolutamente claro aos nubentes as consequências do casamento, sem pacto antenupcial, pois, na grande maioria das vezes, os interessados não têm plena noção das consequências do regime de comunhão de aquestos, bem como dos demais. Com o alerta constante do termo no processo de habilitação, deverão ser esclarecidos a respeito pelo oficial do cartório. Essa norma completa a do art. 1.528 que enfatiza o dever do oficial do registro esclarecer os nubentes a respeito dos diversos regimes de bens.

No sistema a ser introduzido pelo Estatuto das Famílias, bastará a declaração dos nubentes ao oficial do registro civil, podendo eles escolher qualquer dos regimes de bens estabelecidos no estatuto (art. 38, § 1º).

Com o casamento, o pacto escolhido entra em vigor. Vimos que no sistema de 1916 o regime não mais podia ser alterado, o que não mais ocorre com o atual Código. A escritura pública é necessária para a validade do ato, sendo nula a convenção que não obedecer a esse formalismo. Art. 1.653: *“É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento”.*

Na escritura pública antenupcial, deverão estar presentes os cônjuges para assiná-la, podendo também participar terceiros, parentes ou não, que façam doações aos nubentes em razão do casamento a ser realizado. A legitimação para essa escritura não é idêntica àquela para os atos civis em geral, mas à legitimação matrimonial, identificando-se seus requisitos com os exigidos para contrair matrimônio. Podem realizar pacto antenupcial os que podem casar-se. Desse modo, os menores e interditos podem firmar pacto, necessitando de assistência dos respectivos pais, tutores e curadores. Caio Mário da Silva Pereira (1996:122), ressaltando a posição contrária majoritária, e a redação do presente Código, que é expresse a esse respeito, entendem que essa assistência não é necessária, porque se trata de interferência indevida na vontade do nubente e de certa forma um atentado à liberdade matrimonial. No entanto, o art. 1.654 é expresse:

“A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de bens”.

Essa aprovação pode ocorrer no próprio instrumento ou em instrumento à parte, admitindo-se, portanto, a confirmação.

Admitido entre nós o casamento por procuração, nada impede que o pacto seja firmado por procurador com poderes especificamente descritos.

A escritura antenupcial é realizada sob condição suspensiva. Não se lhe seguindo o casamento, frustra-se a condição. Na verdade, o negócio resta vazio de efeitos, não obtendo eficácia, embora o Código de 1916 a conceituasse como nulidade (art. 256, parágrafo único, II). Corretamente, o vigente diploma refere-se à ineficácia (art. 1.653). Questão em aberto, não resolvida pela lei, é o prazo para a realização do casamento, após a celebração do pacto. Não havendo termo expresso em seu bojo, qualquer dos contratantes pode pedir a declaração de ineficácia da escritura, embora, na realidade, não havendo casamento, o ato não gere efeito nenhum. Da mesma forma, caducará o pacto se escoar o prazo nele fixado, se algum dos contratantes vier a falecer ou se casar com pessoa diversa. Por outro lado, enquanto não se realizar o casamento, o pacto pode ser revogado, retificado ou alterado pelos interessados. Sua intangibilidade, agora de caráter relativo, decorre unicamente da celebração do casamento.

O pacto antenupcial é negócio jurídico de direito de família e sua finalidade é exclusivamente regular o regime patrimonial dos cônjuges no casamento a realizar-se. Não se admitem outras disposições estranhas a essa finalidade. Essa escritura não admite, por exemplo, pactos sucessórios entre os cônjuges, que devem ser objeto de testamento individual de cada cônjuge. Admite-se, porém, o reconhecimento de filho, cujo conteúdo da declaração basta como regra geral, de per si, independentemente do documento em que se encontre. Cuida-se, em última análise, de prova escrita de filiação. O art. 1.655 expressa que será nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei. A anulação para as nulidades relativas, seguindo a regra geral, dependerá da iniciativa dos interessados.

Escritura anulável pode ser ratificada, como os negócios jurídicos em geral. Se for nula, no entanto, não admitirá ratificação, sujeitando-se o casamento ao regime legal da comunhão parcial. Por outro lado, pode ser válido o pacto e inválida alguma de suas disposições que afetam normas de ordem pública ou prejudicam direitos conjugais ou do pátrio poder. Aplica-se o princípio *utile por inutile non vitiatur*.⁴

A ideia mantém-se no corrente diploma (art. 1.655), lembrando que a nulidade em geral alcança qualquer disposição que prejudique os direitos ou deveres conjugais ou paternos. Será nula, por exemplo, a cláusula que determine que caberá a apenas um dos cônjuges a educação dos filhos; que imponha que os nubentes ou um deles abracem determinado credo, religião, partido político ou profissão, por exemplo. Na verdade, não se pode admitir no pacto qualquer disposição que contrarie ou infrinja direitos fundamentais ou da personalidade. O pacto deve ter em mira exclusivamente os direitos patrimoniais e cabe ao cartorário encarregado de documentá-lo orientar os nubentes e recusar-se a inserir disposições nulas, levantando-se dúvida, se for o caso.

O pacto tem plena eficácia entre os cônjuges, independentemente de registro. No entanto, para a eficácia *erga omnes*, o art. 1.657 estabelece:⁵

“As convenções antenupciais não terão efeito para com terceiros senão depois de

registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges”.

Na sistemática da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), trata-se de registro, segundo o elenco estabelecido no art. 167, I, nº 12, pois o Código de 1916 se referia a “transcrição”. Por outro lado, a lei registrária permite a averbação das convenções antenupciais e do regime de bens diversos do legal nos registros referentes a imóveis ou a direitos reais pertencentes a qualquer dos cônjuges, inclusive os adquiridos posteriormente ao casamento. Essa averbação tem por finalidade acautelar terceiros que contratam com o casal.

Não esqueçamos, porém, que do assento de casamento deverá constar obrigatoriamente:

“O regime de casamento, com declaração da data e do cartório em cujas notas foi tomada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão ou o legal que, sendo conhecido, será declarado expressamente” (Lei nº 6.015/73, art. 70, § 7º).

Na prática, essa referência constante da certidão de casamento será o mais eficiente alerta para terceiros.

15.3 COMUNHÃO PARCIAL

A ideia central no regime da comunhão parcial, ou comunhão de adquiridos, como é conhecido no direito português, é a de que os bens adquiridos após o casamento, os aquestos, formam a comunhão de bens do casal. Cada esposo guarda para si, em seu próprio patrimônio, os bens trazidos antes do casamento. É o regime legal, o que vigora nos casamentos sem pacto antenupcial ou cujos pactos sejam nulos, vigente entre nós após a lei introdutória e regulamentadora do divórcio (Lei nº 6.515/77). Não havendo convenção antenupcial ou sendo esta nula, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Na comunhão parcial, comunhão de aquestos ou separação parcial, como também é denominado esse regime, existem três massas de bens: os bens do marido e os bens da mulher trazidos antes do casamento e os bens comuns, amealhados após o matrimônio. Trata-se de regime da maioria absoluta dos casamentos realizados após 1977, pois os pactos nupciais são raros. Dispõe o art. 1.658 do atual Código:

“no regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevieram ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”.

Essa regra geral, como se nota, cria os três patrimônios na relação conjugal.

A comunhão parcial, assim como a universal, dissolve-se também por morte, separação, divórcio ou anulação do casamento. Uma vez dissolvida a comunhão, cada cônjuge retirará seus bens

particulares, e serão divididos os bens comuns. Algumas noções fundamentais são expressas na lei. Assim, são incommunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento (art. 1.661). Desse modo, se o consorte firmara compromisso de compra e venda de imóvel antes do casamento, esse bem não se comunica, ainda que a escritura definitiva seja firmada após, salvo se houver prova de que houve contribuição financeira do outro cônjuge após o casamento.

15.3.1 Bens Excluídos da Comunhão Parcial

É natural que o âmbito dos bens que não se comunicam na comunhão parcial seja de maior espectro do que na comunhão universal. Podemos dizer que há uma comunhão mais intensa na comunhão universal e menos intensa na comunhão de aquestos. Assim, disciplina o art. 1.659, do vigente Código Civil, que se excluem da comunhão:⁶

“I – os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do matrimônio por doação ou por sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; II – os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges, em sub-rogação dos bens particulares;

III – as obrigações anteriores ao casamento;

IV – as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; V – os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;

VI – os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;

VII – as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes”.

Esses bens não se comunicam ao outro esposo, conservando cada consorte exclusivamente para si os que possuía ao casar. A comunhão se formará, como regra, com os bens adquiridos a título oneroso na constância do casamento. Desse modo, são bens particulares dos cônjuges os bens que estes possuíam ao casar. Os débitos anteriores ao casamento não se comunicam, porque os patrimônios de ambos os cônjuges são mantidos separados e as dívidas fazem parte deles.

Quanto às dívidas, veremos que na comunhão universal não se comunicam as obrigações anteriores ao casamento (art. 1.668, III), comunicando-se, porém, aquelas provenientes dos aprestos do casamento ou que tiverem revertido em proveito comum do casal. Na comunhão parcial, não se comunicam as obrigações de cada consorte, ainda que contraídas para os aprestos.

Os bens que substituem os bens particulares, os que a lei se refere como sub-rogados, também se excluem da comunhão. Para que se aplique o dispositivo, é necessário que o cônjuge ressalve essa sub-rogação no título aquisitivo e prove que de fato um bem substituiu outro. A matéria tem pertinência no tocante aos imóveis, pois quanto aos móveis vigora a presunção do art. 1.662, no sentido de que foram adquiridos na constância do casamento. Não se exclui, em princípio, a sub-

rogação dos bens móveis na espécie, mas sua prova é mais difícil.

Como vimos, o art. 1.661 dispõe que *“são incommunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento”*. A causa anterior deve ser examinada caso por caso. Imaginemos, por exemplo, o prêmio de loteria aquinhado para um dos cônjuges antes do casamento, mas cujo pagamento somente ocorra após o matrimônio, ou os efeitos econômicos de uma ação judicial proposta pelo cônjuge antes do casamento, cuja liquidação ocorra após.

Cessando o regime da comunhão parcial pela morte, separação, divórcio ou anulação do casamento, os bens que não se comunicaram continuam pertencendo a cada consorte.

No sistema anterior, as modificações trazidas pela Lei nº 4.121/62 trouxeram alguma perplexidade, tendo em vista a falta de cuidado do legislador na harmonização das inovações. Essa lei incluiu, no art. 263, XIII, do antigo Código, a disposição no sentido de que não se comunicavam os frutos civis do trabalho ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos, no regime da comunhão universal. No entanto, o mesmo Estatuto da Mulher Casada não alterou o art. 271, VI, que determinava a comunicação dos frutos civis do trabalho e da indústria de cada cônjuge ou de ambos no regime da comunhão parcial. Ainda, a situação era de maior paradoxo, porque houve alteração no art. 269, com o acréscimo do inciso IV, que determinava a exclusão, na comunhão parcial, dos demais bens que se consideram também excluídos da comunhão universal. Tendo em vista que se tratava mesmo de um paradoxo, Sílvio Rodrigues (1999:186) concluiu que o intérprete devia buscar a solução que mais se amoldasse ao espírito da lei:

“tendo em vista que o regime da comunhão parcial visa dentro do possível assegurar aos cônjuges a comunhão de todos os aquestos (cuja causa de aquisição seja posterior ao casamento), entendo que o produto do trabalho dos cônjuges se comunica”.

O legislador deveria ter revogado o inciso IV do art. 271, mas não o fez. Essa interpretação harmonizava-se com a intenção e a origem da lei. O novel legislador foi expresso, encerrando a celeuma, estatuinto que se excluem da comunhão os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (art. 1.659, VI). O Projeto nº 6.960, porém, exclui esse tópico do rol, adotando posição contrária, para evitar com isso problemas de ordem prática. Na verdade, é difícil precisar o momento exato em que os valores deixam de ser proventos do trabalho e passam a ser bens comuns, volatizados para atender às necessidades do lar conjugal.

Refere-se, ainda, o presente Código à exclusão das obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal. Impõe-se examinar no caso concreto se o ato ilícito promoveu benefício para o casal, o que nem sempre será simples. No sistema de 1916, as obrigações provenientes de atos ilícitos eram excluídas da comunhão universal (art. 263, VI), disposição não repetida pelo corrente Código, como veremos.

As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes também são mencionados no

dispositivo como não comunicantes. Pensão é a quantia paga periodicamente a alguém para sua subsistência, decorrente de lei, decisão judicial, contrato ou testamento. Meio-soldo é o valor pago pelo Estado aos servidores reformados das Forças Armadas. Montepio é a quantia paga pelo Estado aos beneficiários de funcionário falecido. O Código anterior referia-se ainda às tenças. Tença é a pensão recebida periodicamente do Estado ou de particular para subsistência do beneficiário.

O direito decorrente dessas pensões não se comunica no casamento sob comunhão parcial de bens, pertencendo exclusivamente ao cônjuge beneficiário. São direitos personalíssimos. Em síntese, a pensão e seus assemelhados não se incorporam à comunidade patrimonial.

Note que os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659 também são excluídos da comunhão no regime da comunhão universal, por força do art. 1.668.⁷

Também não se comunicam os direitos patrimoniais de autor, excetuados os rendimentos de sua exploração, salvo disposição contrária em pacto antenupcial (Lei nº 9.610/98, art. 39).

Recorde-se que o art. 499, do atual Código, inserido no capítulo da compra e venda, é expresso ao estabelecer que é lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.

15.3.2 Bens que Ingressam na Comunhão

Segundo o art. 1.660, entram na comunhão:

“I – os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II – os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III – os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV – as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V – os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão”.

Esses dispositivos não apresentam maior dificuldade de entendimento. Será fato eventual, por exemplo, o prêmio de loteria. Por outro lado, os bens móveis presumem-se adquiridos na constância do casamento, salvo prova em contrário que o foram em data anterior (art. 1.662). A disposição fora introduzida no Código de 1916 pela Lei nº 4.121/62, buscando dirimir polêmica a respeito. Portanto, há necessidade de descrição minuciosa dos bens móveis no pacto antenupcial, sob pena de serem reputados comuns.

15.3.3 Administração dos Bens na Comunhão Parcial

O art. 1.663 estabelece que a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.⁸ O Código de 1916 estabelecia que essa administração competia ao marido, o que não mais podia vigorar após a Constituição Federal de 1988. As dívidas contraídas nessa administração obrigam os bens comuns e os particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito auferido (art. 1.663, § 1º). A aplicação desse dispositivo, presente também no Código anterior, que apresenta clareza lógica, na prática, quando a convivência do casal se mostra desgastada, abrirá infindáveis discussões sobre o proveito dos gastos feitos por um ou por outro cônjuge.

Acrescenta ainda o § 2º que é necessária a anuência de ambos os cônjuges para os atos a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns. Assim, por exemplo, não será válido o comodato de um imóvel do casal a terceiro, se ambos os cônjuges não acordarem a esse respeito. O negócio com a omissão da outorga conjugal será, portanto, anulável. A disposição não constava do Código anterior e se afigura justa, tendo em vista questões que surgiram no passado.

Finaliza ainda o § 3º do art. 1.663 que “*em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges*”. Malversar significa fazer má administração, dilapidar bens. Se um dos cônjuges é um estroina que coloca em risco o patrimônio comum, pode ser afastado da administração, tal como em uma sociedade empresária. Como se nota, há necessidade de decisão judicial. Não se esqueça de que se um dos cônjuges ocasionar prejuízo ao outro em sede de administração de bens, ficará obrigado a reparar o dano, nos termos gerais do art. 186, independentemente de aspectos que possam gerar indenização com a ruptura do vínculo do casamento, segundo defende parte da doutrina. Essa situação ora enfocada é daquelas que podem justificar a modificação do regime de bens no curso do casamento (art. 1.639, § 2º).

Consoante o art. 1.664, do presente Código, os bens comuns responderão pelas obrigações contraídas pelo marido e pela mulher para atender aos encargos do lar. Por outro lado, a administração dos bens constitutivos do patrimônio particular compete ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa no pacto nupcial (art. 1.665). Percebe-se, portanto, que o pacto antenupcial pode dispor que a administração ou a alienação dos bens particulares somente podem ser ultimadas com a autorização de ambos os cônjuges. É importante que os terceiros fiquem alertas a esse respeito.

Ainda, de acordo com o atual art. 1.666, as dívidas contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

Essas normas denotam de maneira clara que, conforme afirmamos, na comunhão parcial existem três massas de bens: a do marido, a da mulher e a de ambos os cônjuges. Para tal, estabelecem-se regras de administração, protegendo tanto quanto possível o patrimônio de cada um, embora, inelutavelmente, pela própria natureza do convívio, por vezes as obrigações se interpenetrem.

15.4 COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Nosso Código de 1916, atendendo à tradição do direito lusitano, escolheu originalmente o regime da comunhão universal como regime legal supletivo por motivos de ordem histórica e moral. Entendia-se que a união espiritual do homem e da mulher trazia como corolário também a união de patrimônios. Essa ideia romântica não tem mais reflexos na realidade.

Nesse regime, em princípio, comunicam-se todos os bens do casal, presentes e futuros, salvo algumas exceções legais (art. 1.667). Como regra, tudo que entra para o acervo dos cônjuges ingressa na comunhão; tudo que cada cônjuge adquire torna-se comum, ficando cada consorte meeiro de todo o patrimônio, ainda que um deles nada tivesse trazido anteriormente ou nada adquirisse na constância do casamento. Há exceções, pois a lei admite bens incommunicáveis, que ficarão pertencendo a apenas um dos cônjuges, os quais constituem um patrimônio especial.

Em boa hora, contra-corrente doutrinária conservadora na época, a lei que introduziu o divórcio (Lei nº 6.515/77) alterou o regime legal para o da comunhão de aquestos, modificando a redação do art. 258 do velho Código, regra agora mantida no Código de 2002. De fato, esse é o regime que mais se coaduna com o sentido do casamento, com o esforço comum. O sistema da comunhão universal como regime legal pode oferecer percalços e surpresas, podendo prejudicar um dos cônjuges, geralmente a mulher, no passado. Tendo o marido, naquela época, a regência da sociedade conjugal, poderia facilmente impor sua vontade, para dissipar os bens comuns e em especial os trazidos pela mulher. Na peculiar linguagem do sempre lembrado Washington de Barros Monteiro (1996: 155), “*o regime da comunhão era ainda aquele que melhor favorecia as ambições dos caça-dotes e das pescadeiras de maridos ricos*”.

O art. 1.667 estabelece:

*“O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceções do artigo seguinte”.*⁹

Desse modo, com as exceções legais que confirmam a regra e mencionaremos a seguir, a regra geral é o condomínio de todos os bens dos consortes, presentes e futuros. Essa ideia era completada pelo art. 266 do antigo diploma: “*Na constância da sociedade conjugal, a propriedade e posse dos bens é comum*”.

No regime da comunhão universal, há um patrimônio comum, constituído por bens presentes e futuros. Os esposos têm a posse e propriedade em comum, indivisa de todos os bens, móveis e imóveis, cabendo a cada um deles a metade ideal. Como consequência, qualquer dos consortes pode defender a posse e a propriedade dos bens. Cuida-se de sociedade ou condomínio conjugal, com caracteres próprios. Quanto à administração dos bens, o art. 1.670 determina que se apliquem os princípios relativos à comunhão parcial, que já examinamos. Assim, no que couber, são aplicáveis os dispositivos do art. 1.663.

15.4.1 Bens Excluídos da Comunhão Universal

A existência desse condomínio de natureza especial, porém, não impede exceções que criam patrimônio especial em determinadas situações descritas em lei. O art. 1.668 descreve elenco de bens que:

“São excluídos da comunhão:

*I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar”.*¹⁰

A cláusula de incomunicabilidade pode ser imposta por terceiros em doação ou testamento. Geralmente, vem acompanhada das cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade. Discutia-se se a cláusula de inalienabilidade, por ser mais ampla, implicava nas outras duas. A conclusão majoritária foi estampada na Súmula 49 do STF. O Superior Tribunal de Justiça também já se manifestara nesse sentido (RE 50.008 – SP – Rel. Min. Eduardo Ribeiro, *DJ* 19-4-99). Comunicação implica, em síntese, alienação. O vigente Código assumiu expressamente essa posição ao estatuir que

“a cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por atos de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade” (art. 1.911).

Estudaremos essa matéria em nossa obra sobre direito das sucessões.

Dúvida não há, todavia, de que a incomunicabilidade é cláusula que pode ser imposta isoladamente. Os bens que eventualmente substituírem os incomunicáveis por meio da sub-rogação também não se comunicam. Não se esqueça de que, pelo art. 1.848 do Código de 2002, as cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre os bens da legítima somente podem ser impostas pelo testador se houver justa causa.

O art. 1.669 realça que a incomunicabilidade não se estende aos frutos dos bens gravados, quando se percebam ou vençam durante o casamento. Para que também os frutos restem incomunicáveis, é necessária disposição expressa no ato que constituiu a incomunicabilidade. Nesse caso, impera a interpretação restritiva. Sem a ressalva, os frutos comunicam-se, ainda que o regime seja o da separação (Monteiro, 1996:173).

Arnaldo Rizzardo (1994, v. 1:280) aponta que também é incomunicável o bem doado com cláusula de reversão. Conforme o art. 547, o doador pode estipular que o bem volte a seu patrimônio, se sobreviver ao donatário. Somente com a incomunicabilidade em favor do beneficiado torna-se viável a disposição. O Código lusitano é expresso a respeito dessa incomunicabilidade (art. 1.733, 1, *b*).

“II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de

realizada a condição suspensiva”.

A propriedade do fiduciário no fideicomisso é restrita e resolúvel (art. 1.951). Sob certo tempo, condição ou com sua morte o bem fideicomitido será transferido ao fideicomissário. O fiduciário recebe o bem com o encargo de transferi-lo. Por essa razão, não poderá comunicar-se, para não inviabilizar a transferência. Veja o que examinamos sobre fideicomisso (*Direito civil: sucessões*, Capítulo 17). Da mesma forma, não haverá comunicação do direito do herdeiro fideicomissário, enquanto não se realizar a condição ou decurso de prazo, pois sem isso o agente não terá ainda a propriedade do bem, mas mero direito eventual.

Note, no entanto, que, se a propriedade consolidar-se em mãos do fiduciário em virtude da pré-morte do fideicomissário, a propriedade do primeiro passa a ser plena e ocorre desse modo a comunicação.

“III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum”.

Não pode o casamento converter-se em forma de extinção de obrigações ou obtenção de vantagens. As dívidas que o cônjuge possui, quando das núpcias, não se comunicam. Nem sempre será fácil a aplicação prática desse dispositivo. O art. 264 do Código anterior fazia observar que essas duas exceções dentro da exceção (despesas com aprestos ou que reverterem em proveito comum) somente poderiam pagar-se durante o casamento, pelos bens que o cônjuge devedor trouxer para o casal. Hipótese de difícil apuração, o dispositivo do art. 264 foi suprimido no diploma mais recente. A intenção legal era fazer com que a sociedade conjugal se iniciasse isenta de dívidas comuns.

“IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade”.

A razão persiste idêntica em todas as hipóteses em que é imposta a cláusula de incomunicabilidade. No caso presente, persiste a incomunicabilidade, ainda que o doador seja o outro cônjuge.

“V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

Cuida-se nesse dispositivo de alguns bens que também se excluem na comunhão de aquestos, bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como já referimos.

No Código de 1916, havia outras classes de bens que também não se comunicavam, reduzidas

apenas a essas cinco classes no atual diploma. Entre elas, o art. 263, VI, referia-se às obrigações provenientes de atos ilícitos. A ideia central nesse caso era de que a pena e suas consequências não devem ultrapassar a pessoa que deu origem ao dano. As indenizações decorrentes de atos ilícitos implicavam onerar somente os bens do cônjuge causador do dano. A situação não era de fácil deslinde, na prática. A questão era saber como imputar a responsabilidade na meação do cônjuge obrigado. Evidente, que terceiros não podiam ficar obstados de acionar o obrigado, nem de penhorar bens da sociedade conjugal. Em princípio, enquanto persistisse a sociedade conjugal, não havia como se destacar o valor dessa responsabilidade. Como conclui Washington de Barros Monteiro (1996:168), o cônjuge que desejasse obter o reconhecimento judicial da incomunicabilidade por força desse inciso:

“terá que ministrar obrigatoriamente a prova do seguinte: a) que a obrigação em causa procede de ato ilícito do outro cônjuge; b) que os bens sobre os quais incide a execução pertencem à comunhão conjugal; c) que o reclamante não compartilhou das vantagens desse ato”.

Reconhecida a ressalva, o valor deveria ser destacado, quando findasse a sociedade conjugal. Tantos eram os obstáculos e tão restrito o alcance da norma, que o presente Código não a exprimiu. O Código de 2002, contudo, manteve a exclusão da comunhão das obrigações provenientes de atos ilícitos no regime da comunhão parcial, salvo reversão em proveito do casal (art. 1.659, IV).

Outras exceções de bens que não se comunicavam no antigo Código se tornaram inócuas, pois se referiam ao dote, a bens reservados, a frutos de trabalho comum, fiança sem outorga conjugal, questões superadas no vigente sistema.

A dissolução da comunhão de bens, parcial ou total, traz inúmeros efeitos. Segundo o art. 267 do antigo Código, texto não repetido na lei atual, mas certamente aplicável, dissolve-se a comunhão:

*“I – pela morte de um dos cônjuges;
II – pela sentença que anula o casamento;
III – pela separação judicial;
IV – pelo divórcio”.*

A mesma compreensão persiste. Entenda-se que a separação judicial deixa de existir no ordenamento brasileiro com a Emenda Constitucional nº 66/2010.

Observe-se que a ocorrência de qualquer desses eventos não põe fim imediatamente à comunhão, o que somente ocorrerá com a partilha. No interregno até a partilha, o patrimônio continuará na administração do cônjuge sobrevivente ou do que tiver a administração dos bens. Decisão judicial pode atribuir a administração a um dos cônjuges ou até mesmo a terceiro. Durante

esse estado transitório de indivisão, os frutos, rendimentos e ganhos de capital em geral continuarão a agregar-se ao patrimônio comum, devendo ser igualmente partilhados. Lembre-se de que, se o casal teve filhos, o cônjuge supérstite não pode contrair novo matrimônio, enquanto não ultimar a partilha; se o fizer, o regime do novo casamento será o da separação. Veja o que estudamos a esse respeito.

Se o desfazimento da sociedade conjugal decorrer de separação ou divórcio, a partilha pode decorrer de mútuo acordo. Extinta a comunhão com a partilha, isto é, a divisão do ativo e do passivo, como decorrência lógica cessará a responsabilidade de cada cônjuge para com os credores do outro (art. 1.671).

Como vimos, também não se comunicam os direitos patrimoniais de autor, salvo os respectivos rendimentos, a não ser que diferentemente expresse em pacto antenupcial (art. 39 da Lei nº 9.610/98).

15.5 REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Trata-se de inovação inoportuna do Código de 2002, que suprimiu o regime dotal e introduziu, nos arts. 1.672 a 1.686 o regime de participação final nos aquestos. Desaparecerá e não fará falta alguma com o Estatuto das Famílias. Trata-se de um regime híbrido, no qual se aplicam regras da separação de bens quando da convivência e da comunhão de aquestos, quando do desfazimento da sociedade conjugal. A noção geral está estampada no art. 1.672: cada cônjuge possui patrimônio próprio e lhe caberá, quando da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento. Esse regime, com muitas nuances e particularidades diversas, é adotado também em outras legislações. Sua utilidade maior, em princípio, é para aqueles cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem certo patrimônio ao casar-se ou a potencialidade profissional de fazê-lo posteriormente. Na parte introdutória ao regime de bens, dando já inicialmente a noção do alcance desse novo regime, o art. 1.656 estabelece:

“No pacto antenupcial, que adotar o regime da participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares”.

No silêncio do pacto, a liberdade para alienação se restringirá aos bens móveis (art. 1.647, parágrafo único). Como se nota, portanto, o regime pressupõe certo desenvolvimento financeiro e econômico dos cônjuges.

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade, o que já foi confirmado nestes anos de vigência do atual Código Civil. Por si só, verifica-se que se trata de estrutura complexa, disciplinada por nada menos do que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e de pouca cultura. Não bastasse isso, embora não seja dado ao jurista raciocinar sobre fraudes, esse regime

ficará sujeito a vicissitudes e abrirá campo vasto ao cônjuge de má-fé. Basta dizer que esse cônjuge poderá adredemente esvaziar seu patrimônio próprio, alienando seus bens, com subterfúgios ou não, de molde que não existam bens ou qualquer patrimônio para integrar a comunhão quando do desfazimento previamente engendrado da sociedade conjugal. Sabemos que a necessidade de outorga conjugal para a alienação de imóveis não obsta a condução de vontade, a supremacia da vontade de um dos cônjuges sobre o outro no recôndito do lar. Isso trará sem dúvida uma instabilidade não só ao consórcio, como também aos terceiros que contratam com o casal nesse regime. Levante-se até mesmo a necessidade, *de lege ferenda*, de um período suspeito para os atos de disposição de bens, que poderão ocorrer em fraudes contra terceiros e contra o próprio cônjuge, tal como existe na falência. Essas cautelas podem até mesmo ser colocadas na escritura do pacto, mas transformariam, sem dúvida, o casamento estritamente em um negócio patrimonial. Aliás, esse pacto, por si só, já denota um negócio patrimonial que suplanta o cunho afetivo que deve conter o casamento. O casamento passa a exigir uma contabilidade permanente, sob pena de ser impossível efetuar a comunhão de aquestos final.

Nesse regime, existem somente duas massas de bens, a do marido e a da mulher. Nesse sentido, expressa 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.

Parágrafo único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis”.

Os cônjuges conduzem-se durante o casamento como se estivessem sob o regime da separação de bens. Mantêm, porém, a *expectativa da meação* ao final do casamento. Persiste, no entanto, a necessidade de autorização conjugal para a prática dos atos relacionados no art. 1.647.

Quando da dissolução da sociedade conjugal, ocorrerá então o fenômeno que justifica o título desse regime. Conforme o art. 1.674,

“apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I – os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram;

II – os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III – as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis”.

Quanto aos bens imóveis, vimos que o pacto pode autorizar a alienação dos bens particulares de cada consorte (art. 1.656). Nota-se, portanto, que somente haverá meação a se analisar, quando do

desfazimento do vínculo conjugal. No entanto, a própria lei encarrega-se de estabelecer certa confusão nesse sentido.

A seguir, a lei aporta questiúnculas ao regime, algumas de difícil entendimento, a desencorajar, sem dúvida, quem pretenda abraçá-lo no futuro casamento. Passemos-las em revista.

Dispõe o art. 1.675 do atual Código:

“Ao determinar-se o montante dos aquestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; 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”.

Nessa situação, percebe-se que, apesar de o cônjuge ser titular de seu próprio patrimônio, não pode fazer doações sem a autorização do outro. Se o fizer, quando da apuração dos aquestos, a final, o valor de doação não autorizada deve ser computado no monte partível e, o que é mais rigoroso, pode ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou seus herdeiros. Imagine-se, porém, uma doação não autorizada que tenha ocorrido muitos anos antes do desfazimento da sociedade conjugal. Cria-se situação de instabilidade.

O art. 1.676 é de difícil compreensão:

“Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar”.

Ora, em princípio, nesse regime, só há que se falar em meação, à época da dissolução da sociedade conjugal. Esse dispositivo, porém, estampa que o valor do bem alienado em detrimento dessa “futura” meação incorpora-se ao monte, para efeito de divisão. No entanto, mais do que isso, o artigo ainda menciona a possibilidade de o cônjuge preterido, ou seus herdeiros, reivindicar os bens. Ademais, é necessário estabelecer qual o direito de preferência a que a lei se refere. Ainda, é de perguntar se esse dispositivo aplica-se aos bens imóveis, para cuja alienação há necessidade de autorização conjugal. Parece que, em princípio, o artigo apenas se refere aos bens móveis.

Segundo o art. 1.677,

“pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro”.

Ora, na convivência conjugal, parte-se do pressuposto de que as dívidas contraídas pelo cônjuge o sejam em benefício do lar conjugal e da convivência. Não se deve presumir o contrário. Pois é exatamente o que faz esse artigo: parte do pressuposto de que cada cônjuge responde pelas

dívidas que contraiu, salvo se provar o proveito para o outro cônjuge. Ora, quem paga o IPTU do imóvel onde o casal reside, ainda que pertencente a um deles, por exemplo, efetua despesas em proveito do outro? O cônjuge que adquire um veículo para o seu trabalho e o lazer do casal e dos filhos nos finais de semana; que modalidade de despesa é essa? Na verdade, esse regime de bens transforma o casamento em um complexo negócio patrimonial. Se houver conflito na dissolução do vínculo matrimonial, as questões a serem levantadas serão infundáveis.

O art. 1.678 exige que seja feito um balanço contábil e financeiro na data de dissolução do casamento:

“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”.

Imagine-se essa atualização se passados muitos anos da solução da dívida.

O art. 1.679 é prova de que o legislador disciplinou esse regime de bens no casamento como se estivesse regulando uma empresa:

“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”.

Ora, se os cônjuges trabalham como sócios em pessoa jurídica, há de se obedecer, quanto aos proventos, o que foi estabelecido no contrato social. Se se trata de trabalho informal, devem os cônjuges estabelecer uma participação nesse condomínio. A dificuldade e os problemas que podem advir desse dispositivo dispensam maiores comentários.

Outra duvidosa disposição é encontrada no art. 1.680: *“As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro”*. Gostaríamos de ser um pouco mais simpáticos para com esse regime de bens, mas não resistimos a perguntar: de quem é a titularidade do colar de brilhantes que a mulher usa, mas pertence ao marido? Como poderão os terceiros credores posicionar-se com esses bens, se em cada situação devem provar evidências de fato? Estará aí uma situação propícia para a fraude e para complexas ações de embargos de terceiro.

O art. 1.681 estampa uma regra geral verdadeira e aparentemente óbvia, a fim de estabelecer a propriedade dos bem imóveis para os cônjuges: os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro. No entanto, o parágrafo único adverte: *“Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens”*. O Código estabelece aí uma situação de fraude contra credores. Um dos cônjuges pode ter adquirido um imóvel e tê-lo registrado em nome do outro. Em caso de execução, o titular do registro deve provar a aquisição do bem. Mais

uma situação de muita discussão processual, mormente em embargos de terceiro, embora a matéria também possa ser versada na ação pauliana ou em ação de nulidade por simulação.

O art. 1.682, por sua vez, estabeleceu que a meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime conjugal. Não se admite a renúncia ou cessão da meação no curso do casamento para que se evite a preponderância ou condução da vontade de um dos cônjuges em detrimento do outro, o que levaria à penúria um deles quando do desfazimento do casamento. Qualquer ato nesse sentido é ineficaz. Por outro lado, a meação, como parte indivisa é impenhorável durante o matrimônio, mas não são impenhoráveis os bens que a compõem. Após o desfazimento do casamento, esses atos são admitidos.

O art. 1.683 é importante porque fixa o momento em que será apurado o montante dos aquestos:

“Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar--se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”.

O montante dos aquestos a ser dividido é o da data em que cessou a convivência, e não o da data em que se decretou a separação judicial ou divórcio. O estabelecimento da cessação da convivência é questão de fato, a ser apurada no caso concreto. Pode decorrer, por exemplo, da decisão que decretou a separação de corpos. A situação é importante porque após o encerramento da convivência, sem que tenha havido a separação ou divórcio, pode ter-se alterado a situação patrimonial dos cônjuges, a qual não deve ser levada em conta para apuração da meação.

O art. 1.684, a seu turno, traça regras para a divisão dos bens e apuração de valores:

“Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário.

Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem”.

A matéria trará problemas de difícil transposição, mormente quando o cônjuge não mais possui patrimônio quando da dissolução do casamento ou numerário suficiente para efetuar as tornas em dinheiro que o dispositivo acena. O art. 1.685 refere-se à dissolução da sociedade conjugal por morte:

“Na dissolução da sociedade conjugal por morte, verificar-se-á a meação do cônjuge sobrevivente de conformidade com os artigos antecedentes, deferindo-se a herança aos herdeiros na forma estabelecida neste Código”.

Por fim, o art. 1.686 encerra esse capítulo dispondo que as dívidas de um dos cônjuges, quando

superiores a sua meação, não obrigam ao outro, ou a seus herdeiros. O dispositivo refere-se à meação, isto é, refere-se à situação após dissolução da sociedade conjugal. Caberá ao devedor ou ao cônjuge provar que há valor de débito que supera a meação.

Vistos esses dispositivos, é claro que os nubentes, em princípio, se desencorajarão com esse regime, como afirmamos de início. Ou se assim desejarem casar, melhor será que já contratem uma assessoria contábil para o curso de seu matrimônio. É claro que o regime de comunhão parcial supera-o com enormes vantagens para os cônjuges, bem como com referência ao relacionamento com terceiros.

15.6 SEPARAÇÃO DE BENS

Característica desse regime é a completa distinção de patrimônios dos dois cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens. Dispõe o art. 1.687:

“Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real”.

O corrente Código estabelece verdadeiramente uma separação de patrimônios, pois no Código de 1916, mesmo no regime de separação absoluta, havia necessidade de outorga conjugal para a alienação de imóveis. Disciplinava o art. 276:

“Quando os contraentes casarem, estipulando separação de bens, permanecerão os de cada cônjuge sob administração exclusiva dele, que os poderá livremente alienar, se forem móveis”.

O art. 1.647 do presente Código foi expresso, autorizando os negócios ali descritos, os quais podem livremente ser praticados pelo cônjuge no regime de separação de bens.

O segundo e último artigo sobre esse regime estipula que 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.¹¹

Esse regime isola totalmente o patrimônio dos cônjuges e não se coaduna perfeitamente com as finalidades da união pelo casamento. De qualquer modo, afóra o regime dotal, letra morta em nosso ordenamento no passado, não é muito utilizado entre nós.

Esse regime decorre não só da vontade dos nubentes, mas também por imposição legal, conforme apontamos. Portanto, a separação de bens pode ser legal ou convencional.¹²

Na separação de bens convencional, como apontamos, nada impede que os cônjuges estabeleçam a comunhão de certos bens, se assim o desejaram, bem como a forma de administração.

No silêncio do pacto, cada cônjuge conserva a administração e fruição de seus bens.

Existem várias referências na legislação acerca do regime da separação.

15.7 REGIME DOTAL

O Código de 2002 suprimiu esse regime. Não há por que dar muita atenção a ele, pois não caiu no gosto de nossa sociedade, não se mostrou útil e não foi utilizado em nosso meio. Lembremos tão somente as noções básicas. Foi muito utilizado nas civilizações antigas, mormente em Roma, sendo ainda costume em algumas sociedades modernas. Nosso Código de 1916 tratava desse regime nos arts. 278 a 307, em nada menos que 34 artigos.

Dote, no sentido técnico, consiste em um bem ou conjunto de bens que a mulher, ou um terceiro por ela, transfere ao marido, para que este tire de seus rendimentos os recursos necessários para atender aos encargos do lar. Não se confunde com doações e presentes que os noivos recebem por ocasião das bodas e que passam a integrar seu patrimônio. A finalidade do dote é atribuir meios de subsistência ao lar conjugal. O dote pode, portanto, ser constituído pela mulher, por seus ascendentes ou por qualquer outra pessoa (art. 279). Esses bens são incomunicáveis e inalienáveis, ficando sob a administração do marido. Dissolvida a sociedade conjugal, os bens dotais, ou seu valor, devem ser restituídos à mulher, ou ao dotador, se este for um terceiro.

O dote, como os demais pactos antenupciais, também se constituía por escritura pública. O dote podia conviver com os outros regimes, pois se admitia que terceiro constituísse dote mesmo durante o casamento. A mulher somente podia constituí-lo por pacto antenupcial. Os bens dotais passavam a coexistir com os bens do casal. O dote podia ter a cláusula de reversão, determinando o retorno dos bens ao dotador, no desfazimento da sociedade conjugal.

Nesse regime, podiam subsistir os chamados bens parafernais, quais sejam, os bens incomunicáveis da mulher que não integram o dote. A mulher conservava a propriedade, administração e gozo e livre disposição desses bens, com exceção dos imóveis, no que se referia à alienação. O marido podia administrar os bens parafernais como procurador da mulher, ficando sujeito à prestação de contas dos frutos e rendimentos, salvo dispensa expressa.

Esse regime infringia, sem dúvida, a igualdade jurídica dos cônjuges, conflitando com a nova ordem constitucional. Não fosse seu absoluto desuso, certamente seria discutida e sustentável a perda de eficácia de seus dispositivos (Viana, 1998:140).

15.8 OUTROS REGIMES

No sistema brasileiro, os cônjuges podem optar por um dos regimes de bens disciplinados no Código e combiná-los entre si, desde que não contrariem normas de ordem pública. No sistema do Estatuto das Famílias, apenas se optarem por essa última hipótese necessitarão de escritura pública.

São muitos e variados os regimes de bens disciplinados no direito comparado. Já nos referimos ao sistema do Direito Romano da absorção de bens: o marido absorvia os bens trazidos pela mulher, tornando-se o único proprietário.

Alguns ordenamentos adotaram, por exemplo, o regime de união dos bens. Todo o acervo da mulher, bem como aquele formado no casamento passavam para o marido, que administrava o patrimônio e recebia os frutos para a manutenção do lar. Com a dissolução, a mulher ou seus herdeiros recebia em retorno os bens trazidos. O direito da mulher equivale a um direito de crédito sobre o valor dos bens (Arnaldo Rizzardo, 1994, v. 1:316). O regime de comunhão é adotado por várias legislações, com matizes próprios.

O regime da participação final nos aquestos é adotado em vários países, com particularidades e denominações variáveis.

15.9 DOAÇÕES ANTENUPCIAIS

O marido não podia constituir dote em favor da esposa, mas a lei permitia que fizesse doações no pacto antenupcial, salvo nas hipóteses de imposição legal do regime de separação de bens. A mesma faculdade era atribuída à mulher. Dispunha o art. 312 do Código anterior:

“Salvo o caso de separação obrigatória de bens (art. 258, parágrafo único), é livre aos contraentes estipular, na escritura antenupcial, doações recíprocas, ou de um ao outro, contanto que não excedam à metade dos bens do doador (arts. 263, VIII, e 232, II)”.

Esse ato de liberalidade não fugia à regra geral das doações: o legislador cerca-o de maiores cautelas, pois a doação pode transgredir o pacto antenupcial. Essas doações deviam integrar o pacto antenupcial. Se o regime fosse o da comunhão universal, esses bens doados não integrariam a comunhão, devendo necessariamente ser incomunicáveis, de outro modo o negócio não se justificaria. Assim, há que se entender como implícita essa cláusula, se o doador não foi expresso a respeito.

De outra face, nada impede hodiernamente que os cônjuges efetuem doações entre si durante o casamento, se não houver conflito com o regime de bens. Desse modo, será inócua e ineficaz a doação, se o regime de bens é o da comunhão universal. Nada impede a doação, se o regime for o da comunhão parcial ou da separação, desde que não coercitiva. Em qualquer caso, há que se acautelarem os direitos de terceiros. Doações entre cônjuges, ainda que não conflitem com o pacto antenupcial, podem, por exemplo, configurar fraude contra credores. Também não será permitida a doação nessa hipótese, se o regime é o da separação imposta por lei, pois haveria transgressão ao preceito imposto.

A doação para fins de casamento é negócio condicional, pois fica com seus efeitos

subordinados à realização do enlace. Os terceiros também podem formalizar doações *propter nuptias*: Nesse sentido aduz o art. 546 do presente Código:

“A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar”.

O art. 1.668, IV, estatui que as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade é excluída da comunhão.

Nada impede, também, que as doações recíprocas entre os cônjuges sejam efetuadas no curso do casamento, salvo se o regime for de separação obrigatória.

Também será inócua a doação no regime de comunhão de bens, porque o patrimônio é único. Também não pode prejudicar a legítima de herdeiro necessário.

O art. 314 do Código de 1916 estabelecia o único caso de doação *causa mortis* no ordenamento:

“As doações estipuladas nos contratos antenupciais, para depois da morte do doador, aproveitarão aos filhos do donatário, ainda que este faleça antes daquele. Parágrafo único. No caso, porém, de sobreviver o doador a todos os filhos do donatário, caducará a doação”.

Finalidade precípua dessa modalidade era beneficiar a prole eventual do donatário, pois o negócio persiste ainda que este falecesse antes do doador. Somente perderia eficácia a doação se o doador sobrevivesse a todos, isto é, ao donatário e sua prole. Esse dispositivo foi suprimido no atual Código, não mais sendo possível essa modalidade de doação (Diniz, 2002:177).

15.10 DISCIPLINA PATRIMONIAL ENTRE COMPANHEIROS OU CONVIVENTES. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA NA UNIÃO ESTÁVEL

Já apontamos de início que a união estável do homem e da mulher sem casamento é um estado de fato com reflexos e consequências jurídicas. Nesse aspecto, afina-se com nosso entendimento de posse, explanado no volume IV, dedicado aos Direitos Reais. A posse também é um estado de fato protegido pelo ordenamento. Como vimos, o casamento, sob o prisma da celebração, é um negócio jurídico e em sua compreensão mais ampla é uma instituição.

Como examinado neste capítulo, a lei ordena o sistema que rege a situação patrimonial dos cônjuges, disciplinando o regime de bens no curso do casamento.

Por várias vezes, em nossas obras temos enfatizado que a Constituição de 1988 representa um verdadeiro divisor de águas no direito brasileiro, especificamente no direito privado. Desse modo, o direito civil era um antes de 1988 e é outro depois dessa carta. Essa Constituição, como tantas vezes apontado, reconhece definitivamente a união estável:

“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”.

Até esse momento legislativo, embora a jurisprudência já estivesse a reconhecer diversos efeitos patrimoniais à união sem casamento, nosso meio jurídico, mormente os tribunais, recusava-se a admitir a possibilidade de os companheiros ou concubinos, como então eram denominados genericamente, regularem, por negócio jurídico, sua convivência.

Os chamados contratos de convivência recebiam a pecha da nulidade porque entendia-se que afrontavam o ordenamento e colocavam em risco a solidez jurídica do casamento como instituição. Um contrato que objetivasse disciplinar as relações patrimoniais e de outra natureza entre os companheiros era tido como ilícito em razão de sua imoralidade. Como lembra Francisco José Cahali, as Corregedorias dos Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul chegaram a baixar norma sobre a nulidade dos chamados “casamentos por contrato”, impondo aos cartorários proibição para lavraturas de escritura e registros desses instrumentos (2002:305). Essa situação repetia-se de forma mais ou menos ampla em todo o país. Em muitas oportunidades em nossa judicatura, adotamos no passado essa posição refratária, com base na doutrina e jurisprudência da época. Todavia, muda a sociedade e seus costumes, mudam as leis e mudamos nós. O Direito é um dado histórico, como sempre abordamos, e o juiz julga de acordo com as necessidades e a sociedade de seu tempo.

Todavia, muitos eram os especialistas em direito de família na época que justificavam a necessidade, utilidade e validade dos pactos entre os conviventes, como forma de aplacar e amainar problemas que certamente adviriam no desfazimento da convivência, quer por morte, quer por outra razão.

Com a guinada representada pela posição constitucional, uma nova postura fez-se necessária, e, reconhecido e protegido esse estado de fato pelo ordenamento, razão maior não haveria para admitir esses pactos. As dúvidas, no entanto, mudaram de óptica e passaram a residir no âmbito que poderia ser dado a um negócio desse jaez. A ideia central, contudo, girou em torno de assemelhá-lo ao pacto antenupcial no casamento. No entanto, por se tratar de negócio que se dirige a um estado de fato, na ausência de disciplina legal restritiva, há possibilidade de ser muito amplo o âmbito desse contrato. Com a dicção constitucional, portanto, o âmbito de validade dos chamados contratos de convivência deslocou-se para o exame do alcance de seu conteúdo ou eficácia, não mais sendo discutida sua validade.

O fato é que a legislação pós-constitucional que objetivou ordenar a união estável foi um desastre porque toda ela mal foi redigida e lacunosa. Esperava-se que o vigente Código Civil, pela grandeza da obra que se propõe, fosse mais completo e eficiente, mas esse diploma também é irritantemente deficiente nessa matéria, como em tantas outras.

A Lei nº 8.971/74 que regulou inicialmente os direitos dos companheiros a alimentos e à sucessão foi omissa a respeito do contrato de convivência, mas não o proibiu. A Lei nº 9.278/96, tão confusa quanto a anterior e que com ela convive, estabeleceu originalmente no art. 3º a possibilidade de contrato escrito entre os conviventes para regular seus direitos e deveres, tendo estabelecido no art. 4º seu requisito de validade por meio da inscrição no Registro Civil e comunicação ao Registro de Imóveis. Esses dispositivos foram vetados pela Presidência da República, sob justificativa de que criavam um casamento de segundo grau e não regulavam apenas a união estável.

No entanto, persiste nesta última lei o art. 5º que se refere expressamente a contrato escrito:

“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 os cônjuges, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito”.

Afora a impropriedade da referência ao condomínio, nesse fenômeno, há de se concluir que a lei reconheceu expressamente a possibilidade do pacto de convivência e admitiu que os companheiros podem contratar diferentemente, ou seja, estabelecer uma porcentagem desigual na propriedade comum dos bens adquiridos, bem como elidir a presunção legal, declarando que um bem ou determinados bens pertencem a apenas um dos companheiros. Essa situação pode ser descrita no próprio negócio constitutivo de aquisição do bem ou em documento à parte. O contrato de convivência submete-se aos requisitos do negócio jurídico em geral (art. 185). Como se vê, a lei não exige escritura pública, mas apenas contrato escrito. Esse contrato pode ser registrado em Títulos e Documentos, mas a lei não prevê o registro imobiliário. Desse modo, não se acautelam devidamente os direitos de terceiros que tratam com os conviventes. Caberá a eles, dentro do sentido da boa-fé, declinar sua condição no trato negocial com terceiros. Há necessidade de que seja elaborada norma dentro do ordenamento para regulamentar esse dever dos companheiros, um dos grandes problemas do fenômeno.

O Código Civil de 2002, do qual se esperava que regulasse com maior amplitude a matéria, limitou-se, no art. 1.725, a dizer:

“Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Inferre-se, assim, que, como regra geral, os bens adquiridos na constância da convivência dos companheiros comunicar-se-ão, aplicando-se os arts. 1.658 ss. Na prática, por vezes, as dificuldades situam-se em identificar o momento temporal de início da união estável.

O contrato de convivência não tem de *per si* o condão de criar ou reconhecer a união estável. Também não pode regular direito sucessório, o que somente pode ser feito por testamento.

O fato dessa união nunca dependerá da existência de contrato. A união dos conviventes é fenômeno de fato e não de direito. Pode ser firmado antes e durante a convivência, bem como pode ser alterado no curso da união entre os companheiros, aspecto que fá-lo diferir grandemente dos princípios do pacto antenupcial. Esse contrato representa o instrumento pelo qual os sujeitos dessa relação regulamentam sua situação de fato. Nada impede, também, que seja concluído pelos interessados para atingir situações pretéritas, como definir a propriedade de um bem adquirido anteriormente pelo casal. Não tendo também o mais recente Código modificado a exigência da lei anterior, permite-se que seja formalizado por instrumento particular ou por escritura pública. Tal como nos pactos antenupciais, são ineficazes disposições que não se atenham exclusivamente à disciplina dos bens. Não podem os companheiros, portanto, regular o poder familiar atinente aos filhos diferentemente do que impõe a lei, por exemplo. Não podem também renunciar ao direito de alimentos. No exame das ilegalidades, a ilicitude das disposições deve ser vista sob o prisma dos direitos fundamentais e da moral e dos bons costumes. As pessoas sujeitas ao poder familiar também possuem legitimidade para esse negócio que podem concluir devidamente assistidas ou representadas. Pela natureza desse contrato e pela lacuna de sua disciplina legal, como vimos, o contrato de convivência não tem efeito *erga omnes*. É necessário que norma impositiva estabeleça a obrigação de toda pessoa declarar não somente seu estado civil, mas também sua relação em união estável para maior segurança no trato negocial com terceiros. Anote-se também que o distrato de uma união estável também não estabelece por si só seu término: para tal, há que se provar que os termos do contrato coincidem com o que ocorreu entre os companheiros.

Como não existe disciplina legal em contrário, podem ser vários os pactos entre os conviventes, completando-os ou revogando-os uns aos outros, o que torna a situação instável e altamente inconveniente, não só para os próprios partícipes, como também para os terceiros, cujos direitos devem sempre ser preservados. A matéria é complexa.

Aguarda-se que num futuro diploma legal da união estável, que melhor estaria em um estatuto mais amplo ou microssistema sobre a família, o menor e o adolescente, fora do Código Civil, estabeleça terreno mais seguro nessa matéria. Não nos parece que o projeto do Estatuto das Famílias tenha ido a fundo nessa problemática. No sistema atual, não existe exigência, por exemplo, de que um companheiro obtenha autorização do outro para alienação de bem imóvel. Nem sempre os terceiros estarão acautelados, por maior cuidado que tenham. É de toda conveniência que se obtenha a outorga do companheiro, sempre que possível.

1 “Apelação cível – **Pedido de alteração de regime de bens** – Litigantes casados pelo regime de comunhão parcial de bens – Pretendida alteração para separação total de bens – Justificativa de novo planejamento familiar e de desinteresse na comunicação dos bens – Motivação e discernimento de ambos os cônjuges para escolher o regime de bens que melhor lhes convenha – Direitos de terceiros ressalvados – Recurso conhecido e provido – O art. 1.639, § 2º, do Código Civil, permite que os cônjuges promovam, judicialmente, a alteração do regime de bens do casamento, mediante pedido motivado na liberdade de gerir o patrimônio, resguardados direitos de terceiros” (TJSC – AC 2015.066509-1, 21-1-2016, Rel. Juiz Saul Steil).

“Civil – Processual civil – Família – **Regime de bens – Alteração** – Possibilidade – Interesse processual – Existência – Recurso especial provido – 1- O Código Civil de 2002 alterou o ordenamento jurídico brasileiro, modificando o sistema em relação ao princípio da imutabilidade absoluta de regime de bens permitindo a sua alteração justificada ou motivada e desde que demonstrado em procedimento de jurisdição voluntária a procedência da pretensão que deve ser manifestada por ambos os cônjuges, observados os direitos de terceiros. 2- Presente o interesse processual, apto a possibilitar a pretendida alteração de regime conjugal, já que a paz conjugal precisa e deve ser preservada. 3- Recurso especial provido” (STJ – REsp 1.446.330, (2013/0381841-1), 27-3-2015, Rel. Min. Moura Ribeiro).

“Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de família. Dissolução do casamento. **Alteração do regime de bens**. Termo inicial dos seus efeitos. *Ex nunc*. Alimentos. Razoabilidade. Binômio necessidade e possibilidade. Conclusões alcançadas pela corte de origem. Impossibilidade de revisão na via eleita. Súmula 7/STJ. 1 – Separação judicial de casal que, após período de união estável, casou-se, em 1997, pelo regime da separação de bens, procedendo a sua alteração para o regime da comunhão parcial em 2007 e separando-se definitivamente em 2008. 2 – Controvérsia em torno do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento (‘ex nunc’ ou ‘ex tunc’) e do VALOR dos alimentos. 3 – Reconhecimento da eficácia ‘ex nunc’ da alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. 4 – Razoabilidade do valor fixado a título de alimentos, atendendo aos critérios legais (necessidade da alimentanda e possibilidade do alimentante). Impossibilidade de revisão em sede de recurso especial. Vedação da Súmula 07/STJ. 5 – Precedentes jurisprudenciais do STJ. 6 – Recurso especial parcialmente provido” (STJ – REsp 1.300.036 (2011/0295933-5), 20-5-2014, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“Apelação cível. **Alteração do regime de bens. Separação obrigatória de bens**. Possibilidade. Ausência de óbice à alteração do regime de bens do casamento – Medida que não acarretará prejuízo algum aos cônjuges ou a terceiros – Terceiros que não serão atingidos pela alteração, que gerará efeitos apenas *ex-nunc* – Alteração determinada. Sentença reformada. Recurso provido” (TJSP – Acórdão Apelação Cível 0013056-15.2007.8.26.0533, 12-4-2013, Rel. Des. Viviani Nicolau).

“**Alteração de regime de bens**. Art. 1.639, § 2º do Código Civil. Matrimônio contraído em 2004, sob o regime de comunhão parcial de bens. Modificação para o regime da separação total de bens. Motivação da alteração pode ser pautada em razões de conveniência pessoal, desde que plausíveis. Princípio da autonomia privada quanto às relações patrimoniais do casal. Inexistência de qualquer indício de interesse escuso ou fraudulento. Efeitos *ex nunc* da decisão. Indevida a partilha dos bens comuns anteriormente adquiridos, vez que a sociedade conjugal não foi dissolvida, apenas prossegue sob novas regras. Recurso não provido” (TJSP – Acórdão Apelação Cível 0031746 – 28.2010.8.26.0100, 24-3-2012, Rel. Des. Francisco Loureiro).

2 O art. 258, parágrafo único, do Código de 1916 dava como obrigatório o da separação de bens no casamento:

“I – das pessoas que o celebrarem com infração do estatuído no art. 183, XI a XVI (art. 216);

II – do maior de 60 (sessenta) e da maior de 50 (cinquenta) anos;

III – do órfão de pai e mãe, ou do menor, nos termos dos arts. 394 e 395, embora case, nos termos do art. 183, XI, com o consentimento do tutor;

IV – de todos os que dependerem, para casar, de autorização judicial (arts. 183, XI, 384, III, 426, I, e 453)”.

3 “Casamento – Alteração de regime de bens (separação total para comunhão universal) – Decreto de procedência – Recurso interposto pelos autores, pleiteando que a alteração retroaja à data da celebração do casamento – Inadmissibilidade – Modificação de regime de bens que possui efeito *ex nunc* – Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil – Precedentes, inclusive do c. STJ – Sentença mantida – Recurso improvido” (TJSP – Ap 1056413-22.2014.8.26.0100, 18-4-2016, Rel. Salles Rossi).

“Agravamento regimental – **Ação de alteração de regime de bens** – Pretensão de partilha dos bens comuns – Existência de fundamento inatado – Súmula 283/STF – 1 – A despeito de permitir a alteração do regime de bens escolhido à época do

casamento, qual seja, o da comunhão parcial para o da separação total, o Acórdão recorrido não autorizou a partilha dos bens comuns, ao entendimento de que a pretensão não encontraria amparo no art. 2º da Lei nº 6.515/77. 2 – Esse fundamento, suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado, não foi impugnado nas razões do especial, atraindo, à hipótese, a aplicação da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. – Agravo Regimental improvido” (STJ – AgRg-REsp 1.189.343 (2010/0063955-2), 1º-9-2014, Rel. Min. Sidnei Beneti). Apelação cível. Família. Alteração de regime de casamento. **Separação legal**. Art. 1.641, II, do Código Civil. Lei nº 12.344/2010. Desaparecimento da causa impositiva do regime adotado. Consistência da motivação. Direitos de terceiros. Efeitos prospectivos. Requisitos preenchidos. Recurso provido. I – 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, § 2º, do Código Civil, o regime de 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, § 2º, 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 – Acórdão Apelação Cível 1.0079.11.005378-6/001, 1º-12-2012, Rel. Des. Leite Praça).

“Família – Apelação cível – **Alteração de regime de bens** – Nubente varão maior de 60 anos à época do casamento – Impossibilidade – Sentença mantida – 1. O regime específico da separação de bens incidiu ao caso por imposição legal, posta em regra cogente, em face de contar o varão com mais de sessenta anos à época de celebração do casamento (o ano de 2008). 2. Além do que, a possibilidade de alteração do regime de bens entre os cônjuges, positivada no artigo 1.639, § 2º, do CC, somente pode se dar quando as partes efetivamente puderem optar por um dos regimes existentes. Os apelantes requerem a alteração de regime de bens obrigatório para o de separação parcial. Ocorre que, *in casu*, não há essa faculdade, pois admitir alteração posterior, seria uma forma de burlar a vedação legal contida no art. 1.641, CCB. Recurso conhecido, mas improvido” (TJCE – Ap. 2947-29.2000.8.06.0052/1, 18-8-2011, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota).

⁴ Nesse sentido, estabelecia o art. 257 do antigo Código:

“Ter-se-á por não escrita a convenção, ou a cláusula:

I – que prejudique os direitos conjugais, ou os paternos;

II – que contravenha disposição absoluta da lei”.

⁵ “Apelação – Compra e venda de bem imóvel – Ausência de outorga uxória – Ação de obrigação de fazer – Sentença de improcedência – Inconformismo da autora – Justiça gratuita – Recolhimento das custas de preparo que é incompatível com a alegação de hipossuficiência, implicando, de forma lógica, na renúncia à gratuidade. Obrigação de fazer – Pretensão da autora de compelir os réus à transferência do financiamento imobiliário e ao fornecimento de documentação necessária para posterior lavratura de escritura definitiva em cartório. Corréu Jorge que permaneceu revel. Reconhecida a ineficácia do compromisso de compra e venda celebrado entre a apelante e o apelado Jorge, uma vez que ausente a outorga uxória da apelada Creusa. Apelados que são casados pelo regime da comunhão universal de bens, não obstante notícia nos autos de separação de fato. Inexistência de elementos que demonstrem que a apelada Creusa tivesse conhecimento do negócio ou que tenha expressado sua anuência, de qualquer outra forma. Sentença mantida. Sucumbência da apelante, que deverá arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios do patrono da apelada Creusa, mantidos em R\$ 1.500,00. Negado provimento ao recurso, com observação” (TJSP – Ap 4002683-70.2013.8.26.0006, 16-8-2016, Relª Viviani Nicolau).

“**Ação anulatória de doação de imóvel**. Morte do autor. Desnecessidade de outorga uxória. Regime da comunhão parcial de bens. Aplicabilidade direito civil – Direito de Família. Demanda anulatória de doação. Morte do autor. Requerimento de habilitação do herdeiro. Possibilidade. Art. 1.650 do CC. Sentença de extinção sem resolução do mérito que, na verdade, resolveu o objeto do processo. Apreciação das provas e formação do convencimento do juízo acerca da existência ou não do direito alegado na inicial. Pacto antenupcial, com eleição do regime da separação total que é válido, porém ineficaz em relação a terceiros, dada a inexistência de registro do cartório imobiliário do domicílio dos nubentes, nos termos do art. 261 do CC/16 e do art. 1.657 do CC/02. Aplicação à donatária das regras da comunhão parcial, por ser o regime legal do Código Civil vigente no momento da liberalidade. Desnecessidade da outorga conjugal. Bem que, adquirido antes do casamento, não era comum e nem estava sujeito à meação. Declaração equivocada do estado civil pela doadora que não prejudicou qualquer direito do autor, o qual sequer alegou na inicial

violação de legítima. Comunicação entre advogado e cliente que, na prática, nem sempre é tão simples quanto se possa supor. Autor que sequer era nacional, dificultando a localização de familiares. Determinação de expedição de ofício à OAB que, dadas as peculiaridades do caso concreto, deve ser excluída. Desprovisionamento do primeiro recurso e provimento do segundo” (TJRJ – Acórdão 0054530-39.2006.8.19.0001, 9-2-2012, Rel. Des. Alexandre Camara).

6 “Apelação cível – Divórcio direto litigioso – Direito civil e processual civil – Inovação Recursal – Conhecimento em parte do recurso – Mérito – Regime de comunhão parcial – Partilha de bens – Cotas Sociais – Ingresso na sociedade em período anterior ao matrimônio – Não cabimento – Compensação pecuniária das forças armadas – Caráter remuneratório – Exclusão legal – Bem imóvel comum – Fixação de usufruto em favor do filho menor – Ausência de previsão legal – Sentença mantida – 1- Não se conhece, em grau recursal, de matéria não suscitada na petição inicial e/ou reconvenção e não acobertada pelas exceções constantes dos arts. 303 e 517 do CPC. 2- No regime de comunhão parcial de bens, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, excluídos, entre outros, aqueles que cada cônjuge possuir ao casar, bem como aqueles que lhe sobrevierem ao tempo da união por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar. Inteligência dos arts. 1.658 e 1.659 do CC. 3- Demonstrado que o valor correspondente às cotas sociais da empresa foi adquirido anteriormente à constituição do matrimônio, compondo propriedade exclusiva de um dos cônjuges, impõe-se sua exclusão do montante partilhável. 4- Ainda que a compensação pecuniária a que faz jus o militar temporário não se trate de verba indenizatória trabalhista propriamente dita, deve ser assim compreendida para fins de partilha de bens por ocasião da dissolução conjugal, não cabendo sua inclusão no acervo partilhável. 5- Ante a ausência de previsão legal, mostra-se inviável a determinação de partilha do imóvel comum com a fixação de usufruto em favor do filho menor do casal. A fixação do usufruto gratuito só se justifica na hipótese de acordo entre os ex-cônjuges. 6- Apelação conhecida em parte e, nessa extensão, não provida” (TJDFT

– AC 20130111868265 – (916796), 11-2-2016, Rel^a Des^a Simone Lucindo).

“**Civil.** Processual civil. Separação convertida em divórcio. Partilha. Possibilidade. Bem doado. Regime de comunhão parcial de bens. – Debate sobre a comunicabilidade de doação de numerário para a quitação de imóvel adquirido pela recorrente, em casamento regido pela comunhão parcial de bens. – O regime de comunhão parcial de bens tem, por testa, a ideia de que há compartilhamento dos esforços do casal na construção do patrimônio comum, mesmo quando a aquisição do patrimônio decorre, diretamente, do labor de apenas um dos consortes. – Na doação, no entanto, há claro descolamento entre a aquisição de patrimônio e uma perceptível congruência de esforços do casal, pois não se verifica a contribuição do não donatário na incorporação do patrimônio. – Nessa hipótese, o aumento patrimonial de um dos consortes prescinde da participação direta ou indireta do outro, sendo fruto da liberalidade de terceiros, razão pela qual, a doação realizada a um dos cônjuges, em relações matrimoniais regidas pelo regime de comunhão parcial de bens, somente serão comunicáveis quando o doador expressamente se manifestar neste sentido e, no silêncio, presumir-se-á feitas apenas ao donatário. – Recurso provido com aplicação do Direito à espécie, para desde logo excluir o imóvel sob tela, da partilha do patrimônio, destinando-o, exclusivamente à recorrente” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.318.599 – SP, 23-4-2013, Rel. Min. Nancy Andrighi).

“Recurso Especial. Direito das Sucessões. Arts. 1.659, VI, E 1.790, II, ambos do Código Civil. **Distinção entre herança e participação na sociedade conjugal.** Proporção do direito sucessório da companheira em relação ao do descendente exclusivo do autor da herança. 1. Os arts. 1.659, VI, e o art. 1.790, II, ambos do Código Civil, referem-se a institutos diversos: o primeiro dirige-se ao regime de comunhão parcial de bens no casamento, enquanto o segundo direciona-se à regulação dos direitos sucessórios, ressoando inequívoca a distinção entre os institutos da herança e da participação na sociedade conjugal. 2. Tratando-se de direito sucessório, incide o mandamento insculpido no art. 1.790, II, do Código Civil, razão pela qual a companheira concorre com o descendente exclusivo do autor da herança, que deve ser calculada sobre todo o patrimônio adquirido pelo falecido durante a convivência, excetuando-se o recebido mediante doação ou herança. Por isso que lhe cabe a proporção de 1/3 do patrimônio (a metade da quota-parte destinada ao herdeiro). 3. Recurso especial parcialmente provido, acompanhando o voto do Relator” (STJ – Acórdão Recurso Especial 887.990 – PE, 24-5-2012, Rel. Fernando Gonçalves).

7 “Ação ordinária de bens sonogados. **Regime da comunhão universal de bens.** Indenização trabalhista. Separação judicial consensual. Decisão agravada que indefere a antecipação de tutela com fundamento na incomunicabilidade do fruto civil do trabalho. Código Civil de 2002, art. 1.668, inc. V, e Código Civil de 1916, art. 263, inc. XIII. Casamento celebrado em 17-5-1980 e decreto de separação judicial consensual com trânsito em julgado em 6-6-2008. Regime de bens definido na vigência do Código Civil de 1916. Código Civil de 2002, art. 2.039. Partilha de verbas decorrentes de relação de trabalho no período de constância do casamento. Embora o Código Civil estabeleça a incomunicabilidade dos proventos do trabalho de cada cônjuge no regime da

comunhão universal de bens, prevalece o entendimento jurisprudencial conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta corte estadual de justiça que autorizam a partilha. Liminar deferida em antecipação de tutela recursal para bloqueio de 50% do valor depositado nos autos de Ação Trabalhista nº 912/98 (00912-1998-023-12-00-2) na qual é reclamante o ex-cônjuge. Recurso provido” (*TJSC – Acórdão Agravo de Instrumento 2010.060949-0, 12-5-2012, Rel. Des. Nelson Schaefer*).

8 “Recurso especial – Processo civil e civil – Direito de família – Regime de bens – Comunhão de bens – Doação – Matrimônio anterior – Art. 265 do Código Civil de 1916 – Cláusula genérica – Frutos civis – Incomunicabilidade – Possibilidade – Cláusula expressa – Inexistência de vedação – Conta conjunta no exterior – Incontrovérsia – Princípio da boa-fé objetiva – Necessidade de partilha – Fundamento autônomo – Enriquecimento sem causa – Súmula nº 283/STF – Alimentos – Dever de sustento – Filho comum – Binômio necessidade e possibilidade – Súmula nº 7/STJ – Necessidade de pacto antenupcial – Súmulas nºs 282, 356 e 284/STF – 1 – O doador pode dispor em cláusula expressa a incomunicabilidade dos frutos de bem doado no benefício exclusivo do cônjuge beneficiário antes da celebração de casamento sob o regime de comunhão parcial dos bens. 2 – O mandamento legal previsto no art. 265 do Código Civil de 1916 (correspondente ao art. 1.669 do atual Código Civil), de natureza genérica, não veda previsão em sentido contrário. 3 – A partilha de conta conjunta aberta no exterior é incontroversa nos autos, circunstância insindicável ante o óbice da Súmula nº 7/STJ. 4 – O princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil) rege as relações de família sob o prisma patrimonial. 5 – Incide o óbice da Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal, pois há fundamento autônomo inatado no especial, a saber: a possibilidade de locupletamento ilícito do cônjuge varão de quantia pertencente ao casal. 6 – O dever de prover o sustento da filha comum compete a ambos os genitores, cada qual devendo concorrer de forma proporcional aos seus recursos, circunstâncias e variáveis insindicáveis nesta instância especial. 7 – A alegação de que os gravames da incomunicabilidade deveriam ter sido realizados através de pacto antenupcial ou registrados em cartório não foi prequestionado, inexistindo alegação de dispositivo legal violado nesse ponto, o que atrai o teor das Súmulas nºs 282, 356 e 284/STF. 8 – Recurso especial parcialmente conhecido, e nessa parte, não provido” (*STJ – REsp 1.164.887 (2004/0119745-4), 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 29-4-2014, p. 290*).

“Ação de divórcio litigioso. **Regime da comunhão parcial de bens.** Partilha de bens adquiridos na constância da sociedade conjugal. Imóvel financiado. Prestações pagas exclusivamente pelo varão, na constância do casamento. Possibilidade de contribuição da cônjuge nas prestações após o divórcio não comprovada. Obrigação do varão após a separação. Dispõe o Art. 1.663 do Código Civil que a administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges e consoante seu § 1º, as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido. Nada mais lógico que o marido continue a arcar com as prestações do financiamento do imóvel, se as provas dos autos indicam que a virago não tem condições que fornecer qualquer aporte sem prejuízo de sua sobrevivência” (*TJMG – Acórdão Agravo de Instrumento 1.0045.11.000087-9/001, 5-2-2013, Rel. Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade*).

“Agravo interno na apelação cível – Decisão que negou seguimento ao recurso ante a sua manifesta improcedência – Contrato de comodato – **Bem integrante do patrimônio comum do casal** – Ausência de autorização especial do cônjuge – Necessidade – Inteligência do artigo 580 do CC/02 e art. 1.249 do CC/16 – Nulidade do contrato – Decisão mantida – Recurso improvido. 1. É nulo o contrato de comodato feito pelo marido, na qualidade de mero administrador do patrimônio comum (art. 1.663, CC), quando a esposa não houver manifestado anuência à realização desse negócio jurídico. Inteligência do artigo 580 do Código Civil. 2. A motivação ensejadora da decisão que negou seguimento ao recurso de apelação permanece a mesma, bem como nenhuma razão emana dos autos que possa modificar o entendimento quanto a sua fundamentação. Decisão mantida. 3. Recurso improvido” (*TJES – Acórdão Apelação Cível 024.030.150.122, 31-1-2012, Rel. Des. Telemaco Antunes de Abreu Filho*).

9 “Ação de partilha de bens – Casal contraiu núpcias sob o regime da **comunhão universal de bens**. Fizeram o divórcio em 2006, deixando bens a serem partilhados. Nestes autos o varão pede a partilha dos bens em comum. Sentença de parcial procedência para reconhecer a partilha dos bens. Apela a ré, insistindo que já houve divisão de fato dos bens do casal, uma vez que o reconvindo se apropriou de valores advindos dos imóveis e veículos que possuíam. Pedido de prova oral. Descabimento. Inexiste comprovação de que teriam sido vendidos os veículos e imóveis. Ineficiente seria a prova oral para comprovação da partilha. Incontroversa a propriedade e o direito à partilha. Recurso improvido” (*TJSP – Ap 1004781-98.2014.8.26.0344, 20-4-2016, Rel. James Siano*).

“Agravo de instrumento. **Sucessões.** Inventário. Cônjuge de herdeiro pré-morto. **Casamento pelo regime da comunhão universal de bens.** Impossibilidade de recebimento de meação. Situação que não configura ‘bens futuros’ conforme prevê o artigo

1.667 do Código Civil. Morte do cônjuge herdeiro que extinguiu o regime de bens. Partilha que deve ser realizada com os bens existentes à época do falecimento do cônjuge. Inventariante. Nomeação de não herdeiro para exercício da função. Possibilidade. Alegado não atendimento à ordem prevista no artigo 990 do CPC não configurado. Parte que, embora não seja herdeira, é procuradora de dois dos herdeiros. Aplicação do artigo 990, *ii*, do Código de Processo Civil. Recurso parcialmente provido” (*TJPR* – Acórdão Agravo de Instrumento 758.880-9, 1º-6-2011, Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak).

10 “Direito de família – Ação de sobrepartilha de bem sonegado em separação judicial consensual. Honorários advocatícios. 1 – Finda a comunhão de vida entre os cônjuges, cessa a comunicação do patrimônio, independente do regime adotado no matrimônio ser o de comunhão parcial ou universal de bens. 2 – **São excluídos da comunhão universal os frutos civis do trabalho de cada cônjuge** (entre eles o saldo de FGTS), a teor do que dispõem os arts. 1.668 e 1.659, do Código Civil, que tratam, respectivamente, dos bens excetuados do regime de comunhão universal e de comunhão parcial. 3 – Não havendo condenação impõe-se, na fixação dos honorários advocatícios, a observância do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, o qual prevê a regra de equidade. Com efeito, o magistrado, de acordo com as especificidades do caso concreto, deve sopesar os parâmetros contidos nas alíneas do § 3º do citado preceptivo legal, quais sejam, o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, para fixar, de forma justa, a verba honorária. 4 – Recursos conhecidos e não providos. Unânime” (*TJDFT* – Proc. 20100111098529 – (577741)10-4-2012, Rel. Des. Waldir Leônício Lopes Júnior).

11 O art. 277 do Código de 1916, que complementava o capítulo referente à separação de bens, composto também de dois únicos dispositivos, tratava da obrigação da mulher nesse regime em contribuir com os rendimentos de seus bens para as despesas do casal, quando não existia a igualdade constitucional entre o homem e a mulher.

12 Como expusemos, a lei de 1916 preparara uma armadilha para os que escolhessem o regime de separação: se não fossem expressos acerca da distinção absoluta de patrimônios, operaria o art. 259, já por nós decantado:

“Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

A lei, portanto, demonstrava certa aversão pela separação absoluta de bens e incentivava a comunicação de aquestos. Como afirmamos, em princípio, não mais existe esse posicionamento no atual Código.

ALIMENTOS

16.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO. ORIGENS

O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo de seus semelhantes e de bens essenciais ou necessários para a sobrevivência. Nesse aspecto, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, o termo *alimentos* pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência. Acrescentemos a essa noção o conceito de obrigação que tem uma pessoa de fornecer esses alimentos a outra e chegaremos facilmente à noção jurídica. No entanto, no Direito, a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade.

O Código Civil, no capítulo específico (arts. 1.694 a 1.710), não se preocupou em definir o que se entende por alimentos. Porém, no art. 1.920 encontramos o conteúdo legal de alimentos quando a lei refere-se ao legado: “*O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor*”.

Flávio Tartuce lembra que a descrição de direitos fundamentais do art. 6º da Constituição Federal se aplica perfeitamente à noção de conteúdo dos alimentos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. E lembra que os direitos sociais também devem ser entendidos como direitos fundamentais (2015:420).

Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência. Nesse quadro, a doutrina costuma distinguir os *alimentos naturais ou necessários*, aqueles que possuem alcance limitado, compreendendo estritamente o necessário para a subsistência; e os *alimentos civis ou congruos*, isto é, convenientes, que incluem os meios suficientes para a satisfação de todas as outras necessidades básicas do alimentando, segundo as possibilidades do obrigado. O Código de 1916 não distinguia ambas modalidades, mas o atual Código o faz (art. 1.694), discriminando alimentos necessários ao lado dos indispensáveis, permitindo ao juiz que fixe apenas estes últimos em determinadas situações restritivas. No § 2º, encontra-se a noção destes: “*Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os*

pleiteia”. Por outro lado, o § 1º estabelece a regra geral dos alimentos amplos, denominados cômputos ou civis: “*Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada*”.

O Código Civil francês usa as palavras “*nourrir, entretenir et élever*” (alimentar, manter e educar) (art. 203). O Código português define:

“Por alimentos entende-se tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário. Os alimentos compreendem também a educação do alimentando no caso de este ser menor” (art. 2.003).

Não existe, portanto, divergência conceitual substancial na doutrina e no ordenamento comparados quanto ao conteúdo da expressão.

No Direito Romano clássico, a concepção de alimentos não era conhecida. A própria estrutura da família romana, sob a direção do *pater familias*, que tinha sob seu manto e condução todos os demais membros, os *alieni juris*, não permitia o reconhecimento dessa obrigação. Não há precisão histórica para definir quando a noção alimentícia passou a ser conhecida. Na época de Justiniano, já era conhecida uma obrigação recíproca entre ascendentes e descendentes em linha reta, que pode ser vista como ponto de partida (Cahali, 1979:47). O Direito Canônico alargou o conceito de obrigação alimentar. A legislação comparada regula a obrigação de prestar alimentos com extensão variada, segundo suas respectivas tradições e costumes.

Nosso Código Civil anterior originalmente disciplinara a obrigação alimentar dentre os efeitos do casamento, inserindo-a como um dos deveres dos cônjuges (“*mútua assistência*”, art. 231, III e “*sustento, guarda e educação dos filhos*”, art. 231, IV), bem como mencionando competir ao marido, como chefe da sociedade conjugal, “*prover a manutenção da família*” (art. 233, IV), além de fazer a obrigação derivar do parentesco (arts. 396 ss). A legislação complementar posterior, por força das sensíveis transformações sociológicas da família, já analisadas nesta obra, introduziu várias nuances na regulamentação do instituto. Anote-se também que há interesse público nos alimentos, pois se os parentes não atenderem às necessidades básicas do necessitado, haverá mais um problema social que afetará os cofres da Administração.

Em linha fundamental, quem não pode prover a própria subsistência nem por isso deve ser relegado ao infortúnio. A pouca idade, a velhice, a doença, a falta de trabalho ou qualquer incapacidade pode colocar a pessoa em estado de necessidade alimentar. A sociedade deve prestar-lhe auxílio. O Estado designa em primeiro lugar os parentes para fazê-lo, aliviando em parte seu encargo social. Os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos e os cônjuges devem-se mútua assistência. A mulher e o esposo, não sendo parentes ou afins, devem-se alimentos com fundamento no vínculo conjugal. Também os companheiros em união estável estão na mesma situação atualmente. Daí decorre, igualmente, o interesse público em matéria de alimentos. Como vemos, a obrigação

alimentar interessa ao Estado, à sociedade e à família.

É importante ressaltar uma distinção que tem reflexos práticos: o ordenamento reconhece que o parentesco, o *jus sanguinis*, estabelece o dever alimentar, assim como aquele decorrente do âmbito conjugal definido pelo dever de assistência e socorro mútuo entre cônjuges e, modernamente, entre companheiros. Existe, pois, no ordenamento, uma distinção entre a obrigação alimentar entre parentes e aquela entre cônjuges ou companheiros. Ambas, porém, são derivadas da lei.

É enorme a pletora de ações de alimentos em nossas cortes, de modo que as questões exigem muita dedicação e perspicácia dos magistrados, em nação de acentuada pobreza e com injusta distribuição de riquezas.

Caso 7 – Alimentos – Observância do binômio necessidade e passibilidade

No art. 1.920, encontramos o conteúdo legal de alimentos quando a lei refere-se ao legado: “O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”. A descrição de direitos fundamentais do art. 6º da Constituição Federal se aplica perfeitamente à noção de conteúdo dos alimentos: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados. Assim, alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações periódicas fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.

16.2 PRESSUPOSTOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

De acordo com o art. 1.695,

“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”.

O dispositivo coroa o princípio básico da obrigação alimentar pelo qual o montante dos alimentos deve ser fixado de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante, complementado pelo art. 1.694, § 1º, já transcrito. Eis a regra fundamental dos chamados alimentos civis: *“os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”*.¹

O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade no *quantum* dos alimentos deve ser sempre um norteador. A necessidade também é aspecto que não deve ser descuidado.

O projeto do Estatuto das Famílias apresenta diferente compreensão dos alimentos: “Podem os parentes, cônjuges, conviventes ou parceiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver com dignidade e de modo compatível com a sua condição social” (art. 115). Aqui o princípio da vida com dignidade tem proeminência, já trazendo esse projeto a possibilidade de alimentos entre parceiros homoafetivos.

Não se pode pretender que o fornecedor de alimentos fique entregue à necessidade, nem que o necessitado se locuplete a sua custa. Cabe ao juiz ponderar os dois valores de ordem axiológica em destaque, bem como a vida com dignidade não somente de quem recebe, mas também de quem os paga. Destarte, só pode reclamar alimentos quem comprovar que não pode sustentar-se com seu próprio esforço.² Não podem os alimentos converter-se em prêmio para os néscios, indo-lentes e descomprometidos com a vida. Se, no entanto, o alimentando encontra-se em situação de penúria, ainda que por ele causada, poderá pedir alimentos. Do lado do alimentante, como vimos, importa que ele tenha meios de fornecê-los: não pode o Estado, ao vestir um santo, desnudar o outro. Não há que se exigir sacrifício do alimentante. Lembre-se de que em situações definidas como sendo de culpa do alimentando, os alimentos serão apenas os necessários, conforme o § 2º do art. 1.694, mas os demais princípios continuam aplicáveis.

O art. 1.694 assegura, em terminologia inovadora, que os alimentos devem preservar a *condição social* de quem os pleiteia.³ Assim, o novel ordenamento civil é claro no sentido de que os alimentos devem preservar o *status* do necessitado. Se isto estava, de uma maneira ou de outra, presente nas petições dos alimentandos no passado, com respaldo por vezes nas decisões, tal não constava de texto legal expresso. Como assevera Luiz Felipe Brasil Santos, essa expressão é de total impropriedade, pois pode dar margem a abusos patentes. Daí porque o texto legal vigente “*compatível com sua condição social*” deve ser substituído pela ênfase à dignidade do necessitado de alimentos, como já faz o citado projeto do Estatuto (in Delgado-Alves, 2004:211). Também se mostra inadequada a generalização de alimentos que incluam necessidades de educação para todos os parentes e o cônjuge ou companheiro. As necessidades de educação devem ser destinadas exclusivamente aos filhos menores e jovens até completar o curso superior, se for o caso.

Por outro lado, as condições de fortuna de alimentando e alimentante são mutáveis, razão pela qual também é modificável, a qualquer momento, não somente o montante dos alimentos fixados, como também a obrigação alimentar pode ser extinta, quando se altera a situação econômica das partes. O alimentando pode passar a ter meios próprios de prover a subsistência e o alimentante pode igualmente diminuir de fortuna e ficar impossibilitado de prestá-los. Daí por que sempre é admissível a ação revisional ou de exoneração de alimentos. Decisão que concede ou nega alimentos nunca faz coisa julgada.⁴ Nesses termos, clarifica o art. 1.699: “*Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar do*

juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou agravação do encargo”.

16.3 MODALIDADES. CARACTERÍSTICAS

Os alimentos ora enfocados são aqueles derivados de direito de família, do casamento e do companheirismo, portanto obrigação legal, como estatui o art. 1.694:

“Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação”.

O frustrado Projeto nº 6.960/2002 tentou modificar o final dessa redação para dizer que os alimentos devem servir para a pessoa *“viver com dignidade”*, expressão repetida pelo futuro Estatuto das Famílias. No entanto, os alimentos, com a mesma compreensão básica, podem decorrer da vontade, serem instituídos em contrato gratuito ou oneroso e por testamento,⁵ bem como derivar de sentença condenatória decorrente de responsabilidade civil aquiliana. Nada impede, embora raro seja, dentro da autonomia da vontade, que os interessados contratem pensão alimentícia, nem que por testamento ou doação seja ela atribuída. A obrigação alimentar consequente da prática de ato ilícito constitui uma forma de reparação do dano. Nesse sentido, o art. 948, II, estipula como uma das modalidades de indenização para o caso de homicídio, a *“prestação de alimentos a quem o defunto os devia”*. O art. 950 determina a fixação de uma pensão proporcional no caso de ofensas físicas, quando a vítima tem sua capacidade funcional debilitada ou diminuída. O regime jurídico desses alimentos de natureza diversa, embora tenham particularidades próprias, obedece a um sistema ao menos análogo. Nada obsta que, perante a omissão da lei ou dos declarantes de vontade, os princípios alimentares do direito de família sejam utilizados na interpretação. Advertimos, de plano, que a prisão civil do devedor alimentante pode ser aplicada unicamente no tocante aos alimentos derivados do direito de família, ao lado de outras modalidades de execução, como desconto em folha de pagamento, como veremos e nunca nos casos de descumprimento de legado de alimentos ou de não pagamento de alimentos decorrentes de indenização por ato ilícito.

Quanto à finalidade, denominam-se alimentos provisionais ou provisórios aqueles que precedem ou são concomitantes a uma demanda de separação judicial, divórcio, nulidade ou anulação de casamento, ou mesmo ação de alimentos. Recorde-se que a Emenda Constitucional nº 66/2010 retirou do ordenamento nacional a separação judicial, embora sua menção continue na legislação ordinária, com resistência de boa parte da doutrina. A finalidade dos alimentos é propiciar meios para que a ação seja proposta e prover a manutenção do alimentando e seus dependentes durante o curso do processo. São regulares ou definitivos os alimentos estabelecidos como pensão periódica, ainda que sempre sujeitos à revisão judicial. A referência aos alimentos provisionais no presente Código Civil é feita no art. 1.706, que determina que se obedeça à lei

processual. Os alimentos provisionais são estabelecidos quando se cuida da separação de corpos, prévia à ação de nulidade ou anulação de casamento, de separação ou divórcio. Nesse caso, os provisionais devem perdurar até a partilha dos bens do casal (Monteiro, 1996:305). Mas os alimentos provisórios podem ser requeridos sempre que movida a ação de alimentos, com fixação *initio litis* (art. 4º da Lei nº 5.478/68), desde que já haja prova pré-constituída do dever de prestá-los. Provisórios ou provisionais, pouco importando sua denominação, sua compreensão e finalidades são idênticas.

Quanto ao tempo em que são concedidos, os alimentos podem ser futuros ou pretéritos. Futuros são aqueles a serem pagos após a propositura da ação; pretéritos, os que antecedem a ação. Em nosso sistema, não são possíveis alimentos anteriores à citação, por força da Lei nº 5.478/68 (art. 13, § 2º). Se o necessitado bem ou mal sobreviveu até o ajuizamento da ação, o direito não lhe acoberta o passado. Alimentos decorrentes da lei são devidos, portanto, *ad futurum*, e não *ad praeteritum*. O contrato, a doação e o testamento podem fixá-los para o passado, contudo, porque nessas hipóteses não há restrições de ordem pública.

O art. 1.701 também faculta ao devedor prestar alimentos sob a forma de pensão periódica ou sob a modalidade de concessão de hospedagem e sustento ao alimentando. Essa modalidade somente se aplica aos alimentos derivados do parentesco e não se aplicará, em princípio, aos alimentos decorrentes do casamento ou da união estável. O Projeto nº 6.960 faz esse acréscimo para deixar esse aspecto expresso. O art. 25 da Lei nº 5.478/68 eliminara em parte essa faculdade do devedor, estabelecendo que a prestação não pecuniária só pode ser autorizada pelo juiz se com ela anuir o alimentando capaz. De qualquer modo, compete ao juiz estabelecer as condições dessa pensão, conforme as circunstâncias.

Na maioria das vezes, a obrigação alimentar gira em torno de uma quantia em dinheiro a ser fornecida periodicamente ao necessitado. O fornecimento direto de alimentos no próprio lar do alimentante caracteriza a denominada obrigação alimentar própria, pouco utilizada na prática, em razão das inconveniências que apresenta. Sem dúvida, duas pessoas que se digladiam em processo judicial não serão as melhores companhias para conviver sob o mesmo teto. Desse modo, embora a lei faculte ao alimentante escolher a modalidade de prestação, o juiz poderá impor a forma que melhor atender ao caso concreto, de acordo com as circunstâncias, conforme estampado no parágrafo único do mencionado art. 1.701. É inócuo para o demandado alegar, em sua defesa, no pedido de alimentos, que já vem fornecendo sustento e morada ao reclamante: essa matéria deverá ser sopesada na ação, sempre podendo o necessitado pleitear judicialmente a regulamentação da prestação alimentícia.

Não se esqueça também da distinção feita de plano no início deste capítulo quanto aos alimentos *naturais ou necessários* e os alimentos *civis ou congruos*, que devem ganhar nova compreensão com a exclusão da noção de culpa nos desfazimentos conjugais.

Analise as características básicas dos alimentos, conforme apontadas com pouca dissensão pela doutrina:

- a) *Direito pessoal e intransferível*. Sua titularidade não se transfere, nem se cede a outrem. Embora de natureza pública, o direito é personalíssimo, pois visa preservar a vida do necessitado. O direito não se transfere, mas uma vez materializadas as prestações periódicas como objeto da obrigação, podem elas ser cedidas.

O art. 402 do Código de 1916 estampava princípio tradicional do direito alimentar ao expressar que a obrigação de prestar alimentos não se transmitia aos herdeiros do devedor.⁶ Essa regra peremptória e tradicional de não transmissibilidade por herança foi colocada na berlinda com a disposição do art. 23 da Lei nº 6.515/77, Lei do Divórcio, que introduziu a polêmica redação do art. 1.796 do Código Civil. Essa regra foi repetida no Código Civil de 2002, no art. 1.700. Ainda é grande a perplexidade exegética que o dispositivo causa, após tantos anos de vigência da lei, que merece referência em tópico à parte, a seguir, neste capítulo.

- b) *Irrenunciabilidade*. O direito pode deixar de ser exercido, mas não pode ser renunciado, mormente quanto aos alimentos derivados do parentesco.⁷ Dispõe o art. 1.707 do vigente Código: “*Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora*”.

O encargo alimentar é de ordem pública. Conforme examinamos anteriormente, existe a problemática referente à renúncia dos alimentos na separação e no divórcio, propendendo a doutrina e jurisprudência majoritárias do passado pela renunciabilidade nessas hipóteses, uma vez que esposos não são parentes, e a eles não se aplicaria a disposição.⁸ No entanto, houve uma guinada na redação do corrente Código, parecendo que não mais se distinguirão os alimentos quanto à irrenunciabilidade. Veja o que falamos a esse respeito quando tratamos da separação e do divórcio. O beneficiário pode, contudo, renunciar aos valores dos alimentos vencidos e não pagos, como ressalva a lei.⁹

- c) *Impossibilidade de restituição*. Não há direito à repetição dos alimentos pagos, tanto os provisionais como os definitivos. Desse modo, o pagamento dos alimentos é sempre bom e perfeito, ainda que recurso venha modificar decisão anterior, suprimindo-os ou reduzindo seu montante. No entanto, como sempre, toda afirmação peremptória em Direito é perigosa:¹⁰ nos casos patológicos, com pagamentos feitos com evidente erro quanto à pessoa, por exemplo, é evidente que o *solvens* terá direito à restituição.

- d) *Incompensabilidade*. A lei expressamente ressalva que as obrigações alimentícias não se compensam (art. 373, II).¹¹ Tendo em vista a finalidade dos alimentos, qual seja a subsistência do necessitado, a eventual compensação dos alimentos com outra obrigação anularia esse desiderato, lançando o alimentando no infortúnio. Temos entendido, contudo, que se admite compensação com prestações de alimentos pagas a mais, tanto para os provisórios, como para os definitivos (Cahali, 1979:114).
- e) *Impenhorabilidade*. Pela mesma razão, os alimentos não podem ser penhorados.¹² Essa regra geral, tida como dogma, deve ser vista atualmente com maior cuidado. Destinados à sobrevivência, os créditos de alimentos não podem ser penhorados. Essa impenhorabilidade, no entanto, não atinge os frutos.
- f) O art. 833, IV do CPC de 2015, na mesma linha do art. 649, IV do estatuto anterior coloca como impenhoráveis “*os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º.*”
- g) A linha geral é que, portanto, a pensão alimentícia é impenhorável. Contudo, a ressalva no citado § 2º dispõe: “*O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º*”. Desse modo, não há mais como se sustentar que a impenhorabilidade da pensão alimentícia é absoluta. Assim, segundo o texto, os alimentos podem ser penhorados naquilo que exceder os cinquenta salários mínimos. A nova lei processual entende que esse montante é o mínimo necessário para a sobrevivência. Certamente, o texto veio motivado por abusos que se praticavam sob a bandeira da impenhorabilidade. Destarte, os alimentos e pensões não são mais absolutamente impenhoráveis.
- h) *Impossibilidade de transação*. Assim como não se admite renúncia ao direito de alimentos, também não se admite transação. O *quantum* dos alimentos pode ser transigido, pois se trata de direito disponível. O direito, em si, não o é. O caráter personalíssimo desse direito afasta a transação. O art. 841 somente admite transação para os direitos patrimoniais de caráter privado. O direito a alimentos é direito privado, mas de caráter pessoal e com interesse público.
- i) *Imprescritibilidade*. As prestações alimentícias prescrevem em dois anos pelo Código de 2002 (art. 206, § 2º). Esse prazo era de cinco anos no código anterior (art.

178, § 10, I). O direito a alimentos, contudo, é imprescritível. A qualquer momento, na vida da pessoa, pode esta vir a necessitar de alimentos. A necessidade do momento rege o instituto e faz nascer o direito à ação (*actio nata*). Não se subordina, portanto, a um prazo de propositura. No entanto, uma vez fixado judicialmente o *quantum*, a partir de então inicia-se o lapso prescricional. A prescrição atinge paulatinamente cada prestação, à medida que cada uma delas vai atingindo o quinquênio, ou o biênio, a partir da vigência do Código de 2002.

- j) *Variabilidade*. A pensão alimentícia é variável, segundo as circunstâncias dos envolvidos na época do pagamento. Modificadas as situações econômicas e as necessidades das partes, deve ser alterado o montante da prestação, podendo ocorrer sua extinção. Daí porque o art. 1.699 permite a revisão, redução, majoração ou exoneração do encargo.
- k) *Periodicidade*. O pagamento da obrigação alimentícia deve ser periódico, pois assim se atende à necessidade de se prover a subsistência. Geralmente, cuida-se de prestação mensal, mas outros períodos podem ser fixados. Porém, não se admite que um valor único seja o pago, nem que o período seja longo, anual ou semestral, porque isso não se coaduna com a natureza da obrigação. O pagamento único poderia ocasionar novamente a penúria do alimentando, que não tivesse condições de administrar o numerário.
- l) *Divisibilidade*. A obrigação alimentar é divisível entre os vários parentes, de acordo com os arts. 1.696 e 1.697. Desse modo, vários parentes podem contribuir com uma quota para os alimentos, de acordo com sua capacidade econômica, sem que ocorra solidariedade entre eles.¹³

16.4 SUJEITOS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA

Nos alimentos derivados do parentesco, como demonstra o art. 1.696, o direito à prestação é recíproco entre pais e filhos, extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.¹⁴ Notemos que, existindo vários parentes do mesmo grau, em condições de alimentar, não existe solidariedade entre eles. A obrigação é divisível, podendo cada um concorrer, na medida de suas possibilidades, com parte do valor devido e adequado ao alimentando. Na falta dos ascendentes, caberá a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos, como unilaterais (art. 1.697). A falta de parente alimentante deve ser entendida não somente como inexistência, mas também, ausência de capacidade econômica dele para alimentar.

A questão era saber se todos os parentes do mesmo grau deveriam ser colocados no polo passivo da demanda. A posição ortodoxa da doutrina era no sentido afirmativo. Assim, mesmo que se

soubesse que apenas um dos genitores possuía condições de alimentar, a ação deveria ser movida contra o pai e contra a mãe, por exemplo. A sentença, como regra, deverá ratear, de acordo com as condições de fortuna dos réus, o montante da pensão. No entanto, nada impedia no sistema de 1916 que a ação fosse movida contra um só dos parentes do mesmo grau. Este não podia defender-se, em tese, alegando que existem outros em melhores condições de alimentar, mas o autor da ação se sujeitaria à eventual improcedência ou à condenação de pensão inferior ao valor de que necessita, ficando aberta a ação contra os outros parentes, para eventual complementação de valor. Essa situação decorria da divisibilidade da obrigação.

O art. 1.698 do mais recente Código veio dirimir essas dúvidas:

“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”.

Desse modo, atende-se processualmente ao princípio da divisibilidade da obrigação alimentícia, permitindo-se que, no mesmo processo, sejam outros alimentantes chamados a integrar a lide. A lei processual deve traçar normas concretas para possibilitar a eficiência do dispositivo. O dispositivo cria nova modalidade de intervenção de terceiros no processo, instrumento que merece toda a cautela do magistrado, pois pode se tornar expediente para procrastinar feitos.

De qualquer forma, são chamados a prestar alimentos, primeiramente, os parentes em linha reta, os mais próximos excluindo os mais remotos. Assim, se o pai puder prestar alimentos, não se acionará o avô. O mesmo se diga do alimentando que pede alimentos ao neto, porque o filho não tem condições de pagar. Não havendo parentes em linha reta, ou estando estes impossibilitados de pensionar, são chamados para a assistência alimentícia os irmãos, tanto unilaterais como germanos. Apontemos que somente os irmãos estarão obrigados a alimentar na linha colateral. Os demais parentes e afins estão excluídos dessa obrigação legal em nosso ordenamento.¹⁵ Não ficam excluídos, contudo, dentro do limite legal, os filhos ilegítimos e os adotivos, mormente depois que a Constituição de 1988, no art. 227, § 6º, equiparou os filhos de qualquer natureza. As Leis nº 8.971/94 e nº 9.278/96, já referidas, criaram direitos de assistência recíproca para os companheiros em união estável, os quais persistem no atual Código.

O parágrafo único do art. 399 do Código antigo, acrescentado pela lei nº 8.648/93, estampara:

“No caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficaram sem condições de prover o próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, cabe, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e

capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas”.

Essa disposição era uma superfetação, pois os princípios gerais do direito alimentar já atendem a essas situações. A redação, de pouca técnica e em linguagem quase coloquial, nada mais acrescentou ao que a doutrina estava farta de admitir. Contudo, decisões injustas dos tribunais motivaram o dispositivo que, além de ser péssimo exemplo de redação legal, em nada modificou ou acrescentou aos princípios básicos do direito alimentar. Salvo alguns julgados deslocados, nunca se duvidou de que os filhos devem prover a subsistência dos pais na velhice ou na doença.¹⁶

16.4.1 Alimentos aos Filhos Menores. Alimentos à Mulher Gestante

No decorrer de nosso estudo, mormente quanto ao poder familiar, enfatizou--se que o dever de os pais proverem a subsistência e educação dos filhos é fundamental. Esse dever transmuta-se na obrigação legal de prestar alimentos. Não somente o Código Civil, como também a Lei do Divórcio, preocuparam-se com o problema. Nesse sentido, o art. 20 deste último diploma menciona que os cônjuges separados deverão contribuir na proporção de seus recursos para a manutenção dos filhos. Esse dispositivo é repetido pelo art. 1.703 do vigente Código. O art. 21 da lei citada completa, por sua vez, que o juiz pode determinar a constituição de garantia real ou fidejussória para assegurar o cumprimento dessa obrigação. O art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente reafirma o dever dos pais com relação aos filhos menores. Atualmente, como sempre se repete, não se faz mais distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. O descumprimento contumaz do dever alimentar pode até mesmo autorizar a suspensão ou perda do pátrio poder, como vimos no capítulo anterior.

Defende-se também que ao nascituro é possível a prestação alimentícia, sob o fundamento de que a lei ampara a concepção. Vale lembrar também do artigo 121, do Código de 1916, que permite ao titular de direito eventual exercer os atos necessários à conservação de tais direitos, embora divirja a doutrina a esse respeito. Arnaldo Rizzardo (1994:711) observa que,

“desde que presentes os requisitos próprios, como o fumus boni iuris e a certeza de quem é o pai, mesmo os alimentos provisionais é possível conceder, com o que se garantirá uma adequada assistência pré-natal ao concebido”.

Diploma legal mais recente veio beneficiar diretamente o nascituro na pessoa da progenitora. A Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008, inovou e alargou em matéria de alimentos ao permiti-los de forma contundente à mulher gestante, os chamados alimentos gravídicos. Em seu art. 2º especifica que os alimentos conforme essa lei *“compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares,*

internações, parto, medicamentos e demais prescrições e terapêuticas, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes”. Como se nota, a extensão ou compreensão dos alimentos é ampla no dispositivo, além de ser uma norma aberta, pois o juiz pode concedê-los levando em consideração o que for pertinente.¹⁷

O parágrafo único desse artigo pontua que tanto o indigitado pai, como a mãe devem contribuir para as despesas da gravidez, na proporção de seus respectivos recursos. Nessa hipótese, aplica-se a regra geral sobre alimentos.

A inovação mais significativa desse diploma legal está presente no art. 6º, porque permite que o juiz estabeleça *alimentos gravídicos*, conforme denominação da lei, convencido da *existência de meros indícios da paternidade*. Esses alimentos perdurarão até o nascimento da criança, convertendo-se em pensão alimentícia a partir do nascimento com vida. O discernimento do juiz no caso concreto torna-se fundamental ao se examinarem os indícios, que devem ser claros e veementes: não se pode negar a ampla defesa ao indigitado pai. Há que se coibir também a má-fé, situação que, em princípio, não permite que se aplique o princípio da irrepetibilidade dos alimentos, ensejando perdas e danos.

O art. 1.705 refere-se à possibilidade de o filho havido fora do casamento acionar o genitor para obter alimentos. Nesse caso, será facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça. O que se mostra é que o juiz deve deferir o segredo de justiça nessa situação, se lhe for requerido. É comum o ajuizamento de ações de investigação de paternidade cumuladas com pedido de alimentos, cujo procedimento será o comum. Também nestas se aplica o princípio do segredo de justiça (art. 189, II, do CPC).

Importante alteração que acrescenta parágrafo único ao art. 130 da Lei nº 8.069/90, trazida pela Lei nº 12.415, de 9 de junho de 2011, para determinar que alimentos provisórios sejam fixados cautelarmente em favor da criança ou adolescente cujo agressor seja afastado da moradia comum por determinação judicial nas hipóteses de maus-tratos, opressão ou abuso sexual. Dispõe ainda a lei que “da medida cautelar constará, ainda, a fixação provisória dos alimentos de que necessitem a criança ou o adolescente dependentes do agressor”.

16.4.2 Alimentos aos Filhos Maiores, Pais e Irmãos

Certamente, a problemática de alimentos aos filhos menores é a que mais preocupa a sociedade. Contudo, outros problemas sociais podem advir com relação aos demais parentes.

Os parentes, carentes de meios econômicos, também podem exigir reciprocamente alimentos. Vimos, acima, sobre o acréscimo trazido pelo parágrafo único do art. 399 do Código de 1916, que se preocupou com a necessidade dos pais.

Observamos, de outro lado, que, com relação ao direito de os filhos maiores pedirem alimentos aos pais, não é o poder familiar que o determina, mas a relação de parentesco, que predomina e

acarreta a responsabilidade alimentícia. Com relação aos filhos que atingem a maioridade, a ideia que deve preponderar é que os alimentos cessam com ela. Entende-se, porém, que a pensão poderá distender-se por mais algum tempo, até que o filho complete os estudos superiores ou profissionalizantes, com idade razoável, e possa prover a própria subsistência.¹⁸⁻¹⁹

Nesse sentido, o art. 1.694 do presente Código sublinha que os alimentos devem atender, inclusive, às necessidades de educação. Tem-se entendido que, por aplicação do entendimento fiscal quanto à dependência para o Imposto de Renda, que o pensionamento deva ir até os 24 anos de idade. Outras situações excepcionais, como condição de saúde ou outras situações avaliadas no caso concreto, poderão fazer com que os alimentos possam ir além da maioridade, o que deverá ser examinado no caso concreto. Nesse diapasão, o Projeto nº 6.960/2002 objetivou acrescentar o § 3º com a seguinte redação:

“A obrigação de prestar alimentos entre parentes independe de ter cessado a menoridade, se comprovado que o alimentando não tem rendimentos ou meios próprios de subsistência, necessitando de recursos, especialmente para sua educação”.

O projeto do Estatuto das Famílias dispõe diferentemente a esse respeito estabelecendo que *“a maioridade civil faz cessar a presunção de necessidade alimentar, salvo se o alimentando comprovadamente se encontrar em formação educacional, até completar vinte e cinco anos”* (art. 116, parágrafo único), seguindo caudal jurisprudencial. Essa posição objetiva traz menos dúvidas ao caso concreto.

Não podemos esquecer, também, que os filhos adotivos estão em tudo equiparados aos filhos biológicos.

Com relação aos irmãos, unilaterais ou bilaterais, conforme o art. 1.697 (antigo, art. 398), podem eles acionar-se reciprocamente para pedir alimentos, mas somente na hipótese de não existirem ascendentes ou descendentes em condições de alimentá-los.²⁰

Afora esses colaterais irmãos, nenhum outro parente ou afim tem direito de pedir alimentos, desconhecendo nossa legislação a possibilidade, presente no direito comparado, de serem acionados sogros, genros ou noras.

16.4.3 Alimentos Decorrentes do Casamento

Já decantamos em nosso estudo que os cônjuges devem-se mútua assistência (art. 1.566, III). Daí o direito a alimentos, embora a expressão “mútua assistência” não se refira somente aos alimentos. A regra geral é, portanto, que, em caso de separação judicial ou de fato, o marido prestará pensão alimentícia à mulher. A situação do divórcio merece exame casuístico. A doutrina e a jurisprudência brasileira

“têm emprestado à pensão, concedida na separação judicial ou no divórcio, nítida natureza alimentar, representativa do prolongamento do dever de assistência, nascido com o vínculo do casamento” (Pereira, 1998:89).

O Código Civil de 1916, todavia, não continha dispositivo algum referente a alimentos entre cônjuges, pois a disciplina dos arts. 396 a 405 dirigia-se ao parentesco. O Código de 2002 destaca os arts. 1.702, 1.703 e 1.704, para enfrentar situações de alimentos no desfazimento da sociedade conjugal.

Com a igualdade de direitos entre os cônjuges, estabelecida no ordenamento constitucional, nada obsta, perante os pressupostos legais, que o homem venha pedir alimentos à mulher. Ocorre, porém, na maioria das vezes, caber ao varão suprir a maior parte das necessidades do lar. Nem sempre, no entanto, a mulher será a parte mais fraca na relação conjugal. Não subsiste o direito alimentar se ambos os cônjuges desfrutam de igual situação financeira. Perante a equivalência de posição jurídica do marido e da mulher, todos os deveres e direitos que se analisam aplicam-se reciprocamente a ambos.

Lembremos, por outro lado, que não impede o pedido de alimentos o fato de o casal estar habitando sob o mesmo teto, desde que se demonstre que um dos cônjuges não está sendo devidamente suprido pelo outro das necessidades de subsistência, embora esta não seja opinião unânime. A situação, se não é comum, não é cerebrina (RT 574/271). Os dramas na convivência conjugal vão muito além dos esquemas jurídicos. Ademais, não é necessária a separação judicial, também, para que se requeiram alimentos. Os separados de fato podem fazê-lo.

O ordenamento descreve situações nas quais se exclui o dever de prestar alimentos. Assim, o art. 234 do Código de 1916 descrevia que cessava para o marido essa obrigação quando a mulher abandonava sem justo motivo o lar conjugal. Aplicando-se a isonomia, o mesmo se daria com relação à mulher, quando era o marido que saía injustificadamente do lar. Portanto, o abandono voluntário do lar conjugal fazia cessar o direito de pedir alimentos. Não se aplicava o dispositivo, se a saída do lar fosse provocada pelo outro cônjuge, ou, genericamente, por motivo justo.²¹ A matéria era de prova.

O novel Código, o qual, como comentamos, introduziu no ordenamento os alimentos denominados necessários, aqueles de âmbito restrito, a eles se refere nas hipóteses nas quais o cônjuge é declarado culpado. O art. 1.704 se reporta, na verdade, aos alimentos cômputos também chamados civis, no *caput*, e aos alimentos necessários ou naturais, no parágrafo único:

“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.

Parágrafo único. 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”.

Como a Emenda Constitucional citada retirou do direito brasileiro a noção de culpa ao extinguir o estado de separação judicial, esse artigo deve, doravante, ser tido como inaplicável, cabendo à jurisprudência atentar para os princípios gerais do direito a alimentos.

Como se observa, nesse caso os alimentos necessários somente seriam devidos por um cônjuge ao outro culpado quando este não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho. Já de há muito se discute sobre a inconveniência de ser levada a culpa para as situações de desfazimento da sociedade conjugal. Esse elemento já deveria ter sido suprimido. Há, portanto, vários aspectos de fato, presente essa indesejável noção de culpa na separação ou divórcio, em boa hora extinta, que podiam ser trazidos à discussão em um processo de alimentos sob essas premissas. O réu poderia, por exemplo, provar que o autor da ação possui parentes em condições de alimentá-lo. Também poderia ocorrer que o cônjuge pedisse os alimentos completos e, em face da contestação e do que for provado, o juiz apenas deferisse os alimentos necessários. É importante compreender que os alimentos necessários, quase mero óbolo, serão apenas aqueles estritamente imprescindíveis para a sobrevivência, ou seja, à subsistência do alimentando, como menciona o art. 1.694, § 2º. O caso concreto deveria definir seu montante. É discutível o alcance e a justiça desses alimentos, que muitas vezes poderão ser malvistas pelo meio social.

Se culpados ambos os cônjuges, não é justo, em princípio, que seja mantido o dever de alimentar.²² Afasta-se, no entanto, doravante, qualquer noção de culpa no desfazimento do casamento. Note que o Código Civil permitiu a percepção de alimentos necessários até mesmo na hipótese de culpa exclusiva do alimentando, não é de se negar a percepção dos alimentos mínimos nessa hipótese de culpa concorrente.

Por outro lado, o art. 1.702 traduz a regra geral de alimentos na separação judicial litigiosa:

“Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694”.

Disposição semelhante é encontrada na Lei nº 9.278/96, art. 7º, no que se refere aos companheiros:

“Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

Afaste-se, contudo, a aplicação desses dispositivos com a extirpação da noção de culpa no término da relação conjugal.

Reitere-se que a insistência do legislador em mencionar culpa na separação conjugal conflitava frontalmente com a doutrina e a tendência das modernas legislações. Este e outros aspectos atinentes aos alimentos entre os cônjuges foram mencionados no Capítulo 9.

Também cessará o direito a alimentos se o cônjuge alimentando unir-se em casamento, união estável ou concubinato (art. 1.708).²³ Acrescenta ainda o parágrafo único desse artigo que o procedimento indigno do credor de alimentos, nessa situação, faz cessar o direito a alimentos. A indignidade do procedimento deve ser aferida no caso concreto. O alimentando que se entrega à delinquência ou à prostituição, por exemplo, pode perder o direito à pensão alimentícia. A norma possui evidente conteúdo ético e moral.

Por outro lado, o novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio (art. 1.709; idem, art. 30, da Lei nº 6.515/77). O Projeto nº 6.960 tentou modificar a redação do art. 1.709 para colocar o alcance da norma pretendido pelo legislador em termos corretos: *“A constituição superveniente de família pelo alimentante não extingue sua obrigação alimentar anterior”*.

Quanto à possibilidade de renúncia ao direito de alimentos por parte do cônjuge, a matéria já foi objeto de nosso estudo no Capítulo 9, referente à separação e divórcio. Aqui, enfatizamos mais uma vez que os termos aparentemente peremptórios do art. 1.707 do mais recente Código podem não pôr termo à questão. Vimos que o Projeto nº 6.960 tentou modificar a redação do art. 1.707 para permitir a renúncia dos alimentos entre os cônjuges. Não se confunde, no entanto, a renúncia aos alimentos, que é definitiva,²⁴ com sua dispensa, que é temporária. Os caminhos jurisprudenciais parecem indicar novamente que a renúncia de alimentos entre ex-cônjuges é peremptória e definitiva. Como está na exposição de motivos do futuro Estatuto das Famílias, a irrenunciabilidade dos alimentos foi limitada ao parentesco, abandonando-se a ideia de valorar a culpa do rompimento das relações afetivas, o que em nada melhora os direitos das famílias.

Como se observa das transcrições, o casamento e a união estável, por si só, não implicam dever de alimentar. Em qualquer situação, devem ser provados a necessidade e os demais requisitos dessa obrigação. Não há que entender os alimentos como uma singela indenização ao cônjuge inocente. Deve ser afastada essa ideia, ainda defendida por alguns.

No divórcio e na separação consensual, a petição indicará o valor da pensão, bem como poderá indicar garantias para o cumprimento da obrigação. No caso de divórcio decorrente da separação judicial, conforme o art. 26 da lei do Divórcio, o cônjuge que teve a iniciativa da separação, nos casos dos §§ 1º e 2º do art. 5º, da Lei do Divórcio, continuará com o dever de assistência ao outro.

Quando se trata de conversão em divórcio, na forma consensual, podem os cônjuges manter ou alterar as condições preestabelecidas para os alimentos. Há entendimento de que os alimentos não podem ser requeridos nessa modalidade de divórcio ou após sua decretação, se não estabelecidos anteriormente, porque a obrigação cessa definitivamente com o divórcio e a consequente ruptura do

vínculo. Em se tratando de conversão litigiosa, o entendimento é no sentido de que não pode ser cumulada com pedido de majoração, redução ou exoneração do dever alimentar (Oliveira, 1999b:73). Nessa hipótese, a matéria da contestação é limitada (art. 36).

16.4.4 Alimentos na União Estável

No Capítulo 2 deste volume, tratamos do casamento e da união estável. Reportamos ao que falamos acerca dessa união sem casamento protegida como entidade familiar, conforme a atual Constituição Federal (art. 226, § 3º). Desse modo, vimos que não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar, mas também pela comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, na dita família monoparental, e, para efeito de proteção do Estado, também a união estável entre homem e mulher, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Até a Lei nº 8.971/94, os tribunais entendiam majoritariamente que não existia dever alimentar entre os companheiros, pois silenciava a lei na proteção específica a essa união, embora vários diplomas legais a protegessem. Havia, porém, quem entendesse o contrário, admitindo o cabimento de pensão à ex-companheira, comprovada a convivência duradoura (Pereira, 1998:123). A Constituição de 1988, porém, ao reconhecer a união estável como entidade familiar, tornou inafastável esse direito. A lei nº 8.971 permitiu, no art. 1º, que

“a companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.

Parágrafo único. Igual direito e nas mesmas condições é reconhecido ao companheiro de mulher solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva”.

Nessa não muito elogiável redação, reconheceu-se o direito a alimentos aos companheiros. A seguir, a Lei nº 9.278/96 reconheceu a entidade familiar duradoura de um homem e de uma mulher e prescreveu a assistência material recíproca (art. 2º, II). No art. 7º, a noção é completada:

*“Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.*²⁵

Antes dessas leis, não havia obrigação alimentar decorrente do companheirismo na lei, e os reflexos patrimoniais eram conferidos a outro título, sem relação com o instituto. Anotamos, das dicções legais, que somente se admitem as uniões estáveis entre pessoas de sexo diferente. Nada impede, também, para reconhecimento dessa união, que os conviventes sejam casados com terceiros, separados de fato ou não, pois a Lei nº 9.278/96 não faz a distinção, que estava presente na lei

anterior (nº 8.971/94), que se referia à convivência de pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva. Desse modo, é perfeitamente possível, no caso concreto, que pessoa separada de fato ou de direito ou divorciada tenha que fornecer alimentos tanto ao cônjuge como à concubina, da mesma forma que é possível pensionar mais de uma ex-esposa. A problemática, na verdade, se inicia por definir se o atual Código Civil revogou efetivamente essas duas leis.

Firmada pela lei a obrigação alimentícia entre os companheiros, identicamente ao casamento, há causas que admitem sua exclusão e extinção. Identicamente, portanto, conforme o art. 1.724 do presente Código, *“as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”*. Assim, por exemplo, por perfeita analogia com o matrimônio, aquele que voluntariamente abandona o lar perde o direito a alimentos. A mesma jurisprudência aplicável ao casamento nessa hipótese também se amolda à união estável. É importante ter em mente que benefício algum, superior, maior ou melhor que os concedidos ao casamento, deve ser outorgado à união sem casamento. Como em toda situação de alimentos, também entre os companheiros há que existir necessidade de ser beneficiário de alimentos; extinguir-se-á a obrigação de alimentar se o companheiro une-se a outra pessoa etc. Da mesma forma que no casamento, não sendo os conviventes parentes, pode haver renúncia aos alimentos no desfazimento dessa sociedade.

16.5 TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Apontamos anteriormente que o art. 23, da Lei nº 6.515/77, Lei do Divórcio, estampou que a obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, redação mantida pelo art. 1.700 do vigente Código. Essa dicção colocou em xeque o art. 402 do Código de 1916, que se referia à regra tradicional da intransmissibilidade da obrigação alimentícia aos herdeiros do devedor. Essa inovação, como dissemos, continua a disseminar incertezas. Devemos, todavia, propender para a posição mais lógica dentro do sistema.

Sílvio Rodrigues (1999:367) era peremptório ao afirmar, a nosso ver com absoluta razão, que, como o legislador inseriu esse art. 23 na lei sobre dissolução de sociedade conjugal, esse preceito é restrito ao caso de alimentos fixados no desfazimento da sociedade conjugal e limita-se às obrigações envolvendo exclusivamente os cônjuges. Desse modo, não havia como se estender a transmissibilidade da obrigação alimentícia para o parentesco, permanecendo para ele perfeitamente aplicável o antigo art. 402.²⁶ Presente agora a disposição de forma genérica no corrente Código, a argumentação cai por terra. Yussef Said Cahali, em sua profunda monografia sobre alimentos, aponta vários julgados que sufragaram esse entendimento (1979:84). Conclui, porém, que o dispositivo não se restringe unicamente aos cônjuges.

O mencionado art. 23, de seu lado, reportava-se ao art. 1.796 do velho Código, pelo qual a herança responde pelas dívidas do falecido; contudo, feita a partilha, só respondem os herdeiros,

cada qual em proporção à parte que na herança lhe coube. Anote-se, portanto, que embora o dispositivo em berlinda fale em transmissão aos herdeiros, essa transmissão é ao espólio. É a herança, o monte-mor, que recebe o encargo. É justamente nesse sentido que se posiciona o projeto do Estatuto das Famílias: à obrigação alimentar transmite-se ao espólio, até os limites das forças da herança (art. 119). De qualquer forma, ainda que se aprofunde a discussão, os herdeiros jamais devem concorrer com seus próprios bens para alimentar o credor do morto. Por isso, devem fazer o inventário, justamente para discriminar o patrimônio próprio e os bens recebidos na herança. Participam da prestação alimentícia transmitida, na proporção de seus quinhões hereditários. Não há sucessão da pensão alimentícia além das forças da herança; isto é uma verdade que não pode ser subvertida (Rizzardo, 1994:736). Cabe ao credor tomar as medidas procedimentais cabíveis para que se assegure a manutenção da pensão, conforme os ativos da herança. Também parece decorrer do texto legal que esses alimentos transmissíveis são somente aqueles já firmados em decisão judicial ou decorrentes de ação já proposta quando da morte do alimentante.

Há, porém, outras posições interpretativas do dispositivo, inclusive a extremada que entende que a transmissão da obrigação alimentar é integral e incondicionada, bem como outra corrente que entende que essa obrigação refere-se apenas às prestações vencidas até a data da morte. Tudo é no sentido, porém, de que o legislador foi particularmente obscuro ao redigir esse art. 23, repetindo-o no atual Código. O Projeto nº 6.960 procurou também restringir devidamente o alcance dessa norma, nos termos em que a maioria tem entendido, redigindo-a da seguinte forma:

“A obrigação de prestar alimentos decorrentes 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”.

Ainda que não se converta tal dicção em lei, nem a do projetado Estatuto das Famílias, essa deve ser a correta interpretação do art. 1.700 atual, porque traduz a *mens legis* e harmoniza-se com o sistema. Se o alimentando é herdeiro do falecido, do mesmo modo não subsiste razão para que persista o direito a alimentos após a morte do autor da herança. Da mesma forma, a transmissão da obrigação de alimentar no texto projetado fica restrita apenas aos alimentos decorrentes do casamento e da união estável, o que por si só não se justifica.

16.6 CONTEÚDO E CONDIÇÕES DA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA

Apontamos anteriormente, com respaldo no art. 1.694, que os alimentos devem ser fixados de acordo com a necessidade do alimentando e as possibilidades do alimentante. A necessidade é considerada em função de cada caso concreto, necessidades educacionais, culturais etc., levando-se em conta também o nível social das pessoas envolvidas. Mencionamos também que os alimentos chamados *necessários* possuem um espectro bem mais reduzido.

Não tem o alimentante, por seu lado, obrigação de dividir sua fortuna com o necessitado. O espírito dos alimentos não é esse. O pagamento é periódico, tendo em vista a natureza dessa obrigação. Nessa fixação reside a maior responsabilidade do juiz nessas ações. Nem sempre será fácil aquilatar as condições de fortuna do indigitado alimentante: é frequente, por exemplo, que o marido ou pai, sabedor que poderá se envolver nessa ação, simule seu patrimônio, esconda bens e se apresente a juízo como um pobre eremita. Desse modo, a prova dos ganhos do alimentante é fundamental. Não há norma jurídica que imponha um valor ou padrão ao magistrado. Quando se trata de pessoa assalariada regularmente, os tribunais têm fixado a pensão em torno de um terço dos vencimentos, mormente quando trata de alimentos pedidos pela mulher ao marido. Por outro lado, os alimentos devem ser fixados com base nos rendimentos do alimentante, e não com fundamento em seu patrimônio. O sujeito pode ter bens que não produzem renda. Não há mínima condição de forçá-lo, direta ou indiretamente, a vender seus bens para suportar o pagamento.

A prestação alimentícia pode ser alterada a qualquer tempo. Questão importante é a correção monetária. Consoante o art. 1.710, as prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido. Nada impede, porém, que os reajustes tenham como base as majorações que sofrem os proventos do alimentante, assegurando-se sempre o poder aquisitivo do valor monetário. No entanto, impõe-se um critério justo a partir da fixação dos provisórios, pois o inadimplemento pode dar margem à grave sanção da prisão. Importa também que o juiz aprecie as condições de quem pede: ainda que seja a mulher, hoje sua situação na sociedade exige que se insira no mercado de trabalho. O estabelecimento da pensão alimentícia não pode, em hipótese alguma, ser incentivo ao ócio. Diferente será a situação se o alimentando é criança, inválido ou pessoa de avançada idade, alijada do mercado de trabalho.

16.7 AÇÃO DE ALIMENTOS. LEI Nº 5.478/68

A ação de alimentos disciplinada pela Lei nº 5.478/68 tem rito procedimental sumário especial, mais célere; uma espécie de sumaríssimo, como o dos Juizados Especiais, e destina-se àqueles casos em que não há necessidade de provar a legitimação ativa do alimentando. O CPC de 2015 trata das ações de família nos arts. 693 ss, mas ressalva a aplicação da lei específica na hipótese de alimentos (art. 693, parágrafo único). Aplicam-se os artigos do CPC no que for compatível. Essa lei será expressamente revogada quando entrar em vigor o Estatuto das Famílias, que apresenta exaustiva parte processual. Essa nova lei busca maior facilidade na execução e maior coercibilidade. Quando a paternidade ou maternidade, o parentesco, em geral, não está definido, o procedimento deve ser comum, cumulando o pedido de investigação com o pedido de alimentos. Modernamente, não há mais restrições a qualquer reconhecimento de filiação, não havendo mais necessidade de a sentença decidir acerca da paternidade apenas incidentalmente, para o fim de conceder alimentos, como nas antigas hipóteses quando o filho não podia ser reconhecido. A lei especial permite a concessão

liminar de alimentos provisórios. Sem a prova pré-constituída do parentesco, não podem ser concedidos os provisórios nem mesmo se admite essa ação de procedimento especial. Poderá o interessado, porém, ainda que se utilizando do procedimento comum, valer-se do poder geral de cautela do juiz para esse fim.

De qualquer modo, a ação para pleitear o benefício é a ação de alimentos. No sistema do CPC de 1939, admitia-se medida cautelar de prestação de alimentos provisionais, após instrução sumária.

A Lei nº 883/49, dispondo sobre o reconhecimento de filho ilegítimo, disciplinou que o autor teria direito a alimentos provisionais desde que lhe fosse favorável a sentença de primeira instância, embora submetida a recurso (art. 5º).

Foi, no entanto, a Lei nº 5.478/68 que ordenou de forma sistemática a pretensão a alimentos, almejando maior celeridade e eficiência. Permanece possível a ação de procedimento comum, como vimos, e o CPC de 2015 introduz algumas modificações à lei anterior. A Lei do Divórcio também trouxe algumas disposições processuais sobre alimentos e a Lei nº 8.560/92, já por nós examinada, atinente à investigação de paternidade, também determina que, quando a sentença de primeiro grau reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite (art. 7º). A fixação na sentença de primeiro grau, nesses casos, procura atender à premência da necessidade do filho, com certo grau de verossimilhança.

Desse modo, a ação especial de alimentos, aquela fundada em prova pré-constituída da obrigação, vem sendo aplicada com aceitação desde sua promulgação, há várias décadas. Trata-se, portanto, de ação que compete a uma pessoa para exigir de outra, em razão de parentesco, casamento ou união estável, os recursos de que necessita para subsistência, na impossibilidade de prover por si o próprio sustento (Covello, 1994:27). A ação pode ser ajuizada pelo interessado, por seu representante legal e pelo Ministério Público. Cabe ao Ministério Público intentar a ação em favor de menores de 18 anos, sempre que se fizer necessário, nos termos do art. 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente. No Estado de São Paulo, tradicionalmente, quando não há órgão próprio de assistência judiciária, cabe ao promotor público intentar a ação, na falta de provisão a advogado dativo nomeado pelo juiz. Em qualquer situação, a participação do Ministério Público nas ações de alimentos é obrigatória (art. 178, II, do CPC).

Vários dispositivos inovadores em prol da celeridade foram introduzidos na ação de alimentos, depois absorvidos por leis processuais posteriores, alguns emprestados da experiência do processo do trabalho; outros, do direito estrangeiro.

O pedido independe de distribuição e de prévio pedido de gratuidade, bastando a simples afirmação de pobreza pelo interessado. O autor pode dirigir-se ao juízo pessoalmente ou por advogado, provando apenas o parentesco ou a obrigação alimentar do réu. Se o autor não indicar advogado para assisti-lo, o juiz fará a designação (art. 1º).

Disposição fundamental é a que permite ao juiz fixar desde logo alimentos provisórios, salvo se

o devedor declarar expressamente que deles não necessita. Será designada audiência, com prazo razoável para que o réu apresente contestação. A lei permite que o juiz oficie ao empregador do réu, ou responsável pela repartição, se for funcionário público, para que informe até a audiência sobre os vencimentos, sob pena de crime contra a administração da justiça (art. 5º, § 7º). A medida visa possibilitar a revisão dos provisórios e o estabelecimento dos definitivos.

Quanto aos alimentos provisórios, podem ser revistos a qualquer tempo, processando-se em apartado (art. 13, § 1º). Os alimentos, em qualquer caso, retroagem à data da citação (§ 2º). Os alimentos provisórios serão devidos até a decisão final, inclusive o recurso extraordinário (§ 3º). Cumpre salientar que, nesses casos, o recurso será recebido somente em seu efeito devolutivo, por expressa ordem legal (CPC, art. 1.012, § 1º, II). Segundo o *caput* do art. 13, o disposto nessa lei se aplica, no que couber, às ações ordinárias de separação judicial, nulidade, anulação de casamento, revisionais de alimentos e respectivas execuções. O art. 15 observa que a decisão judicial sobre alimentos não transita em julgado, podendo ser revista a qualquer tempo, com observância dos requisitos já apontados.

16.7.1 Execução de Alimentos. Prisão do Devedor

A Constituição Federal dispôs:

“Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (art. 5º, LXVII).

O art. 19 da Lei de Alimentos permite que o juiz tome todas as providências possíveis para a satisfação dos alimentos determinados, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 dias. O art. 733 do CPC de 1973, lei posterior, fixou o prazo de um a três meses de prisão. O CPC de 2015 mantém o prazo de um a três meses de prisão e ainda determina o protesto da decisão judicial (art. 528, § 3º).

O cumprimento dessa pena de prisão, contudo, não exime o devedor do pagamento das prestações vincendas e vencidas e não pagas (art. 528, § 5º). A prisão é meio coercitivo para o pagamento, mas não o substitui. A possibilidade de prisão do devedor de prestação alimentícia insere-se entre os atos concretos que o Estado pode praticar para satisfação do credor. A jurisprudência tem restringido a óptica dessa prisão aos últimos meses de inadimplência por parte do alimentante, geralmente três últimos meses em aberto, dada a natureza intrínseca da finalidade da prisão e dos alimentos. Não há que se decretar a prisão por alimentos pretéritos, distantes da necessidade premente e atual do alimentando.²⁷

O ordenamento procura facilitar a satisfação do credor de pensão alimentícia, colocando à

disposição várias modalidades de execução. O aspecto da prisão do devedor é apenas um deles. O CPC cuida da execução da prestação alimentícia nos arts. 911 a 913). A forma mais cômoda de execução, recomendada pelo art. 16 da lei especial, é o desconto em folha de pagamento: quando o devedor for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa, bem como empregado sujeito à legislação do trabalho, o juiz mandará descontar em folha de pagamento a importância da prestação alimentícia (art. 912). A comunicação ao órgão encarregado do desconto será feita por ofício.

Na execução de sentença da decisão de obrigação alimentícia, o juiz mandará citar o devedor para, em três dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo (art. 911). Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, decretará a prisão de um a três meses (art. 528, § 3º). Apesar da aparente peremptoriedade da lei, não se decretará a prisão de ofício (RT 732/357). Essa prisão cabe no descumprimento de pagamento de alimentos tanto provisórios, como definitivos.²⁸

Podemos concluir com Araken de Assis (1996:130):

“Foi pródiga a disciplina legal em relação aos meios executórios da obrigação de prestar alimentos. Três mecanismos tutelam a obrigação alimentar: o desconto (art. 734 do CPC), a expropriação (art. 646) e a coação pessoal (art. 733). O legislador expressou, na abundância da terapia executiva, o interesse público prevalente da rápida realização forçada do crédito alimentar”.

Advirta-se, contudo, que a jurisprudência somente tem admitido a execução nos termos do art. 733 do CPC de 1973, com prisão do alimentante, (CPC de 2015, art. 911 e 528, § 3º, do CPC de 2015) para cobrança das prestações alimentares dos últimos três ou no máximo seis meses; para as mais antigas, exige que a execução seja nos termos do art. 732, do mesmo diploma legal. Neste sentido:

“Habeas corpus. Prisão civil. Devedor de alimentos. Execução na forma do artigo 733 do Código de Processo Civil. Na execução de alimentos, prevista pelo artigo 733 do Código de Processo Civil, ilegítima se afigura a prisão civil do devedor fundada no inadimplemento de prestações pretéritas, assim consideradas as anteriores às três últimas prestações vencidas antes do ajuizamento da execução. Ordem parcialmente concedida” (Superior Tribunal de Justiça, HC 11040/SP (199900966252), j. 2-12-1999, 4ª Turma, Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ, 27-3-2000, p. 105, unânime).

“Execução de alimentos. Prisão. Débito que se estende ao longo do tempo. Construção que se limita ao adimplemento das prestações mais recentes. Concessão parcial da ordem de Habeas Corpus. A pena de prisão por dívida alimentar tem como pressuposto a atualidade do débito, de sorte que determinada a constrição como meio de coagir à

quitação de prestações inadimplidas por quase dois anos, cabível é a concessão parcial da ordem para condicioná-la, apenas, ao pagamento das três últimas parcelas. II. Ordem concedida em parte” (Superior Tribunal de Justiça, Acórdão: HC 11540/SP (199901169208), j. 18-4-2000, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ, 26-6-2000, p. 172).

1 “Agravado interno no agravo em recurso especial – Processual Civil – Cerceamento de defesa – Não Ocorrência – Alimentos – **Binômio necessidade/possibilidade** – Revisão – Súmula 7/STJ – Recurso desprovido – 1- As instâncias ordinárias, soberanas na análise do contexto fático e probatório dos autos, afastaram o alegado cerceamento de defesa sob o fundamento de que os documentos contidos nos autos seriam suficientes para a análise do binômio necessidade-possibilidade. Afirmaram, além disso, que as provas requeridas pelas agravantes buscam a demonstração de fatos já delineados pelo conjunto probatório dos autos. 2- É entendimento desta Corte que a produção probatória se destina ao convencimento do julgador, e, sendo assim, o juiz, por estar mais próximo da realidade, pode rejeitar a produção de determinadas provas, em virtude da irrelevância para a formação de sua convicção, mormente se voltadas a demonstrar o quanto já revelado no processo por outras vias, descaracterizando, assim, o prejuízo capaz de viciar o feito, como ocorreu na espécie. 3- Quanto aos alimentos, verifica-se que foram fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), levando em conta os elementos de prova constantes dos autos, bem como o binômio necessidade/possibilidade e proporcionalidade. 4- A alteração do entendimento firmado no acórdão recorrido demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório, o que é vedado no recurso especial pela Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5- Agravo interno a que se nega provimento” (STJ – AGInt-AG-REsp 855.974 – (2016/0027221-0), 15-9-2016, Rel. Min. Raul Araújo).

“Agravado – **Ação de alimentos** – Decisão que fixou os alimentos provisórios em dois salários mínimos. Inconformismo das alimentandas. Acolhimento parcial. Valor fixado com razoabilidade. Réu que suporta também despesas com plano de saúde e com escola das filhas. Inclusão na obrigação alimentar provisória destas despesas, sem prejuízo do valor de dois salários mínimos. Decisão reformada neste tópico. Recurso parcialmente provido” (TJSP – AI 2003939-66.2014.8.26.0000, 9-5-2014, Relª Viviani Nicolau).

“Apelação. **Alimentos**. Ação envolvendo cônjuges separados de fato. Improcedência, carreando à autora os ônus da sucumbência. Apelo da autora. Não acolhimento. Demanda ajuizada após sete anos da separação de fato. Necessidade que, por si, não justifica a pensão, dada a comprovação da alegada incapacidade do réu para suportar o pagamento dos alimentos almejados. Réu que constituiu outra família, tem outros dois filhos menores de idade e que, ao contrário da autora, arca com despesa de aluguel. Autora com 44 anos de idade. – Ausência de comprovação de impossibilidade de realização de qualquer trabalho remunerado. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso” (TJSP – Ap. 0032979-61.2012.8.26.0562, 21-8-2013, Relª Viviani Nicolau).

“Processual civil. Civil. Recurso especial. **Ação de alimentos**. Curso superior concluído. Necessidade. Realização de pós-graduação. Possibilidade. 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. 2. É presumível, no entanto – pre- sunção *iuris tantum* –, a necessidade dos filhos de continuarem a receber alimentos após a maioridade, quando frequentam curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional. 3. Porém, 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 tem por objetivo, tão só, preservar as condições mínimas de sobrevivência do alimentado. 4. Em rigor, a formação profissional se completa 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. 5. Persistem, a partir de então, as relações de parentesco, que ainda possibilitam a percepção de alimentos, tanto de descendentes quanto de ascendentes, porém desde que haja prova de efetiva necessidade do alimentado. 6. Recurso especial provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial

1.218.510 – SP, 27-9-2012, Rel. Min. Nancy Andrighi).

“Direito de família. Apelação cível. Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos. Comprovação da paternidade por meio de exame de DNA. Declaração por ocasião da sentença. Pedido de minoração do *quantum* arbitrado à título de pensão alimentícia. Arguição de modificação na situação econômica do alimentante. Ausência de provas nesse sentido. Constituição de nova família e de outros filhos que, por si só, não faz presumir a insuficiência econômica para suportar a obrigação alimentar. Observância do binômio necessidade/possibilidade. Dever de assistência evidenciado. Manutenção do encargo alimentar. Precedentes desta corte de justiça. Manutenção da sentença que se impõe. Recurso conhecido e desprovido” (TJRN – Acórdão. Apelação Cível 2010.013471-1, 12-4-2011, Rel. Des. Expedito Ferreira).

2 “Agravado regimental no agravo (art. 544 do CPC/73) – Ação de alimentos – Decisão monocrática negando provimento ao reclamo – Binômio necessidade/possibilidade – Incidência da Súmula 7/STJ – Insurgência da autora – 1 – A conclusão da Corte local acerca do binômio necessidade-possibilidade foi inferida a partir da análise do acervo fático-probatório constante dos autos. Assim, o acolhimento da tese veiculada nas razões do especial, no sentido de que a parte adversa teria possibilidade de arcar com alimentos em maior valor do que aquele arbitrado pelas instâncias ordinárias, demandaria revolvimento desses elementos, situação que atrai a incidência da Súmula nº 7 do STJ. 2 – Agravo regimental desprovido” (STJ – AgRg-AG-REsp. 672.140 – (2015/0048472-0), 31-5-2016, Rel. Min. Marco Buzzi).

“Apelação – Ação de divórcio direto litigioso c/c alimentos – Irresignação restrita à partilha e aos alimentos (não arbitrados em favor da autora apelante) – Somente devem ser partilhados os bens que, ao tempo da dissolução do vínculo conjugal, ainda forem de propriedade do casal – Desse contexto excetuam-se, por óbvio, aqueles que, por livre consentimento dos consortes, acabaram alienados em data anterior. Indagações sobre vícios dos negócios jurídicos escapam aos lindes desta demanda. No atinente aos alimentos, uma vez que o dever entre ex-cônjuges tem caráter assistencial, constitui ônus da postulante a prova da extrema impossibilidade de prover à própria subsistência digna, do grau das necessidades havidas e da possibilidade econômica do ex-consorte, demonstrações essas que não sucederam na espécie. Sentença correta. Recurso desprovido” (TJSP – Ap. 0002407-25.2011.8.26.0347, 8-4-2014, Rel. Beretta da Silveira, j. 8-4-2014).

“Agravo de instrumento – **Ação de alimentos**. Decisão que fixou alimentos provisórios a favor da ex-mulher e da filha menor em quantia equivalente a vinte salários mínimos. Pleito de reforma da decisão para redução dos alimentos fixados. Reforma parcial da decisão agravada, para o fim de reduzir os alimentos provisórios para doze salários mínimos, até melhor análise do binômio necessidade/possibilidade nos autos principais. Dá-se parcial provimento ao recurso” (TJSP – AI 0037635-64.2013.8.26.0000, 26-7-2013, Rel.^a Christine Santini).

“Agravo de instrumento. Ação de exoneração de alimentos. Filha maior de idade. **Binômio: necessidade e possibilidades**. Prova. Necessidade de contraditório. A maioria da filha, credora da verba alimentar, por si só, não desobriga o alimentante da prestação de alimentos, nos termos do que dispõem os artigos 1.694 e 1.695 do Código Civil. Para exoneração liminar, imprescindível a alteração do binômio necessidade e possibilidade desde a fixação dos alimentos em revisão. Negaram provimento ao apelo” (TJRS – Acórdão AI 70047190707, 12-5-2012, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz).

“**Agravo de instrumento**. Ação de separação judicial c/c declaração de união estável. Alimentos provisionais. Indeferimento. Insurgência. Binômio necessidade/possibilidade. Art. 1.694, § 1º, do Código Civil. Ausência de comprovação da necessidade da parte requerente em receber alimentos. Maior dilação probatória. Imprescindibilidade. Recurso conhecido e não provido” (TJPR – Acórdão. Agravo de Instrumento 620.016-6, 31-3-2010, Rel. Des. Fernando Wolff Bodziak).

3 “Agravo regimental no recurso especial – Ação de alimentos – Aplicação do art. 13, § 2º, da Lei nº 5.478/1968 – Retroação à data da citação – Agravo regimental improvido – 1- No julgamento do EREsp nº 1.181.119/RJ, a Segunda Seção desta Corte firmou orientação no sentido de que os efeitos da sentença proferida em ação de revisão de alimentos, independentemente de referir-se a aumento, redução ou exoneração, retroage à data da citação. 2- Se a parte agravante não apresenta argumentos hábeis a infirmar os fundamentos da decisão regimentalmente agravada, deve ela ser mantida por seus próprios fundamentos. 3- Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg-REsp 1.502.691 – (2014/0322958-6), 1-4-2016, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

“Civil. Ação de dissolução de sociedade de fato. **Alimentos**. Companheiros. Obrigação de assistência mútua. Critério para a fixação. Exegese do art. 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002. Valor mantido. Partilha de bem imóvel ocupado, exclusivamente, pela mulher, a partir da separação. Condomínio. Indenização correspondente à metade do valor estimado do aluguel, ante a exclusividade da fruição do imóvel pela ex-companheira. Recurso parcialmente provido. A ex-companheira tem direito a alimentos provisórios, mormente em face de seu frágil estado de saúde e de sua baixa qualificação profissional, que lhe rende dificuldades para ingresso

no mercado de trabalho. Com a separação do casal cessa a comunhão de bens, de modo que, embora não operada a partilha do patrimônio comum do casal, faculta-se a um dos ex-companheiros exigir do outro, se este estiver na posse e uso exclusivos de determinado imóvel, parcela correspondente à metade da renda de um presumido aluguel, devida a partir da citação, como forma de indenização. Enquanto indiviso o imóvel, a propriedade do casal sobre ele remanesce, sob as regras regentes do instituto do condomínio, notadamente a que estabelece que cada condômino responde perante os outros pelos frutos que percebeu da coisa, conforme o art. 1.319 do CC/2002. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição dele” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2010.086983-8, 29-4-2012, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben).

“Cível e processual civil. Ação de exoneração de pensão alimentícia. **Análise do binômio necessidade/possibilidade**. Situação econômica do alimentante. Mudança. Redução do *quantum*. I – Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. Inteligência do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. II – Em se tratando de ação de exoneração de prestação alimentícia e havendo prova inequívoca da alteração da situação econômica do alimentante, o qual não suporta o valor antes estabelecido, impõe-se a redução do *quantum* da obrigação alimentar. III – Sendo o vencido beneficiário da assistência judiciária não deve arcar com pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. IV – Apelação conhecida e desprovida” (TJMA – Acórdão Apelação Cível 033748-2010, 1º-2-2012, Rel. Des. Jaime Ferreira de Araujo).

“Cível – Família – Fixação de alimentos – Ex-cônjuge – Possibilidade – Observância ao binômio necessidade-possibilidade – Decisão agravada mantida – Agravo conhecido e improvido – 1. A obrigação de prestar alimentos entre ex-cônjuges fundamenta-se no dever de mútua assistência, sendo lícito àquele que não possui condições de autossustento requerer auxílio ao seu ex-companheiro. 2. A fixação de alimentos deve pautar-se no binômio necessidade-possibilidade instituído pelo § 1º do art. 1.694 do Código Civil. 3. No presente caso, parece-me que o patamar estabelecido a título de alimentos provisórios se alinha com as necessidades da autora/agravada, não somente no tocante ao indispensável à sua sobrevivência como o necessário para que possa **viver de modo compatível com**

sua condição social, mantendo o seu padrão de vida, e parecem se adequar com as possibilidades do agravante, atendendo ao chamado binômio necessidade-possibilidade. 4. Ademais, oportuno esclarecer que o magistrado singular detém um contato mais estreito com a realidade das partes envolvidas na ação de alimentos, estando sem sombra de dúvidas mais habilitado a fixar os alimentos provisórios que o Órgão de Segundo Grau. 5. Agravo conhecido e improvido, mantendo incólume a decisão vergastada” (TJCE – AGI 45.907-10.2010.8.06.0000/0, 23-2-2011, Relª Desª Maria Nailde Pinheiro Nogueira).

4 “**Direito internacional**. Processual civil. Sentença estrangeira. Pedido de homologação. Acordo sobre guarda de menor. Sentença brasileira superveniente. Modificação da situação jurídica. Possibilidade. Ôbice à homologação do título estrangeiro. Cláusula de vedação ao acesso à justiça. Impossibilidade de homologação. Precedentes. 1 – Cuida-se de pedido de homologação de sentença estrangeira, que disciplinou acordo entre as partes sobre guarda de menor, efetuado no Reino Unido. Após o acordo, todavia, sobreveio sentença judicial brasileira – Modificativa dos termos do acordo – Que determinou a guarda para um dos cônjuges. 2 – Em caso semelhante, a Corte Especial do STJ já consignou que ‘as decisões acerca da guarda de menor e respectivos alimentos não se submetem aos efeitos da coisa julgada, que pode ser relativizada diante da alteração dos fatos, sempre, sobrelevando o interesse do infante (...) Nesse contexto, homologar o provimento estrangeiro que decidiu sobre a mesma matéria, mas em circunstâncias outras – Já modificadas, e reconsideradas, (...), implicaria a coexistência de dois títulos contraditórios, em manifesta afronta à soberania da jurisdição nacional’ (SEC 5.635/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 9.5.2012). No mesmo sentido: SEC 4.913/EX, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 22.05.2012. 3 – ‘Não é passível de homologação no Superior Tribunal de Justiça sentença estrangeira que, em processo consensual ou litigioso, exclua expressamente ou possa excluir na sua execução, de antemão, a competência da Justiça brasileira, sob pena de se ferir a soberania nacional’ (SEC 5.262/EX, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, DJe 16.12.2011). Pedido de homologação indeferido” (STJ – SEC 7.331 – (2012/0042159-1), 16-10-2013, Rel. Min. Humberto Martins).

“**Ação de alimentos de ex-esposa em face de ex-marido** – Sentença de extinção, sob fundamento de coisa julgada, ante ação ajuizada anteriormente e julgada improcedente. Em ações de alimentos, não ocorre o fenômeno da coisa julgada, ante o teor do artigo 15, da Lei 5.478/68. No caso dos autos, não foram alegados fatos novos, ocorridos após o julgamento do primeiro feito, impossibilitando seu normal processamento, por falta de interesse processual. Indeferimento mantido, com fundamento diverso. Recurso desprovido, com observação” (TJSP – Ap. 0013026-19.2011.8.26.0604, 31-10-2012, Rel. Edson Luiz de Queiroz).

“**Redução** – Decisão interlocutória parcialmente reformada – 1. No caso, agravo em ação de alimentos contra decisão

interlocutória que fixou verba alimentícia provisória aos três filhos do agravante, no valor equivalente a 24 (vinte e quatro) salários mínimos mensais. 2. Ao fixar a pensão alimentícia, deverá o Juiz observar as necessidades básicas dos alimentandos, levando em consideração o padrão de vida e a condição social deles, em consonância com as possibilidades econômicas do alimentante, conforme preceitua o Art. 1.694, § 1º do Código Civil. 3. O valor fixado no Juízo *a quo* não atende às especificidades do caso, uma vez que deixa de contemplar o binômio legal anteriormente referido. O agravante presta alimentos a outro filho, além disso, apresentou vasta gama de documentos que demonstram o elevado índice de despesas que o mesmo tem que arcar mensalmente. 4. Em busca de um valor coerente com as possibilidades do alimentante e com as necessidades dos alimentandos, vislumbra-se como razoável a quantia correspondente a R\$ 6.000,00 (seis mil reais) mensais – Agravado de instrumento conhecido e parcialmente provido – Decisão reformada – Unânime” (TJCE – AI 1959-18.2010.8.06.0000/0, 2-5-2011, Relª Desª Maria Iracema Martins do Vale).

5 “Agravado de instrumento – **Ação de divórcio** – Decisão agravada que arbitrou os alimentos provisórios em favor da autora, no valor equivalente a um salário mínimo mensal. Inconformismo. Não acolhimento. Alimentos provisórios arbitrados com razoabilidade, considerando o contexto fático e probatório existente na fase inicial do processo. Recorrente que não logrou êxito em demonstrar que a fixação supera as suas possibilidades ou as necessidades da autora. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso” (TJSP – AI 2255444-78.2015.8.26.0000, 1-4-2016, Relª Viviani Nicolau).

“Agravado de instrumento. **Ação de alimentos**. 1 – Arbitramento dos alimentos provisórios – Verba estabelecida no valor equivalente a 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do agravante. Excesso reconhecido. 2 – Provisórios reduzidos para a quantia equivalente a 20% (vinte por cento) dos rendimentos líquidos do agravante. Valor que se enquadra na capacidade contributiva do alimentante. Adequação ao binômio necessidade-possibilidade. Decisão parcialmente reformada. Agravado parcialmente provido” (TJSP – AI 0049967-63.2013.8.26.0000, 11-10-2013, Rel. Donegá Morandini).

“Apelação cível – Investigação de paternidade c/c alimentos – Ausência de comprovação das reais necessidades cotidianas da apelante e da possibilidade de contribuição do genitor – Majoração do valor fixado na sentença – Inviabilidade – **Aplicação ao disposto no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil** – Recurso desprovido. Demonstrando a apelante de forma inconsistente suas reais necessidades cotidianas que justificariam majoração do valor arbitrado a título de pensão alimentícia, deve-se manter a sentença que foi proferida em atendimento ao binômio: necessidade/possibilidade delineado no artigo 1.694, § 1º, do Código Civil” (TJMT – Acórdão Apelação Cível 21509/2010, 15-6-2012, Rel. Marilsen Andrade Addario).

“Apelação cível – Ação de alimentos – União estável – Demanda proposta por ex-companheira em face de ex-companheiro – Alegada incapacidade laborativa – Recebimento, porém, de benefício previdenciário – Requerido que percebe salário módico e tem quatro filhos menores – Não comprovação do binômio necessidade-possibilidade – Inexistência do dever de prestar alimentos e do direito de recebê-los – Recurso conhecido e desprovido – Nos termos do art. 1.694 do Código Civil, ‘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, a teor do § 1º do art. 1.694 do mesmo Código: ‘Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada’. Em ação de alimentos proposta por ex-companheira em face de ex-companheiro, não comprovada a real necessidade da postulante e nem a possibilidade do alimentante, vislumbrando-se, isto sim, que a pensão acarretaria prejuízo ao sustento próprio do requerido e ao de sua família (módicos recursos e quatro filhos menores para sustentar), não há que se conceder alimentos em favor da requerente” (TJSC – Acórdão 2011.031545-5, 24-8-2011, Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga).

6 “Apelação – Alimentos – Exoneração – Ação ajuizada por pai em face de filho que, a teor da inicial, alcançou a maioridade civil e exerce atividade laborativa. Processo extinto com fundamento no art. 267, VI e § 3º, do CPC/73. Apelo do autor. Inconsistência do inconformismo. Hipóteses ensejadoras da exoneração que já foram expressamente previstas no acordo que fixou o encargo. Previsão, outrossim, do direito de crescer, em benefício de irmã que não ocupa o polo passivo da ação. Interesse de agir ausente. Sentença confirmada. Negado provimento ao recurso” (TJSP – Ap 0006257-41.2015.8.26.0220, 29-8-2016, Relª Viviani Nicolau).

“**Alimentos**. Pedido do alimentante voltado a obter a compensação de valor pago com despesas de viagem do credor ao exterior. Decisão de primeiro grau que indefere o pedido. Conduta de mera liberalidade do alimentante. Impossibilidade de compensação. Pretensão de se estender à genitora do menor o dever igualitário de suportar as despesas. Controvérsia não submetida ao juízo de primeiro grau e não apreciada pela decisão agravada. Agravado não conhecido nessa parte e desprovido na parte conhecida” (TJSP – AI 0242240-06.2012.8.26.0000, 9-5-2013, Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan).

“Civil. Família. Alimentos. **Compensação com despesas relacionadas com o alimentado. Possibilidade**. 1. No direito das

obrigações, o credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa, nos termos do artigo 313 do Código Civil. De outra sorte, não se pode desconsiderar as despesas suportadas pelo genitor em prol do menor, para o exercício de atividades voltadas ao seu desenvolvimento físico, psíquico e intelectual, sob pena de favorecer a genitora do menor com eventual enriquecimento sem causa. 2. Repele-se a alegação de que toda e qualquer despesa que não tenha sido realizada pelo genitor por meio de depósito em pecúnia, a título de pensão alimentícia, deve ser tida como mera liberalidade do devedor e, portanto, como supérflua. A toda evidência, deve-se ter um juízo de razoabilidade e bom senso como diretrizes para a análise da compensação postulada, razão pela qual a doutrina e a jurisprudência têm se inclinado para a relativização da regra da incomensurabilidade de alimentos descrita nos artigos 373, II, e 1.707 do Código Civil, principalmente para o caso de débitos de mesma origem. 3. Apelação do embargado não provida. Apelação do embargante provida para acrescentar na compensação postulada as demais despesas efetivamente realizadas com o menor” (TJDF – Acórdão Apelação Cível 2009.01.1.117504-8, 29-3-2012, Rel. Des. Flavio Rostirola).

“**Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos** – Investigado que faleceu antes da citação – Demanda que prossegue contra os sucessores do *de cujus* – Sentença que, diante do resultado do exame de DNA realizado após coleta de material hematológico do investigante e dos outros filhos do investigado nascidos em casamento anterior, julgou procedente o pedido para reconhecer a paternidade e fixar alimentos definitivos em 30% do valor recebido pela viúva a título de pensão do INSS. Insurgência dos apelantes quanto ao reconhecimento da paternidade e à fixação de alimentos. Exame de DNA que aferiu 30 alelos que compõem a cadeia genética do autor, dos quais 15 têm origem materna e 15 paterna. Comparação do material genético do investigante com o dos supostos irmãos que identificou os 15 loci extraídos da parte atribuída ao pai na cadeia genética dos filhos do *de cujus*. Prova testemunhal que corrobora a paternidade. Reforma da sentença no tocante à condenação dos apelantes ao pagamento de pensão alimentícia. Inexistência de obrigação alimentar constituída antes do falecimento do genitor do demandante a ser transmitida aos herdeiros do *de cujus*. Inaplicabilidade do disposto no art. 1.700 do Código Civil de 2002 ao caso concreto. Recurso parcialmente provido” (TJSC

– Acórdão 2008.001830-0, 25-11-2010, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

7 “Direito civil – Divórcio Litigioso – **Alimentos** – Ex-cônjuges – Necessidade e possibilidade – Binômio comprovado – Transitoriedade – I- O término do casamento pelo divórcio não implica necessariamente a extinção do dever de prestar alimentos entre os ex-cônjuges, desde que não tenha havido renúncia ao direito pelo interessado. No entanto, deve ser tida como medida excepcional e exige a comprovação da necessidade de quem os reclama, no caso consubstanciada na incapacidade para o trabalho da alimentada, da capacidade financeira de quem os supre e, obviamente, observância às peculiaridades do caso, já que não se pode pretender que o dever de mútua assistência permaneça indefinidamente. II- Os alimentos fixados para o ex-cônjuge são, em regra, transitórios, isto é, a pensão alimentícia devida a ex-cônjuge deve ser fixada por tempo determinado. III- Deu-se parcial provimento ao recurso” (TJDFT – Proc. 20140210029434 – (927213), 17-3-2016, Rel. Des. José Divino de Oliveira).

“Agravado de instrumento – Civil e processo civil – Decisão interlocutória que fixou a obrigação alimentar em 30% (trinta por cento) dos rendimentos líquidos do agravante. Ação de alimentos. Ex-cônjuge. **Renúncia de verba alimentar no acordo de separação judicial**. Cláusula de renúncia válida e eficaz. Impossibilidade de o ex-cônjuge postular alimentos. Conhecimento e provimento do recurso” (TJRN – AI 2011.012587-0, 31-1-2012, Rel.^a Berenice Capuxú de Araújo Roque).

“**Alimentos** – Sentença de improcedência – Inconformismo – Não acolhimento – Havendo renúncia ou dispensa dos alimentos na separação e não existindo qualquer ressalva na conversão daquela em divórcio, não pode posteriormente o ex-cônjuge postular pensão alimentícia. Recurso desprovido” (TJSP – Ap. 990.10.098935-9, 23-2-2011, Rel. Piva Rodrigues).

8 “Apelação cível – Investigação de paternidade c/c alimentos – **Renúncia de crédito alimentar pretérito** – Acordo firmado pelos genitores do menor – Homologação e extinção dos feitos – Possibilidade – 1 – É irrenunciável o direito de alimentos presentes e futuros (art. 1.707 do CC), mas pode o alimentando renunciar aos alimentos pretéritos devidos e não prestados. Se a verba alimentar não veio a tempo, contingenciar de terminada situação, por ser olvidada enquanto valor, mas não como direito. Sermão de Pe. Cícero: ‘quem errou não erre mais’. 2 – A renúncia a crédito alimentar não se confunde com renúncia ao direito aos alimentos, inexistindo qualquer óbice legal para a homologação do acordo entabulado pelas partes. 3 – Recurso Conhecido e desprovido. Sentença confirmada” (TJCE – Acórdão 0000049-08.2007.8.06.0146, 24-2-2012, Rel. Durval Aires Filho).

“**Agravado de instrumento** – Homologação de acordo firmado entre o alimentante e a genitora dos alimentandos – Guarda e alimentos – Renúncia a crédito alimentar pretérito – Homologação – Possibilidade – Recurso provido – O art. 1.707 do CC/02 veda a renúncia ao direito de alimentos presentes e futuros, mas não impede que o alimentando desista dos alimentos pretéritos devidos e

não pagos” (*TJMT* – AGI 103080/2010, 27-1-2011, Rel. Des. Guiomar Teodoro Borges). Pode, contudo, haver a dispensa precária da prestação de alimentos sem caracterizar a renúncia propriamente dita.

9 “Apelação cível – Alimentos – **Direito indisponível e irrenunciável** – Crédito Pretérito – Renúncia expressa e específica – Sentença anulada – 1- Conforme ensina a Constituição Federal, em seu art. 227, *caput*, é dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à alimentação, entre outros. Ainda, no art. 6º, *caput*, a Carta Magna consagra como direitos sociais a alimentação e a proteção à infância. 2- Na demanda de alimentos requerida pelo menor, é incontroversa a indisponibilidade do direito à alimentação, porquanto consubstancia-se na própria dignidade da pessoa humana e no direito a uma vida digna, buscando garantir o mínimo existencial necessário para a criança e/ou adolescente. 3- É possível a renúncia ao crédito alimentar pretérito, contudo deve a declaração tratar especificamente sobre este assunto, não sendo suficiente a mera informação de ausência de interesse no prosseguimento do feito. 4- Recurso provido, sentença anulada” (*TJES* – Ap 0004194-35.2010.8.08.0021, 8-10-2015, Rel. Des. Wallace Pandolpho Kiffer).

“Direito civil – Alimentos – **Renúncia de crédito alimentar pretérito** – Acordo entabulado pelos genitores do alimentando – Homologação – Possibilidade – 1 – É irrenunciável o direito de alimentos presentes e futuros (art. 1.707 do CC), mas pode o alimentando renunciar aos alimentos pretéritos devidos e não prestados, pois nada impede que ele deixe exigir tais alimentos. 2 – Cabe a ambos os genitores o dever de sustentar a prole comum e o eventual não pagamento da pensão alimentícia por um genitor não enseja necessariamente prejuízo direto para o alimentando, quando este recebe os alimentos *in natura* do outro genitor, sendo que a renúncia a crédito alimentar não se confunde com renúncia ao direito aos alimentos, inexistindo qualquer óbice legal para a homologação do acordo entabulado pelas partes. Recurso desprovido” (*TJTO* – Ap. 14103/11, 17-9-2012, Rel. Juiz Gil de Araújo Corrêa).

10 “Apelação cível – **Direito de família** – Ação de fiscalização de alimentos – 1 – É cediço que a prestação de contas, de uma maneira geral, tem por finalidade averiguar a administração do patrimônio de determinada pessoa que se encontra sob a responsabilidade de outra, para que, ao final, caso fique comprovado o desvio na condução do citado encargo, apure-se eventual saldo devedor, que será cobrado pelo demandante legitimado. 2 – É necessário, porém, salientar a Orientação Jurisprudencial pacífica dessa Egrégia Corte, no sentido da ausência de interesse processual do alimentante para a ação de prestação de contas em face da genitora que detém a guarda do menor, excetuando-se os casos de curadoria, uma vez que os alimentos são irrepetíveis. 3 – É nesse contexto que se situa o caso em deslinde, eis que, tratando-se de alimentos prestados pelo genitor em face do filho menor em comum com a recorrida, que atua na incumbência de seu poder familiar, não há que se falar em fiscalização de contas. 4 – Dessa forma, a verificação de idoneidade daquele que administra os alimentos deve se restringir às ações de destituição do poder familiar ou alteração da guarda do filho menor, bem como em eventual demanda revisional de alimentos. Recurso a que se nega provimento.” (*TJRJ* – Ap 0004606-88.2013.8.19.0203, 19-2-2016, Relª Marcia Ferreira Alvarenga).

“**Agravo de instrumento** – Civil e processual civil – Alimentos provisórios – Redução da verba alimentícia fixada – Ex-cônjuge temporariamente desempregada – Necessidade de cuidados do filho menor do casal – Ausência de comprovação de rendimentos do alimentante – Audiência designada – Possibilidade de melhor aferição do binômio necessidade/ possibilidade. Redução dos alimentos fixados em favor do ex-cônjuge até a data da audiência de conciliação. 1. Se a autora, na petição inicial de alimentos, qualificou-se como ‘advogada, atualmente impossibilitada de exercer a profissão’, esclarecendo, no bojo da referida peça processual, que sua temporária impossibilidade para o exercício da profissão deve-se ao fato de que ‘o filho de tenra idade e enfermo necessita de seus cuidados por 24 horas’, fato este corroborado por declaração médica, mostra-se desarrazoada a argumentação da parte contrária, no sentido da plena capacidade financeira de sua ex-cônjuge, na medida em que, pelo menos no momento, os cuidados maternos em tempo integral podem se refletir em ganhos inestimáveis para a saúde do menor, o que justifica a manutenção dos alimentos provisórios fixados em seu favor, a fim de que permaneça temporariamente afastada do mercado de trabalho. 2. No que diz respeito às possibilidades do alimentante, embora a parte autora não tenha demonstrado o valor dos rendimentos do réu, não é crível que este aufera, tão somente, o valor referente ao pró-labore relativo à sociedade de advogados de que é sócio, sendo certo que, por ocasião da audiência de conciliação, instrução e julgamento, o juiz processante poderá aferir, com maior segurança, quanto ao binômio necessidade/ possibilidade. Todavia, rememore-se que os alimentos são, por natureza, irrepetíveis, do que decorre a conclusão de que, uma vez pagos, não podem ser pedidos de volta. Em sendo assim, e tendo em conta o tempo normal de duração do processo, sobretudo se a audiência foi designada em data não muito próxima, impõe-se, desde logo, a reforma da decisão recorrida, reduzindo os alimentos provisórios em favor da autora, até a data da realização da audiência designada. 3. Agravo parcialmente provido” (*TJDFT* – AI 20110020134696

11 “Apelação – Ação de cobrança – Alimentos – Pedido procedente – Valores pagos a maior – Possibilidade de reembolso sem prejuízo do princípio da **irrepetibilidade e incompensabilidade das prestações alimentícias**. Abrandamento que busca evitar o enriquecimento sem causa. Sentença mantida. Recurso desprovido” (TJSP – Ap. 994.03.071203-9, 9-2-2012, Rel. Percival Nogueira).

“**Reconhecimento e dissolução de união estável** – Pedido da ex-companheira de repetição de indébito de quantia paga a título de alimentos. Alegação de que, durante o tempo em que residiu com a família, à espera da conclusão da obra de sua nova moradia às expensas do ex-companheiro, adimpliu alimentos aos filhos mediante desconto de valores na sua folha de pagamento e, concomitantemente, arcou com o sustento deles. Irrepetibilidade e incompensabilidade dos alimentos. Transação que, ademais, não fixou como marco inicial da obrigação a saída da genitora do lar. Não demonstração, outrossim, das despesas que teria suportado para além do ajuste (art. 1.707 do CC, art. 333, inc. I, do CPC e art. 1º, inc. III, da CRFB). Recurso desprovido” (TJSC – AI 2009.063949-9, 17-3-2011, Rel. Des. Eládio Torret Rocha).

12 “Agravado de instrumento. Execução de título extrajudicial. Decisão que determinou o desbloqueio em razão do reconhecimento da verba alimentar. Parte do valor decorrente de FGTS sacado e depositado em conta corrente. **Perda do caráter impenhorável. Impossibilidade**. Limitação para bloqueio de no mínimo 30% do salário. Ausência de fundamentação legal. Recurso desprovido – 1 – ‘A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça somente tem admitido a penhora de verbas de natureza alimentar, bem como de valores decorrentes de FGTS, depositadas em conta-corrente, nas hipóteses de execução de alimentos. Nas demais execuções, as referidas verbas estão resguardadas pela impenhorabilidade prevista no art. 649, inciso IV, do Código de Processo Civil’ (STJ – REsp 805.454/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 8-2-2010). 2 – ‘(...) É vedada a penhora das verbas de natureza alimentar apontadas no art. 649, IV, do CPC, tais como os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões, entre outras.’ (STJ – REsp 904.774/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16-11-2011)” (TJPR – AI 0884201-3, 14-9-2012, Rel. Des. Luís Carlos Xavier).

“**Agravado de instrumento** – Processual civil – Execução de sentença – Interlocutório de deferimento de desconto de alimentos de proventos de aposentadoria – Impenhorabilidade (CPC, art. 649, IV) – Exceção – Inteligência do art. 649, § 2º, do CPC – Alimentos por ato ilícito – Restrição possível – Precedentes – Decisão mantida – Recurso desprovido – ‘A pensão mensal destinada ao cônjuge sobrevivente da vítima fatal em acidente de trânsito tem natureza alimentar. Dessarte, para satisfação da dívida a este título, admite-se a penhorabilidade de verbas salariais do lesante, desde que em percentual que permita a ambos – Credor e devedor – Subsistir dignamente, tratando-se, pois, de exceção à regra geral contida no artigo 649 do Código de Processo Civil’ (TJSC – AI 2010.009864-2, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 10-8-2010)” (TJSC – AI 2010.052693-8, 22-9-2011, Rel. Des. Henry Petry Junior).

13 “Recurso especial – Ação de alimentos – **Avô paterno** – Obrigação de natureza complementar – Comprovação de que a genitora e o espólio do genitor estão impossibilitados de arcarem com a prestação alimentar – Não ocorrência – Recurso provido – 1- A obrigação dos avós de prestar alimentos tem natureza complementar e somente exsurge se ficar demonstrada a impossibilidade de os dois genitores proverem os alimentos dos filhos, ou de os proverem de forma suficiente. Precedentes. 2- No julgamento do REsp 1.354.693/ SP, ficou decidido que o espólio somente deve alimentos na hipótese em que o alimentado é também herdeiro, mantendo-se a obrigação enquanto perdurar o inventário. 3- Nesse contexto, não tendo ficado demonstrada a impossibilidade ou a insuficiência do cumprimento da obrigação alimentar pela mãe, como também pelo espólio do pai falecido, não há como reconhecer a obrigação do avô de prestar alimentos. 4- O falecimento do pai do alimentante não implica a automática transmissão do dever alimentar aos avós. 5- Recurso especial provido” (STJ – REsp 1.249.133 – (2011/0093209-0), 2-8-2016, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira).

“Civil. Processual civil. Recurso especial. **Obrigação alimentar avoenga**. Pressupostos. Possibilidades do alimentante. Ônus da prova. 1. Apenas na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos, serão os parentes mais remotos demandados, estendendo-se a obrigação alimentar, na hipótese, para os ascendentes mais próximos. 2. O desemprego do alimentante primário – genitor – ou sua falta confirmam o desamparo do alimentado e a necessidade de socorro ao ascendente de grau imediato, fatos que autorizam o ajuizamento da ação de alimentos diretamente contra este. 3. O mero inadimplemento da obrigação alimentar, por parte do genitor, sem que se demonstre sua impossibilidade de prestar os alimentos, não faculta ao alimentado pleitear alimentos diretamente aos avós. 4. Na hipótese, exige-se o prévio esgotamento dos meios processuais disponíveis para obrigar o alimentante primário a cumprir sua obrigação, inclusive com o uso da coação extrema preconizada no art. 733 do CPC. 5. Fixado pelo Tribunal de origem que a avó demonstrou, em contestação, a impossibilidade de prestar os alimentos subsidiariamente, inviável o recurso especial, no

particular, pelo óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso não provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.211.314 – SP, 15-9-2012, Rel. Min. Nancy Andrighi).

“Apelação cível – **Ação de alimentos proposta em face dos avós paternos** – Avós maternos – Litisconsórcio passivo – Existência – Precedentes – Provisão – Na falta ou na impossibilidade de os genitores prestarem alimentos ao filho, a obrigação alimentar deve ser diluída entre todos os progenitores do menor alimentado, na proporção dos seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento” (TJMG – AI 1.0079.10.064084-0/002, 8-3-2012, Rel. Barros Levenhagen).

“**Alimentos** – Morte do genitor – Avó paterna – Responsabilidade – Apelação cível. Ação de alimentos. Falecimento do genitor. Necessidade de ajuda da avó paterna na subsistência dos menores. Verificação do binômio necessidade e possibilidade. Recurso provido. A obrigação da prestação alimentícia dos avós para com os netos encontra fundamento disposto no art. 1.696, pois ‘o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta dos outros’. No caso dos autos o pleito de prestação alimentícia em face da avó paterna dos apelantes, é tido como de direito, vez que rege o princípio da subsidiariedade humana presente entre os familiares em linha reta, caracterizando-se pela impossibilidade do pai de prover alimentos para o desenvolvimento e sustento dos seus filhos, em razão do seu falecimento” (TJSC – Acórdão 2010.013035-9, 25-5-2010, Rel. Des. Eduardo Camargo).

14 “**Alimentos** – Fixação de pensão complementar – Avós Paternos – Possibilidade – Agravo regimental. Recurso especial. Alimentos. Fixação de pensão complementar. Avós paternos. Possibilidade. Complementação. 1. ‘A responsabilidade dos avós de prestar alimentos aos netos não é apenas sucessiva, mas também complementar, quando demonstrada a insuficiência de recursos do genitor’ (REsp 579.385/SP, Rel.^a Min. Nancy Andrighi, DJ de 04.10.2004). 2. Na hipótese, entender sobre a desnecessidade de complementação alimentar pelos avós, haja vista o acordo judicial do pai em ação revisional de alimentos, demandaria a revisão do contexto fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula nº 7 do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ – AgRg-REsp 1.358.420 – (2011/0284906-4), 21-6-2016, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“**Oferecimento de pensão alimentícia pelo pai e avô paterno.** Imóvel residencial de propriedade do avô. Comodato. Direito real de habitação. Inexistência. Apelação cível – Ação de oferecimento de alimentos pelo pai e avô paterno da criança, o primeiro por desconto em conta-corrente e, o segundo, exclusivamente por prestações *in natura*. Sentença que determina o pagamento integral *in pecunia*, também pelo avô, bem como, reconhece direito real de habitação sobre imóvel de propriedade deste último, onde a genitora e o pai da criança residiam em regime de comodato. Reforma parcial. Inexistência de direito real de habitação, de forma gratuita, sobre imóvel do avô da criança, pois a genitora do menor também deve concorrer para o seu sustento. Recurso a que se dá provimento, para excluir o direito real de habitação do menor sobre o imóvel do avô” (TJRJ – Acórdão 0200025-75.2010.8.19.0001, 25-10-2012, Rel.^a Des.^a Claudia Pires).

“**Alimentos. Relação avoenga.** Obrigação alimentar subsidiária. Apelações cíveis – Ação de alimentos ajuizada contra a avó paterna – Sentença de procedência parcial – Impossibilidade de o genitor arcar com pensionamento superior ao já ofertado. Obrigação avoenga. Natureza complementar e subsidiária. Dificuldade financeira da genitora ante os poucos rendimentos recebidos. Fixação dos alimentos no percentual de dez por cento dos rendimentos líquidos da segunda apelante, que se mostra adequado às suas possibilidades. Condenação dentro do padrão de razoabilidade. Percentual estabelecido com base no binômio necessidade/possibilidade. As primeiras apelantes não sucumbiram de parte de seu pedido. O pedido foi de alimentos em face da avó paterna. Esse pedido foi julgado procedente. O magistrado apenas fixou o percentual aplicando o binômio necessidade/possibilidade. A verba de sucumbência foi corretamente aplicada, estando de acordo com a regra do artigo 20, § 3º, do CPC. Negado seguimento ao recurso *ex vi* do artigo 557 do CPC” (TJRJ – AC 0075758-65.2009.8.19.0001, 12-1-2011, Rel. Des. Gabriel Zefiro).

15 “Apelação cível – **Ação de alimentos proposta em face de tia** do alimentando e companheira do alimentante – Demandada que não detém a qualidade de parente do alimentando – Obrigação alimentar inexistente – Manutenção da exclusão da lide – Alimentos perseguidos por sobrinho em relação à tia, herdeira do alimentante – Pretensão que não encontra guarida no ordenamento jurídico – Pensão alimentícia personalíssima – Cessação com a morte do alimentante – Inexistência de dívida pretérita ao óbito – Ausência de ação de inventário – Inocorrência da hipótese do art. 1.700 do Código Civil – Intransmissibilidade – Manutenção da sentença – Desprovisão – É juridicamente impossível a obrigação alimentar ser imposta a quem não detém grau de parentesco com o alimentando – A pretensão de alimentos em relação ao tio, parente colateral de terceiro grau, não encontra guarida no ordenamento jurídico, pois a legislação aplicável à espécie é clara em estabelecer a obrigação de alimentos entre ascendentes e descendentes, até mesmo entre irmãos, mas em nenhum momento faz alusão ao dever do tio em relação ao sobrinho – A pensão alimentícia somente

é devida pelo alimentante, extinguindo-se com o óbito, ou, ainda pelo espólio, enquanto perdurar o procedimento de inventário e, nesse caso, estendendo-se até o limite do débito – É intransmissível, salvo os casos ressalvados em lei, a obrigação de alimentos quando da morte do alimentante” (TJPB – Ap 0019677-82.2013.815.2001, 2-3-2016, Rel.^a Des^a Maria das Graças Morais Guedes).

“Direito de família – Prestação de alimentos – Rol taxativo – **Tios e sobrinhos** – Parente de 3º grau – Fixação – Impossibilidade – Art. 1.697 do CC. 1 – Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença nos autos de Ação de Alimentos que decidiu pela improcedência do pedido inaugural, por entender que não há obrigação alimentícia entre parentes colaterais de 3º grau. 2- A obrigação alimentar decorre da lei, que indica os parentes obrigados de forma taxativa e não enunciativa, sendo devidos os alimentos, reciprocamente, pelos pais e filhos, ou, em sua falta, pelos ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, não abrangendo, consequentemente, tios e sobrinhos, conforme art. 1697 do CC. 3- Recurso conhecido e desprovido, confirmando a sentença exarada” (TJCE – Ap 0795779-96.2000.8.06.0001, 6-4-2015, Rel. José Tarcílio Souza da Silva).

“**Alimentos pleiteados por sobrinho.** Relação de parentesco linha colateral limitada ao segundo grau. Inexistência da obrigação de prestar alimentos. Alimentos pedidos pelos sobrinhos aos tios – *ius sanguinis* – Ausência de previsão legal – Cinge-se a controvérsia ao direito de pedir alimentos aos tios, parentes da linha colateral em 3º grau. Cedço que os alimentos são a forma pela qual se garante a subsistência daquele que se encontre impossibilitado de fazê-lo por vontade própria. O Código Civil, em seu artigo 1.694, define a obrigação alimentar entre os parentes, cônjuges ou companheiros. Não obstante constitua expressão do princípio constitucional da solidariedade, a obrigação alimentar deve ser proporcional às necessidades de quem recebe os alimentos e à capacidade econômica de quem os presta e, uma vez alterada essa proporcionalidade, justifica-se uma revisão para equalizar o *quantum* alimentar. A obrigação alimentar decorre da lei (artigos 1.696 a 1.698 do Código Civil), que indica os parentes obrigados de forma taxativa e não enunciativa, sendo os pais, filhos, ascendentes, descendentes e colaterais até o segundo grau, não abrangendo tios e sobrinhos. Logo, a obrigação não pode ser estendida aos tios e sobrinhos, por ausência de previsão legal, não merecendo prosperar a pretensão dos autores. Negado seguimento ao recurso dos autores. Provido o recurso dos réus” (TJRJ – Acórdão 0012595-58.2007.8.19.0203, 7-11-2012, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves).

16

“Civil – Direito de família – Alimentos – **Obrigação do descendente** – Artigo 1.696 do Código Civil – Comprovação da necessidade e da possibilidade – Genitor idoso e com saúde comprometida – 1 – Ao fixar o valor dos alimentos, o magistrado deve estar atento às balizas da prudência e do bom senso, considerando a situação econômica das partes, de forma a averiguar a real possibilidade do alimentante e a necessidade do alimentando, bem como se houve alteração nesses parâmetros, observando, sempre, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 2 – O direito aos alimentos é recíproco entre pais e filhos, em consonância com o disposto no artigo 1.696 do código civil. 3 – O valor correspondente a 30% (trinta por cento) do salário mínimo mostra-se razoável e proporcional às possibilidades do alimentante, no caso específico, e às necessidades do alimentando, de forma que, embora de pequeno valor, está em consonância com as provas dos autos. 4 – Recurso conhecido e improvido” (TJDFT – Proc. 20100910213860 – (598360), 2-7-2012, Rel. Des. Getúlio de Moraes Oliveira).

“**Alimentos. Genitoraajuizamento do pedido. Mulher de idade avançada e doente.** Binômio necessidade-possibilidade. Ausência de prova da necessidade alimentos – Parentes. Mãe idosa, carente e doente. Pedido deduzido em face dos filhos. Inteligência dos arts. 229 e 230 da Constituição da República. Binômio necessidade/possibilidade. Provas. Inexistência. Ação de alimentos proposta pela mãe em face de um filho, sendo chamados aos autos os outros dois filhos, uma vez considerado que a responsabilidade é de todos os filhos. A alimentanda já recebe alimentos do ex-marido. Idosa e praticamente cega, procurou nos filhos, de forma subsidiária, reforço alimentar em decorrência de alegada insuficiência dos alimentos que já recebe. Os alimentos podem ser exigidos entre parentes consanguíneos ou em razão do matrimônio ou da convivência (Art. 1.694 do Código Civil). O pedido de pensão alimentícia deve ser analisado à luz do binômio necessidade/possibilidade, previsto no § 1º, do citado art. 1.694, observando-se o princípio da proporcionalidade dentre as particularidades do caso concreto. A necessidade da autora foi comprovada, mas também mitigada com a sua internação em um asilo durante a instrução, o que se deu como consequência de pedido de providência deduzido pelo Ministério Público. Os réus, por seu turno, comprovaram falta de condições para a assunção do encargo alimentício, não obstante relatassem em conjunto problemas familiares que resultaram do abandono que alegam ter sofrido desde a adolescência, por parte da mãe, abandono este contínuo durante décadas, até a propositura da ação. Conjunto probatório de que se extrai o fato de que todos os filhos levam vidas modestas em diferentes cidades, fatos estes não impugnados validamente pela autora, em que pese o esforço e a diligência de sua defensora. O presente caso retrata o fenômeno do esgarçamento do tecido familiar, situação o mais das vezes agravada pelos corriqueiros problemas econômico-financeiros e pela falta de qualquer sentimento humanitário, de parte a parte, entre pais e filhos, num momento histórico em que se vê perderem-se de forma

avassaladora os verdadeiros valores espirituais, éticos, morais e sociais. Sentença correta na aferição do conjunto probatório e deve ser mantida. Recurso a que se nega provimento” (TJRJ – AC 0009851-52.2005.8.19.0012, 28-7-2011, Rel. Des. Mario Assis Gonçalves).

17 “Alimentos – **Ação de alimentos gravídicos** – Nascimento da filha no curso da ação – Alimentos provisórios fixados em 2 salários mínimos – Incompatibilidade dos provisórios arbitrados com a renda mensal do agravante, já que possui 2 filhos menores e um terceiro que está para nascer. Ausência de demonstração dos rendimentos da genitora. Provisórios em dissonância com o binômio necessidade/possibilidade. Redução dos provisórios para 1 salário mínimo mensal. Decisão reformada. Agravo parcialmente provido” (TJSP – AI 2038191-27.2016.8.26.0000, 10-6-2016, Rel. Alexandre Marcondes).

“Agravo de instrumento – **Interlocutória indeferindo pedido de alimentos gravídicos** – Lei nº 11.804/2008 – Indícios de paternidade – Insuficiência do conjunto probatório inaugural apresentado – Ônus recaído à gestante – Questionamento a desafiar instrução probatória – Decisão de indeferimento mantida – Recurso desprovido – A gestante tem o direito de perceber, durante o período de gravidez, uma verba alimentar do suposto pai. Contudo, é ônus seu demonstrar os indícios da paternidade atribuída ao agravado, não bastando o mero apontamento puro e simples” (TJSC – AI 2012.029011-8, 24-8-2012, Rel. Des. Fernando Carioni).

“**Alimentos gravídicos** – Fixação – Possibilidade de quem presta e necessidade de quem recebe. Para a concessão do benefício não há necessidade de cognição definitiva a respeito da paternidade, sendo suficiente a existência de indícios da paternidade. Na fixação dos alimentos gravídicos devidos pelo suposto genitor deve ser considerada a contribuição que deverá ser dada pela gestante, na proporção dos recursos de ambos os genitores. Observância do binômio possibilidade/necessidade” (TJDFT – Proc. 20100111558842 – (496939), 15-4-2011, Rel.^a Des.^a Carmelita Brasil).

18 “Agravo de instrumento – Ação de execução de alimentos – Inconformismo contra decisão que rejeitou a impugnação ao cumprimento de sentença, determinou a investigação sobre bens do executado e consultou a exequente acerca do interesse no bloqueio e certidão de protesto – Questão sobre exoneração ou redução do valor dos alimentos que não pode ser discutida no agravo – Rito, igualmente, pois fora objeto de apreciação em agravo anterior – Veículo ofertado que desrespeitou a ordem de preferência – A preferência legal na indicação de bens à penhora é da exequente – Credora que não aceitou o bem ofertado – Veículo, ainda, em nome da empresa – Suposta autorização da empresa para penhora do veículo que foi assinada somente pelo executado e não pelos sócios – Investigação sobre existência de outros bens que foi corretamente deferida – Bloqueio e expedição de protesto que não foram decididos em primeira instância – Decisão que não é *ultra petita* – Decisão mantida – Recurso improvido” (TJSP – AI 2270390-55.2015.8.26.0000, 21-6-2016, Rel. Silvério da Silva).

“Agravo de instrumento – **Ação de exoneração de alimentos com pedido de tutela antecipada** – Improcedência do recurso – Manutenção da decisão recorrida – 1 – O agravado ajuizou ação de exoneração de alimentos em desfavor de seus filhos, já maiores e capazes, objetivando, tão somente, a exoneração dos alimentos prestados aos mesmos, em nada se alterando o valor dos alimentos destinados à agravante, cujo percentual fora estabelecido diretamente entre esta e o agravado, conforme comprovado nos autos. A agravante, no entanto, pretende ver-se incluída no polo passivo da ação, objetivando promover contestação, sob o argumento de que os alimentos prestados por aquele adquiriram natureza *intuitu familiae*. 2 – A agravante não faz jus a postular como parte na demanda originária, visto que não houve qualquer ofensa a direito seu, não lhe sendo permitido defender nem tampouco voltar-se contra decisão que ataca direito alheio. Não há, portanto, como reconhecer a legitimidade processual da recorrente, seja para integrar a lide na instância originária, seja para interpor recurso como terceiro prejudicado (art. 499 do CPC). 3 – Recurso que não reúne as condições de admissibilidade necessárias que viabilizam a análise do mérito. A questão integra o elenco das designadas matérias de ordem pública, as quais podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de manifestação das partes (CPC, art. 267, § 3º). 4 – Preliminar suscitada *ex officio* para, reconhecendo a ilegitimidade recursal da agravante, não conhecer do presente agravo de instrumento” (TJES – AI 0902151-32.2011.8.08.0000, 22-6-2012, Rel. Arnaldo Santos Souza).

“Civil – Família – **Ação de exoneração de alimentos** – Arguição de que a filha teria alcançado a maioridade civil e concluído curso superior. Teses que não se sustentam. O implemento da idade de 18 anos, bem como a conclusão do ensino superior, por si sós, não presumem a desnecessidade da continuidade dos alimentos. Incidência do artigo 1.694 do Código Civil. Precedentes jurisprudenciais. Restabelecimento de parte da pensão. Alimentanda que reúne condições de trabalho e de prover o sustento. Inexistência de julgamento *extra petita*. Pedido mais abrangente (exoneração) que engloba o de menor amplitude (redução). Precedentes do stj. Reforma parcial da decisão de primeiro grau. Recurso conhecido e provido em parte. À unanimidade” (TJAL – AC 2011.000663-5 – (2.0376/2011), 13-4-2011, Rel. Estácio Luiz Gama de Lima).

19 Súmula 358 STJ: “*O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos*”.

20 “Agravado de instrumento – Direito de família – **Exoneração de alimentos** – Agravante que questiona a não concessão de tutela antecipada com vistas à imediata exoneração de alimentos em relação à filha maior e que teria já concluído Curso Superior. Dever alimentar que não pode ser extinto de forma prematura. Necessidade de respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Inteligência da Súmula 358 do C. STJ. Insurgência recursal que se revela, portanto, infundada. Recurso de Agravado de Instrumento não provido” (TJSP – AI 2256048-39.2015.8.26.0000, 19-5-2016, Rel. Alexandre Bucci).

“Apelação cível – Direito civil – **Ação de exoneração de alimentos** – Beneficiário maior de idade e com curso superior concluído. Aprovação em concurso público. Expectativa de nomeação. Alimentante com capacidade reduzida em virtude de constituição de nova família. Requisitos autorizadores da exoneração pretendida presentes. Jurisprudência do TJ/RN e de outros tribunais. Recursos conhecidos. Sentença reformada” (TJRN – Acórdão 2012.001071-6, 2-10-2012, Rel. Des. Aderson Silvano).

“Apelação cível – **Ação alimentos** – Pretensão da filha maior postular alimentos de seu genitor – Possibilidade – Autora frequentando regularmente curso superior de medicina – Valor fixado em 10% dos rendimentos do alimentante – Consonância com o binômio necessidade e possibilidade – Inteligência do artigo 1.694, § 1º, do Código Civil – Sentença reformada – Recurso parcialmente provido – A maioridade civil, em que pese faça cessar o poder familiar, não extingue, modo automático, o direito à percepção de alimentos, que subjaz na relação de parentesco e na necessidade do alimentando, especialmente estando matriculado em curso superior (STJ, RHC 28.566/GO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21-9-2010)” (TJSC – Acórdão 2010.013541-4, 26-9-2011, Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga).

21 “Constitucional – Civil – Processo civil – Agravado de instrumento – Juízo de admissibilidade positivo – Ação de alimentos decorrente de parentesco – Princípio da dignidade da pessoa humana – Alimentos necessários ou naturais e civis ou congruos – Presença do binômio necessidade/possibilidade – Alimentando – 9 meses de idade – Alimentante representante comercial – Alimentos fixados em patamar justo – Princípio da proporcionalidade – Recurso conhecido e improvido” (TJRN – AI 2012.008247-0, 18-10-2012, Rel. Des. Vivaldo Pinheiro).

“**Direito de família** – Separação litigiosa – Infidelidade do cônjuge varão não demonstrada – Ex-mulher inserida no mercado de trabalho – Desnecessidade de recebimento de pensão alimentícia – Inteligência do art. 1.702 do Código Civil – Partilha de bens sub-rogados para aquisição de veículo – Impossibilidade – Meação que recai sobre o novo bem adquirido – Recurso desprovido. ‘Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694’ (art. 1.702 do Código Civil de 2002). Inexistindo comprovação da culpa do varão pela ruína do matrimônio, e estando o cônjuge virago inserido no mercado de trabalho, não há razões legais para o pensionamento alimentar requerido pela separanda. Não há falar em partilha de bens alienados e sub-rogados por outros bens móveis, devendo a meação recair apenas sobre estes últimos, sob pena de enriquecimento sem causa de um dos cônjuges. Recurso conhecido e não provido” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0702.06.314145-2/001, 12-9-2010, Rel. Des. Dídimo Inocêncio de Paula).

22 “Apelação cível – Separação judicial – Culpa – Discussão mitigada – Partilha de bens – Alimentos em favor da prole e da genitora – 1 – Existe a mitigação do debate referente ao culpado em ações de separação diante da emergente valorização da dignidade da pessoa humana amparada no primeiro artigo da constituição federal. Demais disso, a tendência dos tribunais e da doutrina é afastar a discussão da culpa, pois a insuportabilidade da vida em comum (quebra da relação afetiva) manifestada por ambos os cônjuges possibilita a decretação da separação, nos termos do artigo 1.573 c/c 1.511, do CC/2002, prevalecendo o desejo deles em extinguir a sociedade conjugal, sem atribuição de culpa aos consortes. 2 – O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas e ativas, com exclusão dos bens adquiridos antes do casamento, e os que lhe sobrevierem na sua constância, por doação ou sucessão e os sub-rogados em seu lugar. 3 – Fixada verba alimentícia em desacordo com as necessidades da alimentada, mormente quando não condizente com a situação econômico-financeira do devedor, impõe-se a minoração do pensionamento na forma prevista no artigo 1.694 do CC. 4 – A sucumbência recíproca deve ser suportada por ambas as partes, na forma do *caput* do art. 21 do CPC. Apelo conhecido e parcialmente provido” (TJGO – Acórdão 200893146706, 7-3-2012, Rel. Des. Stenka I. Neto).

“**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 do 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 – Acórdão. Apelação Cível 566.291-4/0-00, 19-5-2010, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy).

23 “Apelação cível – Exoneração de alimentos – Ex-cônjuge – Revelia – União de sete anos – Pensionamento por 27 anos – Modificação do binômio necessidade-possibilidade – Ausência de comprovação da manutenção do quadro médico depressivo da ré – Manutenção da sentença de procedência – Desprovisionamento do recurso – 1- O direito que os cônjuges e ex-cônjuges têm de pedir alimentos entre si, decorrente do dever de mútua assistência inserto no art. 1.694 do Código Civil, deve ser analisado caso a caso, sob os pressupostos da obrigação alimentar, sopesando-se a necessidade de quem os pleiteia e a correlata possibilidade do alimentante em potencial, à luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. 2- No presente caso, é importante ressaltar que as partes permaneceram casadas pouco mais que sete anos, sendo certo que, provavelmente, já viviam separados por quatro anos após o casamento, quando foi fixada a obrigação alimentícia. 3- Em razão desta união, o autor paga em favor da ré alimentos há vinte e sete anos, tendo a alimentada ao tempo do divórcio 27 anos. 4- Constituiu o autor nova família, tendo um filho menor e novas despesas habituais, que justificam o pedido de exoneração da obrigação alimentícia em relação à ex-cônjuge. 5- A ré, por sua vez, não demonstrou a permanência de situação de fato atual que caracterize a manutenção da obrigação, deixando de acostar aos autos qualquer documento que indique a saúde incapacitante alegada. 6- Manutenção da sentença de procedência. 7- Desprovisionamento do recurso” (TJRJ – Ap 0013923-70.2012.8.19.0066, 1-2-2016, Rel. Elton Martinez Carvalho Leme).

“Exoneração de alimentos – Ex-Mulher – Binômio necessidade/possibilidade – Comprovação – União estável após a separação judicial das partes – I – O autor comprovou a modificação em sua capacidade financeira, decorrente de seu estado de saúde e do fim da atividade empresarial que exercia; bem como, por outro lado, a existência de união estável entre a apelante-ré e terceiro, após a separação judicial das partes. II – Apelação improvida” (TJDFT – Proc. 20110110253752 – (573848), 22-3-2012, Rel.^a Des.^a Vera Andrighi).

“**Apelação cível.** Ação de conversão de separação judicial em divórcio com pedido de exoneração de prestação alimentícia. União estável. Provas cabais. Inteligência do art. 1.708 do Código Civil. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido. Nos moldes do art. 1.708 do Código Civil, restando comprovada a união estável do credor de alimentos, cessa a obrigação de prestar aqueles” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2008.036502-7, 11-6-2010, Rel. Saul Steil).

24 “Apelação cível – Direito de família – Revisional de alimentos – Renúncia tácita da ex-cônjuge ao direito alimentar – Acordo que previa o pagamento de pensão pelo prazo de 3 anos – Irrenunciabilidade de direito alimentar – Pleito possível – Precedentes – Presença do binômio possibilidade-necessidade – Pensão alimentícia fixada em 10% dos rendimentos do ex-cônjuge – Recurso conhecido e provido – ‘A conclusão legal, portanto, é de que, na vigência do atual Código Civil, são irrenunciáveis os alimentos também em relação aos cônjuges e companheiros, logo, presentes os pressupostos legais, aquele que renunciou poderá pleiteá-los posteriormente, se necessitar, podendo, pois, dispensar ou renunciar ao exercício, mas não o direito’ (Carvalho, Dimas Messias de. Direito de família. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 408) – Recurso conhecido e provido” (TJAM – Acórdão 2010.006597-3, 13-4-2012, Rel. Aristóteles Lima Thury).

“**Execução de alimentos.** Acordo celebrado pelas partes. Dispensa do recebimento de parte das prestações executadas. Parcelamento da dívida. Prevalência da vontade das partes. Revisão do valor dos alimentos mensais. Inviabilidade no âmbito do processo executivo. O art. 1.707 do Código Civil veda a renúncia do direito a alimentos futuros, mas não do recebimento de prestações vencidas e inadimplidas, porque é permitido ao alimentando não exercer o direito a alimentos mediante acordo em que dispensa o pagamento parcial ou integral da dívida. No processo de execução de alimentos, o exame e a decisão do Juiz devem se limitar a questões e elementos que se refiram ao adimplemento da obrigação. A revisão do valor dos alimentos é indevida no âmbito da execução, porque requer a verificação da ocorrência de uma das situações delineadas no art. 1.699 do Código Civil. Recurso provido em parte” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0079.06.281067-0/001, 10-2-2011, Rel. Des. Almeida Melo).

25 “Agravado de instrumento – **Ação de reconhecimento e dissolução de união estável c/c separação de corpos e oferta de alimentos.** Verba alimentar fixada em 55% do salário mínimo. Pedido de redução. Observância do binômio necessidade/possibilidade. Ausência de prova quanto à impossibilidade de cumprimento da obrigação, assim como de que as alimentandas possam subsistir sem os alimentos que lhes foram fixados. Decisão mantida. Recurso conhecido e não provido” (TJSC – AI 2012.009712-7, 19-7-2012, Rel. Des. Victor Ferreira).

“**Agravado de instrumento reconhecimento de união estável – Ação de alimentos** – Decisão recorrida que fixou alimentos provisórios em dois salários mínimos – Inconformismo do réu. Não acolhimento – Ausência de verossimilhança em suas alegações.

Necessidade de provas e contraditório. Questão que poderá ser reapreciada tão logo o magistrado disponha de melhores informações a respeito das necessidades da autora e da real situação financeira do réu. Decisão mantida. Negado provimento ao recurso” (TJSP – AI 990.10.375193-0, 22-3-2011, Rel.^a Viviani Nicolau).

“**Família união estável ou concubinato** alimentos inventário e partilha – Pedido juridicamente possível, porém a autora não logrou convencer a união estável afirmada na exordial. Observância aos artigos 266 da CF e 1.723/1.724 do CC, que não dão guarida aos efeitos requeridos pela autora. Alimentos não devidos. Recurso não provido (voto 6798)” (TJSP – Ap. 990.10.002202-4, 23-2-2011, Rel. Piva Rodrigues).

26 “Apelação cível – **Ação cautelar incidental de alimentos provisionais** – Sentença combatida que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, com base no art. 267, IV, do CPC (litispendência e ilegitimidade ativa *ad causam*) – Agravo de instrumento que reformou a decisão em tutela antecipada que reconheceu a união estável entre a ora apelante e o falecido – Litispendência e coisa julgada não vislumbradas, na medida que a cautelar e a ação principal trazem pedidos diversos – No entanto, vislumbra-se, no caso, a ilegitimidade passiva dos requeridos, diante da inexistência de condenação em obrigação alimentar anterior ao falecimento do suposto ex-companheiro – Princípio da transmissibilidade da obrigação alimentar não aplicável – Precedente do STJ – Recurso que se conhece, mas para negar-lhe provimento” (TJSE – Acórdão 2011220474 – (2514/2012), 12-3-2012, Rel. Des. Osório de Araújo Ramos Filho).

“**Execução de alimentos** – Disciplina específica – Prescrição – Credor menor de idade – Inocorrência – Óbito do genitor – Transmissibilidade da obrigação alimentar – A execução de prestação alimentícia reveste-se de natureza especialíssima, com várias peculiaridades, para a qual há disciplina específica, na forma preconizada pelo art. 732 do CPC, o qual, ao fazer expressa remissão ao Capítulo IV do título II, estabelece que a execução processar-se-á na forma da execução por quantia certa contra devedor solvente. Não se lhe aplicam, pois, as alterações trazidas pela Lei nº 11.235/2005, que institui nova sistemática para o cumprimento da sentença condenatória. Considerando que a embargada era menor ao tempo da formação do título executivo, bem como quando do manejo da execução, tem incidência, na hipótese, a regra contida no art. 198, inciso I do Código Civil, que preconiza que contra o incapaz não corre a prescrição. Por força da literalidade da regra contida no art. 1.700 do novel CC, em oposição à vetusta regra contida no art. 402 do CC/1916, a obrigação de prestar alimentos transmite – Se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694” (TJDFT – Proc. 20080111106858 – (486514), 11-3-2011, Rel.^a Des.^a Carmelita Brasil).

27 “Execução de alimentos – Análise de provas – Impossibilidade – Obrigação de pagamento do devedor – Prisão civil – 1 – O *habeas corpus* não é a via adequada para o exame aprofundado de provas a fim de averiguar a condição econômica do devedor, a necessidade do credor e o eventual excesso do valor dos alimentos. Precedentes. 2 – Ordem denegada” (STJ – HC 351.593 – (2016/0070034-1), 1-8-2016, Rel.^a Min.^a Maria Isabel Gallotti).

“**Execução de alimentos** – Prisão civil – Descontos em folha de pagamento – Patrimônio do devedor suficiente para quitar o saldo remanescente via expropriação. Medida extrema que não se mostra razoável no caso. Liminar confirmada. Ordem concedida” (STJ – HC 219.109 – (2011/0223939-7), 22-3-2012, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“**Ação de execução de alimentos** – Inadimplência de débitos alimentares atuais – Prisão civil – Legalidade – Aplicabilidade do verbete nº 309/STJ – Observância – Dilação probatória pela via do presente remédio heroico – Impossibilidade – Pagamento parcial do débito – Não elisão do decreto prisional – Ordem denegada – I – Anota-se que o débito alimentar que tem o condão de ensejar a prisão civil é tão somente aquele reputado como atual, que, nos termos do Enunciado nº 309 da Súmula desta Corte, consiste nas três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e nas que se vencerem no curso da demanda; II – Fixado judicialmente o débito alimentar, ao alimentante compete providenciar o pagamento a tempo e modo, sob pena de incorrer em mora. Para obstá-la, incumbiria ao executado, no prazo de três dias, pagar os débitos atuais, provar que o fez, ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo, providências, porém, não levadas a efeito pelo alimentante; III – Ordem denegada” (STJ – HC 232.930 – (2012/0025398-9), 30-5-2012, Rel. Min. Massami Uyeda).

“**Alimentos** – Execução – Justificativa apresentada além do prazo legal e desentranhada. Decisão de primeiro grau que decreta a prisão civil do alimentante. Pagamentos parciais e irregulares. Impossibilidade de pagamento não comprovada e que, ademais, deve ser alegada em ação própria. Agravo desprovido” (TJSP – AI 994.09.299958-6, 11-5-2011, Rel. Carlos Henrique Trevisan).

“**Alimentos** – Execução – Prisão civil – Alvará de soltura expedido – Pretensão na cobrança de valores pretéritos e as que venceram no curso da ação – Impossibilidade – Débitos que serviram de fundamento do decreto prisional – Hipótese em que diante do caráter indenizatório e pretérito dos alimentos executados e demais prestações vencidas, objeto de execução, deve ser observado o rito disposto no artigo 732 do Código de Processo Civil, sendo que quanto às prestações vincendas, posteriores a data de soltura

do alimentante, deverão ser cobrados em ação própria, nos termos do artigo 733 do Código de Processo Civil – Recurso desprovido” (TJSP – AI 616.875-4/3-00, 25-3-2009, 5ª Câmara de Direito Privado – Rel. Oscarlino Moeller).

28

“Agravo de instrumento – **Ação de execução de alimentos** – Rito do art. 733, do Código de Processo Civil – Discussão acerca do regime da prisão civil – Sanção delimitada em 60 (sessenta) dias – Pena cumprida inicialmente em regime fechado – Deferimento do regime aberto no curso do cumprimento da reprimenda – Efeito suspensivo da decisão concedido neste órgão *ad quem* – Retorno ao regime fechado – Esgotamento do prazo da segregação – Perda de objeto constatada – Recurso prejudicado – Agravo não conhecido – ‘Recurso prejudicado é aquele que perdeu o seu objeto. Ocorrendo a perda do objeto, há falta superveniente de interesse recursal, impondo-se o não conhecimento do recurso. Assim, ao relator cabe julgar inadmissível o recurso por falta de interesse, ou seja, julgá-lo prejudicado’ (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil Comentado. 4. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 1072)” (TJSC – AI 2012.014759-4, 19-7-2012, Rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga). “**Alimentos – Execução** – Alegação de impossibilidade de pagamento – Matéria rejeitada em sentença proferida em ação revisional. Prisão civil decretada. Impossibilidade de o cumprimento ocorrer em regime aberto. Depósito em dinheiro insuficiente a saldar o débito. Agravo desprovido” (TJSP – AI 990.10.080057-4, 11-5-2011, Rel. Carlos Henrique Trevisan).

BEM DE FAMÍLIA

17.1 ORIGEM HISTÓRICA

O bem de família constitui-se em uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar. A matéria tem relação direta, mas não exclusiva, com o direito de família, razão pela qual o Código de 2002 aí disciplina esse instituto (arts. 1.711 ss). Nada impediria que a matéria continuasse a ser tratada pela parte geral, assim como pelos direitos reais e principalmente pela lei registrária, com a qual possui maiores afinidades.

Originou-se, nos EUA, do *homestead*. O governo da então República do Texas, com o objetivo de fixar famílias em suas vastas regiões, promulgou o *Homestead Exemption Act*, de 1839, garantindo a cada cidadão determinada área de terras, isentas de penhora. O êxito foi grande, tanto que o instituto foi adotado por outros Estados da nação norte-americana, tendo ultrapassado suas fronteiras; hoje é concebido na grande maioria das legislações, com modificações que procuram adaptá-lo às necessidades de cada país.

No entanto, apesar de sua difusão, o sucesso da instituição não alcançou a dimensão esperada, mormente em nossa pátria, onde sua utilização voluntária é diminuta.

No Brasil, antes da vigência do Código Civil, houve várias tentativas de introdução do instituto, o qual foi adotado e incluído no atual Estatuto, em razão de uma emenda apresentada pela Comissão Especial do Senado.

O *homestead* nos Estados Unidos é a isenção de penhora sobre uma pequena propriedade. Em nosso país, a lei oferece à família o amparo de moradia.

17.2 LEGISLAÇÃO. CONCEITUAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA

O bem de família era exclusivamente regulado entre nós pelos arts. 70 a 73 do Código de 1916. Tais dispositivos foram complementados pelos arts. 19 a 23 do Decreto-lei nº 3.200/41. A parte processual vinha regulada no CPC, de 1939, arts. 647 a 651, que foram mantidos em vigor até que a legislação especial tratasse da matéria, o que é feito atualmente pelos arts. 260 a 265 da Lei nº 6.015/73, Lei dos Registros Públicos.

O instituto constava da Parte Geral do Código antigo, mas deveria figurar, como alertamos, na parte do Direito de Família, como faz o atual Código.

Pelo nosso ordenamento civil de 1916, o *homestead*, conhecido como bem de família, o que não é uma tradução, vinha estatuído no art. 70:¹

“É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio.

Parágrafo único. Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.

O atual Código, por sua vez, conceitua:

“Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial” (art. 1.711).

O objeto do bem de família é um imóvel, “um prédio”, rural ou urbano, em que a família fixa sua residência, ficando a salvo de possíveis e eventuais credores. O presente estatuto civil acentua que 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*” (art. 1.712). No atual Código há uma abrangência maior na conceituação do bem de família, como veremos.

No tocante à natureza jurídica, entendem alguns que há transmissão da propriedade na instituição do bem, em que o adquirente é a família, como personalidade coletiva, sendo transmitente o instituidor, como o chefe da família. Como a família não tem personalidade jurídica, não pode ser aceita essa posição.

Serpa Lopes entende que o bem de família é um condomínio *sui generis*, em que nenhum dos cotitulares possui quota individual.

Para Caio Mário da Silva Pereira, o instituto é uma forma de

“afetação de bens a um destino especial, que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição, salvo as provenientes de impostos devidos pelo próprio prédio”.

Trata-se da destinação ou afetação de um patrimônio em que opera a vontade do instituidor, amparada pela lei. É uma forma de tornar o bem como coisa fora do comércio, em que são

combinadas a vontade da lei e a vontade humana. Nesse diapasão, o bem de família fica isento de execução por dívidas posteriores a sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio ou despesas de condomínio (art. 1.715). Como se vê, o bem de família não pode ser instituído em prejuízo aos credores, ou melhor, em fraude contra credores. O benefício perdurará enquanto viver um dos cônjuges, ou na falta destes, até que os filhos completem a maioridade. Veja o que comentamos a seguir.

O projeto do Estatuto das Famílias suprime o instituto do bem de família por entender corretamente o seu absoluto desuso e o fato de aquele introduzido pela Lei nº 8.009/90, comentada a seguir, consultar suficientemente a proteção e o interesse da família. Esse instituto, tal como está no atual Código Civil, tornou-se inútil.

17.3 A LEI Nº 8.009, DE 29-3-90

Proveniente da Medida Provisória nº 143, de 1990, nos estertores de mandato presidencial, foi promulgada a Lei nº 8.009, de 29-3-90. Esse diploma legislativo surpreende não unicamente por seu alcance jurídico, mas pela importante particularidade de aplicação imediata aos processos em curso.²

Trata-se de norma que amplia o bem de família tradicional (seu título refere-se ao instituto), de evidente cunho de ordem pública, colocando a salvo de credores basicamente o imóvel residencial do casal ou da entidade familiar. Foi ressalvada expressamente sua vigência pelo atual Código, de acordo com o art. 1.711. Dispõe o art. 1º dessa lei:

“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 nesta Lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”.

Por outro lado, diz o art. 5º dessa lei:

“Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários

imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil”.

Em atenção aos princípios constitucionais atuais não se distingue a família legítima ou ilegítima. Basta que se configure a entidade familiar.³

A inspiração desse diploma é, sem dúvida, o bem de família tradicional, de nosso Código Civil. Entretanto, perante essa lei de ordem pública, deixa de ter maior utilidade prática o bem de família voluntário, por nós já referido como de pouco alcance prático. Estando agora, por força de lei, isento de penhora o imóvel residencial que serve de moradia, não há necessidade de o titular do imóvel se valer do custoso procedimento para estabelecer o bem de família. Os efeitos a partir da lei são automáticos. Como percebemos, a lei nº 8.009/90 amplia o alcance da impenhorabilidade desses imóveis, não impondo as restrições do art. 70 do Código Civil de 1916.

A impenhorabilidade não implica inalienabilidade. O titular do imóvel não perde a disponibilidade do bem. Isso também ocorre no bem de família tradicional.

A divagação agora gira em torno da inspiração sociológica e histórica dessa lei. Pacífico é que se trata de diploma de ordem pública. Embora regulando relações privadas, tem reflexos fundamentais no processo executório, de direito público, portanto. Não se trata, porém, de simples norma processual, como não o é o bem de família no Código Civil.

Em um primeiro enfoque, pareceu que a lei incentivava o calote e a fraude. De fato, permite-se que com facilidade suas disposições sejam utilizadas fraudulentamente. A nosso ver, porém, existe outro efeito que não pode ser desconsiderado. Haverá, sem dúvida, maiores dificuldades de obtenção de crédito por todos aqueles que nada mais possuem, que não um imóvel residencial. Nesse aspecto, não podemos deixar de concluir que se trata de lei de visão estreita. Muitas relações negociais foram assim prejudicadas.

Por outro lado, positivamente, nota-se que a lei procurou proteger a família do devedor,

“garantindo as condições mínimas de sobrevivência digna, a salvo das execuções por dívidas, avolumadas, em grande parte, não pela voracidade consumista do devedor, mas pelos tormentos e desacertos de uma economia cronicamente conturbada como é a do nosso país” (Czajkowski, 1992:16).

Há igualmente certa dúvida na sinceridade de propósitos sociais da lei, que não distingue a moradia humilde e tosca do palacete luxuoso e ostentativo.

De qualquer forma, a jurisprudência já se encarregou de afastar sua inconstitucionalidade, de fato inexistente, defendida a princípio por alguns juristas.

Também, terá apenas valor histórico a polêmica causada pela suspensão das execuções em

curso e o canhestro “cancelamento” destas, por força da Medida Provisória nº 143 e do art. 6º da lei. Os termos da lei são equivocados e apenas acrescentamos que, de plano, nos mostramos, no passado, contrários à aplicação imediata da impenhorabilidade aos processos em curso.

17.4 OBJETO E VALOR DO BEM DE FAMÍLIA

De acordo com o art. 70 do Código de 1916, o objeto do instituto era prédio destinado ao domicílio da família, não se distinguindo prédio urbano ou rural. O art. 1º da Lei nº 8.009/90 refere-se ao imóvel residencial, evitando falar em domicílio, conceitos jurídicos nem sempre coincidentes. Também na dicção da lei atual, o conceito é aplicado tanto ao imóvel urbano como ao rural (art. 1.712). Há amplitude maior no estatuto de 2002, pois permite que a instituição, tendo como objeto bem urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, abranja também valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família. O acréscimo é justo e visa fortalecer o instituto. Acrescenta, porém, o art. 1.713, que o valor desses bens mobiliários não poderá exceder o valor do prédio, à época da instituição. Nem sempre será aceitável uma avaliação tida como justa nesse sentido, o que pode dar margem a fraudes. Ainda, nesse mesmo artigo encontra-se dispositivo no § 3º que permite ao instituidor determinar que a administração dos valores mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como a forma de atribuição de benefícios. Haverá, certamente, necessidade de intervenção judicial quando surgir essa complexidade.

O Decreto-lei nº 3.200/41 ampliara o âmbito do bem de família, permitindo não só que o imóvel rural pudesse ser objeto do instituto, como também autorizou a inclusão na destinação da mobília, utensílios de uso doméstico, gado e instrumentos de trabalho, descritos expressamente no ato constitutivo.

Atualmente, carecendo de interesse prático a instituição voluntária do bem de família, suas disposições legais devem servir de adminículo para a interpretação da Lei nº 8.009/90, omissa em muitos aspectos.

A nova lei, no tocante ao imóvel rural, restringe a impenhorabilidade à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural (art. 4º, § 2º). O dispositivo constitucional referido diz respeito à pequena propriedade rural, mandando que a lei ordinária defina.

Por outro lado, como visto na redação do parágrafo único do art. 1º da referida lei, também são excluídos de penhorabilidade as plantações, benfeitorias e equipamentos de uso profissional e móveis que guarnecem a casa, desde que quitados. O art. 2º exclui veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.⁴

Nos princípios do Código Civil, o bem urbano ou rural não tem restrições quanto à extensão, desde que sirva de residência para a família.

O Código de 1916 não fixara teto para o valor do imóvel. Leis posteriores encarregaram-se de

fazê-lo, desestimulando ainda mais sua instituição. O bem de família agora por força de lei não possui limite de valor.

O art. 19 do Decreto-lei nº 3.200/41, com a redação da Lei nº 5.653/71, elevou o teto para 500 vezes o maior salário mínimo do país. A fixação de valor máximo reduz bastante o alcance da proteção procurada pela lei. A ausência de qualquer critério de valor, por outro lado, também é inconveniente, porque abre válvulas à fraude. A Lei nº 6.742, de 5-12-79, eliminou qualquer limite de valor para o bem de família, desde que o imóvel seja residência dos interessados por mais de dois anos.

Afigura-se inconveniente a prefixação de valor. Melhor que seja fixada uma porcentagem sobre o patrimônio líquido da família, como pretendeu o atual Código, o qual, no entanto, limitou a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (art. 1.711).

A nova roupagem do bem de família entre nós irá demonstrar sua conveniência ou não. É inconveniente a oneração de todo o patrimônio do interessado. É desvantajoso para a sociedade e para o próprio instituidor a oneração de seu único imóvel, porque isso dificultará sua vida negocial: não poderá contrair empréstimos de vulto, pois as instituições financeiras pedirão outras garantias. Cremos que tal crítica está doravante mais ainda apropriada.⁵

A seguir, analisaremos os aspectos do bem de família no Código Civil de 1916, em cotejo com o atual bem de família legal, ainda lembrando que o desuso do primeiro será mais acentuado. Na parte final deste capítulo, examinaremos o bem de família à luz do atual Código.

17.5 LEGITIMAÇÃO PARA A INSTITUIÇÃO E DESTINAÇÃO DO BEM

O art. 70 do Código de 1916 permitia que os chefes de família instituíssem o bem.

De acordo com o art. 233, chefe de família era o marido. A Constituição federal de 1988 já não permitia mais esse entendimento. Na falta deste, embora a lei não o diga, a prerrogativa passa para a mulher. É esse o espírito da lei, pelo que se inferia dos arts. 251, 380 e 466. Também era preciso admitir titularidade à mulher no caso de ausência do marido. A mulher, ao assumir a direção do lar, deveria ter o poder de instituir o bem, pois, de acordo com o art. 251, IV, podia até alienar os imóveis do casal, com autorização judicial. No entanto, perante a igualdade de direitos dos cônjuges atribuída pela Constituição havia, destarte, que se atribuir legitimidade a ambos os cônjuges para a instituição. Esse é o sentido do novo Código também.

Na origem do Código antigo, as pessoas solteiras, por conseguinte, ainda que vivessem em concubinato duradouro, não podiam instituir bem de família, assim como não tinham esse direito os tutores e curadores em benefício dos pupilos. Modernamente, há que se admitir que a instituição do bem de família dirige-se à entidade familiar, ainda que monoparental, como garante a Constituição.

Não pode também instituí-lo o avô, pois com o casamento é criada uma nova família. É essa a intenção da lei.

Desse modo, um terceiro não pode instituir o bem de família. O atual Código Civil autoriza terceiro a fazer tal instituição, por testamento ou doação, com aceitação expressa dos cônjuges beneficiados (art. 1.711, parágrafo único). Nesse caso, como terceiro, o avô pode fazer a instituição, desde que o faça com os próprios bens.

Note que a instituição só pode ocorrer se não prejudicar credores existentes à época do ato. Daí porque o bem de família só pode ser criado por quem seja solvente, isto é, quando a instituição não fraudar o direito dos credores, quando sobrar bens suficientes para pagar as dívidas existentes na época. Por dívidas posteriores, pois, não responde o bem separado.

Pergunta-se: a família de fato pode ser beneficiada com a instituição? Hoje, a orientação constitucional não admite dúvida. Mesmo no sistema anterior, não tendo a lei feito distinção, havendo filhos na família ilegítima ou não unida pelo casamento, era concebível a instituição. Aliás, a nova terminologia a ser adotada é entidade familiar e união estável, repelindo-se a referência à ilegitimidade da família.

A atual Constituição reafirmou esse entendimento, independentemente de prole. A Lei nº 8.009 não faz distinção entre família legítima e ilegítima, e fala em “entidade familiar”.⁶

17.6 REQUISITOS

O primeiro requisito é a instituição ser feita pelo chefe da família, com a observação feita supra. Modernamente, há uma extensão de legitimidade aos cônjuges ou companheiros.

Em segundo lugar, o prédio deve ser de propriedade dos cônjuges ou companheiros conviventes, exclusivamente. Se o bem pertencer somente a um deles, no regime de separação ou de comunhão de aquestos, nada impede que ele ou ela ofereça o bem para que seja atingida a finalidade da lei.

Em terceiro lugar, não pode haver dívidas suficientes para prejudicar os credores. São dívidas anteriores ao ato instituidor que prejudicam o instituto (art. 1.715). As dívidas posteriores não atingem a garantia, aliás é essa a finalidade da instituição. O sistema do Código de 1916 permitia a instituição somente por escritura pública (art. 73), enquanto o atual Código autoriza também por testamento (art. 1.711).

Questão relevante é saber se um prédio onerado com hipoteca pode ser objeto do instituto. Maior importância tem ainda diante da difusão do antigo Sistema Financeiro de Habitação. Em que pesem opiniões contrárias, entendemos que nada impede que, nesse caso, seja instituído o bem, pois a hipoteca anterior ficará por ele resguardada e garantida. A garantia do bem de família só fica a salvo das dívidas posteriores e pode a execução hipotecária recair sobre ele por interpretação do parágrafo único do art. 71. Contudo, tratando-se de hipoteca, é dispensada qualquer prova de solvência ou insolvência do instituidor, porque o próprio prédio está garantindo a dívida.

Em quarto lugar, o prédio deve ser destinado efetivamente ao domicílio da família. O instituto

não foi criado nem para dar garantia real à família, nem para fornecer alimentos, mas exclusivamente para garantir a moradia. Se for alterado o destino, perde eficácia a instituição, devendo ser desconsiderada pelos devedores. Isto se aplica também ao bem de família legal.

Em quinto lugar, de acordo com o art. 1.717, o prédio não poderá ser alienado sem o consentimento dos interessados e de seus representantes legais. O dispositivo não está bem redigido. Para se conseguir autorização dos menores à liberação do bem há necessidade de intervenção judicial. Dificilmente, na prática, tal autorização é concedida, pois o *pater familias* precisa provar a necessidade da alienação e que os menores continuarão garantidos até a maioridade. Contudo, só o caso concreto poderá dar a solução. Pode ocorrer que a família mude de domicílio e queira transferir a instituição para outro bem; isto é possível atendendo-se aos requisitos gerais aqui expostos.

O art. 1.714 do atual Código acentua que o bem de família constitui-se pelo registro de seu título no Registro de Imóveis. Antes do registro, portanto, não há eficácia *erga omnes*.

17.7 INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO NA LEI Nº 8.009/1990

Na forma do art. 1.717, o bem de família é declarado inalienável. Tal inalienabilidade é feita em benefício da família para proporcionar-lhe abrigo seguro e duradouro.

É preciso entender, contudo, que essa inalienabilidade é tão só acidental; pode ser removida, desde que haja aquiescência dos interessados. Estes, quando incapazes, devem ser representados por curador especial, pois há conflito fundamental com os representantes.

Característica fundamental é a impenhorabilidade. É este o próprio cerne do instituto, como diz o art. 1.716, deixando o bem “*isento de execução por dívida*”, salvo as provenientes de impostos relativos ao mesmo prédio.⁷

A primeira exceção à impenhorabilidade é justamente a de débitos tributários relativos ao imóvel.

Não prevalece também a impenhorabilidade no caso de fraude contra credores ou em detrimento de débito anterior. Por isso dispunha o art. 71 que, para o exercício da faculdade de instituição, é necessário que os instituidores no ato não tenham dívidas cujo pagamento possa ser prejudicado.⁸

Não é anulada, no entanto, a instituição quando aparece dívida anterior e é provado que àquela época o instituidor não era insolvente. Se a insolvência é posterior, em nada prejudica o bem de família.

No bem de família legal da Lei nº 8.009/1990, o art. 3º trata das exceções à impenhorabilidade:

“II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – 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; (alterado pela Lei n.13.144/2015)

IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar”

V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;⁹

VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens”.

A vigente Lei do Inquilinato (nº 8.245/91) incluiu mais uma exceção ao art. 3º:

“VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

O legislador do inquilinato apercebeu-se que a aplicação da impenhorabilidade dificultaria a obtenção de fiadores na locação.

O art. 2º da lei do bem de família legal, como já referimos, exclui também da impenhorabilidade *os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos*.¹⁰

O locatário também foi lembrado no bem de família legal, pois

“no caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarneçam a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo” (parágrafo único do art. 2º).

O art. 4º procura evitar a fraude dispondo:

“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.

§ 1º Neste caso 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”.

A redação é ruim. Não se trata de o juiz “transferir” o vínculo, mas de considerá-lo ineficaz em benefício do credor, nos próprios autos da execução, para coibir a fraude. A lei nada diz acerca de terceiros de boa-fé. Poderá, contudo, ocorrer fraude contra credores ou fraude de execução, quando então será caso de aplicar a anulação dentro dos princípios desses institutos.

17.8 DURAÇÃO

De acordo com o parágrafo único do art. 70 do código antigo, o benefício duraria “*enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade*”. Aí o instituto terá atingido sua finalidade.

Dizíamos, sob a égide do estatuto anterior, contra a opinião de alguns, que permanecia o bem vinculado no caso de existência de filhos interditos que se equiparam aos menores. O atual Código foi, como se nota é expresso nesse aspecto.

O benefício, ainda, pode ser extinto voluntariamente. É decorrência lógica da natureza do instituto. A questão é da conveniência da família. Pode acontecer de a instituição ter ocorrido em circunstâncias de uma época na vida da família que não mais perduram. Os interessados são os juízes dessa conveniência e haverá autorização judicial para tal; se existirem incapazes, deve ser-lhes nomeado curador especial, com participação do Ministério Público, em qualquer caso.

Se o prédio deixar de servir como domicílio da família, haverá a extinção do benefício, por requerimento de qualquer interessado.

A propósito, dizia o art. 21 do Decreto-lei nº 3.200/41:

“Art. 21. A cláusula de bem de família somente será eliminada, por mandado do juiz, e a requerimento do instituidor, ou, nos casos do art. 20, de qualquer interessado, se o prédio deixar de ser domicílio da família, ou por motivo relevante plenamente comprovado.

§ 1º Sempre que possível, o juiz determinará que a cláusula recaia em outro prédio, em que a família estabeleça domicílio.

§ 2º Eliminada a cláusula, caso se tenha verificado uma das hipóteses do art. 20, entrará o prédio logo em inventário para ser partilhado”.

No bem de família legal, a instituição independe de qualquer formalidade.

Portanto, por morte de um dos cônjuges o bem não irá a inventário, mas se o cônjuge sobrevivente dele se mudar e não ficar residindo algum filho menor, a cláusula será eliminada e o imóvel será partilhado.

O art. 1.721 do Código de 2002 exprime que a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família, mas, dissolvido o matrimônio pela morte de um dos cônjuges, o sobrevivente poderá pedir a extinção do bem de família se for o único bem do casal.

O credor terceiro, como interessado, pode requerer a ineficácia do vínculo caso o seja anterior a sua constituição (art. 71 e parágrafo único do Código Civil de 1916), ou no caso de provar que o imóvel já não sirva para o domicílio da família. É preciso entender, contudo, que nesses casos não há necessidade de que o credor promova o cancelamento do vínculo, mas que simplesmente se

“*desconsiderar*” sua existência em eventual execução e penhora. Trata-se de ineficácia com relação a esse interessado.

Os interessados podem também provar judicialmente a impossibilidade de manutenção da instituição, nas condições em que foi constituído (art. 1.719). Nessa hipótese, o juiz poderá extingui-lo ou autorizar a sub-rogação dos bens instituídos em outros, ouvindo sempre o instituidor e o Ministério Público. Assim, pode ocorrer que o imóvel e os bens móveis acessórios que o secundam se tornem excessivos ou insuficientes para a família, necessitando esta de outro prédio ou de outros investimentos garantidores. A necessidade será apurada no caso concreto.

17.9 PROCESSO DE CONSTITUIÇÃO

O procedimento para a constituição do bem de família vem estatuído nos arts. 260 a 265 da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos).¹¹

A instituição deverá ser feita por escritura pública (art. 260). A instituição por testamento, do novo Código, deve ser regulamentada. A escritura do imóvel será apresentada ao oficial do registro para a inscrição, a fim de que seja publicada na imprensa local (art. 261) ou, em sua falta, na da Capital do Estado ou do Território. A finalidade da publicidade é dar conhecimento a eventuais credores que tenham motivo para se oporem à constituição.

Não havendo razão para dúvida, a publicação será feita de acordo com o art. 262, da qual constará:

“I – o resumo da escritura, nome, naturalidade e profissão do instituidor, data do instrumento e nome do tabelião que o fez, situação e característicos do prédio; II – o aviso de que, se alguém se julgar prejudicado, deverá, dentro em 30 (trinta) dias, contados da data da publicação, reclamar contra a instituição, por escrito e perante o oficial”.

Não havendo determinação expressa da lei, a publicação será feita uma única vez pela imprensa.

Findo o prazo de 30 dias, sem qualquer reclamação (art. 263), o oficial transcreverá a escritura integralmente e fará a matrícula, arquivando um exemplar do jornal da publicação e restituindo o instrumento ao apresentante, com a nota da inscrição.

No caso de ser apresentada reclamação (art. 264), o oficial fornecerá cópia ao instituidor e lhe restituirá a escritura, com a declaração de haver sido suspenso o registro, cancelada a prenotação.

Nessa hipótese, o instituidor poderá insistir no registro, requerendo ao juiz competente que o determine sem embargo da reclamação (art. 264, § 1º). Caso o juiz estabeleça que se proceda ao registro nessas circunstâncias, ressalvará ao reclamante o direito de recorrer à ação competente para

anular a instituição ou promover execução sobre o prédio instituído, se se tratar de dívida anterior.

Trata-se de fase administrativa. Ainda que seja determinado o registro, resta sempre ao prejudicado o direito de invalidar a instituição ou “*desconsiderá-la*”, na via judicial própria.

Se o juiz indeferir o registro, pode também o instituidor recorrer à via judiciária, *a contrario sensu*.

Em qualquer caso, nessa fase administrativa, “*o despacho do juiz será irrecorrível e, se deferir o pedido, será transcrito integralmente, juntamente com o instrumento*” (art. 264, § 3º).

Nessa fase administrativa, o conhecimento do juiz é incompleto, não há coisa julgada, daí porque se pode sempre recorrer às vias ordinárias, podendo fazê-lo, de acordo com as circunstâncias, quer o instituidor, quer o prejudicado com a instituição. Não é necessário, para invalidar a instituição, que o prejudicado tenha apresentado reclamação na fase administrativa. É claro que, se o tiver feito, terá situação melhor no processo, mas não é requisito de procedibilidade.

Complementa o art. 265 da Lei dos Registros Públicos:

“Quando o bem de família for instituído juntamente com a transmissão da propriedade (Decreto-lei nº 3.200, de 14 de abril de 1941, art. 8º, § 5º), a inscrição far-se-á imediatamente após o registro da transmissão, ou, se for o caso, com a matrícula”.

Trata-se da hipótese em que o instituidor adquire o imóvel e já no mesmo ato institui o bem de família.

17.10 O BEM DE FAMÍLIA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Os arts. 70 ss do Código Civil antigo abriam importante exceção à regra de que ninguém pode, como proprietário, tornar seus próprios bens impenhoráveis, porque o princípio geral é de que o patrimônio do devedor deve garantir suas dívidas. No caso, porém, o legislador desejou cercar a família de garantias para um teto, um local permanente onde morar, a salvo das intempéries financeiras do *pater*, colocando o bem a salvo dos credores.

Nas edições anteriores desta obra, dizíamos que o recrudescimento das dificuldades econômicas que afligiram e afligem o país aconselhava que a instituição do bem de família fosse mais utilizada.

A Lei nº 8.009/90, com todas as suas falhas, foi evidentemente muito mais avançada, fazendo com que a impenhorabilidade do imóvel de moradia decorra imperativamente da lei, independentemente da vontade do titular do direito. O tempo de sua vigência já demonstra que a lei foi incorporada ao mundo negocial e ao espírito da sociedade. Como visto, essa lei, que institui o bem de família por imperativo legal, desestimula e suprime utilidade para a instituição voluntária, custosa e procedimental.

Como dissemos, o atual Código disciplina o instituto dentro do direito de família. Mantida a base estrutural, há novos pressupostos na atual lei.

O art. 1.711, como apontamos, faculta a ambos os cônjuges ou à entidade familiar a legitimidade para a instituição. Nesse mesmo dispositivo, abre-se a possibilidade de o testamento instituir o bem de família. Uma vez instituído por testamento, a lei registrária deve ser alterada para admitir esse procedimento, cabendo às Corregedorias, enquanto isso não ocorrer, possibilitar o que a lei material permite. Como aponta Álvaro Villaça Azevedo, a instituição por testamento trará dificuldades, mormente porque seus efeitos ocorrem apenas após a morte, quando então será avaliado o patrimônio, sujeito também aos credores do espólio. Melhor que se mantivesse unicamente a possibilidade por escritura pública pelos cônjuges, a qualquer momento (1999:226).

A administração do bem compete a ambos os cônjuges, salvo disposição em contrário no ato de instituição, resolvendo o juiz em caso de divergência (art. 1.720). Esse mesmo dispositivo, no parágrafo único, indica o filho mais velho para prosseguir na administração, se for maior, ou, no caso, seu tutor, com o falecimento de ambos os consortes. Poderá não ser a solução mais conveniente para o caso concreto, decidindo o juiz, conforme a situação. Não sendo oportuno e conveniente que o filho mais velho seja o administrador, caberá ao juiz verificar, dentre os membros da família, preferentemente residentes no local, qual o que possui melhores condições para a função.

A dissolução da sociedade conjugal não extingue, obviamente, o bem de família (art. 1.721). Há que se ver qual dos cônjuges permanecerá no imóvel, o qual poderá, inclusive, excepcionalmente, ficar na posse direta unicamente dos filhos. Se a sociedade conjugal for dissolvida pela morte de um dos cônjuges, faculta-se ao sobrevivente pedir a extinção do bem de família, se for o único bem do casal (art. 1.721, parágrafo único). Esta última disposição não é conveniente, pois poderá prejudicar os filhos menores (Azevedo, 1999:227).

Se, por um lado, no art. 1.712 há a especificação de que o bem de família constituir-se-á em um prédio residencial urbano ou rural, com suas pertencas e acessórios, por outro, o art. 1.711 limita o valor da instituição a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição. A lei que ordena os registros públicos deverá também disciplinar essa prova do valor do bem. Apresentada a documentação ao registro, havendo dúvida quanto ao limite imposto na lei, poderá o cartorário submeter a questão a juízo. Não se suprime a possibilidade de qualquer interessado insurgir-se contra a instituição, a qual, em qualquer caso, não pode prejudicar as dívidas do instituidor até então existentes.

O parágrafo único do art. 1.711 permite que terceiro institua o bem de família, por testamento ou doação, dependendo, da eficácia do ato, da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada. Essa aceitação pode ocorrer no mesmo instrumento de doação ou posteriormente, mormente quando se tratar de instituição por testamento. O terceiro não está sujeito ao limite de um terço do patrimônio.

Ao estipular que o benefício deve consistir em prédio urbano ou rural, destinado ao domicílio da família, o art. 1.712 inova e esclarece dúvida da doutrina no passado, autorizando que as pertenças e os acessórios integrem a instituição, podendo também abranger valores mobiliários, *“cujá renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família”*. O atual diploma encara o bem de família em seu sentido global e social: de nada adianta para a família ter seu prédio residencial imune a execuções se não há possibilidade de mantê-lo e de manter ali os integrantes da família. Nesse sentido, permite o Código de 2002 que o instituidor destine recursos para essa manutenção que poderá consistir em aplicações financeiras, alugueres etc. A maior dificuldade será isentar esses recursos das execuções por parte de terceiros. O art. 1.713 dispõe que os valores mobiliários desse jaez não poderão exceder o valor do prédio instituído, à época da instituição. O texto não é muito claro e pode dar a ideia que outro um terço do patrimônio atual possa ser destacado para o bem de família, o que, em síntese, poderia somar 2/3 do patrimônio e contrariar o art. 1.711. Parece a melhor interpretação ser no sentido de que o prédio, suas pertenças e acessórios e os bens afetados para sua manutenção e sustento da família deverão, no total, limitar-se a um terço do patrimônio líquido atual do instituidor. No entanto, se a interpretação sistemática é essa, a interpretação gramatical não propende nesse sentido.

O art. 1.713 esclarece que os valores mobiliários afetados ao bem de família deverão ser devidamente individualizados no instrumento de instituição (art. 1.713, § 1º). Se forem títulos nominativos, a instituição deverá constar dos respectivos registros (art. 1.713, § 2º). O instituidor poderá determinar que a administração dos bens mobiliários seja confiada a instituição financeira, bem como disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários, caso em que a responsabilidade dos administradores obedecerá às regras do contrato de depósito (art. 1.713). A figura do administrador, nesse caso, mais se aproxima do contrato de fidúcia do que do de depósito. A lei reporta-se ao depósito certamente para conceder maior rigor na apuração da conduta do administrador.

O art. 1.714 dispõe que, em sendo a instituição formalizada pelos cônjuges ou por terceiros, constituir-se-á pelo registro do título no Registro de Imóveis. Se constituída por terceiros, será feita a transcrição. esta última solução deverá ser adotada, como regra geral, quando se tratar de entidade familiar.

Atendendo ao princípio geral do instituto, o bem de família é isento de execução pelas dívidas posteriores a sua constituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio (art. 1.715). A regra é similar aos bens gravados com a cláusula de inalienabilidade. Esclarece o parágrafo único desse artigo que, na execução dessas dívidas afeitas ao próprio prédio, o saldo remanescente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz. O interesse a ser visto pelo magistrado, nesse caso, é o da entidade familiar: poderá não ser a solução mais conveniente a aplicação do saldo eventualmente remanescente em títulos da dívida

pública.

Em paralelo ao disposto no Código anterior, a isenção que beneficia o prédio e seus acessórios durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade. Deve existir um alargamento nessa interpretação: se há filhos que não atingem a plena capacidade civil porque lhes falta o devido discernimento, ou por desenvolvimento mental incompleto, continuando incapazes, permanecerá o benefício, pois esse é o intuito da lei, a qual aliás é expressa no art. 1.722.

A alienação do prédio e respectivos valores mobiliários não poderão ter destino diverso, somente sendo utilizados para domicílio familiar e somente podendo ser alienados com o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público. Trata-se da extinção voluntária do bem de família descrita no art. 1.717. Caberá ao juiz, em síntese, a palavra final sobre a extinção.

Outra situação que pode apresentar-se, como vimos, é a impossibilidade de o bem continuar a servir como bem de família, qualquer que seja a causa. Nessa hipótese, poderá o juiz, a requerimento dos interessados, extingui-lo ou autorizar sua sub-rogação em outros bens, ouvidos o instituidor e Ministério Público (art. 1.719). No projeto que já se apresenta para alterar o atual Código (nº 6.960/2002), nesse dispositivo pode ser autorizada também a alienação do bem, dependendo da prova de oportunidade e conveniência.

O bem de família extingue-se também pelo término de seu destino natural, com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos à curatela (art. 1.722).

Importante é a disposição do art. 1.718. Qualquer forma de liquidação das entidades administradoras dos valores mobiliários não deverá atingir os valores a ela confiados, devendo o juiz ordenar sua transferência para outra instituição semelhante. Na falência, possibilita-se o pedido de restituição. Como vimos, a responsabilidade da instituição é a do depositário.

Embora muito bem detalhado o bem de família no presente Código, e por isso mesmo de complexa efetivação, tudo é no sentido de que continuará com pouca utilização, em face do bem de família legal da Lei nº 8.009.

¹ “Agravado de instrumento – Ação de Cobrança de Despesas Condominiais em fase de cumprimento de sentença. Revelia do Réu na fase de conhecimento. Penhora do imóvel. Decisão agravada que rejeitou a objeção de pré-executividade e indeferiu o pedido de justiça gratuita. Insurgência. Pedido de justiça gratuita. Alegação de ilegitimidade passiva em razão da doação da parte ideal aos filhos e de que o imóvel penhorado é **bem de família**. Agravante é parte legítima, pois consta na matrícula do imóvel como coproprietário do imóvel. Doação não averbada na escritura do imóvel. Obrigação ‘propter rem’ Agravado provido apenas para conceder a assistência judiciária” (TJSP – AI 2126134-82.2016.8.26.0000, 16-9-2016, Rel. Moraes Pucci).

“Alegação de bem de família – Imóvel único de propriedade do agravante arrematado em hasta pública – Proteção da Lei nº 8.009/90 – Prova insuficiente – Recurso improvido – O objetivo da Lei é proteger exclusivamente o imóvel próprio do devedor que

sirva para sua moradia. O executado não deve provar que possui uma única propriedade, mas demonstrar satisfatoriamente que o imóvel penhorado é seu e se destina à moradia. Não reconhecida a impenhorabilidade do imóvel, o saldo remanescente do produto da arrematação não seguirá resguardado pelas garantias legais do bem de família” (TJSP – AI 2018483-59.2014.8.26.0000, São Paulo, 26ª CD. Priv., Rel. Renato Sartorelli, DJe 21-3-2014, p. 1553).

“Cumprimento de sentença. Penhora. **Bem de família**. Imóvel destinado à moradia. Proteção da Lei nº 8.009/90. Recurso provido. O objetivo da lei é proteger exclusivamente o imóvel próprio do devedor que sirva para sua moradia. O devedor executado não deve provar que possui uma única propriedade, mas demonstrar satisfatoriamente que o imóvel penhorado é seu e se destina à moradia” (TJSP – AI 0244119-48.2012.8.26.0000, 13-2-2013, Rel. Renato Sartorelli).

“Agravado de instrumento – Ação de execução – Penhora sobre área rural – Pequena propriedade rural – Alegação de impenhorabilidade – Bem de família – Não tem a proteção da impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90 o imóvel dado em garantia hipotecária à dívida exequenda. Tendo sido oferecido bem imóvel em garantia, há renúncia ao benefício previsto no parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 8.009/90, não cabendo a alegação de impenhorabilidade com base na referida legislação. Agravo desprovido. Unânime” (TJRS – AI 70043806348, 21-3-2012, Rel. Des. Rubem Duarte).

“**Penhora** – Bem de família – Decisão judicial que reconheceu a sociedade de fato entre o coexecutado e a embargante e declarou seu direito à meação do imóvel penhorado. Legitimidade para o ajuizamento dos embargos de terceiro. Documentos juntados aos autos que comprovam que a embargante reside no imóvel desde pelo menos junho/77. Imóvel que se caracteriza como bem de família – Hipótese em que a constrição da parte ideal do bem pertencente ao devedor viola o direito previsto na Lei nº 8.009/90. Bem indivisível. Impenhorabilidade que deve proporcionar à entidade familiar pleno gozo e uso do bem. Embargos de terceiro que constituem a via adequada para a arguição da impenhorabilidade, já que a embargante é terceira estranha ao processo. Embargos de terceiro procedentes. Recurso provido” (TJSP – Ap. 991.06.033848-3, 16-3-2011, Rel. J. B. Franco de Godoi).

2 “Agravado interno – Agravo em recurso especial – **Penhora – Bem de família** – Condição não demonstrada – Propriedade de outros bens – Reexame de prova – 1- Não se admite o recurso especial quando sua análise depende de reexame de matéria de prova (Súmula 7 do STJ). 2- Agravo interno a que se nega provimento” (STJ – AgRg-AG-REsp. 721.511 – (2015/0131313-6), 24-6-2016, Relª Minª Maria Isabel Gallotti).

“Propriedade rural familiar – Garantia hipotecária – Impenhorabilidade – ‘Direito civil e processual civil. Pequena propriedade rural familiar. Garantia hipotecária. Impenhorabilidade. Exceção. Lei nº 8.009/1990. Matéria infraconstitucional. Alegação de afronta aos arts. 3º, 5º, XXVI, e 226, da Constituição Federal. Ausência de prequestionamento. Súmulas nºs 282 e 356/STF. Acórdão recorrido publicado em 10.01.2011. A matéria constitucional versada no recurso extraordinário, arts. 3º e 226, da Constituição Federal, não foi analisada pelas instâncias ordinárias, tampouco ventilada em embargos de declaração. Óbice das Súmulas nºs 282 e 356/STF. Divergir do entendimento do acórdão de origem quanto à possibilidade de penhora do bem de família. Pequena propriedade rural familiar. Dado como garantia hipotecária, demandaria a reelaboração da moldura

fática e análise da legislação infraconstitucional que regula a matéria. Art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990, o que torna oblíqua e reflexa eventual ofensa, insuscetível, portanto, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário, considerada a disposição do art. 102, III, *a*, da Constituição Federal. Precedentes. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à ausência de prequestionamento, ao âmbito infraconstitucional do debate e a reelaboração da moldura fática constante no acórdão de origem, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Agravo regimental conhecido e não provido” (STF – AgRg-RE-Ag 678.338, 25-3-2014, Relª Min. Rosa Weber).

“Agravado de instrumento e embargos de declaração execução. **Penhora. Bem de família**. Interposição contra decisão que não acolheu impugnação e condenou o executado por litigância de má-fé. Citação hígida. Executado que ingressou voluntariamente nos autos e deu-se por citado. Penhora válida, eis que antes mesmo da citação e da penhora já havia a constituição do débito do executado, por sentença transitada em julgado. Imóvel penhorado que não se apresenta dentre as exceções à constrição ditas pela Lei nº 8.009/90 (Bem de família). Demonstração nos autos que dão conta tratar-se de imóvel de veraneio e não como residência permanente. Pluralidade de residências. Ausência de prova de se tratar o bem penhorado como o de menor valor. Decisão mantida. Embargos de declaração. Inexistência de omissão, obscuridade ou contradição. Impossibilidade de modificação do julgado, nos termos do artigo 471 do Código de Processo Civil” (TJSP – EDcl 0053170-33.2013.8.26.0000, 10-5-2013, Rel. Mario A. Silveira).

“Embargos à execução – **Penhora de imóvel** – Alegação de tratar-se de bem de família – Imóvel utilizado para residência de

parentes do executado – Benefício legal que se destina à proteção da residência do devedor, e não de seus parentes. Impenhorabilidade afastada. Sentença bem fundamentada. Ratificação do julgado. Artigo 252, do Regimento Interno do TJSP. Aplicabilidade. Recurso improvido” (TJSP – Ap. 991.08.048388-8, 29-2-2012, Rel. Candido Alem).

“Execução – **Penhora sobre bem de família** – Inocorrência – Dívida executada que decorre da aquisição do próprio imóvel penhorado. Exceção legal. Art 3º, II, Lei nº 8.009/90. Impenhorabilidade afastada. Decisão mantida. Recurso improvido” (TJSP – AI 0120723-34.2012.8.26.0000, 28-9-2012, Rel. Candido Alem).

“Agravado de instrumento – **Bem de família** – Impenhorabilidade – Admissibilidade – Exegese do artigo 5º da Lei nº 8.009/90 – O objeto principal da Lei nº 8.009/90 é, sem dúvida nenhuma, a proteção da residência da entidade familiar, especialmente em situações em que o devedor, não tendo como adimplir suas obrigações ante a frágil situação financeira, não se veja também despojado de sua moradia, o que, certamente, corresponderia à falência da sua vida social. Constata-se nos autos que efetivamente a penhora recaiu sobre o único bem imóvel do Agravante, onde a entidade familiar reside há muitos anos e, por isso, está acobertado pelo instituto do bem de família e deve ser protegido nos termos da Lei nº 8.009/90. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP – AI 990.10.313052-9, 24-8-2011, Rel. Eduardo Siqueira).

“**Penhora** – Bem de família – Hipótese em que a dívida exequenda ainda não possui natureza alimentar; ao contrário, trata-se de dívida em valor certo, decorrente de acerto de partilha pactuada livremente entre as partes – Assim, não está presente a exceção prevista na Lei nº 8.009/90, que autoriza a constrição do bem de família no caso de execução de débito alimentar – Recurso provido” (TJSP – AI 632.802-4/9, 6-5-2009, 5ª Câmara de Direito Privado – Rel. Christine Santini).

3 “Agravado de instrumento – Execução de título extrajudicial – **Bem de família – Impenhorabilidade** – Único imóvel – Ônus da prova – Hipótese em que a parte ideal do imóvel penhorado, é o único imóvel de propriedade do agravante e de sua família – Declaração de imposto de renda juntada aos autos, e contas de consumo, que atestam tal condição – Precedentes da C. 24ª Câmara de Direito Privado – Hipótese em que era ônus do agravado comprovar que o imóvel não é o único de propriedade do devedor – Ônus do qual não se desincumbiu a contento – Aplicabilidade do art. 1º, da Lei nº 8.009/90 – Penhora levantada – Decisão reformada – Agravado provido” (TJSP – AI 2017722-91.2015.8.26.0000, 22-6-2015, Rel. Salles Vieira).

“Agravado. Execução de título judicial. Locação. Fiança. **Penhora de imóvel do casal**. Alegação de ser bem de família. Impenhorabilidade. Inocorrência, no caso. Inteligência do art. 82, da Lei nº 8.245/91, que acrescentou o inc. VII ao art. 3º, da Lei nº 8.009/90. Súmula nº 8 do Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso improvido, com observação. O plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal decidiu pela eficácia da regra de exceção contida na Lei nº 8.009/90, atinente à fiança em contrato de locação, sem prejuízo da Emenda Constitucional nº 26/2000. Então, na qualidade de devedor solidário, o fiador responde pelo pagamento dos alugueres e encargos, nos termos do contrato, sem possibilidade de se opor à constrição judicial de sua moradia nesta hipótese, como também sumulado por este Tribunal de Justiça (Súmula nº 8). Porém, no caso, observa-se que um dos agravantes poderá adotar medida processual que considerar cabível na defesa de seu interesse jurídico” (TJSP – AI 0227638-10.2012.8.26.0000, 29-1-2013, Rel. Adilson de Araujo).

“Agravado de instrumento – Execução de título extrajudicial – **Bem de família** – Penhora – Pretensão de que seja reconhecida a impenhorabilidade do imóvel constrito. Admissibilidade: a alegação de impenhorabilidade do bem de família é matéria de ordem pública e pode ser arguida em qualquer tempo e grau de jurisdição ou ainda conhecida de ofício pelo órgão julgador. Documentos que comprovam que o agravante e sua família residem no bem penhorado. Reconhecimento da impenhorabilidade do bem de família. Determinação do levantamento da penhora efetivada. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP – AI 0133322-05.2012.8.26.0000, 17-9-2012, Rel. Israel Góes dos Anjos).

4 “Processual civil – Agravado de instrumento – **Penhora de bens móveis que guarnecem a residência** do representante legal da empresa – Possibilidade quando, embora úteis, não sejam indispensáveis à manutenção da família – É cabível a penhora de bens móveis que guarnecem a residência do responsável legal da empresa quando, embora sejam úteis, não são indispensáveis para manutenção da família. Agravado de instrumento parcialmente provido” (TRF-3ª R. – AI 0024191-02.2014.4.03.0000/SP, 16-3-2016, Rel. Juiz Fed. Conv. Wilson Zauhy).

“Agravado regimental no recurso especial. Penhora de bens que guarnecem a residência dos devedores. Duplicidade. Possibilidade. Agravado regimental não provido. 1 – 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 tratarem de utensílios necessários à manutenção básica da unidade familiar (REsp 533.388/RS, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 29/11/2004). 2 – Agravado regimental não provido” (STJ –

AgRg-REsp 606.301 – (2003/0183923-2), 19-9-2013, Rel. Min. Raul Araújo).

“Ação de prestação de contas – Fase de cumprimento de sentença – **Determinação de penhora dos bens que garantem a residência do devedor**. Impenhorabilidade de bem de família. Observância do art. 649, II, CPC. Agravo de instrumento desprovido” (*TJPR* – AI 0868441-7, 7-5-2012, Rel.^a Des.^a Ângela Khury Munhoz da Rocha).

“Agravo de instrumento – Ação monitória – Tentativa de localização de bens penhoráveis que se arrasta por vários anos – **Bem de família** – Parte utilizada para atividade comercial – Penhora – Possibilidade – A impenhorabilidade tratada pela Lei 8.009/90 refere-se a imóvel sobre o qual se assentam a construção destinada à residência da família, plantação, benfeitorias e móveis que garantem a casa, não abrangendo, contudo, outras áreas, quando possível o desmembramento e sem prejuízo da parte residencial. Considerando que a tentativa de localização de bens penhoráveis já se arrasta por vários anos e que parte do imóvel familiar encontra-se alugado para atividade comercial no ramo de roupas, inexistem razões para manter o indeferimento da penhora vindicada” (*TJMG* – AI 1.0261.03.022619-3/001, 23-5-2012, Rel. Luiz Artur Hilário).

“Embargos à execução – **Preliminar de impenhorabilidade de bens de família** e bens essenciais ao bom funcionamento da empresa da apelante – Preliminares acolhidas – Mérito recursal – Acerto da sentença – Manutenção da sentença quanto ao mérito do recurso – Ônus sucumbenciais divididos em 50% para cada parte – Recurso provido em parte – A Lei nº 8.009/90 é taxativa ao fixar a impenhorabilidade de todos os bens que garantem a residência do devedor, salvo aqueles que, de modo expresso, excepciona. De acordo com o artigo 649, V, do CPC, são impenhoráveis também, além dos livros, máquinas e ferramentas, todos os bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão” (*TJMS* – Acórdão 2009.013221-8/0000-00, 16-2-2012, Rel. Des. João Maria Lós).

“**Bem de família** – Impenhorabilidade – Exceção – Agravo regimental. Agravo de instrumento. Recurso especial. Penhora. Bem de família. Impenhorabilidade. Exceção. Art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990. 1. Conforme art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/1990, é autorizada a penhora do bem de família quando dado, pelo casal ou entidade familiar, em garantia hipotecária da dívida exequenda. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido não se manifestou a respeito do beneficiário do empréstimo e não houve interposição de embargos de declaração a esse respeito. 3. Agravo regimental improvido” (*STJ* – AgRg-AI 1.333.436 – (2010/0131296-2), 3-11-2010, Rel. Min. Sidnei Beneti).

“Agravo de instrumento – Cumprimento de sentença – **Bem de família** – Questão de ordem pública – Preclusão – afastada – Bens móveis que garantem a residência – Impenhorabilidade – Decisão cassada – Recurso provido – A impenhorabilidade de bem de família é matéria de ordem pública podendo ser arguida a qualquer tempo. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que são impenhoráveis todos os móveis garantidores de um imóvel de família, recaindo a proteção do parágrafo único, do art. 1º da Lei nº 8.009/90 não só sobre aqueles indispensáveis a habitabilidade de uma residência, mas também sobre os usualmente mantidos em um lar comum. Recurso provido” (*TJMS* – AG 2011.035928-2/0000-00, 14-2-2012, Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence).

“Embargos à execução – Penhora – Bem de família – Cerceamento de defesa – Inocorrência – Revogação do benefício da assistência judiciária gratuita – Inobservância ao disposto no art. 7º, parágrafo único da Lei nº 1.060/50 – Pedido que deve ser formulado em autos apartados e não em sede de impugnação aos embargos à execução. Recurso não conhecido nesta parte. PENHORA. Imóvel. Exclusão. Possibilidade. Bem de família. Lei nº 8.009/90. Inexistência de prova em sentido contrário. Imóvel ocupado por pessoa solteira. Circunstância que não exclui a proteção legal – Impenhorabilidade reconhecida. Recurso improvido na parte conhecida” (*TJSP* – Ap. 991.02.015494-2, 9-9-2011, Rel. Candido Alem).

“Agravo de instrumento – Interposição contra decisão que deixou de conhecer da impugnação à penhora ofertada pela agravante, por ser intempestiva – Impenhorabilidade de bem de família – Matéria de ordem pública não sujeita à preclusão, que antes da arrematação, pode ser arguida a qualquer tempo – Hipótese em que a apreciação da questão importará em ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição – Possibilidade de discussão do tema pelo juízo de primeiro grau. Recurso parcialmente provido” (*TJSP* – AI 2245722-20.2015.8.26.0000, 11-8-2016, Rel. Luís Fernando Lodi).

“Ação de cobrança em fase de cumprimento de sentença – **Impenhorabilidade de bem de família**. Art. 1º da Lei nº 8.009/90. É caso de se conferir a proteção do bem de família, pelo fato de o executado ter demonstrado que atualmente está utilizando o imóvel construído como moradia, bem como que não é proprietário de outro imóvel residencial. Outro imóvel do executado (fazenda) está gravado com as cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade por força de disposição testamentária. Inaplicabilidade do art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 8.009/90, já que não restou comprovado que a fazenda também é utilizada

como residência. Recurso provido para afastar a penhora sobre bem de família” (TJSP – AI 0044101-11.2012.8.26.0000, 5-10-2012, Rel. Sérgio Shimura).

8 “Agravos de instrumento – Decisão interlocutória que nos autos de revisão de cédula de crédito bancário, cumulada com a declaração de nulidade de pacto adjeto de alienação fiduciária de imóvel de titularidade dos devedores solidários, suspendeu a tramitação dos atos de alienação extrajudicial da garantia – Inocorrência de desvio de finalidade do recurso – Subsistência de dúvida objetiva e fundada sobre o cabimento, ou não, da oposição da impenhorabilidade do bem de família, tendo em vista que a obrigação foi contraída por empresa individual pertencente ao filho dos coobrigados, com presunção de benefício à entidade familiar – Demonstração da existência de outras propriedades pertencentes aos garantidores – Necessidade da avaliação futura e mais aprofundada dos temas fáticos e das teses arguidas – Recurso provido” (TJSP – AI 2086834-16.2016.8.26.0000, 21-7-2016, Rel. César Peixoto)

“Título extrajudicial – Embargos à execução – Penhora – Bem de família não configurado – O imóvel considerado bem de família é aquele único destinado à residência do devedor como entidade familiar. Nos autos restou caracterizado que os imóveis penhorados não são utilizados para a residência da família da apelante, portanto, não podem ser considerados bem de família. Tem-se que a entidade familiar reside no imóvel doado às filhas da apelante, resguardando-se o usufruto vitalício, a impenhorabilidade e inalienabilidade do imóvel. Apelação improvida” (TJSP – Ap. 991.07.049146-2, 9-2-2012, Rel.^a Sandra Galhardo Esteves).

9 “Processo civil. Execução fiscal. Bem de família dado em garantia. Imóvel rural. Art. 4º,

§ 2º, da Lei 8.009/90. Possibilidade na parte que excede ao necessário à moradia do devedor e de sua família. 1 – Inexiste violação ao art. 535 do CPC se o Tribunal aborda todas as questões relevantes para o julgamento da lide. 2 – Aplica-se à penhora de imóvel rural o § 2º do art. 4º que dispõe: ‘quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural’. 3 – Recurso especial parcialmente provido para determinar a penhora do imóvel rural no percentual que exceda o necessário à moradia do devedor” (STJ – REsp 1.237.176 – (2011/0031420-0), 10-4-2013, Rel.^a Min.^a Eliana Calmon).

“Execução de sentença – Ação de reparação de danos por acidente de veículos – Bem de família – Caracterização – Usufruto vitalício – Impenhorabilidade reconhecida – Comprovado ser o imóvel de residência da entidade familiar, deve ser reconhecida a impenhorabilidade do bem de família, posto não configurada exceção prevista no art. 3º da Lei 8.009/90. ‘O usufruto tem como principal vantagem a inalienabilidade, da qual resulta a impenhorabilidade do imóvel. Isso porque os bens inalienáveis são impenhoráveis, já que o nu-proprietário não pode dispor da coisa, não podendo sobre ela recair a penhora enquanto subsistir o usufruto’. Apelo não provido” (TJSP – Ap. 992.05.140269-5, 16-1-2012, Rel. José Malerbi).

“Bem de família. Exceção a impenhorabilidade. Não incidência. Impugnação. Desconstituição de penhora. Agravo de instrumento. – Impugnação à penhora – Imóvel que serve de residência da executada – Não incidência da exceção do art. 3º, IV, da Lei nº 8.009/90 – *In casu*, o juízo *a quo* invocou a exceção do art. 3º, IV, da Lei 8.009/90, para rejeitar a impugnação à penhora do imóvel, reconhecendo sua penhorabilidade. Ocorre que, a dívida executada não é decorrente de tributos ou cotas condominiais incidentes sobre o imóvel. Na verdade, o título executivo judicial resulta de condenação em ação indenizatória. A exequente, antiga proprietária do imóvel penhorado, propôs a referida ação por ter sido obrigada a pagar diversos débitos, como IPTU, cotas condominiais, contas de gás, porquanto a executada, após a compra do imóvel, não providenciou a alteração das contas para seu nome. Dessa forma, o débito executado refere-se a condenação por responsabilidade civil decorrente da prática de ato ilícito, consistente na inércia em alterar os dados cadastrais junto à Prefeitura, CEG e próprio condomínio. Cabe ressaltar ainda, que parte do débito executado refere-se à condenação à compensação por danos morais suportados diante dos fatos narrados. Assim, a decisão atacada indevidamente deu interpretação extensiva ao dispositivo legal que excepciona a regra de impenhorabilidade do bem de família. Sendo a proteção ao bem de família, como exposto, fundada em valores constitucionais de proteção à família e da dignidade da pessoa humana, as exceções à regra de impenhorabilidade devem ser interpretadas restritivamente. Ademais, deve-se consignar que o fato de a executada possuir uma cota-parte na proporção de 1/4 de um imóvel em Arraial do Cabo não torna o imóvel objeto da constrição judicial penhorável. Com efeito, a executada não é proprietária do imóvel de Arraial do Cabo, mas possui apenas uma cota-parte, o que não lhe garante o direito à moradia, fundamento primordial da proteção ao bem de família. Por fim, privar a executada de um imóvel, em que efetivamente reside, no Rio de Janeiro, deixando somente com uma cota-parte de um imóvel em Arraial do Cabo certamente seria uma violação ao princípio da menor onerosidade da execução. Provimento do recurso” (TJRJ – AI 0021503-92.2011.8.19.0000, 29-9-2011, Rel.^a Des.^a Renata Cotta).

10 “Agravado de instrumento – Ação de indenização em fase de cumprimento de sentença – Alegação de bem de família – Não comprovação do uso residencial do imóvel – Decisão mantida – Recurso não provido – É inviável a proteção da impenhorabilidade do bem de família, se inexistente prova suficiente do fim residencial do imóvel penhorado” (TJSP – AI 2067229-84.2016.8.26.0000, 31-5-2016, Rel. Vicente de Abreu Amadei).

“Agravado de instrumento – Cumprimento de sentença – Impugnação – Penhora – Garagem que possui matrícula própria – Inviabilidade de alienação em hasta pública – Restrições impostas pela convenção de condomínio e pela Lei nº 4.864/65. **Impenhorabilidade reconhecida. Imóvel rural. Bem de família.** Impenhorabilidade que se restringe, nos termos da primeira parte do Art. 4º, § 2º da Lei 8.009/90, à sede de moradia, com os respectivos bens móveis. Interpretação sistemática. Indivisibilidade do imóvel rural. Art. 65 do Estatuto da Terra (Lei nº 4.504/64). Lei nº 5.868/72. Extensão da área impenhorável que deve observar a fração mínima de parcelamento. Impenhorabilidade reconhecida. Agravo provido, para esses fins” (TJSP – AI 0093774-07.2011.8.26.0000, 28-8-2012, Rel. Coutinho de Arruda).

“Agravado de instrumento – Ação monitória – Decisão que indeferiu o pedido de penhora de um computador e uma impressora da agravada. **Bens que guarnecem sua residência** e não são de elevado valor nem ultrapassam as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida, bem como não representam veículos de transporte, obras de arte ou adornos suntuosos. Impenhorabilidade. Inteligência do artigo 649, II, do Código de Processo Civil, combinado com os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.009/90. Decisão mantida, embora por fundamento diverso. Recurso não provido” (TJSP – AI 0063619-84.2012.8.26.0000, 18-10-2012, Rel. Irineu Fava).

11 “Agravado de instrumento – Ação de reparação de danos – Cumprimento de sentença – Penhora de bem imóvel – Alegação de **impenhorabilidade por se tratar de bem de família** – Imóvel em nome da ré e seu convivente – Penhora que recai sobre metade ideal do imóvel de propriedade do casal – Imóvel indivisível e destinado à moradia da ré e sua família – Proteção da Lei nº 8.009/90 que atinge o bem em sua integralidade – Comprovação da existência de outros bens em nome da ré – Direito à moradia, garantido pela existência de outro imóvel – Cabimento do levantamento integral da penhora – Decisão reformada – Recurso provido” (TJSP – AI 2138219-03.2016.8.26.0000, 6-9-2016, Relª Ana Catarina Strauch).

“Agravado de instrumento – Ação de cumprimento de sentença – Preliminar de nulidade do *decisum* – Ausência de manifestação acerca da juntada de documentos – Alegação de violação ao princípio do contraditório – Rejeitada – mérito recursal – Impugnação à penhora – **Impenhorabilidade do bem de família** – Não caracterização – Existência de outros bens em nome dos devedores – Decisão mantida – Recurso desprovido – 1 – Por meio da garantia do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), o processo mantém uma estrutura dialética, mediante a qual as partes tomam ciência dos atos do processo e dele podem participar de maneira paritária, colaborando conjuntamente para a boa qualidade da prestação jurisdicional. Na espécie, se o processo vinha se desenrolando de forma bilateral e as cópias das matrículas juntadas, por se referirem a bens imóveis em nome dos devedores, remetem à presunção de que estes tinham conhecimento de seu conteúdo e nada acrescentariam para a formação da convicção do magistrado, rejeita-se a preliminar de nulidade da decisão combatida no agravo. 2 – Afigura-se legítima a constrição judicial de bem imóvel, cuja impenhorabilidade não restou caracterizada, sobretudo porque inexistente nos autos a comprovação de que seja o único de propriedade dos devedores/ executados destinado a moradia familiar (art. 333, I, do CPC). 3 – A existência de outros imóveis de propriedade dos devedores impõe a formalização da instituição do bem de família, mediante escritura pública ou testamento, justamente com o intuito de destacar esse bem do patrimônio geral dos devedores, destinando-o como bem impenhorável, a teor dos artigos 1.711 e 1.712 do Código Civil em vigor” (TJMS – AG 2011.030369-4/0000-00, 16-1-2012, Rel. Des. Josué de Oliveira).

UNIÃO ESTÁVEL. UNIÕES HOMOAFETIVAS

18.1 UNIÃO ESTÁVEL E DIREITO DE FAMÍLIA

Ao encerrarmos nosso estudo de direito de família, é importante tecer mais algumas considerações a respeito da união estável. Como o leitor notou, em todos os tópicos foram mencionados aspectos que dizem respeito a esse estado de fato conjugal. Conceituamos sua problemática no Capítulo 2 desta obra, após enfocarmos a estrutura do casamento. Ali, traçamos as características básicas na definição do concubinato ou da união estável. No decorrer de nosso estudo, em inúmeras e frequentes passagens, fizemos referência à união estável, ao direito dos companheiros, ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal e às polêmicas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96.

Ao fim do estudo do Direito de Família, é certo que muitas dúvidas certamente ainda persistem, mormente porque o instituto é regulado especificamente apenas nos arts. 1.723 a 1.727 do atual Código. Impossível equacioná-las por completo em decorrência dessas normas imperfeitas e repletas de imprecisões. O legislador não foi claro, ou porque não soube, ou porque assim não desejou. Desse modo, é difícil sistematizar os direitos dos companheiros e, muito mais que isso, nos casos práticos será por vezes difícil harmonizar efeitos da união estável com efeitos do casamento, quando ambos se apresentam concomitante ou sucessivamente aos olhos do intérprete. Em qualquer exame que se faça doravante no direito brasileiro, como é curial, nunca mais há de se colocar o casamento como compartimento isolado, estanque, sem relação com a família derivada da união estável.

Por igual, a própria Constituição reconhece que pode existir família, entidade familiar, fora do casamento e fora da união estável, constituída por apenas um dos genitores e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º). A igualdade dos filhos para todos os fins foi definitivamente estabilizada.¹ Na verdade, mudou a família e mudamos nós todos na forma como encará-la. O sentido da lei, pouco importando suas falhas formais que paulatinamente serão corrigidas principalmente pelo trabalho dos tribunais, traduz o sentimento social: a lei não se adianta aos fenômenos sociais, vem sempre ao encontro deles. Desse modo, há, sem dúvida, um novo Direito de Família no Brasil, a partir de 1988. Muitos dos postulados do Código Civil, ainda vigente, têm atualmente mero valor histórico. Nessas premissas, as novas gerações do final do século XX e do século XXI já nascem sob um novo paradigma social e também sob novos princípios jurídicos.

Por muito tempo, ainda, discutir-se-á sobre a conveniência da sistematização do atual Direito de Família. Orlando Soares (1999:44) comenta a esse respeito:

“Seja como for, o desinteresse pelo casamento acabou provocando uma espécie de clamor público, no sentido de que fossem constitucionalizadas e reguladas, legislativamente, as uniões livres entre o homem e a mulher, para efeito de recíproca assistência e proteção à prole, daí resultante; originando a noção de entidade familiar, prevista na Carta Política de 1988, em razão do que não mais se pode falar em família ilegítima, em oposição à família legítima, pois ambas essas situações estão sob o manto da proteção legal e constitucional”.

Recorde-se, ademais, de que o Código Civil de 1916 possuía vários dispositivos nos quais era discriminado o concubinato impuro, em proteção à família legítima. O art. 1.177 permitia a anulação da doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice, pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários. Note-se que essa disposição persiste no vigente Código, no art. 550. O art. 1.474 proibia à concubina de homem casado ou ao concubino de mulher casada ser indicado como beneficiário de contrato de seguro de vida, ao proibir que se instituísse como beneficiário pessoa legalmente inibida de receber doações do segurado. O art. 1.719, II, proibia à concubina do testador casado ser nomeada herdeira ou legatária, com idêntica proibição ao concubino da testadora casada. Essa restrição foi amenizada na nova redação (art. 1.801, III). Essas restrições passam a ser discutíveis perante a novel legislação, ainda que, em parte, tenham sido modificadas pelo presente Código. Fortes motivações existirão certamente nos casos concretos, com forte carga de equidade, que induzirão a jurisprudência a entender como inaplicáveis essas restrições perante a proteção que o ordenamento ora dedica à união estável.

No entanto, é importante reiterar que o legislador do Código Civil optou por distinguir claramente o que se entende por união estável e por concubinato, não podendo mais essas expressões ser utilizadas como sinônimas, como no passado. O termo *concubinato* fica reservado, na forma do art. 1.727, às relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, o que não é também uma expressão muito precisa, como apontaremos. Trata-se da união sem casamento, impura ou adúltera. Como conclui Rodrigo da Cunha Pereira:

“com a evolução do pensamento construtor da doutrina sobre o direito concubinário, podemos dizer que concubinato não adúltero é união estável e o adúltero continua sendo o concubinato propriamente dito” (In: DIAS, Marina Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o atual código civil*, 2001:213).

Note-se que o legislador, ao referir-se, no art. 1.727, aos impedidos de casar, disse mais do que pretendia, pois, por exemplo, os separados judicialmente estão impedidos de casar, mas não estão impedidos de constituir união estável.

É importante distinguir união estável de concubinato, nessas respectivas compreensões, pois há

consequências jurídicas diversas em cada um dos institutos. No concubinato podem ocorrer os efeitos patrimoniais de uma sociedade de fato, sem que existam outros direitos dedicados exclusivamente à união estável, tratada muito proximamente como se matrimônio fosse.

A entidade familiar reconhecida como tal é denominada união estável, conforme o art. 1.723:

“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.

§ 1º 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.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”.

O Projeto nº 2.285/07 (Estatuto das Famílias) mantém a mesma redação, mas acrescenta importante texto no parágrafo único: “A união estável constitui estado civil do convivente, independentemente de registro, e deve ser declarado em todos os atos da vida civil”. A proteção a terceiros é fundamental e sendo a união estável um estado de fato, esse controle nunca será perfeito.

Entidade familiar é conceito mais amplo que família. A expressão foi introduzida pela Constituição de 1988. Sob forte aspecto, a regulamentação da união estável, uma relação de fato, é um paradoxo, pois quem escolhe por assim viver não quer se prender aos formalismos de um ordenamento. Argumenta, porém, Rodrigo da Cunha Pereira, que “*a manifestação de liberdade encontra também limitações. Mesmo porque o direito de viver informalmente não significa viver à margem da lei*” (2003:6). Desse modo, ao contrário da maioria das legislações, o legislador brasileiro optou por uma postura francamente intervencionista na vida íntima dos unidos sem casamento. Trata-se, sem dúvida, de uma publicização da vida privada. Se, por um lado, o Direito não pode ignorar os fenômenos sociais, por outro, a excessiva regulamentação tolhe a liberdade de cada um. Se o casal opta por viver à margem do casamento é porque não deseja a intervenção do ordenamento em sua relação. Desse modo, mostra-se como um certo paradoxo a regulamentação desse estado de fato. Toda a criação dos direitos em torno da união sem casamento é resultado de longo trabalho jurisprudencial, como já apontamos no início desta obra.

A definição estabelecida pelo art. 1.723 é muito semelhante àquela então fornecida pelo art. 1º da Lei nº 9.278/96. Trata-se de um conceito aberto de união estável, sem as amarras temporais do passado. O vínculo duradouro e não um limite de tempo poderá definir a solidez dessa união. A primeira lei que regulamentou o § 3º do art. 226 da Constituição federal foi a de nº 8.971/94, que se referia a um lapso temporal de cinco anos.

De acordo com o § 1º, a união de fato, tal como concebida na Constituição, não pode ser

reconhecida nas hipóteses nas quais o casal está impedido de casar. Nessas situações, pode ocorrer concubinato, dentro da nomenclatura adotada pelo atual Código. Às pessoas casadas, porém, abre-se exceção: pode configurar-se a união estável quando os partícipes estão separados de fato ou judicialmente.² Enquanto a separação judicial, já extinta no ordenamento, se prova objetivamente, a separação de fato requer sua evidenciação, o que poderá trazer dúvidas no caso concreto. Na forma do § 2º, as causas suspensivas de per si não serão óbice para o reconhecimento da união estável, como não o são para o próprio casamento.

O tantas vezes mencionado Projeto nº 6.960/2002 sugeriu a introdução de duas novas normas a esse dispositivo. No § 2º, traz a seguinte redação: *“Aplica-se à união estável o regime da separação de bens nas hipóteses previstas no art. 1.641, inciso I e II”*. A ideia é fazer com que a situação de fato se aproxime tanto quanto possível ao casamento, não se outorgando prerrogativas mais amplas à situação de fato da união estável em detrimento do casamento. Esse desiderato é tanto quanto mais difícil em sua normatização justamente porque é um estado de fato e, como tal, de forma natural, permite maior liberdade aos partícipes. Equiparar o regime de bens do casamento à união estável por si só apresenta vicissitudes. Impor o regime de separação legal obrigatória (afronta às causas suspensivas; pessoas maiores de 60 anos e hipóteses nas quais há necessidade de suprimento judicial para o casamento) à união estável apresentará obstáculos fáticos de difícil solução na prática, em que pese a boa intenção do legislador, a principiar pela definição da data exata em que começou a convivência com contornos de união de fato.

O § 3º sugerido pelo Projeto dispõe:

“A produção de efeitos da união estável, inclusive quanto a direitos sucessórios, havendo litígio entre os interessados, dependerá da demonstração de sua existência em ação própria”.

Na verdade, nunca houve dúvida de que situações de fato incertas ou duvidosas podem merecer um processo judicial para declará-las. O dispositivo projetado apenas constata isso e não se mostra essencial. No entanto, no país em que tudo se coloca em dúvida, nada impede que integre o ordenamento.

O § 4º sugerido pelo Projeto é um complemento do anterior. Dispõe que *“poderá ser homologada judicialmente a extinção consensual da união estável”*. Assim como pode ser declarada por sentença a existência da união de fato, pode ser declarada sua inexistência e, por consequência, sua extinção. O dispositivo projetado vai mais além, autorizando a homologação judicial da extinção consensual da união estável, a exemplo do que ocorre na separação e no divórcio consensual. O dispositivo é importante, pois aplaca dúvidas daqueles legalistas extremados.

O projeto do Estatuto das Famílias dispõe acertadamente, em paralelo à entidade familiar com

casamento, acerca dos impedimentos que obstam o reconhecimento da união estável: “A união estável não se constitui: I – entre parentes na linha reta, sem limitação de grau; II – entre parentes na linha colateral até terceiro grau, inclusive; III – entre parentes por afinidade em linha reta. Parágrafo único. A união formada em desacordo aos impedimentos legais não exclui os deveres de assistência e a partilha de bens” (art. 64). O ordenamento não pode admitir como união estável situação sob esses impedimentos, que contrariam a ética, a moral e os bons costumes, nem se pode admitir à união estável uma extensão maior que o próprio casamento. Uma entidade constituída com infração a esses impedimentos é tratada à semelhança do antigo concubinato impuro, não prescindindo dos deveres de assistência recíproca e da partilha de bens.

Portanto, a união estável, denominada na doutrina como concubinato puro, passa a ter perfeita compreensão como aquela união entre o homem e a mulher que pode converter-se em casamento. Tanto assim é que, em complemento a dispositivo constitucional, o art. 1.726 dispõe que “*a união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no registro civil*”. Essa transformação em casamento não prescinde e depende, é evidente, dos procedimentos preliminares e do processo de habilitação regular. Por essa razão, esse artigo e os demais que o precederam com o mesmo sentido são inócuos e nada acrescentam. Sentido haveria na disposição se dispensasse alguns dos procedimentos prévios para a realização do casamento ou se estabelecesse regras patrimoniais retroativas ao termo inicial da união estável, o que não ocorre entre nós.

Por outro lado, o texto definitivo do corrente Código não exigiu prazo mínimo de convivência para a caracterização da união estável como se fez no passado e como fazia a redação anterior do dispositivo citado no Projeto do Código Civil de 1975. A estabilidade da união entre o homem e a mulher deve ser definida no caso concreto, como vimos no Capítulo 2, e independe de período mínimo de convivência. Anote-se, também, que o texto legal do presente Código permite que se conceitue a união estável para pessoas separadas de fato. Desse modo, poderá existir uma faixa tênue de exame probatório para dirimir se a relação é meramente concubinária ou estável, dentro da conceituação da lei para ambos os institutos.

Importa agora tão só sintetizar alguns pontos já referidos anteriormente.

18.2 RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Como ressaltamos no Capítulo 2, caberá aos conviventes ou a qualquer interessado comprovar a sociedade de fato e a união estável. Observados os requisitos da união, bastará a obediência das normas para efeito de dissolução, rescisão ou morte de um dos companheiros (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96). Em suma, uma vez reunidos os elementos necessários para a configuração da união estável, seu reconhecimento dependerá da iniciativa dos interessados, conviventes ou herdeiros, matéria que pode ser discutida em ação ajuizada exclusivamente para esse fim ou decidida

incidentemente em pedidos de várias naturezas (alimentos, filiação, direitos sucessórios etc.). De há muito, no entanto, a jurisprudência admite a ação de reconhecimento ou declaratória da união estável ou sociedade de fato, consagrada pela Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal. Havendo falecido o convivente, a ação deve ser movida contra os herdeiros, e não contra o espólio (*RTJSP* 41/52). Desse modo, ainda que se considere revogada a Lei nº 9.278/96, o que será objeto de celeuma, o princípio geral persiste.

18.3 APONTAMENTOS SOBRE A POLÊMICA LEGISLAÇÃO

Como foi apontado em várias oportunidades, os dois diplomas legais referidos continuam a causar dificuldades interpretativas. O problema persistirá em parte com o atual Código, pois não houve revogação expressa desses diplomas. A Lei nº 8.971/94, no intuito de regulamentar a entidade familiar sem casamento, consagrada pela Constituição, não se refere especificamente à união estável ou entidade familiar, mas reporta-se ao companheiro e companheira, sob o prisma dos alimentos e da sucessão. Essa lei, ao mencionar que o companheiro teria direito à totalidade da herança, na ausência de descendentes e ascendentes, colocava o convivente em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, em conjunto com o cônjuge. Desse modo, os colaterais somente seriam chamados à sucessão se o convivente não fosse casado nem deixasse companheira de união estável.³ Poderiam conviver, destarte, direitos hereditários concomitantes do cônjuge e da companheira, se o concubinato fosse adulterino. Já pelo vigente Código, a sucessão do companheiro ou da companheira é tratada de forma estranha, antes da ordem de vocação hereditária, no art. 1.790. Por esse dispositivo, o consorte concorrerá com outras classes de herdeiros, até mesmo com colaterais, no tocante aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa evidente regressão e restrição de direitos com relação à lei anterior. Esse é um dos tópicos que merecerá, certamente, alteração em breve tempo. Na obra dedicada ao direito das sucessões, aprofundaremos o exame dessa matéria, que é complexa.

18.4 CONVENÇÕES ENTRE OS CONVIVENTES

Sobre o tema, deve ser consultado o que foi observado a respeito no capítulo dedicado ao regime de bens (Capítulo 15). Como examinado, no casamento o regime de bens começa a vigorar desde a data do enlace, não sendo mais irrevogável pelo mais recente Código. Sob a união estável, é possível aos companheiros celebrar convenções, por escrito, sob a égide das duas leis citadas.⁴ A esses pactos, por analogia, devem ser aplicados os princípios dos regimes de bens. Não é exigida, porém, escritura pública, pois a lei menciona apenas a necessidade de contrato escrito (art. 5º, § 2º da Lei nº 9.278/96). Não podem ser admitidas, em princípio, cláusulas que nos pactos antenupciais também são vedadas. Sob hipótese alguma podem ser concedidos direitos mais amplos à união estável do que aqueles outorgados ao casamento, embora, por vezes, a lei acene com essa

possibilidade, e na prática seja difícil que exista esse controle. De qualquer modo, é inelutável que as convenções entre os companheiros sobre a administração de seus bens (art. 5º da Lei nº 9.278/96) podem ser modificadas de comum acordo a qualquer tempo, enquanto o regime de bens no casamento é imutável. O novel Código, no art. 1.725, também estabelece que os companheiros podem ajustar sua vida patrimonial por contrato escrito, não se exigindo a escritura pública, aplicando-se, no que couber, e na ausência de pacto, o regime da comunhão parcial de bens. Desse modo, terceiros que tratam ou negociam com alguém em união estável não podem ser prejudicados pela omissão do fato, pois não se presume a publicidade do regime de bens entre os conviventes, como ocorre com o pacto antenupcial no casamento, por força do registro civil e do registro imobiliário. Por essa razão, o Projeto nº 6.960 sugeriu acrescentar parágrafo ao art. 1.725, determinando que os conviventes que vierem a firmar instrumentos com terceiros deverão mencionar a existência da união estável e a titularidade do bem objeto da negociação. Não o fazendo, os responsáveis deverão arcar com perdas e danos, além de responderem na esfera criminal pela omissão ou pela declaração falsa, preservando-se, ainda, os direitos dos terceiros de boa-fé. Por essa razão, é de toda conveniência que, em qualquer negócio jurídico, quando a parte se declara solteira, viúva, separada judicialmente ou divorciada, deva ser exigido que declare se está ou não ligada em relação de união estável, ainda que o texto projetado não esteja em vigor.

Ademais, complementa o citado projeto, acrescentando em mais um parágrafo ao art. 1.725, que *“não se comunicam os bens adquiridos com recursos obtidos anteriormente à constituição da união estável”*. Como se nota, são inúmeras as questões que podem advir da união estável e avulta a importância da jurisprudência nessa seara, enquanto não tivermos normas suficientemente claras a respeito.

18.5 CONTRATOS AFETIVOS

Nesta era tecnológica, de comunicações imediatas, conhecimento de centenas de pessoas no mundo virtual, pressão social e profissional e um sem número de normas legais a serem obedecidas, era inevitável que as relações afetivas fossem afetadas e se transformassem.

O velho e tradicional namoro, situação prévia para o casamento, que apontava para um noivado antecedente, desapareceu tal como era em algumas décadas atrás. As velhas regras sociais e freios sexuais do passado não existem mais. As inúmeras regras que impõem novos deveres sociais, morais e responsabilidade patrimonial aos envolvidos em um relacionamento afetivo forçam cada dia mais uma nova perspectiva nessa área de convivência. O temor da responsabilização financeira após o final de uma relação tem incentivado muitos a redigir os chamados contratos afetivos, ou contratos de namoro. Nesse sentido expõe Maria Berenice Dias (2010:181) com objetividade: *“Desde a regulamentação da união estável, levianas afirmativas de que simples namoro ou relacionamento fugaz podem gerar obrigações de ordem patrimonial provocaram pânico. Diante da situação de*

insegurança, começou a se decantar a necessidade de o casal de namorados firmar contrato para assegurar a ausência de comprometimento recíproco e a incomunicabilidade do patrimônio presente e futuro”.

Os pactos antenupciais, regulados pelo Código Civil, tem por função precípua regular o regime patrimonial durante o casamento e após seu desfazimento, sendo estranho a eles, em princípio, tudo que não diga respeito a esse enfoque. Nos contratos de convivência que atestam e declaram uma união estável, apesar de o fulcro ser também essencialmente esse, podem ser incluídos outros aspectos como os que dizem respeito aos filhos menores de um e de outro membro do casal, domicílio conjugal e dos filhos, especificação de direitos de visita dos descendentes etc. Como o casamento é um negócio jurídico e a união estável consiste numa situação de fato, o contrato de convivência desta pode ser mais amplo do que a simples adoção de um sistema patrimonial, descrito na lei ou fora dela. Não é pelo fato de existir uma escritura de convivência entre os partícipes da união que esta se converte em negócio jurídico. Ainda porque, de qualquer forma, o simples fato de existir um documento não atesta que o casal efetivamente tem conduta como marido e mulher, algo que apenas a exterioridade social poderá demonstrar.

Por outro lado, a conhecimento intrínseco entre o namoro e a união estável nem sempre será simples no caso concreto. Cada situação concreta geralmente apresenta uma diferente compreensão e composição. Primeiramente porque nosso ordenamento não exige que duas pessoas envolvidas em relação afetiva convivam sob o mesmo teto. O Código Civil estabelece que será reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, com convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família. Evidente que essa convivência que se traduz em união estável, gera efeitos patrimoniais recíprocos que se aguçam quando do término da relação.

Pois é justamente no intuito de afastar esses consectários patrimoniais que a prática criou, nos últimos anos, esses *contratos de namoro*, cuja finalidade é afastar a situação de fato que poderia ser compreendida como união estável. A perspectiva é avaliar até que ponto é possível outorgar validade e eficácia a esses pactos que se travestem à primeira vista de negócio jurídico, seu alcance e seus efeitos.

No início de um namoro a paixão com frequência obscurece a razão. Nem sempre o apaixonado é racional de início. Com o tempo e o decorrer da relação começam a surgir os questionamentos nos enamorados. Para onde vamos? Vamos conviver? Só namorar? Casar? Evoluir de alguma forma na relação ou involuir?

Não é fácil uma definição apriorística do que se entende por namoro e por união estável depois de tantas mudanças sociais. O caso concreto examinado a fundo deverá dar a solução, o que nem sempre será fácil. Se um dos cônjuges demonstrar a intenção de formar uma família, um namoro poderá ser interpretado como união estável e ensejar a separação patrimonial no que couber no término da relação.

Sob esse clima muitos tem recorrido aos denominados *contratos de namoro*, também referidos como *contratos de intenções afetivas recíprocas* e outros termos análogos. Procura-se, destarte, regular o amor. Assim, há de se concluir que nem mesmo as reações afetivas podem mais ser espontâneas.

Na verdade, esses contratos procuram afastar a responsabilização patrimonial que pode ocorrer no término da relação. São levados à sua redação aqueles casais que tem essa situação. Verdadeiro temor ao amor.

Os relacionamentos afetivos possuem as mais variadas gradações: pernoita-se na casa do(a) companheiro(a); passam os finais de semana juntos; roupas já ficam na casa do outro etc. A Súmula 382 do STF já definira que a vida em comum sob o mesmo teto não é indispensável para a caracterização do concubinato e hoje da união estável.

Há que se entender que um contrato desse naipe não terá o condão de alterar a situação fática do casal, a qual definirá se vivem ou não em união estável. Desse modo, na companhia de notáveis especialistas, não diviso efeitos jurídicos nesses surpreendentes pactos, muito mais porque a situação fática se altera com muita facilidade e seria necessária uma série ampla de alterações nesses escritos para espelhar a realidade de cada momento. Tudo na relação deve ser examinado quando se faz necessário, geralmente no final do conúbio: se a relação era única e com fidelidade, se era adúltera ou não; periódica ou constante; exclusivamente para relações sexuais etc. Tudo porque o simples reconhecimento de um namoro não gera direitos e deveres patrimoniais. Para caracterizar a união estável o vínculo deve ser forte, como se os atores fossem marido e mulher, com plena exterioridade social. Mas, como se sabe, nenhum desses argumentos vistos isoladamente será conclusivo.

Propendo, portanto, pela corrente que entende que esses contratos de namoro são nulos (art. 166, VI do Código Civil). Sua finalidade, na massiva maioria das vezes, é proteger o partícipe que possui patrimônio em detrimento daquele que não o tem, com nítida ofensa aos princípios da dignidade humana e do direito de família. Assim sendo, um contrato desse jaez não poderá nunca impedir o reconhecimento da união estável, assim como uma declaração de união estável poderá levar a uma conclusão de sua inexistência. Recorde-se que não estamos no campo dos contratos patrimoniais e sim na seara da família, cujos princípios são diversos. Destarte, muito distante desses pactos está o princípio do *pacta sunt servanda*. Nesse campo, os fatos superam qualquer escrito!

Não se justifica mais uma possibilidade de intervenção na vida privada. Quando houver necessidade de comprovar a união estável há uma série de elementos que trarão elementos de convicção ao julgador, a começar pelo teto em comum; colocação do convivente como beneficiário de seguro de vida; pagamento de plano de saúde; aluguel de imóvel comum, correspondência em endereço comum etc.

Acrescente-se que nosso sistema de união estável ainda não é o ideal, não somente para os

próprios conviventes, mas mormente para o eventual relacionamento com terceiros. Melhor seria que tivéssemos, como no direito comparado, a obrigatoriedade de um contrato de convivência.

Assim, o decantado contrato de namoro não produzirá efeito se provada a união estável, como também não os produzirá se apenas o superficial, singelo e fugaz namoro, na pureza de sua essência, persistir.

O amor por si só, entendido como afeto, ternura, amparo, proteção recíproca e relação sexual, não pode ficar preso a planos futuros e a contratos de curta ou média duração. Apesar de tudo que se diz e que se disse a respeito desses contratos. Há que se deixar o amor seguir seu próprio caminho e se a vida levar para uma união estável ou casamento, estar-se-á seguindo uma ordem natural. Uma ligação erótica natural e espontânea, em especial entre pessoas solteiras ou livres, deve ocorrer com naturalidade, sem desvios sociais ou jurídicos, não importando se a relação é heteroafetiva ou homoafetiva. Cabe também ao jurista sublimar o desejo de viver, ser feliz, o desejo de amar sem linhas ou amarras, pois essas certamente virão com o casamento ou a união estável, e nem sempre serão as mais agradáveis. No lapidar dizer de Maria Berenice Dias (2010:182), essas avenças meramente afetivas que tentam regular o namoro “*com o intuito de prevenir responsabilidades, não dispõe de nenhum valor, a não ser o de acabar monetarizando singela relação afetiva*”.

Deixemos a vida seguir seu rumo de forma tão simples quanto possível. As relações afetivas já estão plenamente reguladas pelos emaranhados princípios do casamento e mais recentemente da união estável para que coloquemos outro obstáculo ao amor sincero e desprovido de outro interesse que não a busca perene da felicidade, a qual, nas sempre lembradas palavras do poeta Vicente de Carvalho, “*está sempre onde nós a pomos, mas nunca a colocamos onde nós estamos*”.

18.6 DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL. PATRIMÔNIO

O art. 7º da Lei nº 9.278/96 previa a hipótese de rescisão da união estável, por iniciativa de um ou de ambos os conviventes:

“Dissolvida a união estável por rescisão, a assistência material prevista nesta Lei será prestada por um dos conviventes ao que dela necessitar, a título de alimentos”.

O Código de 2002 enfatiza a obrigação de prestar alimentos entre os companheiros, nos mesmos moldes dos cônjuges no casamento (art. 1.694), como analisamos no Capítulo 16. Veja ali o que falamos sobre os alimentos congruos e os necessários. Também no desfazimento da relação de companheirismo exige-se, portanto, a noção de culpa (art. 1.694, § 2º).

O art. 1.724 do vigente Código dispõe que as relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos. Desse modo, não somente no tocante aos alimentos, mas também quanto ao exercício do poder

familiar e aos deveres recíprocos, a união estável se aproxima do casamento. É certo que nos estritos termos não se configura adultério na união estável, mas devem os companheiros guardar lealdade um para com outro.

O termo *rescisão* é mais uma imprecisão da lei citada. No direito contratual, normalmente nos referimos à rescisão quando há culpa de um dos contratantes. Na convivência estável, nem sempre se discutirá culpa, nem o instituto deve ser tratado como um contrato. De qualquer modo, no desfazimento dessa sociedade conjugal, o quadro assemelha-se ao que ocorre na separação consensual ou litigiosa. Se não houver contrato de convivência, haverá, na maioria das vezes, necessidade de ação de reconhecimento da sociedade de fato. Se falecidos ambos os conviventes, a iniciativa será dos herdeiros.⁵

O reconhecimento de sociedade de fato entre parceiros de união estável procura evitar o enriquecimento sem causa de um em detrimento do outro; significa reconhecer direito de propriedade a quem ainda não o teve reconhecido formalmente (Rainer Czajkowski, 1996:112). Nesse sentido, o art. 5º da Lei nº 9.278/96 coroa esse entendimento, canalizado por longo caminho jurisprudencial:

“Os bens 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 em contrário por escrito”.

Essa compreensão deve persistir no atual Código, que não é detalhadamente exposto a esse respeito, mas que determina a aplicação dos princípios da comunhão de aquestos (art. 1.725), não havendo contrato em contrário. Há que se examinar, em cada caso, o âmbito da exclusão por escrito e se não houve vício de vontade. Excluem-se, portanto, os bens adquiridos a título gratuito, por doação (art. 1.659, I). Em princípio, não se comunicam ao patrimônio comum quando adquiridos com produtos de bens com causa anterior ao início da união (art. 5º, § 1º). Na verdade, essa matéria deveria ser carreada expressamente para o bojo do vigente Código Civil. Aplicando-se, porém, na omissão dos interessados, o regime da comunhão parcial de bens, deverão ser observados os arts. 1.658 ss, do corrente Código. O maior volume de problemas surge quando se desfaz concubinato, com aquisição comum de patrimônio, com existência paralela de casamento.⁶ Nesse caso, as discussões serão profundas acerca de atribuição do patrimônio. O mesmo se diga quando ocorrem duas uniões sem casamento concomitantemente. Temos que definir duas massas patrimoniais, a meação, atribuível ao companheiro(a) e atribuível ao esposo(a). Em princípio, caberá dividir o patrimônio com base no esforço comum desse triângulo, o que nem sempre será fácil de estabelecer na prática.

Lembremos que essas disposições e eventual acerto patrimonial por escrito pelos conviventes apenas afetam os companheiros e não as relações destes com terceiros. Também não podem dispor

para depois da morte, o que só pode ser feito por testamento. Veja o que expusemos no tópico anterior. Os terceiros, ao contratar com conviventes, não estão obrigados a averiguar sua situação se os contratantes se declinam como solteiros ou divorciados e não alertam que existe pacto negocial. Se um companheiro, em razão de negócio com terceiro, prejudica o patrimônio comum, a questão será dirimida entre os conviventes, sem afetar o terceiro de boa-fé. Aliás, há necessidade de estatuto que regule a união estável e a adapte ao Código Civil. Entre as novas disposições que se aguardam de *lege ferenda*, deve ser incluído dispositivo que obrigue o companheiro ou companheira a declinar essa condição no trato com terceiros, sob pena, inclusive, de cometer ilícito penal, como, aliás, já faz o Projeto mencionado.

Muitos dos temas tratados no decorrer desta obra ficarão no aguardo de novas decisões judiciais, bem como de um novo estatuto legal, o qual, esperamos, possa dirimir a pletora de dúvidas que a legislação confusa acarretou. O atual Código Civil disciplinou de forma absolutamente superficial a maioria das questões, o que exige desde já sua complementação, o que não é digno de elogios.

18.7 UNIÃO DE PESSOAS DO MESMO SEXO. HOMOAFETIVIDADE E O DIREITO

18.7.1 Introdução

Quando o jurista se volta para a problemática dos direitos relativos a conviventes do mesmo sexo deve, primeiramente, se despojar de preconceitos, impostos por uma moral cristã de muitos séculos. A tarefa nem sempre será fácil, em razão de profundas raízes históricas e sociais. Temos acentuado quando nos questionam se sou contra ou a favor de direitos amplos para essas pessoas, que como um cientista social, e o jurista o é, não se deve ser contra ou a favor. O jurista, o magistrado e o operador do Direito em geral devem dar uma resposta adequada à sociedade que os rodeia, resposta essa que seja aceita e absorvida por essa mesma sociedade no momento atual. Para isso, ponderam-se os valores vigentes e a transformação cada vez mais dinâmica deles em torno das famílias contemporâneas. Toda questão sociojurídica deve ser assim avaliada. E quando a sociedade brasileira, na sua considerável maioria, aceitar amplos direitos aos conviventes homoafetivos, a jurisprudência dará sua resposta definitiva, como já enceta os passos iniciais, e o legislador a seguirá.

Assim, ao analisar a amplitude de direitos dessas pessoas, muito antes de se definir por uma solução jurídica, entram em jogo princípios éticos, morais, religiosos, comportamentais, regionais etc. Há já uma série de julgados entronizando soluções que só o futuro nos dirá se proferidas no caminho mais adequado. Sempre, em questões desse nível, entrarão em debate os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade. Revolve-se a denominada Nova Retórica, cujos

princípios fazem por afastar a aplicação positivista da lei e convida o intérprete a ir sempre além do texto legal, sem contrariá-lo ou vilipendiá-lo. Sob esse aspecto, toda norma é, em princípio aberta, não necessitando que a lei o diga. A preocupação do intérprete será sempre aplicar a norma de forma mais adequada, no aqui e no agora. Toda decisão será injusta se utilizar fundamentos no passado ou tentar prever o futuro.⁷

18.7.2 Escorço Histórico

A relação atualmente denominada homoafetiva não era condenada na Antiguidade. Não se cuidava de qualquer marginalização ou repulsa, o que veio ocorrer muito mais tarde no curso da História. Na maioria das civilizações clássicas antigas a sexualidade era irrelevante, importando o estado que o indivíduo representava na sociedade. O afeto entre homens era aceito no mundo antigo. Há poucas notícias do relacionamento entre mulheres. Não se dava, porém, importância à sexualidade. Assim, os historiadores apontam que a relação e o amor de pessoas do mesmo sexo eram aceitos não somente na Grécia e em Roma, existindo toda uma literatura a esse respeito. Havia diferenças de conduta, no entanto. Os gregos cortejavam os meninos a fim de persuadi-los a reconhecer sua honra e boas intenções; para os romanos o amor por meninos livres era proibido; era-lhes permitido apenas o relacionamento com meninos escravos (*Vecchiatti*, 2008: 45).

Com a era cristã começaram a surgir as ideias homofóbicas, tendo Justiniano editado leis nesse sentido. Daí para frente há Estados com legislações que repudiavam o homossexualismo, tendo como base a possibilidade e o incentivo de repovoar a Europa devido à diminuição populacional causada por epidemias. Os legisladores viam na relação homoafetiva uma ameaça à estabilidade das populações. A ligação entre o homossexualismo e a feitiçaria fez com que cada vez mais aumentasse a intolerância a essas relações. No século XVII e seguintes o capitalismo nascente gera o estímulo à competitividade entre os homens, o que mais inibiu e colocou à margem das vistas da sociedade o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo.

Houve, portanto, nos últimos séculos um crescente repúdio ao homossexualismo e ao que hoje denomina-se homoafetividade. O século XIX e boa parte do século XX, com maior racionalidade e menor religiosidade, passou a ver a problemática não mais como um pecado, mas como uma doença a ser tratada, algo que desaparece por volta dos anos 1970.

É fato que mercê desse embasamento histórico, é ainda alto o preconceito homofóbico, fazendo com que os homossexuais sejam forçados a se retrair, a esconder sua verdadeira sexualidade. O termo “homossexualidade” vem composto pelo grego *homo*, que significa semelhante, e pela palavra latina *sexus*, que se refere à identificação do sexo, feminino ou masculino. A palavra apareceu pela primeira vez em 1890, utilizada por Charles Gilbert Chaddock, tradutor de *Psycopathia Sexualis*, de Richard Von Krafft-Ebing (*Talavera*, 2004:45). Anteriormente usava--se o termo “inversão” para designar essas pessoas. No Brasil, eram utilizados os termos “sodomita”, “uranista” e para a mulher

homossexual, o termo “tríbade” (*Talavera*, ob. cit., loc. cit.).

Como se nota, a homossexualidade transitou da plena tolerância à mais alta rejeição. No último quartel do século XX a ciência médica deixou de considerar a homossexualidade uma patologia. Entendeu a psiquiatria que a homossexualidade por si só não deve ser considerada uma perturbação mental. Em 1993 a Organização Mundial de Saúde excluiu-a de sua classificação internacional de doenças, entendendo que a orientação sexual não deve ser vista como um distúrbio. Menciona Paulo Vecchiati (2008:73) que em nosso País o Conselho Federal de Psicologia foi mais preciso ao afirmar que a escolha por pessoas do mesmo sexo não é moléstia, desvio psicológico ou perversão (Resolução 01/99).

Embora a sociedade brasileira não absorva ainda plenamente essas conclusões, que com maior ou menor profundidade são admitidas no mundo ocidental, já foram dados muitos passos em prol da aceitação da homoafetividade, com reflexos diretos na jurisprudência e ainda tímidos na legislação. Na maioria dos países muçulmanos, todavia, a homossexualidade é tipificada como crime, com reprimendas que chegam à prisão perpétua e à pena de morte. A problemática continua aberta à discussão, com barreiras difíceis de ser rompidas.

18.7.3 Aspectos

A primeira ideia que aflora ao tratarmos dos direitos dos homoafetivos pren-de-se aos denominados direitos humanos, no que tange à igualdade e à proteção da dignidade humana. As legislações ocidentais, com temperamentos, procuram seguir a Declaração dos Direitos Humanos buscando exorcizar qualquer forma de discriminação atentatória à dignidade, colocando em destaque o gozo de direitos independente de distinção de raça, cor, sexo, língua, religião etc. O que está em jogo no título que tratamos é a homossexualidade como conceito, sentimento, afeto e atração por pessoa do mesmo sexo. O princípio da defesa da dignidade humana é essencial a todo Estado democrático contemporâneo.

Não se confunde o homossexual com o *transexual*, pessoa que sofre dissociação entre seu sexo físico e sexo psíquico. Nesse caso a problemática é diversa. O homossexual não traz qualquer problema de identidade com seu sexo biológico: é homem ou mulher que se afeiçoa a pessoas de igual sexo. É evidente que nessa perspectiva há temperamentos, não sendo possível classificar todos os homossexuais sob uma mesma ótica. Assim, como enfocamos, no curso da História vem-se notando preconceito homofóbico, com dificuldades imensas de aceitação pelas sociedades em geral. Não se diga que sofra de repressão legal nos países ocidentais; sofre da repressão social, mais sensível e grave que a primeira. É fato que as pessoas homossexuais não sofrem, como regra, em razão de sua sexualidade, como afirmam os especialistas em psicologia e psiquiatria, mas devido ao preconceito e rejeição social, cuja tendência é abrandar com o decorrer deste século.

Cada vez mais se assenta entre os cientistas que a origem da homossexualidade é biológica.

Nesse sentido, Vecchiatti cita as palavras de Suzana Herculano-Houzel, neurocientista e professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro ao afirmar *“não ser a sexualidade uma ‘opção’, mas, ao contrário, ser ela determinada biologicamente mediante a influência de genes e hormônios durante a formação, ainda no útero, de determinadas regiões cerebrais, que, por sua vez, determinarão mais tarde a preferência sexual, depois de amadurecidas na adolescência”* (2008:104).

Nesse quadro, importa examinar o estágio dos direitos das pessoas homoafetivas em nosso País. A legislação brasileira em nada proíbe, mas também não regula especificamente essa problemática social. Há, portanto, ainda, um vazio legislativo que convida os tribunais a se debruçarem sobre o tema. A questão maior é saber até que ponto podem as relações homoafetivas ser tratadas como uma modalidade de família, dentro do moderno conceito geral do ora denominado direito das famílias.

18.7.4 Direitos

A primeira conclusão a que se pode chegar sob a atual sociedade brasileira é que ainda não está preparada para absorver amplos direitos para os casais homoafetivos, embora já se desenhem caminhos nos tribunais. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e a mulher. Tal não é mais, a nosso ver, um impedimento para um alargamento do conceito, quando o sistema social estiver pronto para significativa mudança. Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária dessas uniões, que se traduza em possibilidade legislativa, as repercussões serão majoritariamente patrimoniais, por analogia à sociedades de fato. Crescem, porém, julgados e movimentos em favor do reconhecimento legal de relações afetivas duradouras entre pessoas do mesmo sexo. No dizer de Maria Berenice Dias:

“simplesmente encobrir a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento das relações que, mais do que sociedades de fato, constituem sociedades de afeto, o mesmo liame que enlaça os parceiros heterossexuais. Necessário é encarar a realidade, pois descabe estigmatizar quem exerce orientação sexual diferente” (2000:87).

Há julgados e projetos de lei que outorgam direitos a essas uniões. Há que se aguardar o curso da História. O Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, autarquia federal responsável pela administração de planos de custeio e de benefícios previdenciários, reconhece, já faz algum tempo, como dependente do segurado a ele vinculado, para fins previdenciários, o companheiro homoafetivo. O tema, portanto, já faz parte do ordenamento jurídico pátrio. A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, no intuito de conceder proteção integral à mulher, traz em seu bojo a descrição das relações homoafetivas, deixando claro que a orientação sexual de cada um não é suficiente a afastar seus direitos.

O Projeto do Estatuto das Famílias (2.285/2007) dispõe expressamente acerca da união afetiva (art. 68), além de fazer referência a essa entidade em várias oportunidades, sem esbarrar no obstáculo constitucional, mostrando-se vanguardeiro. Dispõe esse artigo:

“É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas do mesmo sexo, que mantenham convivência pública e contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável”.

“Parágrafo único. Dentre os direitos assegurados, incluem-se:

I – guarda e convivência com os filhos;

II – adoção de filhos;

III – direito previdenciário;

IV – direito à herança”.

Certamente os debates serão acalorados e os esforços ingentes em torno desse artigo, já convertido em lei em muitos países. O aspecto acerca da adoção por essas pessoas acarreta ainda inúmeras incertezas, sendo talvez o mais polêmico.

18.7.5 Homoafetividade e União

“União sexual que jamais ensejará a configuração do companheirismo é a relação mantida entre pessoas do mesmo sexo, ainda que duradoura, contínua, única e informal”.

Com essas palavras, Guilherme Calmon Nogueira da Gama abre sua discussão sobre a temática, tanto a gosto de nossos órgãos de imprensa (2001:544). De fato, no atual estágio legislativo e histórico da nação, a chamada sociedade homoafetiva não pode ganhar status de proteção como entidade familiar. A Constituição de 1988 protege expressamente a entidade familiar constituída pelo homem e pela mulher. Para a existência do reconhecimento do companheirismo, portanto, é necessário que não haja impedimento para o casamento. Há países que permitem o casamento de pessoas do mesmo sexo, o que implica reconhecimento dessa união como entidade.⁸

Destarte, enquanto não houver aceitação social majoritária das uniões homoafetivas em nosso país, que se traduza em uma possibilidade legislativa, as uniões de pessoas do mesmo sexo devem gerar apenas reflexos patrimoniais relativos às sociedades de fato. No entanto, os países ocidentais têm adotado postura de reconhecer o casamento entre pessoas homoafetivas. A Suprema Corte norte-americana já reconheceu essa possibilidade, o que já ocorre com quase unanimidade em nosso país.⁹

18.7.6 Homoafetividade e Adoção

A adoção não é deferida a qualquer pessoa que tenha interesse. Há requisitos e medidas de prevenção a serem seguidos em prol da criança e do adolescente. A adoção busca imitar, tanto quanto possível a família biológica (veja Capítulo 13).

O primeiro e mais importante requisito da adoção é a idade mínima para adotar. O ECA estabelece 21 anos como idade mínima para tornar-se adotante, entretanto, ainda determina outro requisito a ser obedecido; a diferença de idade entre o adotante e o adotado deve ser de pelo menos, 16 anos. O Código Civil de 2002 conserva a necessidade de que o adotante seja pelo menos 16 anos mais velho que o adotado, mas, reduz o limite de idade mínima do adotante para 18 anos.

Em relação ao estado civil do pretense adotante, a lei não faz distinção. Assim, podem adotar os solteiros, independente do sexo, os casados, os divorciados, desde que o estágio de convivência com a criança tenha se iniciado durante o casamento e que estejam de acordo quanto à guarda e às visitas. Pode adotar quem vive em união estável, comprovada a estabilidade familiar, sendo que, nesse caso, a adoção deverá ser pretendida e solicitada por ambos, e estes participarão juntos de todas as etapas do processo.

Ainda pode ocorrer de um dos cônjuges ou concubinos adotar o filho do outro. Na chamada adoção unilateral, do tutor ou curador da criança ou do adolescente, adotá-lo, desde que encerrada e quitada a administração dos bens, ou ainda, o pretendente que tenha falecido durante o processo de adoção, na chamada adoção póstuma.

Em relação ao adotado, poderá ser qualquer criança ou adolescente, que não seja irmão ou descendente do adotante e que tenha, no máximo, 18 anos até a data do requerimento de adoção, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela do adotante. Além disso, podem ainda ser adotadas crianças e adolescentes cujos pais sanguíneos tenham falecido, tenham sido judicialmente destituídos do poder familiar, tenham consentido legalmente na colocação de seus filhos no programa de família substituída ou tenham sido abandonadas e os familiares não encontrados. É importante destacar que quando tratar-se de adoção de crianças maiores de doze anos, ficará subordinada à sua expressa concordância.

Em sede de adoção nunca deve ser esquecido que esse instituto na atualidade vê o conforto, o carinho e a afetividade em prol do menor e apenas secundariamente o interesse dos adotantes. O interesse do menor adotando deve ter sempre prioridade. Essa é certamente a principal razão de a adoção somente ser conferida por sentença judicial em nosso sistema. Sob esse prisma não existe no ordenamento qualquer proibição expressa acerca da adoção por duas pessoas homoafetivas. A complexidade se transporta para a oportunidade de conveniência de cada caso concreto. Sob o ponto de vista dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa não há que se ver óbice para essa adoção. A questão já vem sendo enfrentada com galhardia nos últimos anos pela justiça brasileira. É fato que uma vez reconhecida a união de homoafetivos como modalidade de união estável, o passo

seguinte é a permissão da adoção. Nesse campo, com maior incidência, é fundamental o apoio de operadores de ciências auxiliares, como pedagogos, psicólogos, psiquiatras, sociólogos etc. Com a palavra esses profissionais sobre a possibilidade de adoção por casais homoafetivos. Cabe ao jurista estar aberto à recepção das manifestações sociais, sem preconceitos, mas com a temperança necessária que nossa ciência exige em cada solução. Só com a análise profunda de cada caso é que se terá condições de se responder se existe ambiente familiar propício para a adoção nesse caso e, na verdade, em qualquer outra situação, dentro da regra geral que rege as adoções. Não há nada que indique a priori que a adoção por um casal homoafetivo seja inconveniente, degradante ou dificultoso para a formação do menor adotado, como também não há certeza alguma a esse respeito quando os adotantes são heterossexuais.

Não restam dúvidas que há novas famílias possíveis, que devem ser analisadas e ordenadas pelo Direito nesta contemporaneidade.

¹ “Apelação – Reconhecimento e dissolução de união estável – Partilha – Regime de comunhão parcial de bens ante a ausência de disposição em contrário. Art. 1.725 do Código Civil. Comunicabilidade dos bens adquiridos na constância da união estável. Divisão corretamente determinada. Sentença mantida. Recursos a que se nega provimento” (*TJSP* – Ap 4000265-67.2013.8.26.0554, 22-1-2016, Rel. José Rubens Queiroz Gomes).

“Apelação cível – **Ação de reconhecimento e dissolução de união estável**, cumulada com partilha de bens e alimentos. Sentença de parcial procedência. Inconformismo das partes. Não acolhimento. Autor que não se desincumbiu do ônus de provar o alegado maior período de duração da união estável, tampouco a necessidade de perceber alimentos. Partilha corretamente realizada, considerando a presunção de esforço comum do casal em relação aos bens adquiridos durante a união estável. Sentença mantida. Negado provimento aos recursos” (v.19505). (*TJSP* – Ap 0004359-84.2010.8.26.0408, 11-6-2015, Relª Viviani Nicolau).

“Agravamento – Agravamento em recurso especial – Ação de reconhecimento e dissolução de união estável – Requisitos da união estável – Não comprovação da comunhão de esforços para formação de patrimônio comum – Desnecessidade – 1 – O fato de o casal não ter adquirido nenhum bem durante o período de convivência não afasta a possibilidade de reconhecimento da união estável, visto que a comunhão de esforços para a formação de patrimônio comum não é requisito necessário para a sua caracterização, nos termos do art. 1.723 do CC e da jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. 2 – Agravamento regimental a que se nega provimento” (*STJ* – AgRg-AG-REsp 168.780 (2012/0081606-0), 17-9-2014, Relª Minª Maria Isabel Gallotti).

“**Ação de reconhecimento e dissolução de união estável**. Partilha de Bens e Guarda de Menor. Incontroversa a convivência do casal. Acordo formalizado no curso da ação com relação à guarda do filho menor e visitas paternas. Partilha. Insurgência. Automóvel alienado na constância da união. Indenização. Descabimento. Partilha de bem imóvel. Inteligência do art. 5º da Lei nº 9.278/96. O patrimônio adquirido na constância da união deve ser partilhado na proporção de 50% para cada convivente. Recurso parcialmente provido” (*TJSP* – Ap. 0043115-25.2010.8.26.0001, 10-5-2013, Rel. Luiz Antonio Costa).

“Cível – Processo civil – Recurso especial – **União estável** – Patrimônio – Partilha – Embargos de declaração – Contrariedade e omissão – Inexistência – Prequestionamento – ausência – 1 – Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de união estável que tem como debates subjacentes, a participação administrativa e financeira das partes em sociedade comercial, e a discussão se a recorrente pode ser, individualmente, responsabilizada pela dívida de empresa que alega ser unicamente de seu ex-companheiro. 2 – A alegação de violação ao art. 535 do CPC, por contradição e omissão, não se sustenta quando se verifica, da leitura do acórdão recorrido, perfeita coordenação entre os fundamentos utilizados e o exaurimento do debate para, *in casu*, ser fixado que houve participação econômica e administrativa da ex-companheira no empreendimento comercial e, ainda, ser presumida esta participação, pois a sociedade empresarial foi constituída durante a união estável, de onde se infere – Salvo estipulação ou prova

cabal em contrário – Que houve a efetiva participação dos companheiros na formação patrimonial correspondente ao período do relacionamento. 3 – A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impe- de o conhecimento do recurso especial. 4 – Recurso especial não provido” (STJ – REsp 1.258.423 – (2011/0121172-2), 13-11-2012, Rel^a Min^a Nancy Andrighi).

“Recurso especial – **Ação declaratória de reconhecimento de união estável** – Negativa de prestação jurisdicional – Não ocorrência – Alteração da base fática sob a qual se fundou o aresto *a quo* – Impossibilidade nesta instância especial – Inteligência da Súmula n^o 7/STJ – Pretensão companheiro desprovido do necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil – Impossibilidade do reconhecimento da relação pretendida (união estável) – Recurso especial a que se nega provimento. 1. Não existe negativa de prestação jurisdicional no acórdão que, a despeito de adotar fundamento diverso daquele pretendido pela parte, efetivamente decide de forma fundamentada toda a controvérsia, como sucede *in casu*. 2. O recurso especial presta-se a definir a interpretação da lei federal e não a rediscutir a base fática sobre a qual se fundou o acórdão recorrido. 3. Se o ‘enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil’ (artigo 1.548, inciso I, do Código Civil) não pode contrair núpcias, sob pena de nulidade, pela mesma razão não poderá conviver em união estável, a qual, neste caso, jamais será convertida em casamento. A adoção de entendimento diverso, *data venia*, contrariaria o próprio espírito da Constituição Federal, a qual foi expressa ao determinar a facilitação da transmutação da união estável em casamento. 4. A lei civil exige, como requisito da validade tanto dos negócios jurídicos, quanto dos atos jurídicos – no que couber –, a capacidade civil (artigos 104, 166 e 185, todos do Código Civil). 5. Não só pela impossibilidade de constatar-se o intuito de constituir família, mas também sob a perspectiva das obrigações que naturalmente emergem da convivência em união estável, tem-se que o incapaz, sem o necessário discernimento para os atos da vida civil, não pode conviver sob tal vínculo. 6. Recurso especial desprovido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.201.462 – MG, 14-4-2011, Rel. Massami Uyeda).

2 “Ação de reconhecimento e dissolução de união estável – Improcedência – Inconformismo – Não acolhimento – Relacionamento amoroso que não se revestiu dos requisitos necessários à configuração da convivência marital, mormente quanto à duração e intenção de constituição de família – Sentença mantida – Recurso desprovido. (TJSP – Ap 0019676-65.2012.8.26.0566, 23-6-2016, Rel. Grava Brazil).

“Agravado de instrumento – **Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato** – União estável reconhecida – Partilha de bens móveis determinada – Trânsito em julgado da sentença – Alienação de coisa comum – Prestação jurisdicional esgotada – Demanda a ser dirimida no juízo cível – Decisão mantida – Agravo improvido” (TJSP – AI 2209528-55.2014.8.26.0000, 7-1-2015, Rel. Giffoni Ferreira).

“**Ação de reconhecimento e dissolução de união estável** – Determinado, ante a meação de quotas, ingresso da ex-companheira como sócia majoritária, com exercício da função de administradora – Inconformismo – Acolhimento – Inteligência do art. 1.027, do CC – Contrato social que não prevê essa situação – Sociedade limitada – Partilha que garante o direito de crédito, não a qualidade de sócio – Inequivoca discordância da sócia remanescente – Direito cabível aos herdeiros também nesses moldes – Decisão reformada – Recurso provido” (TJSP – AI 2071116-81.2013.8.26.0000, 21-2-2014, Rel. Grava Brazil).

“**União estável** – Ação de reconhecimento de união e dissolução de sociedade de fato, para fins de partilha dos bens deixados pelo *de cujus*, de quem a autora alega ter sido companheira. Convivência iniciada em 1993 e encerrada em 2006, em razão da morte do convivente. Durante todo o período o falecido também viveu com a esposa legítima, de quem jamais se separou nem de fato e nem de direito. Provas de que os cônjuges legítimos nunca se separaram de fato. Configuração de concubinato adulterino, art. 1.727 do CC. Período de concubinato impuro imprestável para cômputo de união estável. Ausência de prova de contribuição direta da autora para constituição de sociedade de fato. Ação improcedente. Recurso improvido” (TJSP – Ap. 994.09.282395-6, 24-5-2011, Rel. Francisco Loureiro).

3 “Condomínio – extinção – ex-companheiros – ‘Extinção de condomínio. Ex-companheiros. Imóvel adquirido na constância da união estável mediante financiamento. Partilha feita em acordo, homologado por sentença definitiva, no bojo de ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, ante a ausência de averbação da partilha na matrícula do imóvel. Prescindibilidade. Existência do condomínio e estado de indivisibilidade do bem comprovado. Interesse de agir presente. Impossibilidade de aferição de possível causa de perda superveniente de interesse pela alienação do imóvel pelo réu. Feito não contestado. Necessidade de regular prosseguimento, nos termos do art. 296 e seguintes, CPC/1973. Recurso de apelação provido” (TJSP – Ap 0003990-61.2013.8.26.0222, 4-8-2016, Rel. Alexandre Coelho).

“Embargos de terceiro. Pretendida exclusão de constrição judicial de veículo em nome do companheiro, mas que teria sido adquirido

por montante exclusivo da Embargante. Bens adquiridos a título oneroso durante a união que integram patrimônio comum, independentemente de quem os tenha adquirido (artigo 1.725 do Código Civil). Ausência mesmo de alegação de que o valor utilizado a ela pertencia anteriormente à vida em comum, assim como ausência de prova de que o valor utilizado foi sacado de suas contas bancárias. Prova que a ela competia, sem necessidade de intervenção judicial – Recurso não provido” (TJSP – Acórdão Apelação Cível 0002100-49.2008.8.26.0356, 12-4-2012, Rel. Des. João Pazine Neto).

“**Ação de reconhecimento de união estável** – Cerceamento de defesa não caracterizado – Documentos não impugnados pelo réu – Provas que indicam a configuração de relação familiar – Presunção de mútua participação na aquisição dos bens comuns. Correta a sentença quanto à imposição de meação igualitária do patrimônio adquirido durante a união estável. Aquisição de imóvel em prestações. Pagamento de parcelas após a separação do casal. Exclusão das quantias não utilizadas em comum. Apelação parcialmente provida para retificar a partilha” (TJSP – Ap. 994.05.053213-1, 22-3-2011, Rel. Mauricio Vidigal).

4 “**Reconhecimento e dissolução de união estável** – Partilha de bens – Cada parte deve arcar com o ônus de provar suas alegações – Reconhecido o esforço comum é imperiosa a divisão igualitária dos valores despendidos durante o convívio – Bens de titularidade não comprovada excluídos da partilha – Sentença reformada – Recursos parcialmente providos” (TJSP – Ap 0006064-58.2012.8.26.0405, 1-3-2016, Rel. Giffoni Ferreira).

“**União estável**. Reconhecimento e dissolução. Companheiro falecido. Sucessão. Inconstitucionalidade do art. 1.790, II do CC/02. Falecido o companheiro deixando apenas um filho, sua companheira herda em concorrência com este, nos bens adquiridos a título gratuito. Interpretação sistemática da atual ordem constitucional. Art. 1.829 I, CC/02 c/c 226 CF. Bem imóvel adquirido na constância da sociedade de fato deve ser partilhado. Recursos desprovidos” (TJSP – Acórdão Apelação Cível 520.626.4/3-00, 26-11-2012, Rel. Des. Teixeira Leite).

“**A questão atinente à partilha** é inerente à declaração da união estável – Está implícito no pedido o regime de bens a prevalecer na hipótese de reconhecimento e dissolução da união, o mesmo se dando em relação ao período de duração da convivência. Na união estável a lei é expressa quanto à aplicação do regime da comunhão parcial de bens, salvo contrato escrito entre os companheiros” (TJSP – Ap-Rev 994.09.333815-6, 26-5-2011, Rel. Jesus Lofrano).

5 “**Reconhecimento e dissolução de união estável post mortem** – Improcedência – Ausência de comprovação de união pública, contínua, duradoura, com o intuito de constituir família – Caracterização, no máximo, de mero namoro – *Animus* de constituir família e vida *more uxório* não demonstrados – Sentença mantida – Recurso desprovido. Litigância de má-fé – Inocorrência das hipóteses do art. 80, do NCPC – Inaplicabilidade da multa a que alude o art. 81, do NCPC” (TJSP – Ap 0039460-34.2013.8.26.0100, 18-7-2016, Rel. Moreira Viegas).

“Agravado de instrumento – Ação de inventário – Sentença proferida em **Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável post mortem** cumulada com Partilha de bens – Sobrinhos do de cujus citados por edital – Pré-morte de um dos sobrinhos noticiada nos autos – Citação nula – Coisa julgada que não atinge os herdeiros do sobrinho do falecido – Afastada a eficácia da sentença – Necessidade de inclusão dos sobrinhos-netos do falecido no rol de herdeiros – Recurso improvido” (TJSP – AI 2130290-84.2014.8.26.0000, 19-1-2015, Rel. Luiz Antonio Costa).

“Processual civil e administrativo. Agravado regimental no recurso especial. Servidor público. Pensão por morte. **União estável**. Acórdão recorrido. Fundamento não impugnado. Súmula 283/STF. Incidência. 1. O Tribunal de origem concedeu pensão às duas mulheres que conviviam com o servidor falecido, em união estável, tendo em vista a convivência marital, a dependência econômica e a existência de prole em ambos os casos. 2. A autarquia recorrente, por sua vez, limitou-se à alegação de que não há como conceder a pensão em conjunto às autoras, pois a legislação brasileira não prevê união estável de um homem com duas companheiras, em concomitância. 3. Encontra óbice na Súmula nº 283 do Supremo Tribunal Federal o recurso especial que não ataca fundamento suficiente para manter o acórdão. 4. Agravado regimental a que se nega provimento” (STJ – Acórdão AgRg no Recurso Especial nº 979.562 – RS, 9-4-2013, Rel. Min. Og Fernandes).

“Apelação cível – Direito de família – **Ação de reconhecimento e dissolução de união estável** c/c partilha de bens – Julgamento *ultra petita* afastado – Decisão proferida de acordo com a legislação vigente – Sociedade de fato configurada – Presunção de esforço comum na aquisição dos bens – Art. 5º da Lei 9.278/96 – Imóvel edificado e reformado pelo esforço simultâneo dos conviventes – Veículo e motocicleta adquiridos com verba exclusiva da apelada proveniente de indenização em ação trabalhista – Inciso VI do art. 1.659 do Código Civil – Utilização do imóvel pela apelada – Ausência de prova de causas que impedem a utilização simultânea pelos conviventes mesmo depois da separação de fato – Apelante que deixou o imóvel voluntariamente. Recurso desprovido” (TJSC – Acórdão Apelação Cível 2011.044204-4, 30-9-2012, Rel. Des. Guilherme Nunes).

Born).

“Direito civil. Família. Paralelismo de uniões afetivas. Recurso especial. Ações de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes. Casamento válido dissolvido. Peculiaridades. – Sob a tónica dos arts. 1.723 e 1.724 do CC/02, para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes, na relação afetiva, os seguintes requisitos: (i) dualidade de sexos; (ii) publicidade; (iii) continuidade; (iv) durabilidade; (v) objetivo de constituição de família; (vi) ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; (vii) observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como de guarda, sustento e educação dos filhos. – A análise dos requisitos ínsitos à união estável deve centrar-se na conjunção de fatores presente 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. – 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, certo é que já havia se operado – entre os ex-cônjuges – a dissolução do casamento válido pelo divórcio, nos termos do art. 1.571, § 1º, do CC/02, rompendo-se, em definitivo, os laços matrimoniais outrora existentes entre ambos. A continuidade da relação, sob a roupagem de união estável, não se enquadra nos moldes da norma civil vigente – art. 1.724 do CC/02 –, porquanto esse relacionamento encontra obstáculo intransponível no dever de lealdade a ser observado entre os companheiros. – O dever de lealdade ‘implica franqueza, consideração, sinceridade, informação e, sem dúvida, fidelidade. Numa relação afetiva entre homem e mulher, necessariamente monogâmica, constitutiva de família, além de um dever jurídico, a fidelidade é requisito natural’ (Veloso, Zeno apud Ponzoni, Laura de Toledo. Famílias simultâneas: união estável e concubinato. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=461>. Acesso em abril de 2010). – 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 que o núcleo familiar contemporâneo tem como escopo a busca da realização de seus integrantes, vale dizer, a busca da felicidade. – As uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família, com os mais inusitados arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes, muitas vezes colidentes em seus interesses. – Ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade. – Emprestar aos novos arranjos familiares, de uma forma linear, os efeitos jurídicos inerentes à união estável, implicaria julgar contra o que dispõe a lei; isso porque o art. 1.727 do CC/02 regulou, em sua esfera de abrangência, as relações afetivas não eventuais em que se fazem presentes impedimentos para casar, de forma que só podem constituir concubinato os relacionamentos paralelos a casamento ou união estável pré e coexistente. Recurso especial provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.157.273 – RN, 18-5-2010, Rel. Min. Nancy Andrighi).

6 “Direito de família e processual civil. Recurso especial. **Ação de reconhecimento de união estável.** Homem casado. Ocorrência de concubinato. Indagações acerca da vida íntima dos cônjuges. Impertinência. Inviolabilidade da vida privada. Separação de fato não provada. Ônus da prova que recai sobre a autora da ação. 1. A jurisprudência do STJ e do STF é sólida em não reconhecer como união estável a relação concubinária não eventual, simultânea ao casamento, quando não estiver provada a separação de fato ou de direito do parceiro casado. 2. O acórdão recorrido estabeleceu que o falecido não havia desfeito completamente o vínculo matrimonial – o qual, frise-se, perdurou por trinta e seis anos –, só isso seria o bastante para afastar a caracterização da união estável em relação aos últimos três anos de vida do *de cujus*, período em que sua esposa permaneceu transitoriamente inválida em razão de acidente. Descabe indagar com que propósito o falecido mantinha sua vida comum com a esposa, se por razões humanitárias ou qualquer outro motivo, ou se entre eles havia ‘vida íntima’. 3. Assim, não se mostra conveniente, sob o ponto de vista da segurança jurídica, inviolabilidade da intimidade, vida privada e dignidade da pessoa humana, discussão acerca da quebra da *affectio familiae*, com vistas ao reconhecimento de uniões estáveis paralelas a casamento válido, sob pena de se cometer grave injustiça, colocando em risco o direito sucessório do cônjuge sobrevivente. 4. Recurso especial provido” (STJ – Acórdão Recurso Especial 1.096.539 – RS, 27-3-2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão).

“Direito civil e família. Apelação cível. Reconhecimento de união estável. Partilha de imóvel. Requisitos. Ausência de prova. 1. A teor do disposto no art. 1.723 do Código Civil de 2002, ‘É reconhecida como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família’. 2. No cenário atual, em que os relacionamentos afetivos são permeados pela intensidade e intimidade entre os casais logo que se inicia a relação, deve-se ter redobrada cautela ao se avaliar os requisitos a configurar a união estável, sob pena de se atribuir a qualquer

relacionamento amoroso ou namoro o *status* de união estável. 3. Ainda que na união estável haja a presunção de que os bens adquiridos a título oneroso na constância da convivência são frutos do esforço comum, afastando-se questionamentos sobre a efetiva participação de cada parceiro para proceder à partilha igualitária dos bens, não se tem como reconhecer a união estável quando o arcabouço probatório aponta para a existência de um simples namoro. 4. Recurso desprovido” (TJDF – Acórdão. Apelação Cível 20060110635360, 18-2-2010, Rel. Des. Mario-Zam Belmiro).

7 Repete-se aqui relevante julgado do STF:

“União civil entre pessoas do mesmo sexo – Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas – Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) – O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família – O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana – Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade – Princípios de yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero – Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil – O art. 226, § 3º, da lei fundamental constitui típica norma de inclusão – A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no estado democrático de direito – A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional – O dever constitucional do estado de impedir (e, até mesmo, de punir) ‘qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’ (CF, art. 5º, XLI) – A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo – Recurso de agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual – Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. Reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar – O Supremo Tribunal Federal – Apoiando – Se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) – Reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-

-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar – Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna – O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da pessoa humana e busca da felicidade – O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – Considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – Significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina – O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação,

gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais – Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal e a proteção das minorias – A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível à plena legitimação material do estado democrático de direito – Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da constituição (o que lhe confere ‘o monopólio da última palavra’ em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na lei fundamental do estado. Precedentes. Doutrina” (STF – AgRg-RE 477.554 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe 26-8-2011, p. 55).

8 “Apelação cível – Ação de restituição de valores cumulada com indenização por danos morais – Autor que mantinha união estável homoafetiva com o filho falecido dos réus em acidente automobilístico e que pretende a restituição dos valores por eles recebidos decorrentes de indenização do seguro obrigatório DPVAT – Sentença de parcial procedência reconhecendo o direito do autor à restituição de metade da indenização recebida pelos réus, afastado o pedido de indenização por danos morais – Recurso apenas dos réus – Preliminar de carência de ação afastada – União estável reconhecida em ação movida pelo autor em face do INSS para a concessão de benefício de pensão por morte – Autor que, na condição de companheiro da vítima, faz jus ao recebimento de metade do capital segurado, nos termos dos arts. 4º da Lei 6.194/74 e 792 do Código Civil – Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça – Indenização securitária que não integra o patrimônio do ‘de cujus’ e, portanto, não tem natureza jurídica de herança – Manutenção da R. Sentença. Nega-se provimento ao recurso” (TJSP – Ap 0009247-50.2014.8.26.0572, 7-6-2016, Relª Christine Santini).

“Inventário. Ação de publicação e confirmação de testamento particular, pendente de julgamento. Suspensão dos autos de inventário. Descabimento. Inexistência de controvérsia acerca da ora agravante, como herdeira, diante do trânsito em julgado da **ação de reconhecimento de união estável** ‘homoafetiva *post mortem*’. Possibilidade de reserva do bem referente ao testamento, sem prejuízo da adjudicação de bens já determinada. Revogação da gratuidade processual e da anotação de tramitação em segredo de justiça. Pedidos que não foram objeto de insurgência em primeira instância. Impossibilidade de apreciação em âmbito recursal, o que implicaria supressão de uma instância. Decisão reformada. Recurso provido” (TJSP – AI 0203815-07.2012.8.26.0000, 10-5-2013, Rel. Alvaro Passos).

“Civil – Recurso especial – União homoafetiva – Sociedade de fato – Partilha – Patrimônio amealhado por esforço comum – Prova – 1. Esta Corte Superior, sob a ótica do direito das obrigações (art. 1.363 do CC/1916) e da evolução jurisprudencial consolidada na Súmula nº 380/STF, firmou entendimento, por ocasião do julgamento do REsp nº 148.897/MG, no sentido da possibilidade de ser reconhecida sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, exigindo, para tanto, a demonstração do esforço comum para aquisição do patrimônio a ser partilhado. 2. A repartição dos bens, sob tal premissa, deve acontecer na proporção da contribuição pessoal, direta e efetiva de cada um dos integrantes da dita sociedade. 3. ‘A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável à situação jurídica dessemelhante, viola texto expresso de lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato’ (REsp nº 773.136/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 13/11/2006). 4. Recurso especial provido” (STJ – REsp 704.803 – (2004/0162027-0), 2-2-2011, Rel. Min. Vasco Della Giustina).

9 “Conversão de união estável em casamento – Habilitação do casamento obstada por se tratar de relacionamento homoafetivo – Viabilidade jurídica inquestionável – A conversão da união estável em casamento é garantida pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal, segundo a qual ‘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’. O fato de o relacionamento ser homoafetivo já foi superado pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132-RJ e na ADI 4.277-DF, que tem efeito *erga omnes*, de modo que reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é constitucionalmente viável e, frise-se, socialmente justo. A conversão da união estável em casamento foi garantida pela Resolução nº 175 do CNJ que veda, às autoridades competentes, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (art. 1º). Apelo conhecido. Provimento negado.” (TJSC – AC 2012.060613-9, 1-7-2015, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

TUTELA

19.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO. ORIGENS

A tutela e a curatela são institutos que objetivam suprir incapacidades de fato e de direito de pessoas que não as têm e que necessitam de proteção. Para agir na vida civil, reclamam a presença de outrem que atue por elas.

Para assistência e proteção de menores que não estão sob autoridade dos pais, o ordenamento estrutura a tutela, instituto pelo qual uma pessoa maior e capaz é investida dos poderes necessários para a proteção de menor. A tutela é utilizada quando o menor não tem pais conhecidos ou forem falecidos e quando os genitores forem suspensos ou destituídos do pátrio poder.¹ A matéria vem disciplinada não somente nos arts. 1.728 a 1.766 do Código Civil, mas também no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Processo Civil. A proteção dos incapazes em geral, em nosso direito, é feita pela tutela, curatela, adoção e guarda.

A propósito da compreensão da tutela, o art. 1.728 dispõe:

“Os filhos menores são postos em tutela:

I – falecendo os pais, ou sendo julgados ausentes;

II – decaindo os pais do poder familiar”.

Os tutores assumem o exercício do poder familiar, sempre que, por qualquer razão, os pais estejam ausentes ou incapacitados de fazê-lo. Desaparecendo a incapacidade e estando presente qualquer dos pais, em princípio, cessará a tutela. Lembre-se de que o atual Código alargou as possibilidades de morte presumida, que pode independer da declaração de ausência. Nas hipóteses de suspensão do poder familiar, como é evidente, persistindo os motivos graves, não cessará a tutela. No entanto, os poderes da tutela são mais limitados do que os do poder familiar. Apesar de ambos os institutos estarem colocados em círculos concêntricos, o raio da tutela é de menor âmbito, tanto que a tutela é exercida com estrita vigilância judicial. O destinatário da tutela é objetivamente o menor e não o incapaz, pois somente o menor necessita do pátrio poder. Para os maiores incapazes o ordenamento reserva o instituto da curatela. Não basta, porém, a menoridade para que o menor seja posto sob tutela: é necessário que não esteja sob o manto do poder familiar. Embora assuma o tutor o exercício do poder familiar, o exercício da tutela dele difere, pois se trata, basicamente, de conjunto de direitos destinado à administração dos bens do pupilo, sob fiscalização judicial.

A tutela disciplinada pelo Código Civil de 1916 era instituto destinado fundamentalmente à proteção e à administração dos bens do menor.² Ao disciplinar a tutela, o legislador do Código Civil de 1916 e de 2002 teve em mira, primordialmente, o menor com patrimônio. A tutela também é referida no Estatuto da Criança e do Adolescente para os menores sob seu enfoque, em situação irregular, embora pouca alteração tenha sido feita à estrutura do Código. Modernamente, a tutela deve ter uma compreensão mais ampla, fazendo com que o tutor assuma efetivamente as prerrogativas e deveres do poder familiar. Nas palavras de Sílvia Rodrigues (1999:380),

“o legislador de 1916, ao cuidar da tutela, preocupou-se, principalmente, com o órfão rico, pois ao disciplinar o tema teve em vista, em primeiro lugar, a preservação dos bens; aliás, dos quarenta artigos consagrados ao assunto, apenas um se refere aos menores abandonados”.

O mesmo autor observa que, no entanto, a legislação previdenciária nacional, exigindo que responsáveis recebam benefícios em nome do menor órfão ou sem pais conhecidos, difundiu e popularizou a tutela.

A tutela não possuía, portanto, um intuito proeminentemente protetivo à pessoa do menor, como é traduzido pela filosofia do Estatuto da Criança e do Adolescente. No art. 28 desse diploma, como vimos ao examinar a adoção, a tutela é uma das modalidades de ingresso do menor em família substituta, ao lado da guarda e da adoção.³ O conceito estatutário é de proteção integral à personalidade da criança e do adolescente, pois essa lei tem em mira basicamente o menor desprovido de recursos econômicos e morais.⁴ Nos termos do art. 19,

“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”.

A tutela, deferida nas hipóteses do Estatuto da Criança e do Adolescente, implica necessariamente o dever de guarda (art. 36, parágrafo único), com obrigação de assistência moral e educacional.⁵

De qualquer dessas concepções decorre que a tutela é instituição supletiva do poder familiar. Pressupõe que o menor não tenha pai e mãe ou, tendo um deles ou ambos, estão privados ou suspensos do poder familiar. O Código argentino, ao contrário de nosso, apresenta no art. 377 a definição de tutela:

“é o direito que a lei confere para governar a pessoa e bens do menor de idade, que não está sujeito ao pátrio poder, e para representá-lo em todos os atos da vida civil”.

Leoni Lopes de Oliveira (1999c:103) define com técnica:

“A tutela é um conjunto de direitos e deveres que a lei estabelece em relação a uma pessoa, com a finalidade de proteger o menor de vinte e um anos de idade que não esteja sob o pátrio poder”.

Lembre-se de que, no sistema em vigor, a tutela cessará com 18 anos.

A tutela possui, então, três finalidades curiais: os cuidados com a pessoa do menor; a administração de seus bens; e sua representação para os atos e negócios da vida civil. No Estatuto da Criança e do Adolescente, a tutela possui caráter protetivo dos menores que se encontrem em uma das hipóteses do art. 98, isto é, sempre que os direitos do menor forem violados:

“I – por ação ou omissão da sociedade ou do estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – em razão de sua conduta”.

Os dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil são compatíveis. O juiz da infância e da juventude será competente para os casos de menores sob as condições relatadas; menores com patrimônio que se veem em estado de orfandade terão a tutela regulada, em princípio, pelos juízes das varas de família.⁶ Sob esse prisma, o art. 36 do Estatuto da Criança e do Adolescente estatui que a tutela será deferida aos menores de 21 anos, “*nos termos da lei civil*”. A atual lei civil, como se sabe, faz com que a tutela abranja os menores até 18 anos, em face da nova idade para a maioridade. Notemos que a extensão e o alcance da tutela são de âmbito mais amplo do que a guarda, definida na lei dos menores.

19.2 PARTICULARIDADES DA TUTELA. RESPONSABILIDADE DO TUTOR

A tarefa dos tutores e curadores é ampla e exige muita atenção.

O art. 1.746 especifica que “se o menor possuir bens, será sustentado e educado às expensas deles, arbitrando o juiz para tal fim as quantias que lhe pareçam necessárias, considerando o rendimento da fortuna do pupilo quando o pai ou a mãe não houver fixado”. Como toda pessoa que administra bens alheios, o tutor ou curador deve prestar contas, ainda que os pais dos tutelados tenham disposto em contrário (art. 1.755). Essas contas devem ser prestadas de dois em dois anos (art. 1.757) ou quando o juiz achar conveniente, ou quando deixarem a tutela. No final de cada ano de administração, os tutores devem apresentar balanço, que depois de aprovado deve ser juntado aos autos (art. 1.756).

A instituição de tutor é ato unilateral, mas revogável a qualquer tempo, de acordo com as

circunstâncias que se apresentarem. O art. 104 do projeto do Estatuto das Famílias dispõe de modo mais atual que “as crianças e os adolescentes são postos em tutela quando a nomeação for feita pelos pais em testamento ou documento particular, produzindo efeitos com a morte ou perda da autoridade”. Só quem exerce a autoridade parental pode nomear tutor.

Seus antecedentes históricos são antigos. Reportamo-nos ao que repetidamente já falamos a respeito da família romana. O *pater familias* exercia seu poder sobre todos os filhos, independentemente da idade. Essa autoridade abrangia também a pessoa dos netos, pois todos eram incapazes; unicamente, o *pater* era *sui juris*. Falecendo o pai de família, os filhos tornavam-se *sui juris*, livres, independentemente da idade. Se fossem menores, porém, não se impedia que para estes fossem designados tutores, para cuidar de sua pessoa e de seus bens. Ao lado dessa tutela para os menores impúberes, também era conhecida a tutela para as mulheres, estas também púberes, mas *alieni juris*, em caráter permanente, para proteger sua condição e debilidade do sexo (Zannoni, 1998, v. 2:833). As mulheres, não importando a idade, sempre sofriam restrição de direito. Em épocas mais modernas do Direito Romano, a tutoria da mulher vai diminuindo de importância.

Quando o menor atingia a puberdade, 14 anos para o homem e 12 anos para a mulher, cessava a tutela e, até a idade de 25 anos, tratando-se de varão, ficava sob a proteção de um curador. Havia também curatela para os maiores dessa idade em se tratando de loucos, pródigos, surdos-mudos e com outras enfermidades permanentes. A distinção entre tutela e curatela residia, por conseguinte, no fato de que, para a primeira, era uma atribuição de autoridade semelhante ao pátrio poder, enquanto para a segunda, uma administração de bens. A tutela era dada, em síntese, para os impúberes, incapazes, que não podiam reger seus atos. A curatela era dirigida para os púberes e os enfermos para proteção de seus bens. Paulatinamente, no curso da história, ocorre uma assimilação das funções do tutor pelo curador, de forma que se confundem as duas figuras; tanto que na época de Justiniano ambos têm funções praticamente idênticas, para finalmente se confundirem no direito medieval.

Em decorrência da origem histórica, no direito comparado não existe identidade de conceitos para a tutela e a curatela. Várias legislações denominam tutela a instituição tanto para os menores como para os incapazes maiores. Alguns ordenamentos conhecem outras figuras de proteção, como o protutor, no direito italiano e francês, o conselho de família, que no direito francês é órgão encarregado de fiscalizar o tutor, bem como tutores especiais para determinados atos, que nós denominamos curadores especiais. O vigente Código Civil revive a figura do protutor, pessoa encarregada pelo juiz para fiscalização dos atos do tutor (art. 1.742).

Em nosso direito foi mantida, em síntese, a distinção do direito antigo: a tutela dirige-se aos menores e a curatela, aos maiores incapazes.

19.3 FONTES DA TUTELA

A doutrina aponta três modalidades de tutela: testamentária, legítima e dativa. Dizem respeito

mais propriamente às formas de nomeação ou fontes. A modalidade de nomeação não modifica, contudo, os atributos do instituto. Outra modalidade, no entanto, deverá ser acrescentada, pois o parágrafo único do art. 1.729 menciona que a nomeação de tutor deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico.

Pelo art. 407 do Código de 1916, o pai e a mãe tinham direito de nomear tutor por ato de última vontade. O dispositivo também permitia que o avô paterno e o avô materno nomeassem por testamento, numa elasticidade de legitimidade que modernamente não mais se justifica. A inclusão do avô nesse artigo era ranço do Direito Romano, pois não existe pátrio poder ou poder familiar dos avós em relação aos netos. A nomeação de tutor por testamento é uma extensão do poder familiar após a morte dos pais, pois se trata de manifestação de índole protetiva.

O art. 1.729 do Código Civil restringe a possibilidade de nomeação aos pais, em conjunto. Existindo apenas um dos genitores ou somente um deles estando apto, é certo que poderá fazer a nomeação isoladamente. O Código de 2002 eliminou a possibilidade constante da lei pretérita que também permitia aos avós a possibilidade de nomeação de tutor. Tratava-se de reminiscência românica injustificável, pois não exercem os avós o poder familiar.

Quanto à nomeação pelos pais, está colocado o acréscimo colimado pelo Projeto nº 6.960/2002, que se refere a essa possibilidade em parágrafo que acresce ao art. 1.729:

“A nomeação poderá ser realizada por somente um dos pais, se o outro estiver, por qualquer motivo, impossibilitado ou se negue, sem justa causa, a fazê-lo e desde que atenda aos interesses do filho”.

O testamento, instrumento para a tutela testamentária, pode ser utilizado tão só para a nomeação de tutor e, nesse caso, na hipótese de nulidade que não vicie essa vontade, deve prevalecer como documento autêntico. Deve ser entendido como documento autêntico todo aquele apto a gerar efeitos, até mesmo uma carta para essa finalidade. Também deve prevalecer a vontade do genitor se o testamento, contendo também disposições patrimoniais, for anulado por questões de forma ou que não afetem a indicação de tutoria. Villaça Azevedo lembra da possibilidade de cada genitor nomear, em testamento, ou outro ato válido, tutores diferentes. Nesse caso, conclui que a solução deverá ser dada pelo juiz, levando em conta as circunstâncias em concreto, atendendo aos interesses do tutelado (2003:325). E conclui: *“Será autêntico o documento escrito que preencha formalidades e que demonstre a vontade dos nomeadores de tutor”* (loc. cit.).

Os filhos adotivos e extramatrimoniais, com maior razão após a Constituição de 1988, também podem ter tutor nomeado por testamento. Ressalte-se que somente quem é detentor do poder familiar ao tempo da morte pode nomear tutor (art. 1.730).

O art. 407, do antigo diploma, estabelecia a ordem de preferência na nomeação: 1. pai; 2. mãe; 3. avô paterno; 4. avô materno. Segundo essa lei, cada uma dessas pessoas exerceria o direito de

nomear tutor “*no caso de falta ou incapacidade das que lhes antecederem na ordem aqui estabelecida*”. Com a isonomia constitucional de homens e mulheres (art. 5º, inciso I), não havia mais razão do prevalecimento do varão sobre a mulher. Em qualquer caso, porém, a nomeação não deveria ser inflexivelmente seguida, se o juiz constatasse que era prejudicial para o menor. Sobre a supressão do direito de nomeação dos avós, já fizemos referência.

O art. 1.733 afirma que, se mais de um tutor foi nomeado em disposição testamentária, entende-se que a tutela foi atribuída ao primeiro, e os outros hão de sucedê-lo pela ordem de nomeação, no caso de morte, incapacidade, escusa ou outro impedimento legal. Por outro lado, o § 2º desse dispositivo acrescenta que, instituído o menor herdeiro ou legatário, o testador poderá nomear-lhe curador especial para os bens deixados, ainda que o menor se ache sob o poder familiar ou sob tutela. Trata-se de hipótese de curador *ad hoc*. Em nosso sistema, sempre que ato semelhante é atribuído a alguém que não o pai ou tutor, denomina-se curador especial a pessoa designada, quando não houver a figura do protutor. Esse curador especial terá sua atuação restrita a poucos atos e não exerce poderes de tutela.

Somente os pais no exercício do poder familiar têm legitimidade para nomear tutor (art. 1.730). Quem não está no exercício de um direito não pode outorgá-lo. O artigo em questão se refere à nulidade de nomeação nesse caso, mas a hipótese mais se amolda à ineficácia. Ou em outras palavras: não possui legitimidade para nomear tutor o pai ou a mãe que não esteja em pleno exercício do poder familiar. Por outro lado, enquanto vivo e exercendo o poder familiar um dos genitores, a nomeação testamentária feita pelo falecido é ineficaz. Quando há suspensão do poder familiar, há ilegitimidade provisória para a nomeação.

Como mencionado, a lei admite que, além do testamento, outro documento autêntico pode ser utilizado para a nomeação. Assim, codicilos, escrituras públicas, escritos particulares do nomeante, com disposição clara, são também meios idôneos, assim como testamentos nulos ou anuláveis, quando não se macula a vontade quanto à nomeação. Não podemos exigir maior rigor ao documento, mesmo porque o juiz poderá sempre desatender à nomeação, se assim for conveniente para o menor.

A *tutela legítima* ocorre na falta de tutor nomeado pelos pais, sendo de caráter subsidiário. O tutor, em princípio, será escolhido na ordem estabelecida no art. 1.731:

“Em falta de tutor nomeado pelos pais incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem:

I – aos ascendentes, preferindo o de grau mais próximo ao mais remoto;

II – aos colaterais até o terceiro grau, preferindo os mais próximos aos mais remotos, e, no mesmo grau, os mais velhos aos mais moços; em qualquer dos casos, o juiz escolherá entre eles o mais apto a exercer a tutela em benefício do menor”.

O art. 409 do velho Código atribuía uma ordem complexa, preferindo avô paterno ao materno; a

avó paterna à materna etc. em um casuísmo hoje anacrônico.

O Código deste século eliminou, como devia fazer, a prevalência masculina na nomeação de tutor. A ordem deve ser, em princípio, seguida, não sendo, contudo, inflexível, sempre sendo ponderado o interesse do menor.⁷ O juiz poderá desobedecê-la, sempre na defesa dos interesses do pupilo. Nesse sentido, existe acréscimo pretendido pelo Projeto nº 6.960, que acresce parágrafo único ao art. 1.731: “*Poderá o juiz, levando em consideração o melhor interesse do menor, quebrar a ordem de preferência, bem como nomear tutor terceira pessoa*”. Nem sempre os avós, em avançada idade, ou o irmão muito jovem serão os tutores mais indicados. De outro lado, a identidade de direitos de homens e mulheres, de acordo com a Constituição de 1988, inadmite discriminação de sexos.

Finalmente, a *tutela dativa* é a exercida por um terceiro, estranho à consanguinidade estabelecida no dispositivo citado. Dispõe o art. 1.732:

“O juiz nomeará tutor idôneo e residente no domicílio do menor:

I – na falta de tutor testamentário, ou legítimo;

II – quando estes forem excluídos ou escusados da tutela;

III – quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário”.

A nomeação de tutor dativo somente pode ocorrer quando, em síntese, não for possível o tutor testamentário ou legítimo. Essa nomeação tem, portanto, caráter subsidiário.⁸ É certo que o juiz deverá procurar alguém relacionado com o menor, cujo contato lhe será benéfico. O art. 1.734, que se reporta a menores abandonados, referindo-se a estabelecimentos públicos destinados a recebê-los e a pessoas voluntárias, deve ser visto em harmonia com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que disciplina a forma e os procedimentos pelos quais o menor é colocado em família substituta.

A tutela dativa pode ser recusada se houver no lugar parente idôneo, consanguíneo ou afim, em condições de exercê-la (art. 1.737). Apresentada essa impugnação pelo nomeado dativo, cumpre ao juiz analisar a conveniência de nomear a pessoa apontada.

Por vezes, na doutrina, encontra-se menção à denominada *tutela irregular*, situação na qual, sem qualquer formalidade legal, alguém zela pelo menor e cuida de seus interesses, como se tutor fosse. A situação é semelhante à guarda de fato para os menores em situação irregular. Essa tutela, porém, não gera efeitos jurídicos do instituto, devendo ser tratada como mera gestão de negócios, resumindo-se aos preceitos legais deste negócio jurídico inclusive com responsabilidade civil do gestor quanto aos danos causados ao menor, até mesmo na hipótese de caso fortuito, como dispõe o art. 862 do corrente Código.

A lei não proíbe, em princípio, que a nomeação testamentária seja feita sob condição ou a termo. Nada impede, por exemplo, que seja nomeado um tutor até o início da adolescência do menor e outro a partir daí (Azevedo, 2003:326). Em qualquer caso, contudo, na dúvida ver-se-á o melhor

interesse do tutelado.

O art. 760 do CPC de 2015 trata da *escusa da tutela*. Essa escusa pode ocorrer por variados motivos, elencados no art. 1.736 do estatuto material. Essas situações não devem ser tidas como número fechado. O juiz deve avaliar com critério quando é apresentado pedido de escusa, que é um múnus público. As hipóteses são comuns à tutela e à curatela. Não sendo requerida a escusa no prazo estabelecido no art. 760, *caput*, considerar-se-á renunciado o direito de alegá-la.

19.3.1 Requisitos da Tutela

Para que tenha lugar a tutela, afora a situação dos órfãos, é necessário que os pais do menor tenham sido destituídos ou estejam suspensos do poder familiar. Se isto não ocorre, a forma de o menor ser colocado em família substituta é por meio da guarda. A inibição do poder familiar é essencial para a tutela, pois não convivem ambos os exercícios.⁹

Outra situação que deve ser levada em conta, contudo, é a hipótese de pais ausentes. Desaparecidos os pais, sem que se saiba de seu paradeiro, a tutela é meio idôneo para proteger o menor e administrar seus bens, até que retornem os progenitores. Quando se trata de desaparecimento voluntário, abandono dos menores, a situação é de destituição do pátrio poder. Todavia, o desaparecimento pode ser fortuito. Nesse caso, somente após a declaração judicial de ausência deverá ser deferida a tutela. Temporariamente, o menor deve ser colocado sob a guarda de família substituta. Para atos urgentes, poderes devem ser conferidos a um curador especial.

Para desempenho da tutela, o tutor é provido de soma de poderes que se assemelha ao poder familiar, mas com este não se confunde. O tutor possui poderes para praticar atos em prol do menor, mas não terá as mesmas faculdades do pai: age sob vigilância do juiz, necessitando de autorização judicial para a prática de inúmeros atos, em dimensão maior que a restrição imposta aos pais.

Orlando Gomes (1983:374) acentua que a dignidade do cargo não permite que o ofício seja remunerado, admitindo, porém, que na administração dos bens do menor abastado seja justa uma gratificação, como permite a lei. Esse pagamento tem a natureza de uma indenização, mormente na hipótese de herança dativa. De qualquer forma, o tutor deverá sempre ser reembolsado das despesas relativas aos bens do pupilo; não com relação aos alimentos, fornecidos em espécie ou pecúnia, pois se trata de dever inerente ao encargo. O protutor tem direito a uma gratificação módica, pela fiscalização efetuada (art. 1.752, § 1º, do atual Código).

O presente Código suprimiu a referência feita à gratificação de até 10% da renda líquida anual dos bens, presente no art. 431, parágrafo único, do antigo diploma. Não se proíbe, porém, que o encargo seja razoavelmente gratificado, pois o art. 1.752 esclarece que o tutor tem direito a perceber remuneração proporcional à importância dos bens administrados. Todavia, a questão deve ficar claramente delineada antes que o tutor assuma a tutela. Se ele se compromete a exercer o cargo gratuitamente, não poderá perceber a remuneração.

19.4 OS TUTORES. TUTELA E PODER FAMILIAR

Sob o prisma do tutor, a tutela é função personalíssima, um múnus público. É encargo, em princípio, irrenunciável. Como decorrência, é também um encargo unipessoal; somente uma pessoa pode ser nomeada tutor de um menor, ao menos na forma do Código Civil de 1916: o encargo, em princípio, não podia ser exercido concomitantemente por mais de uma pessoa. Em nosso direito positivo, não existia a figura do tutor sub-rogado, substituto do tutor. O protutor, pessoa encarregada de fiscalizar o tutor, não se confunde com este. O Código de 2002 modifica parcialmente esse entendimento, ao permitir que o exercício da tutela seja parcialmente delegado, na forma do art. 1.743:

“Se os bens e 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”.

Desse modo, se o vulto e a complexidade do patrimônio do menor o exigir, o tutor poderá requerer a delegação de parte do seu múnus a um administrador, contador, economista etc. A necessidade deve ser justificada em juízo, o qual deverá provar a pessoa indicada. A delegação, como se percebe, pode ser feita a pessoa jurídica. Procura-se, nesse sentido, uma maior eficiência na administração dos bens do pupilo. Nesse caso, a responsabilidade perante o menor será, em última análise, sempre do tutor, que poderá ter ação regressiva contra o terceiro delegado. Nessa situação, torna-se aconselhável a nomeação do protutor, para fiscalizar os atos, nos termos do art. 1.742.

Em nosso sistema, quando ocorre colidência de interesses entre o tutor e o pupilo, deve ser nomeado um curador especial para o ato ou negócio. Nosso direito também não admite que uma entidade especializada desempenhe diretamente a função, embora esta seja, atualmente, tendência moderna na problemática do menor desamparado. Vimos que o tutor pode delegar funções a pessoa jurídica.

No sistema de 1916, o encargo, de natureza pessoal, impedia que o tutor delegasse seus poderes. Ainda que não delegue oficialmente, como permite o mais recente ordenamento, tal, contudo, não impede que se valha de outras pessoas para auxiliá-lo no múnus. O que não pode é fazer-se substituir no encargo de tutor. Destarte, não lhe é dado outorgar procuração para prática de atos inerentes à tutela, como, por exemplo, consentimento para casar.

A tutela é, portanto, um sucedâneo do poder familiar ou poder parental: na falta dos pais dos menores, é necessário que alguém os substitua. A tutela possui, destarte, um caráter subsidiário com relação ao poder familiar.

Como enfatizamos, diversamente do poder familiar, o exercício da tutela é uma conduta fiscalizada e controlada pelo Poder Judiciário, com o concurso do Ministério Público.

De acordo com o art. 759 do CPC, o tutor deverá ser intimado a prestar compromisso no prazo de cinco dias contados da nomeação ou intimação. Essa disposição é reiterada pelo art. 32 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que também exige o compromisso do tutor de bem e fielmente desempenhar o encargo. Incumbe ao tutor, portanto, reger a pessoa do menor, representá-lo, velar por sua educação, saúde e bem-estar e administrar-lhe os bens. No dizer do art. 1.741 do corrente Código, *“incumbe ao tutor, sob inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé”*. O zelo e a boa-fé, termos introduzidos no atual dispositivo, são fatores essenciais ao exercício do cargo. Essa administração pelo tutor tem como objetivo preservar o patrimônio do menor, buscando sempre que possível a sua valorização. A fiscalização do juiz nesse aspecto ganha importância vital.

Enquanto absolutamente incapaz, o tutor representará o pupilo; enquanto relativamente capaz, o tutor o assistirá. Certidão do termo de tutela será o documento hábil para comprovar e credenciar sua condição e legitimidade perante terceiros.

O tutor, como reiterado, exerce um encargo ou múnus público. Assim conceituada sua natureza jurídica, significa que se trata de delegação do Estado. No entanto, o tutor não se reveste da condição de funcionário público, mas em um cargo de elevada função social que o Estado lhe confia, acorrendo para o instituto preceitos de direito público e de direito privado (Gomes, 1983:372). A atividade que exerce, contudo, é eminentemente de direito privado.

O art. 1.733 dispõe que aos irmãos órfãos se dará um único tutor. A disposição visa facilitar a administração dos bens. Giovane Serra Azul Guimarães (2000:27) aponta que a unicidade da tutela não pode ser absoluta, podendo o juiz nomear tutores diferentes para os irmãos, tendo em vista o caso concreto e o interesse dos menores, especialmente nas situações do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como acentuado, o âmbito de atuação na tutela é menor do que no poder familiar. Já apontamos que a tutela é exercida sob supervisão do Judiciário. Ademais, o exercício da tutela, por ser um encargo, é temporário, uma vez que o tutor deve servir por dois anos (art. 1.765), embora os períodos possam ser prorrogados até a maioridade do pupilo. Outra sensível distinção é que na tutela o tutor não tem o usufruto dos bens do pupilo, como acontece com os pais. Na tutela, a venda de bens dos menores está cercada de maiores cautelas, exigindo-se hasta pública e não a mera autorização judicial. Diverge também a forma de emancipação voluntária: os pais formalizam-na por escritura pública, enquanto dos tutores se exige a sentença judicial.

19.4.1 Nomeação de Casal para o Encargo de Tutores

Acentuou-se anteriormente que a tutela é encargo unipessoal. A lei civil não prevê a nomeação de mais de um tutor concomitantemente para o exercício do encargo. Na sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente, nas situações de menores que essa lei regula, perfeitamente sustentável

que a situação é outra, levando em consideração o conjunto de disposições dessa lei e os princípios estabelecidos pela Carta de 1988. O intuito dessa legislação protetiva é integrar a criança e o adolescente na família substituta. Não existe forma melhor de fazê-lo, tal como na guarda e na adoção, do que entregá-lo ao carinho e à proteção de um casal que lhe dê um lar. A concepção do estatuto faz com que o critério tradicional do Código Civil seja revisto, pois não se cuida aqui de cuidado com os bens do menor unicamente, mas de sua formação e personalidade. Nesse mesmo sentido, manifesta-se Giovane Serra Azul Guimarães (2000:27) em obra sobre a matéria, apontando que, no caso, sempre será necessária a aquiescência dos dois cônjuges ou companheiros e sempre deverá preponderar o interesse do menor, obedecidos os requisitos do art. 165, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

19.5 INCAPAZES DE EXERCER A TUTELA

O cargo de tutor é de confiança do Estado e exige absoluta idoneidade e ausência de conflito com o menor e seu patrimônio. O art. 1.735 enumera os não legitimados que não podem ser tutores, e serão exonerados da tutela, caso a exerçam:

“I – os que não tiverem a livre administração de seus bens;

II – os 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;

III – os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela;

IV – os condenados por crime de furto, roubo, estelionato ou falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido a pena; V – as pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores; VI – os que exerceram função pública incompatível com a boa administração da tutela”.

As situações descritas nesse dispositivo são mais propriamente de impedimento ou falta de legitimação e não de capacidade. Cuida-se de obstáculos que impedem a assunção ou a manutenção no cargo. A exigência de idoneidade é de tal nível que ocorre durante todo o tempo de exercício da tutela. Verificada a inabilidade durante seu exercício, o tutor deve ser substituído. A situação é de destituição do encargo, pois esta terá caráter de sanção aplicável aos tutores que agem com culpa na tutela.

As causas são por si explicativas. Para proteger o menor e cuidar de seu patrimônio, há necessidade de idoneidade e disponibilidade. Quem não pode administrar os próprios bens também não poderá fazê-lo quanto aos bens de terceiros. Quem tem obrigação ou direito contra o menor não

terá, objetivamente, isenção para o encargo. Inimigos do menor ou de seus pais e quando estes expressamente vedaram a tutela são situações por demais óbvias. Os crimes descritos no inciso IV não favorecem a administração de bens de outrem ou o trato com menores, assim como o mau procedimento e a improbidade. Muitas dessas situações exigirão exame no caso concreto.

O Código ressalva os que exercem função pública incompatível com o encargo: injustificável a restrição exclusivamente à função pública. Há funções privadas que mais se mostram incompatíveis com a tutela, as que exigem viagens constantes, prolongada ausência do domicílio, por exemplo. O juiz haverá de ponderar no caso concreto. Essa situação, de qualquer forma, é mais adequada para os casos de escusa da tutela.

19.5.1 Proibições Legais

O tutor está proibido da prática de determinados atos. Basicamente, cuida-se de atos pelos quais os tutores poderiam colocar em preferência seus próprios interesses em detrimento dos direitos do pupilo, prevalecendo-se de sua posição. São atos que não podem ser praticados, sob pena de nulidade absoluta, mesmo com autorização judicial. Diz o art. 1.749:

“Ainda com autorização judicial não pode o tutor, sob pena de nulidade: I – adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor;

II – dispor dos bens do menor a título gratuito;

III – constituir-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor”.

Não se trata de incapacidade. O tutor, portanto, não tem legitimidade para a prática desses atos. Os atos são nulos por falta de agente capaz (art. 104). Cuidando--se de restrições de direito, a enumeração é taxativa; não pode ser ampliada. Os poderes de administração lhe são obviamente transferidos: pode alugar imóveis de acordo com o estipulado na lei, assim como fazer aplicações financeiras etc.

19.6 ESCUSA DOS TUTORES

A tutela é um múnus público e em princípio não pode ser recusada. Por essa razão, as possibilidades de escusa constam da lei. O art. 1.736 estabelece:

“Podem escusar-se da tutela:

I – mulheres casadas;

II – maiores de sessenta anos;

III – aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos;

IV – os impossibilitados por enfermidade;

V – aqueles que habitarem longe do lugar onde se haja de exercer a tutela;

VI – aqueles que já exercerem tutela ou curatela;

VII – militares em serviço”.

O legislador, como facilmente se percebe, procura dificultar a recusa da tutela, pois sabe que é um múnus público que requer ingentes esforços. A recusa ou renúncia somente pode ocorrer dentro do balizamento da lei.

As mulheres, no Direito Romano, eram incapazes para a tutela. O direito vigente suprimiu a incapacidade, mas permitiu a escusa. O ordenamento vigente refere-se às mulheres casadas, não possibilitando mais a escusa às solteiras, divorciadas ou separadas. Às casadas equiparam-se certamente as que convivem em união estável. Entendeu-se que a mulher casada já teria os ônus e deveres do casamento como pesadas tarefas. Modernamente, porém, também essa é uma forma de discriminação e o Projeto nº 6.960 retira as mulheres casadas desse rol de escusas.

Os casos de escusas não se alargam. São apenas os constantes da lei. Quem não se inserir em uma das dicções deve assumir o encargo. Entende-se, por exemplo, que quem tem perante sua autoridade mais de três filhos já tem encargos suficientes para assumir o fardo pesado da tutela. O Código antigo referia-se à pessoa com mais de cinco filhos. Por outro lado, a tutela exige a presença física do tutor junto ao pupilo e a residência distante do local onde será exercida a tutela será inconveniente. Quanto aos militares em serviço, sabido é que se mudam constantemente de domicílio. As causas de escusas são, portanto, explicativas por si.

O art. 1.737 descreve mais uma possibilidade de recusa, específica para tutela dativa: quem 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. Pressupõe a lei que o parentesco indica maiores afinidades com o tutelado, o que denota que a tutela está intimamente ligada à família. Nem sempre isto é verdadeiro.

É claro que, em todo caso concreto, o juiz deverá ver o que é de melhor interesse para o menor. Condições de idade avançada, doença, analfabetismo ou mesmo renitente falta de disposição para o cargo farão com que juiz propenda para nomear a pessoa mais indicada, que, em princípio, não poderá opor recusa. Por outro lado, uma tutela imposta pode ser gerida com má vontade, o que virá em detrimento do menor. Bom senso ao julgador é sempre o que se recomenda.

A escusa deverá ser apresentada nos cinco dias seguintes à intimação, embora a lei atual fale em designação, sob pena de entender-se renunciada a possibilidade de alegação (art. 760 do CPC de 2015). Se o motivo de escusa ocorrer depois de aceita a tutela, esse prazo contar-se-á do dia em que ele sobrevier (art. 1.738). Esse prazo é decadencial.

O art. 1.739 é decorrente do rigor com que é vista a obrigação de assumir a tutela: se o juiz

julgar improcedente a recusa, durante o processamento do respectivo recurso, o indicado deverá exercer a tutela, respondendo desde logo por perdas e danos que o menor venha a sofrer. Em resumo, a lei significa que o recurso da decisão que nomeia tutor não terá efeito suspensivo.

19.7 GARANTIA DA TUTELA

A garantia da tutela estava prevista nos arts. 418 a 421 do Código de 1916; art. 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente; e arts. 1.188 a 1.191 do CPC de 1973. O CPC de 2015 não mais faz referência à hipoteca, instituto em desuso que dificultava a aceitação e exercício da tutela. As garantias visam assegurar a boa administração dos bens e certificar que o tutor terá meios para responder em caso de ser considerado culpado de prejuízos causados ao pupilo. Desse modo, a hipoteca legal visava resguardar os interesses do tutelado, sujeitando-se à inscrição.

O dispositivo acentuava a índole legal da tutela, dirigida a menores abastados, como se isso ocorresse com frequência em nosso país de milhões de necessitados. Acentua-se mais uma vez, nesse dispositivo, a filosofia individualista e patrimonialista de nosso Código de 1916.

E se todos os bens imóveis do candidato a tutor não fossem suficientes para garantir a tutela da criança abastada? O Código ia mais além ao exigir reforço da hipoteca legal mediante caução real ou fiança: “*salvo se para tal não tiver meios, ou for de reconhecida idoneidade*” (art. 419). Não bastasse o pesado gravame de ter todos os bens imóveis hipotecados, a lei exigia ainda a presença de um fiador ou outra garantia, sempre no intuito de proteger o pupilo com patrimônio. Todavia, o Código prosseguia fazendo com que o juiz respondesse subsidiariamente pelos prejuízos sofridos em razão da insolvência do tutor, pelo fato de não ter exigido a garantia legal ou de não tê-lo removido, quando se tornara suspeito (art. 420). Acrescentava ainda o art. 421 que a responsabilidade do juiz era pessoal e direta, quando não tivesse nomeado tutor ou quando a nomeação não houvesse sido oportuna (art. 421). Não havia na lei civil outro exemplo de rigor igual. Destarte, não havendo motivos plausíveis, os magistrados, em princípio, dispensavam a hipoteca.

Ora, a tutela em si já é um ato de desprendimento do tutor que acresce às suas próprias responsabilidades a proteção e administração dos bens do pupilo. A se levar em conta ao pé da lei as determinações do código antigo, dificilmente se obteria tutor disponível: em primeiro porque era de sumo transtorno a hipoteca de seus bens; em segundo porque o juiz, mediante a responsabilização que lhe faz a lei, teria dificuldades e rebuços para nomear um tutor, sendo, em síntese, corresponsável por sua administração. Por último, embora se saiba que a tutela é obrigatória, é de suma inconveniência atribuir o encargo a alguém, contra sua vontade. Por tudo isso, e porque nossos órfãos não são ricos como regra, era comum que se dispensasse a hipoteca legal e outras formas de garantia, limitando-se o tutor a firmar o compromisso. De outro modo, dificilmente se chegaria a uma tutela.

Nesse sentido, a hipoteca legal, prevista na anterior redação do art. 37 da Lei 8069/90, atuava como exceção, unicamente para os casos nos quais, efetivamente, o patrimônio ponderável do pupilo

devesse ser protegido. Destarte, o art. 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que a “*o tutor nomeado por testamento ou qualquer documento autêntico, conforme previsto no parágrafo único do art. 1.729 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, deverá, no prazo de 30 (trinta) 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*”. O parágrafo único deste artigo ainda acrescenta:

“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”.

Reduziu-se, portanto, a garantia da tutela a seu contorno real. No presente Código, restringe-se a exigência a qualquer modalidade de garantia legal ou caução por parte do tutor e não necessariamente à hipoteca, como mencionam o art. 1.744, II, e art. 1.745, parágrafo único. A hipoteca é apenas uma das modalidades de caução.

Mantém o vigente Código o rigor para com o juiz, pois determina que a responsabilidade do magistrado será direta e pessoal, “*quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente*” (art. 1.744, I), e subsidiária, “*quando não tiver exigido garantia real do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito*” (art. 1.744, II). Essa responsabilidade do juiz já ocorria, com linhas semelhantes, no Código anterior. O legislador procura cercar a tutela e sua lisura das maiores cautelas, inclusive a responsabilidade pessoal do juiz, que é exceção dentro do sistema. Em qualquer caso, porém, é necessário que se comprove que a omissão do juiz constituiu o nexo causal para o prejuízo do curatelado. Não há, porém, como ser leniente com juiz desatencioso, ímprobo ou que se desvia propositalmente do seu elevado mister, causando prejuízos ao incapaz. A responsabilidade pessoal e direta do juiz, mencionada na lei, não suprime a responsabilidade do Estado.

É incumbência do juiz, também, nomear, se achar conveniente, o *protutor*, nos termos do art. 1.742 do Código. Essa pessoa, de confiança do juízo, cuja origem remonta ao direito francês, assume o compromisso de fiscalizar a atuação do tutor. Poderá o juiz especificar quais atos serão necessariamente aprovados ou verificados pelo protutor. De qualquer modo, não pode o tutor furtar-se a fornecer informações ao protutor e este deverá sempre se dirigir ao juiz para informar qualquer suspeita ou irregularidade na conduta do tutor. Responderá por perdas e danos se se omitir em tal mister. O protutor não exerce a tutela, é bom que se diga, mas apenas a supervisiona. Torna-se necessária a presença do protutor mormente na administração de grandes patrimônios, para cuja fiscalização a presença do juiz se mostra distante. De qualquer modo, também a atividade do protutor será fiscalizada pelo juiz.

As disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente devem servir de suporte para a decisão do juiz em dispensar as garantias em todas as hipóteses de tutela em que isto se mostrar conveniente. O Código Civil de 2002 também traz, como apontamos, disposição flexível, não impondo a hipoteca:

“Se o patrimônio do menor for de valor considerável, poderá o juiz condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade” (art. 1.745, parágrafo único).

19.8 EXERCÍCIO DA TUTELA

Incumbe ao tutor, sob inspeção do juiz, reger a pessoa do menor, por ele velar e administrar-lhe os bens (art. 1.741). Os bens serão entregues ao tutor mediante termo especificado, com os respectivos valores, ainda que os pais tenham dispensado (art. 1.745). Os deveres de administração e conduta estão completados pelo art. 1.740. Note que o vigente Código acrescenta que incumbe ao tutor cumprir os deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida, porém, a opinião do menor, se este já contar 12 anos de idade. Por exemplo, deve o menor opinar sobre a escolha de estabelecimento de ensino que irá cursar ou a escolha da prática de determinado esporte.

Admitiu-se, no passado, que o poder de correção fosse utilizado com extrema moderação. Sílvio Rodrigues (1999:387) afirma:

“ao contrário do pai, que pode recorrer a castigos físicos moderados, para emendar o filho, o tutor não pode aplicá-los, devendo circunscrever-se a punições de caráter moral. Em casos mais graves deve reclamar ao juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção”.

Na realidade, a moderna educação nem mesmo admite castigos moderados por parte dos pais.

Se o menor possuir bens, será educado e sustentado às suas expensas, devendo o juiz arbitrar o valor necessário para esse fim, com base em sua fortuna e condições, quando o pai ou a mãe não o tiver fixado (art. 1.746). O juiz e o tutor deverão sempre considerar as melhores condições para a educação do menor, de acordo com as possibilidades de seu patrimônio.

O tutor representará o menor até 16 anos e o assistirá dos 16 aos 18 anos de idade. Recebe-lhe as rendas e pensões; faz as despesas de manutenção e pode alienar os bens destinados à venda (art. 1.747). O corrente Código acrescentou que o tutor pode promover, mediante preço conveniente, o arrendamento de imóveis. Esses atos inserem-se no rol de simples administração. Pode vender, sem autorização judicial, os bens destinados à venda, como, por exemplo, o estoque de varejo de negócio pertencente ao pupilo.

O tutor necessita, porém, de autorização judicial para (art. 1.748):

“Compete também ao tutor, com autorização do juiz:

I – pagar as dívidas do menor;

II – aceitar por ele heranças, legados ou doações, ainda que com encargos;

III – transigir;

IV – vender-lhe os bens móveis, cuja conservação não convier, e os imóveis nos casos em que for permitido;

V – 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.

Parágrafo único. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação ulterior do juiz”.

Esses atos somente podem ser praticados com autorização judicial. Os pais também necessitam de autorização para a venda de imóveis. No entanto, no caso de tutores, era essencial, no antigo diploma civil, que essa venda se desse por hasta pública, sob pena de nulidade.¹⁰ A atual lei suprimiu essa exigência, pois sabido é que a hasta pública não assegura o melhor preço.

O art. 1.750 esclarece que *“os imóveis pertencentes aos menores sob tutela somente podem ser vendidos quando houver manifesta vantagem, mediante prévia avaliação judicial e aprovação do juiz”*. O juiz, com o auxílio do Ministério Público, deverá aquilatar oportunidade e conveniência da alienação. Nem sempre o melhor preço é conseguido em leilão, o qual, no entanto, poderá ser determinado de acordo com as circunstâncias. O normal, contudo, será a venda por propostas, com base na avaliação, esta não podendo ser dispensada. O arrendamento de bens imóveis, na nova lei, não mais requer hasta pública, como na lei anterior, o que era manifestamente inconveniente e dificultava a locação de bens do menor. Em edição anterior desta obra, dizíamos que, a nosso ver, a simples autorização criteriosa do juiz, nesse caso, podia validamente suprir a hasta e ser mais vantajosa para o pupilo. O estatuto atual corrigiu essa situação.

Se o tutor praticar os atos descritos no art. 1.748 do atual Código sem a devida autorização judicial, sua eficácia depende de aprovação ulterior do juiz (parágrafo único). Se a ratificação judicial for negada, o ato não deverá gerar efeitos, devendo ainda o tutor ser responsabilizado se ocasionar prejuízos (art. 1.752).

Existem atos que nunca podem ser praticados pelo tutor, como referimos, ainda que com autorização judicial: adquirir para si, ou por interposta pessoa, por contrato particular, ou em hasta pública, bens móveis, ou de raiz pertencentes ao menor; dispor dos bens a título gratuito e constituir-se cessionário de crédito ou direito contra o menor (art. 1.749). O sentido lógico, ético e moral da disposição é evidente: o tutor não deve locupletar-se à custa da tutela. Se, ao assumir a tutela, o tutor tiver crédito com relação ao tutelado, deverá fazer essa declaração em juízo, sob pena de não poder cobrar a obrigação durante a tutoria, *“salvo provando que não conhecia o débito quando a*

assumiu” (art. 1.751).

O tutor não tem o usufruto dos bens do tutelado, mas pode ressarcir-se do que pagou a título de exercício de tutela, salvo no caso de crianças de parques ou nenhum recurso, e terá direito a uma remuneração proporcional à importância dos bens administrados (art. 1.752). Também ao protutor será arbitrada uma gratificação módica, como menciona a lei. Ainda que seja um *múnus público*, o exercício da tutela não será gratuito se assim permitir o patrimônio do tutelado. Cuidado extremo devem ter os magistrados nesse campo, balizando sua decisão entre dois pontos: a remuneração justa, nunca diminuta ou exagerada, e os elevados interesses do menor.

O tutor responderá pelos prejuízos, que, por negligência, culpa ou dolo, causar ao pupilo. A conduta do tutor deve ser a do *bonus pater familias* na conduta da administração. A ação pode ser movida pelo Ministério Público, pelo menor e por qualquer outro interessado. O novo tutor nomeado em substituição pode tomar a iniciativa, como representante.

A tutela, como se nota, possui menor âmbito que o exercício do poder familiar. Contudo, não se suprime do tutor o dever de amparar o pupilo sob os prismas material e imaterial. Compete-lhe, sem dúvida, orientar sua educação e tudo fazer para que se torne cidadão adaptado e útil à sociedade. Compete, sem dúvida, ao juiz, verificar no caso concreto se esse desiderato está sendo cumprido, tomando as decisões prontas sempre que assim exigir o melhor interesse do menor. As incompatibilidades insuperáveis devem ser imediatamente corrigidas.

19.9 BENS DOS ÓRFÃOS

A lei dispensa zelos especiais com os bens de órfãos, ainda arraigados a velhos preceitos, hoje anacrônicos. Os tutores não podem conservar consigo dinheiro dos pupilos, além do necessário para as despesas ordinárias com seu sustento, sua educação e administração de seus bens (art. 1.753). O § 1º desse artigo determina que os objetos de ouro, prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, alienados. Seu produto será convertido em títulos, obrigações e letras de responsabilidade direta ou indireta da União e dos Estados, atendendo-se preferentemente à rentabilidade, e recolhidos ao estabelecimento bancário oficial ou aplicado na aquisição de imóveis, conforme determinado pelo juiz. É evidente que o menor deverá ser ouvido sempre que tiver mais de 12 anos, ou mesmo se mais jovem quando possível, e sua opinião deverá ser levada em consideração não somente neste, mas em todos os aspectos da tutoria. A situação é rara e ressalta que mesmo no mais recente Código o conteúdo da tutela é essencialmente patrimonialista.

Nem sempre a venda desses bens será a melhor opção, e nem sempre os títulos públicos oferecem melhores vantagens. A matéria deve ser analisada no caso concreto. O mesmo será feito com dinheiro arrecadado para o menor proveniente de qualquer outra procedência (art. 1.753, § 2º).

Em qualquer caso, os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores, pagando juros

legais desde o dia em que deveriam ter-lhes dado destino, sem prejuízo da devida aplicação no mercado financeiro (art. 1.753, § 3º). Temos que entender que aos juros se acresce a correção monetária.

De acordo com o art. 1.754, os valores depositados em estabelecimento oficial não poderão ser retirados senão mediante ordem do juiz e somente:

“I – para as despesas com o sustento e educação do pupilo, ou a administração de seus bens;

II – para se comprarem bens imóveis e títulos, obrigações ou letras, nas condições previstas no § 1º do artigo antecedente;

III – para se empregarem em conformidade com o disposto por quem os houver doado, ou deixado;

IV – para se entregarem aos órfãos, quando emancipados, ou maiores, ou, mortos eles, aos seus herdeiros”.

19.10 PRESTAÇÃO DE CONTAS

Como toda pessoa que administra bens alheios, o tutor deve prestar contas. Desse modo, ainda que desse encargo tenha sido dispensado pelos pais dos tutelados, a obrigação persiste (art. 1.755).¹¹ Ao final de cada ano de administração, deverá submeter o balanço ao juiz para aprovação (art. 1.756). Afora o balanço anual, a cada dois anos prestará contas e bem assim quando, por qualquer motivo, deixar o exercício da tutela e toda vez que o juiz entender conveniente (art. 1.757). A prestação de contas deve ser apresentada sob a forma contábil. Após a prestação, o tutor deverá recolher os saldos em instituição bancária oficial ou adquirir títulos da dívida pública. As despesas com a prestação de contas devem ser pagas pelo pupilo (art. 1.761). Se houver saldo em favor do tutor, este poderá cobrá-lo ao findar a tutela, ou pedir seu abono ao juiz durante seu exercício. Por intermédio da prestação de contas terá o juiz condições de aferir a efetividade do exercício da tutela.

A falta de prestação de contas ou sua desaprovação poderá motivar a destituição do tutor e o ajuizamento de ação indenizatória pelo Ministério Público ou outro interessado. O alcance do tutor, bem como os saldos do tutelado vencerão juros desde o julgamento definitivo das contas (art. 1.762). Aplica-se, também, a correção monetária.

Quando o tutelado atinge a maioridade, o fato de este aprovar as contas do tutor não produzirá efeitos, antes de aprovadas pelo juiz, subsistindo até então, inteiramente, a responsabilidade do tutor (art. 1.758). Trata-se de cautela extrema e denota mais uma vez o interesse público no exercício da tutela.

No caso de morte, ausência ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros, ou representantes (art. 1.759). Nessas situações não há mais como pessoalmente o tutor apresentar

suas contas. As despesas justificadas que se provarem proveitosas em benefício do pupilo serão levadas a crédito do tutor (art. 1.760). Cabe ao tutor provar que efetuou despesas em proveito do tutelado.

Como se nota, a lei trata do tutor e de sua conduta com extremo rigor, tornando a tutela, além de um múnus, um verdadeiro fardo para os que não contam com a devida estrutura pessoal, mormente em se tratando de patrimônio vasto. Daí por que se justifica a gratificação por seu exercício (art. 1.752).

Bem observa Caio Mário da Silva Pereira (1996, v. 5:260) que

“a responsabilidade do tutor não se limita, obviamente, ao resultado contábil de sua prestação de contas. Se da sua gestão resultar prejuízo ao tutelado, incumbe-lhe o dever de ressarcir-lo, segundo as regras que presidem a composição do princípio da responsabilidade civil: procedimento culposo do tutor, dolo causado, relação de causalidade entre um e outro”.

19.11 CESSAÇÃO DA TUTELA

Sob o prisma do tutelado, a tutela cessa com sua maioridade ou emancipação, ou caindo o menor sob o poder familiar (art. 1.763). São fatos objetivos que extinguem o estado de tutela. Pelo lado do tutor, cessam suas funções quando expirado o termo em que estava obrigado a servir, sobrevindo escusa legítima ou sendo removido (art. 1.764).

O tutor tem o encargo de exercer a tutoria por dois anos, podendo continuar além desse prazo, se assim desejar e o juiz entender conveniente (art. 1.765). Desse modo, o tutor tem o direito à cessação da tutela ao fim desse prazo, do qual apresentará a prestação de contas. Pode ocorrer que o juiz não consiga nomear substituto ao final desse prazo. Como não pode o menor ficar sem administrador de seus bens, embora a lei não o diga, nada impede que seja nomeado curador especial ou tutor interino, para a prática de atos urgentes, até que novo tutor seja regularmente nomeado. Aliás, a possibilidade de tutoria interina consta do estatuto processual, como a seguir referimos (art. 762 do CPC). Pode, também, o magistrado deferir a guarda provisória a quem estiver habilitado para tal.

Observe-se que, cessando as funções de tutor ou curador pelo decurso de prazo em que era obrigado a servir, deve ingressar com pedido de exoneração no prazo de 10 dias seguintes à expiração do prazo; não o fazendo, entender-se-á como reconduzido, salvo se o juiz o dispensar (art. 763 do CPC).

Sempre que o tutor praticar ato contra os interesses da tutela, por culpa ou dolo, ou quando incorrer em incapacidade, deverá ser destituído (art. 1.766). Compete ao Ministério Público, ou a qualquer interessado, provocar a remoção (art. 761 do CPC). Em caso de extrema gravidade, o juiz

poderá suspender o tutor do exercício de suas funções, nomeando-lhe substituto interino (art. 762 do CPC).

O projeto do Estatuto das Famílias restringe a apenas cinco artigos as disposições sobre tutela (arts. 104 a 108), relegando as questões como escusas para assumir o encargo, exercício e garantia da tutela, prestação de contas, aos princípios gerais.

19.12 PROCESSO DE INTERDIÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 introduz muitas modificações no processo de interdição (arts. 747 a 758). A matéria se aplica à curatela e, no que couber, à tutela. Tratamos do assunto no capítulo seguinte.

¹ “Investigação de paternidade cumulada com pedido de herança – **Absolutamente incapaz representado por tutor** – Prescrição – Recurso especial. Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de herança. Ofensa ao art. 458 do CPC. Inobservância. Absolutamente incapaz representado por tutor. Prescrição. Inaplicabilidade. Recurso especial parcialmente provido. 1. Não se verifica a alegada vulneração ao art. 458, I e II, do Código de Processo Civil, porquanto a Corte local apreciou a lide, discutindo e dirimindo as questões fáticas e jurídicas que lhe foram submetidas. O teor do acórdão recorrido resulta de exercício lógico, ficando mantida a pertinência entre os fundamentos e a conclusão. 2. Diferentemente do que ocorre com o incapaz acometido de patologia – física ou mental – percebe-se, em relação aos menores impúberes, que, independentemente de sua representação – seja pelos pais, seja pelo tutor – o prazo prescricional fica suspenso até que ultrapasse a idade dos 16 anos, pois somente a partir de então é que se terá o termo inicial do referido prazo. 3. Recurso especial parcialmente provido” (*STJ – REsp 1.272.982 – (2011/0197112-5), 11-5-2016, Rel. Min. Luis Felipe Salomão*).

“Direito civil – Estatuto da Criança e do Adolescente – Ação de tutela c/c destituição de poder familiar – Indeferimento do pedido de tutela antecipada – Confusão entre os institutos da guarda, tutela e adoção – Ausência de demonstração de interesse do suposto tutor em adotar a criança. Ausência de bens a serem tutelados. Princípio do melhor interesse da criança. Acolhimento institucional visando a inclusão do infante em programa de adoção. Sob os auspícios da doutrina da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança, havendo a clara manifestação da mãe em entregar o filho, por não ter o interesse nem a disposição para DELE cuidar, muito mais responsável e prudente é obedecer aos trâmites legais para garantir a essa criança que seja adotada por um interessado, devidamente cadastrado e habilitado para tanto perante as instituições da justiça, do que facultar o seu cuidado a um tutor, quando inexistente sequer bens a serem administrados (finalidade maior do instituto da tutela). Recurso não provido” (*TJMA – Proc. 0001134-24.2014.8.10.0000 (148901/2014), 26-6-2014, Rel. Jamil de Miranda Gedeon Neto*).

“Agravado de instrumento – **Família – Regulamentação de visitas** – Existência de indícios de ilícitos penais praticados pelo genitor. Efetivação do valor constitucional do interesse da criança. Amplitude que comporta a integridade da criança e o crescimento com a presença do par parental. Construção de solução estribada na proporcionalidade. Mitigação do poder familiar. Decisão reformada. 1 – A existência de elementos indiciários da prática de violência sexual do genitor em relação a seus filhos, o que é objeto de apuração em inquérito policial, impõe a cautela de – Em nome do princípio da preservação do interesse do menor que compreende evidentemente a tutela da sua integridade física, psíquica e psicológica – Obstar que o suposto agressor tenha oportunidade de contato em relação a seus filhos, se desacompanhado. 2 – Em se tratando de indícios de materialidade da prática de ilícitos penais, sabe-se, por outro lado, que não é compatível com o estado democrático de direito, estribado no princípio do estado de inocência, adiantar o juízo de culpabilidade do genitor, para efeito de antecipar o desdobramento derivado da suspensão do seu poder familiar. 3 – Em razão da necessidade de ser construída uma decisão que melhor materialize a tutela do interesse do menor, a qual perpassa

pela garantia da sua integridade, mas também de um crescimento municiado pela presença sadia do par parental (MÃE E PAI), o conflito em pauta encontra melhor desate mediante a mitigação do poder familiar, e não sua suspensão até o julgamento final da ação de destituição do pátrio poder. 4 – Trata-se da aplicação de técnica decisória amparada em juízo de proporcionalidade, pois, raciocinando em abstrato, acaso seja mantida a decisão agravada mediante a qual foi suspenso o direito de visitas do genitor em relação a seus filhos, e a ação de destituição de pátrio poder acabe rendendo-se à improcedência, estar-se-á consolidado um prejuízo irreparável consistente na privação da participação do genitor na infância e pré-adolescência de seus filhos. Noutro giro, acaso seja reformada integralmente a decisão agravada com a retomada livre das visitas pelo genitor, e os indícios de materialidade dos injustos penais contra a dignidade sexual dos menores se confirmem em ação penal ou no bojo da ação de destituição de pátrio poder, é inconteste a sedimentação de um quadro de vulnerabilidade que os menores ficaram renegados ao longo do trâmite das ações principais. 5 – Apesar da existência de indícios do cometimento pelo genitor de ilícitos penais em desfavor dos filhos, não se pode desconsiderar no limiar deste processo outras possibilidades, entre elas a existência de alienação parental ou implantação de falsas memórias, razão pela qual se impõe a adoção de medidas alternativas que permitam a realização das visitas do genitor aos filhos, sem que isso ocasione risco de danos às crianças, bem como contribua para a não perpetuação ou a reedição de traumas ou de imagens distorcidas da realidade. 6 – Firme na cautela, na sensatez e na sensibilidade que devem guarnecer o trato da matéria que envolve delicadas variantes, devem, até o julgamento final da ação principal, em esquadro precário, as visitas ocorrer em ambiente terapêutico, sob a supervisão de psicólogo, assistente social ou psiquiatra, em instituição a ser nominada pelo juízo de piso. 7 – Agravado de instrumento conhecido a que se dá parcial provimento” (TJDFT – AI 20120020170048 – (624125), 16-10-2012, Rel^a Des^a Simone Lucindo).

“Recurso especial – Direito da criança e do adolescente – Pedido de guarda formulado por avô – Consentimento materno – Pai falecido – Deferimento da medida – Possibilidade, desde que observado o maior interesse do menor – Recurso especial provido – 1. *In casu*, deve-se considerar que não se está diante daquilo que se convencionou chamar de ‘guarda previdenciária’, é dizer, daquela que tem como finalidade tão somente angariar efeitos previdenciários. 2. A finalidade meramente ‘previdenciária’ não pode ser o objetivo da pretendida modificação de guarda. Ao revés, a outorga de direitos previdenciários em razão da colocação do petiz sob a guarda de outrem é apenas uma de suas implicações. 3. Como sói acontecer em processos desta natureza, vale dizer, onde se controvertem direitos da criança e do adolescente, o princípio do maior interesse é, de fato, o vetor interpretativo a orientar a decisão do Magistrado. 4. Para fins de fixação de tese jurídica, deve-se admitir, de forma excepcional (art. 31, § 1º, primeira parte c/c § 2º, do ECA) o deferimento da guarda de menor aos seus avós que o mantêm e, nesta medida, desfrutem de melhores condições de promover-lhe a necessária assistência material e efetiva, mormente quando comprovado forte laço de carinho, como ocorreu na espécie. 5. Recurso especial provido” (STJ – REsp 1.186.086, 14-2-2011, Rel. Min. Massami Uyeda).

2 “Apelação cível – Ação de destituição de poder familiar – Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar – Art. 1.638, incs. II, III e IV do Código Civil – Comprovação da negligência da genitora – Abuso sexual cometido pelo companheiro da apelante contra a menor acometida por retardo mental – Ciência dos fatos e inércia da genitora – Princípio do melhor interesse do menor – Recurso desprovido – 1- O contexto probatório produzido nos autos demonstrou que, de fato, a mãe da menor incorreu em abandono moral e psicológico em relação a sua filha, sendo conivente com a inaceitável e repudiável violação à integridade física, psíquica e moral realizada dentro de sua própria residência, durante cerca de dois anos, inobservando o dever de guarda imposto no art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2- Restando comprovada a negligência da apelante em relação a sua filha, sendo conivente com os abusos sexuais praticados dentro de sua própria residência ao longo de aproximadamente 02 anos, impõe-se a decretação da perda do poder familiar, nos termos do art. 1.638, incisos II, III e IV do Código Civil. 3- Tal como destacou o douto Procurador de Justiça em seu parecer de fls. 187/193, o fato da menor haver declarado, nos autos da medida de suspensão do poder familiar, que gostaria de voltar a viver com sua genitora, ‘não tem o condão de modificar a decisão guerreada, pois essa vontade é claramente prejudicial a ela. Ademais, a sua manifestação não pode ser levada em conta, diante do seu quadro de ‘desenvolvimento mental retardado grau moderado a grave’, evidenciado no documento psiquiátrico acostado às fls. 134/136 e, por essa razão, a adolescente não possui o necessário discernimento para fazer essa escolha’ 4- Recurso conhecido e desprovido” (TJES – Ap 0002402-25.2009.8.08.0007, Rel^a Janete Vargas Simões, DJe 23-7-2015).

“Civil – Processual civil – Direito de família – Ação de destituição de poder familiar – Afastamento do lar e suspensão da visitação – Fortes indícios de violência física, psicológica e alienação parental – Agravado de instrumento – Ausência dos requisitos – Recurso a que se nega provimento – 1 – Decisão interlocutória proferida no bojo de ação de destituição de poder familiar ajuizada pelo Ministério Público, que determinou o afastamento do Agravante do lar e suspendeu as visitas aos filhos menores. 2 – Não estão

presentes os requisitos indispensáveis à concessão de liminar, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, não havendo nos autos demonstração pela parte Agravante do aparente direito que possui na pretensão perseguida, nem demonstração de risco de lesão grave se não for concedida a tutela requerida. 3 – O regime de convivência paterno-filial permita a necessária e efetiva aproximação entre genitor e filho, a fim de desenvolver cada vez mais o vínculo afetivo entre eles, que é imprescindível para o desenvolvimento saudável da criança, e, sem dúvida, é fator que contribui para a estabilidade emocional desta e da família. No entanto, sobrevivendo informação através de relatório apresentado pelo conselho tutelar de que a convivência com o genitor pode ser prejudicial aos menores, por ter temperamento violento, ser alcoólatra e não proporcionar aos filhos condições melhores de moradia, privilegiando a compra de bens supérfluos, não é razoável, ao menos em sede de cognição sumária, que haja alteração da decisão de primeiro grau. 4 – Agravamento de Instrumento a que se nega provimento. À unanimidade” (TJPE – AI 0013641-56.2013.8.17.0000, 6-3-2014, Rel. Des. Stênio José de Sousa Neiva Coêlho).

“**Agravamento de instrumento.** Ação de guarda. Decisão judicial que conferiu tutela provisória de um dos filhos dos litigantes aos avós paternos. Alegação de ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, bem como do axioma processual da estabilização da demanda. Não reunindo as partes condições de se responsabilizar pelo menor, a guarda provisória pode ser imputada a terceiros que não fazem parte da ação original. No conflito que se faz presente, entre princípios processuais e o princípio do melhor interesse do menor, evidente que o último deve prevalecer, sob pena de exposição da integridade física da criança e de comprometimento do seu desenvolvimento psicológico. Recurso improvido” (TJSP – AI 0045190-35.2013.8.26.0000, 18-10-2013, Rel. Beretta da Silveira).

“Direito civil. Família. Falecimento dos pais. Tutela deferida aos tios paternos. Situação peculiar. Prevalência do interesse das menores. Recurso não provido. 1. Em ações em que se busca a guarda de menores, deve levar em conta o julgador o bem-estar destes, cujos interesses devem prevalecer sobre quaisquer outros. 2. Nega-se provimento ao recurso” (TJMG – Acórdão Apelação Cível 1.0481.07.073744-2/001, 25-9-2012, Rel. Des. Célio César Paduani).

“**Direito civil e processual civil** – Constitucional – Tutela – Ausência de interesse de agir – Inocorrência – Interesse de incapaz – Não intimação do Ministério Público – Nulidade – Ocorrência – Extinção do feito sem resolução do mérito – Artigo 267, VI do Código de Processo Civil – Impossibilidade – 1. Em análise dos fôlios percebe-se que o cerne da questão gira em torno da nulidade da decisão que julgou extinta a ação de tutela, vez que conforme arrazoadado em sede de apelação o representante do Parquet não foi intimado para intervir no feito, resultando em violação ao direito dos incapazes pois obrigatória a atuação ministerial. No mérito, afirma que se equivocou o magistrado quando extinguiu o feito sem resolução do mérito por ausência de interesse de agir processual, por entender que embora não reconhecida a paternidade, o suposto pai poderá exercer sua autoridade paterna após o reconhecimento. 2. Sobre a atuação do Ministério Público, destaco o artigo 127, *caput* da Constituição Federal, que lhe conferiu o *status* de instituição permanente, imprescindível à função jurisdicional do Estado, delegando-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 3. A propósito: ‘É indiferente que o incapaz seja autor ou réu; Nulo é o processo se não intervém o representante do MP (cf art. 246 e notas). Nesse sentido: RSTJ 18/507’. 4. No caso em estudo, conforme previsão legal, o Ministério Público deve atuar em defesa de direito indisponível, posto que se trata de um menor sem amparo dos pais, necessitando, portanto, de um tutor que deve ser nomeado judicialmente. Portanto, imprescindível a intimação Ministerial, fato não ocorrido em primeira instância, o que, enseja a nulidade. 5. O art. 1.633 do Código Civil, não deixa dúvidas quanto à possibilidade do pedido de tutela pretendido, *in verbis*: ‘O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; Se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor’. 6. Apelo conhecido e provido. Sentença anulada” (TJCE – Ap. 1404-45.2009.8.06.0029/1, 5-5-2011). Rel. Des. Clécio Aguiar de Magalhães).

3 “Família – **Tutela dativa** – Tia biológica – Ex-companheiro/pai afetivo – Melhor interesse do menor – 1 – A tutela é uma forma de colocação do menor em família substituta, com o objetivo de lhe garantir a criação, boa educação e assistência material e moral adequadas. 2 – No caso específico dos autos, apesar de a tia afirmar ser credora do menor, não há nada que desabone sua conduta na criação do menor, como vem realizando desde a morte da mãe do adolescente, que está bem inserido na família e manifestou sua vontade de com ela permanecer. 3 – No objetivo de resguardar o melhor interesse da criança, nomeia-se seu pai afetivo (ex-companheiro da sua mãe) para ajudar na administração de seus bens. 4 – Deu-se provimento ao apelo da autora para nomeá-la tutora do menor, e o ex-companheiro de sua mãe como protutor” (TJDFT – Proc. 20090510060575 – (586569), 16-5-2012, Rel. Des. Sérgio Rocha).

4 “Agravamento de instrumento – Preliminar de inépcia da inicial – Rejeição – Medida de proteção – **Menor em situação de risco** – Inserção em programa denominado ‘mãe social’ – Tutela antecipada – Requisitos – Demonstração – Recurso provido – No âmbito do Município de Campos Gerais, foi criada a Lei Municipal nº 2.854/11, a qual prevê a figura da ‘mãe social’, cuja atividade

consiste em cuidar da criança/menor na residência da servidora, oferecendo todo o suporte necessário para o seu desenvolvimento, enquanto perdurar a situação de risco ou até a inserção em família substituta, restando observado o disposto no § 2º, do art. 33, do Estatuto da Criança e Adolescente, o qual autoriza, ‘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’” (*TJMG* – AI 1.0116.11.003703-7/001, 4-5-2012, Rel. Washington Ferreira).

5 “**Guarda de menor** – Homologação de acordo entre os pais e avós da criança que residem no mesmo imóvel – Impossibilidade – Ausência dos requisitos autorizadores – Art. 33, § 2º, ECA – Sentença mantida – Recurso desprovido – O instituto da guarda é responsável por colocar o menor em família substituta e apenas será deferido fora dos casos de tutela ou adoção, para atender situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável. Inteligência do art. 33, § 2º, do ECA. Desta forma, estando a menor sob os cuidados regular e legal do pai, não existe respaldo jurídico para a concessão da guarda aos avós, por ausência de situação excepcional” (*TJMT* – Ap. 18073/2012, 11-7-2012, Rel. Des. Carlos Alberto Alves da Rocha).

6 “**Conflito de competência** – Tutela modificada em ação própria – Remessa dos autos ao novo domicílio do menor – Possibilidade – Obrigação que se renova após a prolação da sentença – Prestação de contas do tutor que deve ocorrer no Foro do domicílio do tutelado – Inteligência do art. 147, I e II, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que afasta a aplicação do princípio da perpetuação da jurisdição (art. 87 do CPC de 1973) – Conflito procedente – Competência do Juízo suscitante” (*TJSP* – CC 0008034-08.2016.8.26.0000, 27-6-2016, Rel. Ademir Benedito).

“**Agravo de instrumento** – Família – **Ação de modificação de guarda c/c alteração de regulamentação de visitas**. Decisão que antecipou em parte os efeitos da tutela. Pedido de efeito substituto ativo ao recurso, em tutela antecipada, para que o genitor esteja com os filhos nas quartas-feiras, ao invés das terças e quintas-feiras. A conveniência dos pais não determina o regime de visitas aos filhos, mas sim, o melhor interesse das crianças. Requisitos previstos no art. 273 do CPC, atendidos. Busca pela melhor maneira de preservar os vínculos afetivos entre pais e filhos. Mantida a decisão. Negado provimento ao agravo. Decisão unânime” (*TJPE* – AI 0012024-32.2011.8.17.0000, 7-3-2012, Rel. Carlos Antônio Alves da Silva).

7 “**Dupla apelação cível** – Direito de família – Ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos – Apelação – Preliminares – Agravo retido – Não conhecido – Alegação de violação do art. 265, I do CPC – Nulidade da tutela uma vez que não foi observada a ordem estabelecida no art. 1.731 do Código Civil. Rejeitadas. Mérito. Existência nos autos de DNA, o qual prova cabalmente ser o apelante genitor do apelado. Alegação de que o autor está prestes a completar a maioridade, assim, não pode ser condenado ao pagamento de um salário mínimo e meio a título de pensão alimentícia. Inverídica. Alegação de que o valor da pensão fixado em sentença deve ser reduzido. Impossibilidade, pois não há nos autos, prova nesse, na verdade, há sim a necessidade do alimentante em recebê-los. Apelação interposta. Modificação parcial do valor a título de pensão alimentícia, considerando o binômio necessidade e possibilidade. I – não há qualquer requerimento preliminar para o conhecimento do agravo retido, razão pela qual com base no artigo acima referido, deixo de conhecer do referido agravo. II – a suspensão do processo nos casos de morte do representante legal da parte, com o objetivo único e exclusivo de que seja realizada sua substituição, nos autos, verifica-se que tal substituição se deu antes mesmo que precisasse da referida suspensão. III – apesar da ordem disposta no art. 1.731 do Código Civil, merecer ser seguida, em casos como esse, em que o mesmo era à época era menor, tal ordem pode ser totalmente flexível, tudo isso para que prevaleça o interesse do menor. Ademais, uma vez inconformado com a decisão de nomeação da referida tutora, deveria o apelante ter ingressado com recurso próprio para requerer a desconstituição. IV – no que se refere ao fato de que o autor está prestes a alcançar a maioridade, entendo ser este o recurso incabível para analisar tal pretensão, uma vez que há um recurso próprio (exoneração de alimentos) para os casos em que o filho alcança a maioridade. V – o valor fixado em sentença não é suficiente para atender as necessidades do apelante, principalmente porque além de não poder contar com a ajuda financeira de sua genitora, já que a mesma faleceu, precisa de uma boa formação profissional, para que no futuro obtenha êxito no mercado de trabalho. Contudo, entendo que o valor requerido, qual seja, de 5 (CINCO) salários mínimos não se encontra razoável, posto que este valor sim poderia comprometer a subsistência do apelado, que possui outros filhos vivendo na sua dependência econômico-financeira. VI – recurso conhecido e improvido” (*TJPA* – AC 20103004267-0 – (105482), 20-3-2012, Rel.^a Gleide Pereira de Moura).

“**Civil. Recurso especial**. Ordem de nomeação de tutor. Art. 409, do cc/1916. Art. 1.731 do cc/2002. Tutela em benefício do menor. – A ordem de nomeação de tutor, prevista no art. 409, do Código Civil/1916 (art. 1.731 do Código Civil/2002), não inflexível, podendo ser alterada no interesse do menor. – Na falta de tutor nomeado pelos pais, podem os tios serem nomeados tutores do menor, se forem os mais aptos a exercer a tutela em benefício desse. Recurso especial não conhecido” (*STJ* – Acórdão Recurso

8 “Curatela – 1 – **Indicação expressa de sucessor feita em vida pela curadora falecida** – Exegese do parágrafo único do artigo 1.729 do Código Civil. Tutor testamentário. Aplicabilidade à curatela por força do disposto nos arts. 1.774 e 1.781 do mesmo codex. 2 – Tutela Legítima e Tutela Dativa. Modalidades não aplicáveis à hipótese dos autos. 3 – substituição do curador testamentário pelo legítimo ou dativo. Inexistência de prova da inaptidão ou inidoneidade do indicado ou de que o bem-estar e os interesses do curatelado assim o exigem. 4 – documento particular deixado pela genitora. Real vontade manifestada pela curadora falecida. Aptidão e Autenticidade não infirmadas. 5 – anuência do ministério público à nomeação do agravante como curador provisório do irmão interditado. Ausência de fundamentos para sua destituição. Agravo de instrumento provido para reconduzir Izaías Barbeito Gama à função de curador provisório de Marcelo Barbeito Gama. 1 – O parágrafo único do art. 1.729 do Código Civil/02 – Aplicável à curatela por força do disposto nos arts. 1.774 e 1.781 do mesmo diploma legal – Estabelece que ‘a nomeação do tutor (*rectius*: curador) deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico’. Com efeito, estabelece o Código Civil de 2002 uma ordem legal de escolha de tutor que subsidiariamente deve ser aplicada aos casos de curatela por força do disposto no seu art. 1.774, quando não houver tutor testamentário, denominada tutela legítima ou legal, sendo observada tal modalidade pelo MM. Juiz *a quo* ao nomear a Sra. Marília Gama Cesconeto para exercer provisoriamente a curatela. 2 – A tutela legítima ocorre na falta de tutor (*rectius*: curador) nomeado pelos pais. Nesse caso, será escolhido na ordem estabelecida no art. 1.731 do Código Civil/2002, segundo o qual ‘na falta de tutor nomeado pelos pais, incumbe a tutela aos parentes consanguíneos do menor, por esta ordem’. Há ainda a chamada tutela dativa (CC/2002, artigo 1.732), exercida por um terceiro, estranho à consanguinidade estabelecida no art. 1.731, que ocorre na falta de tutor testamentário ou legítimo (inc. I). Quando estes forem excluídos ou escusados da tutela (inciso II); Quando removidos por não idôneos o tutor legítimo e o testamentário (inc. III). 3 – A substituição do curador testamentário por outro (legítimo ou dativo), ainda que em observância à ordem legal estabelecida no Código Civil, somente terá lugar se houver inaptidão do indicado, se for verificada a sua inidoneidade ou se o bem-estar e os interesses do curatelado assim o exigir, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4 – Por meio da declaração cuja cópia segue à fl. 29, a falecida Sra. Maria Barbeito Gama, genitora e então curadora do interditado Marcelo Barbeito Gama, alguns meses antes de vir a óbito, manifestou expressamente sua vontade de que fosse sucedida na curatela pelo seu filho Izaías Barbeito Gama, tratando-se, pois, de documento particular que, à míngua de argumentação em sentido contrário, deve ser tido por autêntico e apto a expressar a real vontade da genitora do curatelado quanto à induvidosa indicação do agravante como seu sucessor no mister. 5 – Houve anuência do Ministério Público Estadual no que diz respeito à sua nomeação *ab initi*, a qual veio a se aperfeiçoar com a lavratura do termo de curatela provisória, tendo o agravante cumprido regularmente, ao que tudo indica, as atribuições inerentes ao encargo recebido, dada a ausência de qualquer manifestação em sentido contrário por parte dos demais interessados. Não se verificam razoáveis fundamentos em prol da destituição do ora agravante do encargo recebido e a consequente nomeação da ora agravada em substituição. Agravo provido para reconduzir o agravante à função de curador provisório de Marcelo Barbeito Gama” (TJES – AI 30119000757, 20-10-2011, Rel^a Eliana Junqueira Munhos Ferreira).

9 “Apelação cível – **Ação de tutela** – Menor – Ordem de preferência do art. 1.731, CC – Observância relativa – Melhor interesse da criança – Citação dos avós maternos por edital – Desnecessidade – I – A ordem para a nomeação de tutor legítimo prevista no art. 1.731, do CC, não é de observância obrigatória, vez que o juiz, por expressa previsão legal, é livre para escolher aquele está mais apto para o exercício da tutela em benefício do menor, em atenção aos princípios do melhor interesse da criança e da afetividade, II – Não há que se falar em necessidade de citação editalícia dos avós maternos da criança, não só porque a ordem de nomeação da tutela legítima não é inflexível, mas também porque, quase cinco anos depois da morte dos genitores do menor, aqueles não manifestaram qualquer interesse em obter a guarda ou tutela da criança. Recurso de apelação cível conhecido, mas improvido” (TJGO – AC 200492502382 – 1^a C. Cív. – Rel. Des. Joao Ubaldo Ferreira – DJe 30-8-2010, p. 102).

10 “Apelação – Ação de indenização – Extinção da ação por falta de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo – Exegese do art. 1.748, parágrafo único, do Código Civil. Diz o art. 1.774, do Código Civil que as disposições concernentes à tutela são aplicáveis à curatela, observando-se para tanto as modificações contidas nos artigos seguintes. O art. 1.748, do mesmo Codex, ao tratar do exercício da tutela e ser plenamente aplicável ao exercício da curatela, exige em seu inc. V que tanto o tutor quanto o curador obtenham autorização judicial para ‘propor em juízo ações, ou nelas assistir o menor, e promover todas as diligências a bem deste, assim como defendê-lo nos pleitos contra ele movidos’. A eficácia dos atos praticados pelo curador sem a autorização está condicionada à posterior aprovação do juiz, nos termos do parágrafo único do art. 1.748, do Código Civil, o que implica em reconhecer que a falta de autorização judicial não pode ser considerada como um pressuposto do ajuizamento da ação, tratando-se de lide envolvendo curatelado, como é o caso dos autos. Sentença anulada – Recurso provido”

(*TJSP* – Acórdão Apelação Cível 0186473 – 76.2009.8.26.0100, 8-8-2012, Rel. Des. Eduardo Siqueira).

11 “Apelação – Responsabilidade civil – Ação indenizatória – Expressivos saques realizados nas contas-poupança dos então menores autores, pela respectiva tutora, sem autorização judicial – Demandantes que, segundo alegam, só tiveram conhecimento do fato tempos depois de terem atingido a plena capacidade civil, após deixarem a residência da tia e outrora tutora – Quadro caracterizando o chamado fato do serviço e, pois, se subordinando à regra prescricional do art. 27 do CDC – Prazo em questão se contando a partir da data em que o consumidor tem inequívoco conhecimento do dano e da respectiva autoria, nos expressos termos daquele dispositivo legal – Situação dos autos em que absolutamente nada comprova terem os autores tomado conhecimento dos indevidos saques logo ao atingir a maioridade – Inteiramente plausível a assertiva segundo a qual tal ciência só se deu depois de os autores terem deixado a residência da tia – Prova que, de toda sorte, tocava ao réu, a quem interessava o reconhecimento da prescrição – Quinquênio prescricional não transcorrido – Inequívoca a falha na prestação dos serviços, por inobservância do disposto no art. 1.754 do CC – Responsabilidade do banco depositário pela restituição do valor dos indevidos saques – Dano moral também caracterizado – Presumido o sofrimento íntimo experimentado pelos autores em virtude da privação da considerável quantia retirada de suas contas-poupança, o que decerto lhes tolheu a possibilidade de, ainda jovens, desfrutarem de maior conforto material e de melhores oportunidades profissionais – Sentença reformada, com a proclamação da procedência da demanda. Apelação a que se dá provimento” (*TJSP* – Ap 0000996-36.2013.8.26.0424, Jacupiranga, 19ª CD. Priv., Rel. Ricardo Pessoa de Mello Belli, *DJe* 11-6-2015).

“Prestação de contas – Vara da Infância e da Juventude – **Responsabilidade dos tutores** – Legitimidade do Ministério Público interesse na fiscalização – Existência de débito – Quitação – Ex-tutelada – Impossibilidade – 1. Finda a tutela pela emancipação ou maioridade, a quitação da menor não produzirá efeito antes de aprovadas as contas pelo juiz, subsistindo a responsabilidade dos tutores. Inteligência do art. 1.757 do Código Civil. 2. O Ministério Público tem interesse na fiscalização das contas do período em que a tutelada era menor, especialmente por ter o dever de proteger o patrimônio dos menores incapazes, sobretudo nas relações entre tutores e tutelados. 3. A quitação dada pela ex-tutelada não isenta a tutora da responsabilidade de apresentar as contas e da necessidade de sua aprovação pelo juiz, pois se refere a atos praticados durante a sua incapacidade. 4. Apelo improvido” (*TJDFT* – Ap. 20030130027809, 10-11-2012, Relª Desª Sandra de Santis).

CURATELA

20.1 INTRODUÇÃO. CONCEITO

Ao iniciarmos o estudo da tutela, apontamos a origem comum de ambos os institutos, tutela e curatela, e sua confusão. Ambas as modalidades de proteção a incapazes estiveram praticamente unificadas a partir de Justiniano. Destarte, a curatela também é instituto de interesse público, destinada, em sentido geral, a reger a pessoa ou administrar bens de pessoas maiores, porém incapazes de regerem sua vida por si, em razão de moléstia, prodigalidade ou ausência. Temos que nos referir também à curatela dos bens dos ainda por nascer, mas já concebidos, os nascituros. O fulcro do instituto, disciplinado nos arts. 1.767 ss, porém, é a proteção aos que não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) alterou substancialmente esse Capítulo do Código Civil. Na nova redação do art. 1.767, a curatela é destinada a *“aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade”*, *“ébrios habituais e os viciados em tóxico”* e aos pródigos. A alteração é mais semântica do que de fundo, para harmonizar-se com o referido estatuto. A nomenclatura dessas pessoas sujeitas à curatela está consentânea com o rol das incapacidades enunciadas no Código Civil, nos arts. 3º e 4º, conforme as estudamos em nosso volume 1, com as alterações do mencionado estatuto, que alterou as redações desses artigos. Como afirma o art. 109 do projeto do Estatuto das Famílias: *“rege-se o instituto da curatela pelo princípio do melhor interesse do curatelado”*.

A ideia central dessa importante lei é que toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação (art. 4º da Lei nº 13.146/2015). Desse modo, o consentimento da pessoa com deficiência poderá ser suprido sob os princípios da curatela.

O Código Civil de 1916 elencava, no art. 446, como estando sujeito à curatela, os loucos de todo gênero; os surdos-mudos, sem educação que os habilitasse a enunciar precisamente sua vontade, e os pródigos. Após a edição desse Código Civil, foram contempladas situações de curatelas especiais, como a dos toxicômanos, que permitiram graduação de limites de atuação do curador. O Estatuto da Pessoa com Deficiência dispõe: *“Considera-se pessoa com deficiência 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”* (art. 2º). Verifica-se, destarte, que a curatela

pode suprir de forma mais ou menos ampla a pessoa do deficiente, com mais ou menos poderes, o que dependerá do exame do caso concreto.

A regra geral, como é óbvio, é que todas as pessoas maiores são capazes; as incapacidades devem ser declaradas pelo ordenamento, decorrendo de procedimento próprio. A capacidade se presume; a incapacidade deve ser comprovada. Como notamos, tutela e curatela são institutos muito semelhantes e com fins idênticos, tanto que as disposições da tutela aplicam-se à curatela, com certas alterações (art. 1.774).

A finalidade da curatela é principalmente conceder proteção aos incapazes no tocante a seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros. Enquanto a tutela é sucedâneo do poder familiar, a curatela constitui um poder assistencial ao incapaz maior, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade. O principal aspecto é o patrimonial, pois o curador protege essencialmente os bens do deficiente, auxiliando em sua manutenção e impedindo que sejam dissipados. Nesse sentido, fica realçado o interesse público em não permitir que o incapaz seja levado à miséria, tornando-se mais um ônus para a Administração.

O termo *curador* deriva da raiz latina *curare*, que significa cuidar: quem exerce a curatela cuida dos interesses do incapaz. No direito pátrio, existe uma multiplicidade de encargos reunidos sob a mesma denominação, e sob o termo *curadoria* existem várias funções atribuídas ao Ministério Público e a outros órgãos: curadoria de família, de ausentes, de registros públicos etc. Já nos referimos ao curador especial, nomeado *ad hoc*, em situações de conflito do interesse do menor com seu pai ou tutor. A nós, aqui, interessa unicamente a curadoria dos incapazes, de Direito Privado, mas com interesse público, conforme definido pelo Código Civil. No próprio Código, há referência a outras curatelas, como para a herança jacente (art. 1.819); as instituídas para proteger o vínculo nas ações de nulidade e anulação de casamento no Código de 1916, todas com sentido mais processual do que material.

O Estado incumbiu-se da proteção dos incapazes como um dever social, assumindo a curatela, a exemplo da tutela, a natureza de um múnus público. Curatelado ou interdito é a pessoa submetida à curatela, a exemplo do tutelado ou pupilo, submetido à tutela.

A curatela, como a tutela, o serviço militar e eleitoral, o serviço do Júri, é um múnus público, ou seja, um encargo imposto pelo Estado em benefício coletivo. Por isso, tal como na tutela, para a curatela concorrem princípios de Direito Público e de Direito Privado. São várias as modalidades de curatela, tais como a curatela do nascituro e a curatela da pessoa com deficiência. Da curadoria de ausentes, sucessão provisória e sucessão definitiva nos ocuparemos no capítulo 21. Não há outras pessoas sujeitas à curatela: velhice, cegueira, analfabetismo etc. não permitem, por si sós, a interdição.¹ Há necessidade de que ao interdito falte o devido discernimento. Acentua o Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 2º, § 1º) que

“a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por

equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III – a limitação no desempenho de atividades; e

IV – a restrição de participação”.

Incumbe ao Poder Executivo criar os devidos instrumentos para essas avaliações (§ 2º). Espera-se que o texto dessa lei não fique como letra morta, como tantas outras disposições, em país que se descarta da saúde de sua população de forma vergonhosa e contumaz.

Comparando os regimes de curatela nos ordenamentos civis, existem os que estabelecem um só regime para a curatela, para qualquer tipo de enfermidade mental, como decorrência da interdição, enquanto outros estabelecem gradações, dependendo do nível da enfermidade. O sistema brasileiro estatui uma única forma de curatela, porém com efeitos distintos, segundo o nível de discernimento do interdito, o que mais se acentua com o Estatuto ora comentado. Na verdade, existe uma interdição absoluta para os atos da vida civil quando se trata de ausência total de discernimento, podendo a curatela ser parcial e ter gradações nas outras hipóteses. Nosso ordenamento não distinguiu entre a interdição propriamente dita, de cunho mais amplo, e as inabilitações para certos atos, como fazem certas legislações. Como veremos, a prodigalidade, por exemplo, entre nós estampa mais propriamente uma situação de inabilitação, pois proíbe ao pródigo certos atos, sem a assistência do curador, permitindo-lhe outros, o mesmo podendo ocorrer com os ébrios e os toxicômanos, bem como com os que possuem discernimento reduzido.

Desse modo, como decorrência da realidade, os interditos não podem submeter-se a um regime igual de incapacidades, pois mesmo aqueles com restrições mentais, motoras ou sensoriais podem ter parcial discernimento e habilidade para certos atos. O art. 2º e seu § 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência traçam os rumos de avaliação para a gradação da deficiência. O juiz, no caso concreto, com fundamento na prova, mormente a pericial, deve estabelecer os limites da curatela. Na redação do art. 1.772 (revogado pelo art. 1.072 do CPC/2015), aduzia, com a mesma finalidade da redação originária: “*O juiz determinará, segundo as potencialidades da pessoa, os limites da curatela, circunscritos às restrições constantes do art. 1.782, e indicará curador*”. Esses limites, se assim for conveniente, podem ser aqueles definidos para a interdição do pródigo no art. 1.782: o interdito não poderá, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração. O juiz poderá restringir ou ampliar o campo de atuação do interdito. Poderá proibir, por exemplo, que ele frequente locais públicos com aglomeração de pessoas, se isto lhe é desaconselhado.

Aponta Villaça Azevedo que,

“embora a tutela e a curatela sejam institutos de amparo e de proteção ao incapaz, deve

ser assinalada uma diferença importante: o tutor pode ser nomeado pelo pai ou pela mãe, que procuram escolher quem será melhor e mais apto para substituí-los; já o curador não pode ser escolhido dessa forma, existindo, na lei, o critério de sua nomeação” (2003:425).

Acreditamos, porém, que essa afirmação com base na doutrina tradicional, deve ser entendida *cum granum salis*. Caberá, sem dúvida, ao juiz, atender à última vontade do pai ou da mãe ao nomear um curador, para o filho sabidamente incapaz.

20.2 PRINCÍPIOS DA CURATELA. QUEM PODE SER CURADOR

O regime da curatela não é plenamente autônomo, pois se vale dos princípios da tutela, tendo em vista os evidentes pontos comuns. Assim é que o art. 1.774 determina que se aplicam à curatela as disposições concernentes à tutela, com as modificações dos artigos seguintes. Portanto, os curadores devem-se ater aos atos de administração, alguns subordinados a autorização judicial. Idênticas obrigações são exigidas do curador, mormente a prestação de contas. O mesmo sistema de escusas da tutela se aplica. O mesmo que se examinou acerca das garantias da tutela, remoção e dispensa do tutor, também se amolda à curatela.

A curatela também pode ser legítima, testamentária ou dativa. O cônjuge, ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito (art. 1.775). O EPD introduziu o art. 1.775-A no Código Civil: “*Na nomeação de curador para a pessoa com deficiência, o juiz poderá estabelecer curatela compartilhada a mais de uma pessoa*”. A disposição é importante ao permitir pluralidade de curadores, pois é sabido como é grande o múnus da curatela. Dividir a tarefa pode ser conveniente. Importante que o juiz seja criterioso nessa nomeação. Na falta de cônjuge, é curador legítimo o pai ou a mãe; na falta destes, o descendente que se mostrar mais apto. Entre os descendentes, os mais próximos precedem aos mais remotos.² Na falta das pessoas mencionadas, compete ao juiz a escolha do curador dativo. Conveniente, quando possível, que seja pessoa do relacionamento do interdito. Nesse sentido, se posta o parágrafo único do art. 1.772, com redação dada pelo Estatuto:

“Para 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”.

Nesse aspecto, mostra-se fundamental a perspicácia do magistrado nessa nomeação, nem sempre sendo conveniente seguir a ordem de pessoas apontadas no Código.

A curadoria também pode ser testamentária: na hipótese de os pais nomearem curadores para os filhos que não possuem desenvolvimento mental para plena capacidade após atingirem a maioridade.

Aplicam-se também os princípios da curatela dativa, quando não existem ou não podem assumir o cônjuge ou parentes designados pela lei. Assim como na tutela, havemos de admitir que o curador pode ser nomeado em documento autêntico (art. 1.729, parágrafo único). Aplica-se o que foi dito a respeito da tutela.

Se o curador for o cônjuge e o regime de bens do casamento for o de comunhão universal, não será obrigado à prestação de contas, salvo determinação judicial (art. 1.783). O art. 455 do Código de 1916 era mais amplo e dispensava o cônjuge de apresentar balanços anuais e de fazer inventário, se o regime do casamento fosse o da comunhão, ou se os bens do incapaz se achassem descritos em instrumento público, qualquer que fosse o regime do casamento. Ninguém melhor do que o comunheiro para administrar os bens comuns. Assim como na tutela, o juiz pode alterar a ordem legal de nomeação, se entender de conveniência para o interdito.³ A curatela é uma das modalidades de *capitis deminutio*: modifica o estado da pessoa. De fato, como regra, o capaz passa a incapaz. No novo sistema do estatuto, relativamente incapaz.

O art. 1.778 do Código, na mesma senda do estatuto anterior (art. 458), dispõe que a autoridade do curador estende-se à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado, enquanto estes forem menores e incapazes. O dispositivo visa facilitar a administração, pois seria inconveniente a nomeação concomitante de um curador e um tutor nessa hipótese.

As regras a respeito do exercício da tutela se aplicam ao da curatela (art. 1.781), salvo o art. 1.782, que se refere à curadoria do pródigo e demais incapacitados e à hipótese do art. 1.783, aqui mencionada. Assim, aplicam-se as regras referentes à incapacidade para o exercício da curatela; as escusas na aceitação da tutela; as incumbências do tutor etc.

20.2.1 Administração Provisória

O Decreto nº 24.559/34, que estabeleceria normas de proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, criou, no art. 27, § 2º, a figura do administrador provisório. A ele incumbia receber as pensões, administrar os bens e tomar as providências em favor dos deficientes mentais, enquanto não colocados sob curatela. Os tribunais, com base nesse dispositivo, vinham procurando alargar o conceito, admitindo o administrador provisório para todas as modalidades de curatela. De fato, por vezes, a demora na conclusão do processo de interdição pode prejudicar o deficiente. Aliás, nada obsta que o juiz, como regra geral, dentro de seu poder geral de cautela, tome qualquer decisão para a proteção de direitos. A nomeação de administrador provisório é uma delas. Nada impede, em princípio, que o administrador provisório seja nomeado posteriormente curador. O CPC de 2015 já possibilita expressamente a nomeação desse curador provisório para a prática de determinados atos (art. 749, parágrafo único).

20.3 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A expressão está em consonância com a descrição do Estatuto de Pessoa com Deficiência. Substitui a denominação anacrônica “*loucos de todo o gênero*” do direito anterior que não pode mais ser admitida pela ciência. O atual Código, ao tratar do incapaz por enfermidade mental, mais propriamente já se referia aos que não possuem o devido discernimento. O Código de Processo Civil/2015 refere-se a doença mental grave, conforme art. 748, *caput* (anterior art. 1.178, I). De qualquer forma, na expressão se incluem os deficientes em geral, os psicopatas, portadores de anomalias que impedem o discernimento. Em razão de herança congênita ou adquirida, essas pessoas não têm condições de reger sua vida apesar de terem cronologicamente atingido a maioridade civil. Não é necessário darmos uma definição restrita aos amentais, pois o caso concreto e a perícia médica definirão a incapacidade.

Observemos que o estado curatelar pode ser permanente ou temporário e assim também pode ocorrer com a incapacidade. Cessada a incapacidade mental pela cura, levanta-se a interdição e o curatelado adquire ou readquire a plena capacidade. Há que ser, no entanto, um estado duradouro, que justifique a interdição, não bastando um estado fugaz e passageiro de falta de percepção, ou ausência temporária de outra habilidade. Não há necessidade, também, de que o estado de deficiência mental seja contínuo, pois os chamados “*lúcidos intervalos*” não obstam a interdição.

Em princípio, pelos dispositivos originários do Código, a interdição dos que não possuem o necessário discernimento é total, atingindo todos os atos da vida civil. Sabemos que a deficiência mental apresenta gradações, razão pela qual há outra posição do corrente Código. Daí por que o vigente ordenamento considera relativamente incapazes os que apresentam discernimento reduzido ou desenvolvimento mental incompleto, “*aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade*”, com a nova redação do inciso III do art. 4º do CC. Desse modo, com a nova indicação do Estatuto, esses sujeitos são tratados pelo ordenamento como relativamente incapazes, não estando mais presentes no rol dos absolutamente incapazes. Cabe ao juiz deferir, quando possível, a prática de certos atos ao interdito, com base na perícia médica, inclusive como forma de integrá-lo à sociedade.

20.4 AQUELES QUE POR CAUSA TRANSITÓRIA OU PERMANENTE NÃO PUDEREM EXPRESSAR SUA VONTADE

Essa expressão, que consta do art. 1.767, I, com a nova redação fornecida pelo Estatuto, permite que se decrete a interdição de quem não possa exprimir sua vontade durante período incerto ou ponderável. Trata-se de toda e qualquer causa que suprima a possibilidade de expressão de vontade do agente, ainda que transitoriamente. Assim, os indivíduos em estado de coma, em estado de inconsciência em razão de moléstias ou traumatismos, necessitam da nomeação de um curador enquanto não retomarem à plenitude de suas funções mentais. O prognóstico favorável de que a pessoa recupere a consciência não pode fazer aguardar indefinidamente pela administração de seu

patrimônio. Essa é a ideia quanto à tal modalidade de interdição.

20.5 ÉBRIOS HABITUAIS E VICIADOS EM TÓXICOS

Nessa categoria incluíam-se as pessoas que podiam ser interditadas em razão de deficiência mental relativa por fatores congênitos ou adquiridos, como os alcoólatras e os viciados em tóxicos. Como essas pessoas podem ser submetidas a tratamento e voltar à plenitude de suas condutas, os estados mentais descritos são, em princípio, reversíveis.

O art. 5º, III, do Código de 1916, incluía nas incapacidades absolutas os surdos-mudos que não pudessem exprimir sua vontade. Estarão sujeitos à interdição os surdos-mudos que carecem da devida educação que os habilite a enunciar precisamente sua vontade. Surdo-mudo é quem, incapacitado de ouvir, não consegue emitir sons articulados. A surdo-mudez congênita é indício de grave problema mental. As modernas técnicas da ciência permitem que essas pessoas recebam educação adequada e integrem-se, não sem muito esforço, à sociedade. Enquanto não adquirem o poder de comunicação, devem manter-se interditos. Considerando o nível de incapacidade da surdo-mudez, o juiz assinará também os limites da curatela. Assim, esse incapaz, como os demais aqui nomeados, poderá praticar, se autorizado, determinados atos sem a presença do curador. O juiz poderá dar-lhe inteira capacidade para determinados atos jurídicos. Os limites da curatela, tal como permite a dicção do art. 1.772, aplicam-se também aos surdos-mudos. Dependendo do grau de discernimento, o surdo-mudo, o deficiente mental, o ébrio e o toxicômano podem praticar certos atos.

O art. 26 do Decreto nº 24.559/34 criara uma distinção até então desconhecida na legislação. Sabemos que o Código de 1916 qualificara o louco como absolutamente incapaz, enquanto esse decreto afirmou que os psicopatas podiam ser declarados, pela perícia, absoluta ou relativamente incapazes para o exercício pessoal dos atos. Dessa forma, ficara autorizado o juiz a estabelecer uma gradação na interdição do doente mental. Situação semelhante foi definida quanto aos toxicômanos (Decreto-lei nº 30, § 5º). Essa orientação foi tomada, como vimos, pelo Código Civil de 2002. Cabe ao juiz fixar os limites da incapacidade nessas situações, que é posição que se afina com a ciência psiquiátrica e com outras legislações. Se cessar a incapacidade, com o sucesso do tratamento ou da educação, deverá ser levantada a interdição dessas pessoas.

A toxicomania é o vício de uso de tóxicos, tantos são os que desgraçam as famílias e a humanidade: álcool, morfina, cocaína, heroína, maconha, *crack* etc. Tóxico é qualquer substância natural ou sintética que, uma vez introduzida no organismo, pode modificar suas funções. A curatela dos toxicômanos foi introduzida em nosso ordenamento por lei especial, Decreto nº 891, de 25-11-38. Esse diploma estabeleceu um regime destacado de curatela. Permitiu-se ao juiz definir a modalidade de curatela ao viciado, ao lado da curatela plena, também uma modalidade de curatela parcial, segundo a gravidade da intoxicação. Será limitada a curatela se o paciente estiver em condições de opinar sobre os atos da vida civil; será absoluta quando não puder fazê-lo. Esses

enfermos, por essa lei, estavam sujeitos à interdição em estabelecimentos especializados, obrigatória ou facultativa, por tempo determinado ou indeterminado, orientação que ora se mantém. Caberia ao laudo médico orientar a decisão do juiz. Essa modalidade de curatela parcial não estava prevista no Código de 1916.

Tal orientação foi tomada pelo Código de 2002 e enfatizada pelo EPD. O juiz deferirá a interdição com a devida gradação, fixando seus limites, segundo o estado ou desenvolvimento mental do agente. Se entender conveniente, o juiz deferirá ao interdito as mesmas interdições destinadas aos pródigos, descritas no art. 1.782.

20.6 PRÓDIGOS

Como definimos em nossa obra *Direito civil: parte geral*, v. 1 (Capítulo 10), pródigo é aquele que desordenadamente gasta e destrói seus bens. A origem dessa interdição remonta ao Direito Romano, quando se considerava o patrimônio uma propriedade comum e a dilapidação da fortuna afetava todo o grupo familiar. A interdição era decretada em benefício coletivo. Hoje, também se leva em conta o benefício ao próprio incapaz e não somente a sua família.

A prodigalidade é uma enfermidade mental, usualmente ligada a jogos e a outros vícios. A prodigalidade é, ao mesmo tempo, uma problemática social, jurídica e psiquiátrica. Do ponto de vista jurídico, é muito discutida essa incapacidade. Alguns ordenamentos optam por um sistema de inabilitação, restrição mais branda do que a interdição.

O ordenamento brasileiro optou por situar o pródigo entre os relativamente incapazes, tolhendo-o com relação à prática de certos atos e negócios jurídicos. Assim é que, de acordo com o art. 1.782:

“A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado e praticar, em geral, atos que não sejam de mera administração”.

Como consequência, o pródigo não pode ser tutor por não ter a livre administração de seus bens, mas pode praticar os atos em geral que não se inserem na expressão da lei. As restrições são de cunho exclusivamente patrimonial. Não têm eles restrições de caráter pessoal, podendo assim exercer profissão que não implique prática dos atos restritivos, contrair matrimônio com autorização do curador, votar e ser votado etc. Nem sempre será fácil distinguir a prodigalidade no caso concreto. Aponta com argúcia Arnaldo Rizzardo (1994, v. 1:967):

“O grande problema é definir as fronteiras entre a desordem mental ou falta de coerência na direção do patrimônio com a conduta desvairada de perdulário por querer a pessoa aproveitar a vida, canalizando sua fortuna ou ganhos em diversões, noitadas em bares, boates, motéis e outras formas de dilapidação do patrimônio, obrigando a

família a sofrer necessidades, inclusive alimentares. Há uma diferença entre a demência e a irresponsabilidade. Talvez, o que se verifica mais amiúde é a conduta irresponsável, a total ausência de compromisso, ou despreocupação com a sorte dos membros da família”.

A interdição do pródigo visa, em princípio, proteger sua pessoa e sua família porque, se ocorrer sua ruína, o perdulário irá tornar-se um ônus para a família e também para a sociedade. Cabe ao juiz a difícil tarefa de definir e decretar a prodigalidade, mormente nos casos limítrofes entre a normalidade e a excentricidade. São anuláveis os atos praticados pelos pródigos dentro de sua proibição, podendo propor a ação o curador ou quem demonstrar interesse. A interdição perdurará enquanto durar os sintomas de prodigalidade. No sistema anterior podia ser levantada a prodigalidade quando não mais existissem os parentes designados no ordenamento (art. 461). Se desaparecesse quem pudesse preocupar-se com os bens do pródigo, desapareceria a restrição. O Código de 2002, denotando preocupação social, não repete o dispositivo, de modo que há de se concluir que a interdição do pródigo vem também em seu próprio benefício e não unicamente no de sua família próxima.

Da mesma forma, como apontamos em nosso volume dedicado à parte geral, o Código de 2002 não repetiu a dicção do art. 460 do estatuto revogado. Por esse dispositivo, o pródigo somente incorreria em interdição se tivesse cônjuge, ascendentes e descendentes legítimos que a promovessem. O interesse era apenas o econômico da família. A eliminação desse artigo afina-se com a nova filosofia social do Código, não mais individualista.

“o intuito de proteção do pródigo e de sua família deve existir sempre, sem restrições, para que se evite que esse incapaz seja alvo de ataques interesseiros de pessoas menos escrupulosas, que queiram aproveitar-se de seu patrimônio e da sua fraqueza” (Azevedo, 2003:489).

A interdição por prodigalidade diferencia-se, portanto, das demais interdições. A sentença tem apenas eficácia *ex nunc*, isto é, após publicada, sendo válidos os atos praticados pelo agente até então. Protege-se a boa-fé de terceiros que atuaram com o pródigo (Pereira, 2003:466).

20.7 NASCITUROS

Nascituro é o ser humano já concebido, que se encontra no ventre materno por nascer. Sua potencialidade de vida deve ser protegida pelo ordenamento. Duas condições são necessárias para possibilitar a curatela de seus bens: falecimento do pai ou perda do poder familiar se estiver a mulher grávida e não se encontrar esta em condições de exercer o pátrio poder. O interesse prático é pequeno nessa matéria. Os princípios a serem obedecidos são os mesmos da tutela e da curatela no

que couber. Se a mãe estiver interdita, seu curador será também o do nascituro (art. 1.779 e parágrafo único).

A finalidade dessa curadoria é zelar pelos interesses do nascituro e impedir, em favor do feto e de terceiros, a substituição e a supressão do parto (Viana, 1998b:322). Surge o interesse nessa curadoria quando o nascituro tem herança, legado ou doação a receber. Assim, nascendo com vida, estarão resguardados seus direitos.

20.8 TOMADA DE DECISÃO APOIADA. MENTORES OU PRECEPTORES

O Código de 2002 introduzira nova modalidade de curatela destinada ao enfermo ou portador de deficiência física, a fim de que o curador cuidasse de todos ou de alguns de seus negócios (art. 1.780).⁴ O próprio enfermo ou deficiente podia requerer essa curatela. O Estatuto da Pessoa com deficiência derogou esse artigo, possibilitando uma nova sistemática para as pessoas nessa situação.

Essa curatela de menor extensão somente ganharia utilidade quando não fosse conveniente ao agente nomear procurador para determinados atos. Como a responsabilidade do curador é mais rigorosa do que a do mandatário, aquele que, por exemplo, não podia transitoriamente se locomover para cuidar da administração de um negócio; aquele que é submetido a um longo tratamento hospitalar; aquele cuja enfermidade não tolhe as faculdades mentais, mas torna sofrida a vida negocial, poderá nomear curador para tratar de toda a sua vida civil ou de apenas alguns de seus negócios ou bens.

Essa curadoria não se destinava, portanto, tipicamente a um incapaz, mas a alguém que não possuísse plenas condições físicas ou materiais para exercer seu papel negocial e cuidar de seus próprios interesses.

O Estatuto substitui o instituto do art. 1.780 e insere artigos para regular o que denomina “Tomada de Decisão Apoiada”, definindo-a no art. 1.783-A:

“A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (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 elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade”.

Esses apoiadores, mentores ou preceptores, tal como se possa talvez melhor denominá-los, exercerão uma quase curatela, uma situação de apoio ao deficiente. Este, por sua vez, para que possa validamente pedir sua nomeação, deve ter discernimento suficiente para fazê-lo. Total falta de discernimento impede essa modalidade. O pedido é feito pelo próprio agente.

O próprio sujeito que necessita dessa proteção fará o pedido, ninguém mais poderá fazê-lo,

indicando expressamente as pessoas aptas a prestarem o apoio (art. 1.783-A). Preceptores e apoiado devem especificar em termo os limites dessa atividade, inclusive prazo de vigência, e compromisso de manter a vontade, os direitos e os interesses da pessoa apoiada (art. 1.783-A, § 1º).

O juiz será necessariamente assistido por equipe multidisciplinar e ouvirá o Ministério Público, bem como pessoalmente o interessado e as pessoas indicadas (§ 3º). Nem sempre o foro encontrará facilmente uma equipe técnica para lhe dar apoio.

Note que como o apoiado possui o necessário discernimento para indicar mentores, poderá também, a qualquer tempo, solicitar ao juiz desligamento destes (§ 9º). Da mesma forma, o apoiador também pode requerer seu desligamento do encargo (§ 10).

Questão sensível diz respeito a eventual remuneração dos mentores, O § 11 diz que, ao presente instituto, aplicam-se, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela. Como na curatela se aplicam os princípios da tutela, também no que for admissível, recorde-se que o art. 1.752 concede possibilidade de o tutor perceber importância proporcional aos bens administrados, o que pode ser aplicado à tomada de decisão apoiada. O bom senso do magistrado deve permitir ou não esse aspecto. O caso concreto deverá sustentar a solução. Por outro lado, em princípio, atendendo aos ditames da lei, não havendo bens a administrar, não haverá direito à remuneração.

No mesmo sentido se coloca o § 6º, em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante. Havendo divergência de opiniões entre o apoiado e um dos apoiadores, o juiz deverá decidir, ouvido o Ministério Público. A nosso ver, o princípio também se aplica quando mais de um dos apoiadores divergir, reforçando, porém, a opinião do apoiado.

Os mentores devem agir com diligência que se assemelha à do curador. Se agirem com negligência ou se mostrarem inaptos, a pessoa apoiada ou qualquer outra pessoa pode apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará outro, a critério do apoiado (§ 8º).

Esse instituto de apoio poderá surtir bons efeitos no desiderato de amparo à pessoa com certa deficiência. Caberá às autoridades indicadas fazer com que esses dispositivos sejam ágeis e eficientes às pessoas que dele necessitem.

20.9 LEGITIMIDADE PARA REQUERER A INTERDIÇÃO

O estatuto civil estabeleceu uma legitimação geral para todas as tutelas e curatelas. Assim, o art. 1.768 permitiu que a interdição seja promovida: I – pelos pais ou tutores; II – pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III – pelo Ministério Público e IV – pela própria pessoa. O inciso IV é novidade em nosso ordenamento. O exame desses dispositivos entra em colidência porque o CPC de 2.015 revoga os arts. 1.768 a 1.773 do Código Civil. Mantemos por ora o presente texto aguardando manifestação do legislador e da jurisprudência! Mais uma vez o legislador demonstra falta de

cuidado. Cabe ao leitor ter em mente esse aspecto, ainda porque essas inovações do Estatuto são importantes.

Inovação importante trazida pelo Estatuto é, destarte, permitir que o próprio interditando possa requerer sua interdição, seguindo muitas das legislações comparadas (inciso IV do art. 1.768, introduzido pelo Estatuto da Pessoa com deficiência). O próprio interessado pode ter condições de perceber que não consegue reger seus atos da vida civil.

O art. 1.769 completou afirmando que o Ministério Público somente promoverá a interdição: I – em caso de doença mental grave; II – se não existir ou não promover a interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo antecedente.

Com a entrada em vigor do CPC de 2015, deve ser observado o art. 747, que já menciona a legitimidade do companheiro. De acordo com esse artigo, a legitimidade para o pedido será: I – do cônjuge ou companheiro; II – dos parentes ou tutores, III – do representante de entidade em que se encontra abrigado o interditando e IV – do Ministério Público. Como vimos, o parentesco é o relacionamento que vai até o quarto grau (art. 1.592). Mesmo anteriormente, não se podia negar que o companheiro na união estável também terá a legitimidade descrita no art. 1.768.

O Ministério Público, segundo o art. 748 do CPC de 2015, “*só promoverá a interdição em caso de moléstia mental grave: I – se as pessoas designadas nos incisos I, II, e III do art. 747 não existirem ou não promoverem a interdição; II – se, existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas nos incisos I e II do art. 747*”. O juiz nomeará defensor ao suposto incapaz. Nos demais casos, o Ministério Público será o defensor (art. 1.770). A ampla defesa por parte do indigitado incapaz é importantíssima. Em diversas oportunidades decidimos casos nos quais as tentativas de interdição por familiares tinham meros interesses escusos, de apropriação patrimonial. Lembre-se, sempre, de que a idade avançada, por si só, não autoriza a interdição.

O CPC de 2015 coloca os aspectos de legitimidade de forma mais consentânea com a realidade, permitindo às entidades que abriguem os interditandos possam requerer sua interdição. Insere-se aqui mais uma pessoa legitimada para requerer a interdição. Quanto ao Ministério Público, far-se-á necessário que a situação do agente seja de moléstia mental grave, o que deve ser avaliado no caso concreto.

O Código de 1916 se referia, com falta de técnica, à legitimidade do parente próximo, o que dava margem a dificuldades interpretativas. Há também os que entendem que parentesco, em sentido lato, abrange também a cognação. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento (1981:44) ainda acrescenta:

“A par dessas considerações de ordem jurídica, as de ordem sentimental, moral e da força do vínculo de parentesco por vezes sobrelevam, sendo de reconhecer tal legitimidade; por tais razões, entendemos que não deve negar aos genros e cunhados, por exemplo, e vice-versa, o direito de promover a interdição de seus sogros e

respectivos cunhados, quando haja justificativa”.

O EPD reforça o entendimento do autor na redação dada ao parágrafo único do art. 1.772 do CC, ampliando mais ainda as pessoas que podem ser nomeadas, de acordo com melhor oportunidade e conveniência.

Ao descrever os legitimados para pedir a interdição, o Código não estabelece uma ordem, no sentido de que os parentes mais próximos excluem os mais remotos, embora deva ser levado em conta que, por exemplo, tendo o incapaz cônjuge, não será dado ao irmão intentar a interdição. Quando isso ocorrer, sempre será exigível a cautela do juiz para examinar, no caso concreto, a legitimidade do requerente e a razão da inércia do cônjuge ou do parente mais próximo. Também não deve ser entendido que necessariamente ambos os pais devam requerer a interdição, embora essa conclusão possa decorrer da interpretação literal do texto. Ocorrerá apenas maior cuidado do julgador quando houver omissão ou oposição de um dos genitores. O bom senso do magistrado, em cada caso, definirá a questão a respeito da interdição, cuja sentença sempre tem sérias consequências.

O Decreto nº 24.559/34 previa a nomeação de um administrador provisório para os psicopatas, pelo tempo não excedente a dois anos, salvo se fosse entendido que era conveniente a interdição imediata (art. 27, § 2º). Decorrido esse prazo de dois anos, as pessoas legitimadas na lei civil deveriam promover a interdição. Se não o fizessem, o Ministério Público deveria obrigatoriamente intentá-la. Essa providência tinha em mira fazer cessar a provisoriedade da administração. No sistema da nova lei civil, como falamos, nada impede que seja nomeado o administrador provisório dos bens do incapaz, sempre que houver necessidade e até que se logre nomear o curador (vide art. 749, parágrafo único, do CPC de 2015).

20.10 PROCESSO DE INTERDIÇÃO

A interdição e nomeação de curador também devem decorrer de decisão judicial. O procedimento é regulado pelos arts. 747 a 758 do CPC de 2015 (arts. 1.177 a 1.186 do diploma processual anterior). O projeto do Estatuto das Famílias tem sua parte processual e regula o processo de interdição, com minúcias (arts. 220 a 243). Muitos dos dispositivos do CPC reiteram direito material e devem ser adaptados ao novel Código. Na petição inicial, o requerente especificará sua legitimidade e os fatos que autorizam a interdição (art. 749). Na tentativa de espantar dúvidas do sistema anterior, esse dispositivo anota que, na inicial, devem ser descritos os fatos que demonstram a incapacidade do interditando e, *“se for o caso, para praticar atos da vida civil, bem como o momento em que a incapacidade se revelou”*. Essa última disposição é importante para que o juiz possa definir, em sua decisão, a partir de quando os atos praticados pelo agente devem ser tidos como írritos. Com justificada urgência, o juiz pode nomear curador provisório ao interditando para a

prática de determinados atos (art. 749, parágrafo único). O requerente deverá juntar laudo médico na inicial ou informar da impossibilidade de fazê-lo (art. 750).

“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, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas” (art. 751 do CPC)”.

O Código Civil, no art. 1.771, previa que, *“antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz, assistido por especialistas, examinará pessoalmente o arguido de incapacidade”.*

O interrogatório do interditando é fundamental nesse procedimento. Fez bem o CPC de 2015 em detalhar a atividade do juiz nesse ato. O § 2º do art. 751 inova, pois estatui que a entrevista poderá ser acompanhada por especialista. Em princípio, será critério do juiz trazer especialista a essa audiência. Nem sempre haverá, por este imenso País, profissional disponível. O § 3º permite que para o interrogatório seja assegurada a utilização de recursos tecnológicos, para facilitar a comunicação. Outra inovação desse artigo (§ 4º) é permitir ao juiz, a seu critério, a oitiva de parentes e pessoas próximas ao interditando.

Pode ocorrer que o estado de debilidade mental não permita qualquer manifestação ou locomoção por parte do citado. Se o interditando não puder locomover-se, o juiz deverá dirigir-se ao local onde ele se encontra para realizar o interrogatório. Se a pessoa não puder expressar-se, o juiz deverá fazer constar o fato do auto, descrevendo o mais que for de interesse para o processo. Se o indigitado incapaz puder se expressar, deverá ser-lhe perguntado sobre os fatos triviais, para avaliação de seu estado mental: valor de dinheiro, conhecimento de fatos atuais, nomes de pessoas da família, depósitos em bancos, propriedades, suas emoções sociais e afetivas etc. O contato direto do interditando com o juiz possibilita que este, à primeira vista, possa já fazer seu conceito, independentemente do laudo pericial, que também é essencial. Não devemos esquecer que o pedido de interdição pode mascarar interesse de familiares em tomar posse dos bens do parente. Já enfrentamos, mais de uma vez, situação na qual o interditando, apesar de idade avançada, era perfeitamente lúcido e, inclusive, declinou que os parentes tentavam enganá-lo com o processo. Posteriormente, o exame psiquiátrico confirmou sua lucidez. Há que se exigir cuidado do magistrado nos casos limítrofes. O magistrado, de qualquer modo, não está adstrito ao interrogatório, devendo-se valer de outras provas, mormente a pericial. Nulo será o processo se não for feito o exame pericial (RT 715/133, 718/212).

É assegurada ampla defesa ao interditando. Dentro do prazo de 15 dias contados da entrevista, o interditando poderá impugnar o pedido (art. 752 do CPC). Esse mesmo dispositivo, em seus parágrafos, acrescenta que o Ministério Público atuará como fiscal da ordem jurídica; que o

interditando pode constituir advogado e, caso não o faça, lhe será nomeado curador especial. Acrescenta o § 3º que caso o interditando não constitua advogado, o seu cônjuge, companheiro ou qualquer parente sucessível poderá intervir como assistente.

O art. 753 do CPC refere-se à produção da prova pericial, que antecede a prova testemunhal. Aponta o § 2º desse dispositivo que o laudo deve indicar, especificadamente, se for o caso, os atos para os quais haverá necessidade de curatela. Esse aspecto é fundamental, mormente quando a incapacidade não é total. No caso do pródigo, por exemplo, o sujeito mantém uma órbita de atos que não necessitam de curatela. O mesmo ocorre quando a incapacidade é parcial. A sentença definirá os limites de atuação do interdito, se não for completa sua incapacidade. Trata-se, na sentença, de estabelecer os limites da curatela (art. 755 do CPC).

No processamento da interdição, decorrido o prazo de impugnação, o juiz nomeará perito para proceder ao exame do interditando. Apresentado o laudo, o juiz designará audiência de instrução e julgamento (art. 753 do CPC). A audiência não é obrigatória, se prova alguma será produzida. Os interessados podem apresentar outras provas, inclusive crítica de assistente técnico. Não é possível negar a presença do assistente, cuja manifestação pode divergir ou completar o laudo oficial, principalmente quando há impugnação à pretensão. Seguem-se os princípios que regem a produção da prova pericial no estatuto processual. Procedente o pedido e decretada a interdição, o juiz nomeará o curador ao interdito. Essas disposições também se aplicam aos pedidos de interdição em geral (art. 1.185 do CPC/1973, sem correspondente no atual CPC). O laudo pericial é essencial nesse procedimento para avaliação do estado mental do interditando, fora dos limites de conhecimento do magistrado. O Ministério Público deve participar do processo sob pena de nulidade.

O processo é classificado pelo estatuto processual como de jurisdição voluntária, apesar da possibilidade de resistência à pretensão. Discute-se acerca do foro competente. O CPC não consagra regra de competência para os processos de jurisdição graciosa. A solução mais lógica na situação em estudo é fixar a competência sob o prisma territorial no foro domicílio do interditando (Sarmiento, 1981:39). O pedido será processado pelas Varas de Família, onde houver.

20.11 SENTENÇA DE INTERDIÇÃO

O Código Civil de 2002, seguindo a trilha do estatuto processual anterior, dispunha no art. 1.773 que a sentença que declara a interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita a recurso.

O código processual deu evidente cunho declaratório à sentença de interdição que, ontologicamente, tem conteúdo constitutivo. Não pode a incapacidade firmada na sentença retroagir a período anterior. Os atos praticados pelo interdito são nulos *ex nunc*. Para os atos praticados anteriormente à sentença, deve ser proposta ação de nulidade dos negócios jurídicos praticados pelo agente incapacitado. Nessa situação, em prol dos contratantes de boa-fé, somente é de se anular o ato

quando a anomalia mental ressalta evidente, saltando aos olhos do homem médio, sob pena de ser trazida insegurança às relações jurídicas. Assim se manifesta Sílvia Rodrigues (1999:399):

“decretada a interdição por moléstia, os atos praticados pelo interdito são nulos, nos termos do art. 145, I, do Código Civil; praticado o ato antes de decretada a interdição, é ele meramente anulável, se o interessado provar que a doença já existia à época do negócio”.

Com propriedade, afirmou Ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“Para resguardo da boa-fé de terceiros e segurança do comércio jurídico, o reconhecimento de nulidade dos atos praticados anteriormente à sentença de interdição reclama prova inequívoca, robusta e convincente da incapacidade do contratante” (STJ – 4ª Turma, RE 9.077-RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

Desse modo, conforme maioria doutrinária, mostra-se inócua e ineficaz a menção de termo inicial da incapacidade na sentença de interdição, pois, por imposição legal, os efeitos da incapacidade ocorrem após essa decisão. Assim, nem mesmo para o momento da propositura da ação pode ser admitida retroação da incapacidade.

Terceiros que tratem com o interdito devem se inteirar do teor da sentença, para saber dos limites de atuação do interessado e evitar nulidades.

Desse modo, a sentença deve ganhar publicidade para acautelar terceiros. Deve ser inscrita no registro de pessoas naturais e o art. 755, § 3º, determina que seja 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, além de outras providências, acompanhando o atual estágio tecnológico.

20.12 LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. INTERNAMENTO

A incapacidade pode cessar após o decreto de interdição, qualquer que tenha sido a causa da incapacidade. A deficiência mental pode desaparecer, o ébrio ou o toxicômano podem curar-se, assim como pode o surdo-mudo, mediante educação apropriada, adquirir capacidade de entendimento. Nesse sentido, dispõe o art. 756 do CPC que será levantada a curatela, cessando a causa que a determinou. O pedido pode ser formulado pelo Ministério Público, pelo curador ou pelo interessado (art. 720 e 756). Não mais é questionada, após a edição da norma processual, a possibilidade de o próprio interdito requerer a medida. O pedido será apensado aos autos da interdição, nomeando-se perito para proceder ao exame de sanidade. Acolhido o pedido, o juiz decretará o levantamento da interdição e mandará publicar a sentença, após o trânsito em julgado, na

forma do art. 755, § 3º, do CPC. Enquanto não houver norma expressa noutro sentido, o recurso dessa sentença será recebido no efeito suspensivo e o interdito recuperará a capacidade apenas após o trânsito em julgado. Nada impede que o levantamento da interdição seja parcial, isto é, que ao interdito absoluto seja permitida a prática de certos atos em razão de melhora de seu estado.

Não se esqueça de que, havendo meio de recuperar o interdito, o curador promover-lhe-á o tratamento em estabelecimento apropriado. Devem o juiz e o membro do Ministério Público zelar e auxiliar no sentido de que a disposição seja cumprida, inclusive obtendo internação em estabelecimentos oficiais, quando o curatelado não tiver meios de obter tratamento em estabelecimento particular.

Conforme o grau de incapacidade, o interdito estará impedido de conviver em sociedade. Por essa razão, o art. 1.777 induz que os interditos referidos no inciso I do art. 1.767 serão recolhidos em estabelecimentos adequados, quando não se adaptarem ao convívio doméstico. A nova redação do art. 1.777, conferida pelo Estatuto do Deficiente, contudo, expressa que “*as pessoas referidas no inciso I do art. 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento que os afaste do convívio*”. São pessoas cujo grau de incapacidade recomenda a reclusão não só em proteção a terceiros, mas também para sua própria proteção. Assim estará, portanto, o insano violento, o viciado em tóxicos obsessivo etc. A moderna psiquiatria, todavia, só aconselha o internamento em casos extremos, daí o teor da nova dicção do art. 1.777.

¹ “Agravado de instrumento – Ação de interdição – Curatela – Decisão que indeferiu a movimentação de contas bancárias e previdência privada e determinou o depósito de 50% do valor apurado com a venda de veículo para autorizar a transferência do bem. Descabimento. Agravante casada pelo regime de comunhão universal de bens há 45 anos. Anuência dos filhos acerca da administração da curadora. Inteligência do art. 1.783 CC. Possibilidade de movimentação de 50% dos saldos das contas bancárias e previdência privada, independentemente da prestação de contas. Desnecessidade de depósito do valor apurado com a venda do veículo. Autorizada a transferência. Acervo patrimonial capaz de compensar o interdito se futuramente for verificada a dilapidação do patrimônio. Recurso a que se dá provimento” (TJSP – AI 2071221-53.2016.8.26.0000, 8-7-2016, Rel. José Rubens Queiroz Gomes).

“Agravado de instrumento – Interdição – **Curatela** – Movimentação irrestrita das contas bancárias titularizadas pela interditanda. Impossibilidade. Prestação de contas bienal de contas pela curadora. Inteligência dos artigos 1.755 e 1.774 do Código Civil. Recurso desprovido” (TJSP – AI 2026506-28.2013.8.26.0000, 15-7-2014, Rel.^a Ana Lucia Romanhole Martucci).

“Agravado de instrumento – Interdição – Interrogatório – Impossibilidade de dispensa – Dada a natureza protetiva da curatela é que se faz do ato do interrogatório uma necessidade, não, obviamente, para o ‘exame’ do interditando, nem mesmo juízo do seu ‘estado mental’, que se fará por profissional médico, mas para conhecimento e verificação da situação pessoal daquele que pode vir a ter confirmada a incapacidade, por enfermidade ou deficiência mental, que compromete, total ou parcialmente, seu discernimento para a prática dos atos civis. O juiz constata, ainda que perfunctoriamente, se está sendo bem tratado, se não sofre qualquer tipo de violência ou coação, servindo o ato de verdadeiro meio de defesa – Pedido de alvará de alienação de bem da interditanda – Inconveniência de se processar nos autos da interdição, porque, no caso, importaria em tumulto processual. Recurso desprovido” (TJSP – AI 2082359-85.2014.8.26.0000, 22-9-2014, Rel. Alcides Leopoldo e Silva Júnior).

“Apelação. Interdição. Ação ajuizada por mulher em face do marido, com pedido de curatela provisória. Procedência. Apelo do réu. Reiteração, em preliminar, das razões aduzidas em agravo de instrumento, convertido em retido. Agravo manejado contra interlocutória que, *initio litis*, decretou a interdição provisória do réu, nomeando a apelada para exercer a função de curadora. Confirmação da tutela antecipada pela sentença. Agravo retido prejudicado. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Provas suficientes para a resolução da lide. Réu, tenente-médico da Polícia Militar do Estado de São Paulo, considerado, pela Corporação, definitivamente incapaz de responder pelos atos da vida civil ou militar. Conselho Regional de Medicina que concluiu pelo comprometimento das funções intelectivas, especialmente de juízo e crítica, não apresentando condições de exercer as funções médicas. Conclusão da perícia judicial no sentido de que o apelante não reúne condições necessárias para, com discernimento, exercer os atos da vida civil. Réu portador de esquizofrenia paranoide. Inconsistência, ademais, do pleito de destituição da curadora, casada com o apelante sob o regime de comunhão universal de bens. Confiança na esposa declarada pelo próprio interditando em sede de interrogatório. Ausência de provas em sentido contrário. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso de apelação, prejudicado o agravo retido” (TJSP – Ap. 0612520-62.2008.8.26.0001, 9-9-2013, Rel.^a Viviani Nicolau).

“Civil – Processual civil – **Interdição** – Litisconsórcio necessário da filha e da companheira do interditando – Curatela Provisória – Ordem de preferência instituída pelo art. 1.775, §§ 1º a 3º do Código Civil brasileiro em vigor – 1 – As pessoas legitimadas ao ingresso com ação de interdição de incapaz não necessariamente devem ser as mesmas que devam exercer sua curatela provisória ou definitiva; 2 – A falta de convivência, mesmo em constância de casamento ou de união estável, constitui causa impeditiva à assunção do encargo de curador, para administração de bens, direitos e ações de interesse do incapaz, por natural corolário da regra instituída pelo art. 1.775 do vigente Código Civil Brasileiro, segundo a qual ‘o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro quando interdito’; 3 – a filha e a companheira do incapaz têm legitimidade ativa para obrigatória figuração como litisconsortes necessárias no processo instaurado para sua interdição, cabendo a esta última, pela ordem de preferência estabelecida naquele dispositivo legal, salvo comprovada razão que a contraindique, a assunção da curatela provisória, até o julgamento definitivo do processo de interdição; 4 – recurso de agravo de instrumento conhecido à unanimidade, a que, no mérito, pelo mesmo quorum, foi dado parcial provimento, nos termos do voto proferido pelo relator” (TJAP – Proc. 0000998-27.2011.8.03.0000, 11-1-2012, Rel. Des. Constantino Brahuna).

“Agravo de instrumento. **Ação de interdição**. Interditando que possui mal de Parkinson. Comprovante médico que atesta incapacidade psíquica. Liminar *inaudita alteram pars* concedida. Apresentação de novo laudo médico declarando a plena capacidade civil do agravado. Revogação da curatela provisória. Laudos contraditórios. Impossibilidade da manutenção da curatela. Liminar revogada até a realização de perícia médica. Decisão interlocutória mantida. Recurso desprovido. A interdição é ato pelo qual o togado retira do maior de idade a capacidade de gerir seus atos da vida civil, nomeando-lhe um curador que o represente e administre seus bens. Porém, verifica-se no caso em tela que o interditando possui mal de Parkinson, sendo necessária a realização de prova pericial para averiguar a sua capacidade mental, por constarem dos autos provas contraditórias sobre a sua plena capacidade” (TJSC – Acórdão Agravo de Instrumento 2008.039266-0, 30-8-2010, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior).

2 “Apelação cível – Interdição civil plena – Incapacidade Absoluta – Atos do curador – Autorização Judicial – Consignação expressa na sentença – 1 – Tratando-se de interdição plena, decorrente do reconhecimento de incapacidade absoluta para os atos da vida civil, não se faz necessário fixar limites à curatela, pois o interditado necessitará ser representado pelo curador em qualquer ato que praticar. 2 – Considerando as facilidades que os benefícios previdenciários percebidos pela interditada (pensão por morte e aposentadoria) proporcionam junto a instituições financeiras em geral para contratação de empréstimos em diferentes modalidades, revela-se prudente consignar que qualquer empréstimo tomado em seu nome deverá ser precedido de autorização do il. Juízo prolator da sentença de interdição. 3 – Recurso provido” (TJDFT – AC 20150610037515APC – (937734), 4-5-2016, Rel. Des. J. J. Costa Carvalho).

“Direito processual e civil – Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo – **Interdição** – **Curatela** – Antecipação de tutela em ação de remoção e substituição de curadora – Concessão da liminar – Encargo exercido por pessoa estranha à ordem legal de preferência – Possibilidade – 1 – Cumpre ao Judiciário zelar pelo bem-estar do interditando, de forma que, nos processos de curatela o interesse da pessoa protegida deve prevalecer sobre o das demais partes envolvidas. 2 – A ordem estabelecida no art. 1.774 e seguintes, do CC, não tem caráter absoluto, pois são preceitos que cedem diante de situações de razoabilidade e conveniência. 3 – Recurso conhecido e provido” (TJCE – AgRg 3446-23.2010.8.06.0000/1, 23-1-2012, Rel. Rômulo Moreira de Deus).

“**Interdição** – Decisão que reconhece a incapacidade absoluta do interditando, nomeando a esposa como curadora provisória –

Inconformismo da autora, filha do interditando – Desacolhimento – Proximidade da audiência de instrução e julgamento – Suposta dilapidação do patrimônio do interdito pela curadora provisória – Não comprovação – Observância da ordem legal das pessoas aptas a exercer a curatela (art. 1.775 do Código Civil) – Decisão mantida – Recurso desprovido” (TJSP – Acórdão Agravo de Instrumento 990.10.214860-2, 15-6-2010, Rel. Des. Grava Brazil).

3 “Agravo de instrumento. **Ação de remoção de curador.** Acordo firmado entre as partes, com homologação judicial. – Apelo intentado pelos agravantes, que não tomaram parte na relação processual. Inadmissibilidade. Alegação de que o acordo prejudica os interesses do curatelado. Prejuízo, no entanto, que deve alcançar diretamente os apelantes. Falta de interesse jurídico dos agravantes para o manejo da apelação bem reconhecida. Decisão mantida. Agravo improvido, revogado o efeito suspensivo” (TJSP – AI 0276530-47.2012.8.26.0000, 26-4-2013, Rel. Donegá Morandini).

4 “Civil – Processo Civil – **Ação de interdição** – Transtorno afetivo bipolar e mental – Comprovação de incapacidade parcial – Patologia Controlada – Capacidade gestão atos cotidianos e remuneração – 1- Nos casos de curatela deve-se sempre considerar a excepcionalidade da medida, bem como a necessidade de preservação da esfera personalíssima do interditado, conforme suas capacidades atestadas. 2- O ajuste dos limites da curatela às condições pessoais do interditado mostra-se possível e, acima de tudo, recomendável. Desta forma, como restou comprovado que a apelante, apesar de não possuir discernimento para a prática de alguns atos da vida civil, possui plena possibilidade de gestão de sua própria remuneração, no que tange aos atos cotidianos, impõe-se a reforma da r. sentença apenas nesse ponto. 3- Apelação conhecida e provida” (TJDFT – Proc. 20140510102588 – (926771), 17-3-2016, Relª Desª Ana Maria Duarte Amarante Brito).

“Processo civil – Civil – Apelação – **Ação de interdição e curatela** – Ação de remoção e substituição de curador – Julgamento simultâneo – Incompetência relativa do juízo – Preclusão consumativa do ato – Preliminar afastada – Legitimidade para exercer o múnus de curador – Vínculo de parentesco – Desnecessidade – Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada – Princípio da imediação – Valorização da atuação do magistrado de primeiro grau – Recurso conhecido e desprovido – 1 – A controvérsia devolvida remete a sentença que julgou, simultaneamente, ação de interdição e curatela e ação de remoção e substituição de curador. 2 – ‘Em se tratando de hipótese de competência relativa, o art. 87 do CPC institui, com a finalidade de proteger a parte, a regra da estabilização da competência (*perpetuatio jurisdictionis*), evitando-se, assim, a alteração do lugar do processo, toda a vez que houver modificações supervenientes do estado de fato ou de direito’ (CC 109840/PE, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Segunda Seção, julgado em 9-2-2011, DJe 16-2-2011). No caso, o demandado apresentou contestação (fls. 195/203), sem que fosse oposta a exceção, não podendo esta ser ofertada neste momento processual, em razão da preclusão consumativa para a prática do ato. Não houve, ademais, qualquer prejuízo para o curatelado. Preliminar de incompetência do Juízo rejeitada. 3 – ‘A nomeação de curador é ato privativo do juiz, independentemente de pedido ou de indicação de pessoa específica, nos termos do art. 1.775, § 3º, do Código Civil, máxime quando inexistente cônjuge, ascendente ou descendente, como no caso dos autos’ (trecho da sentença impugnada). Importa analisar qual a pessoa mais adequada para assumir tal papel, sempre visando ao resguardo dos interesses do curatelado, não sendo necessária a existência de vínculo de parentesco. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 4 – No caso, há diversas provas no sentido de que o interditado sofria os mais diversos tipos de agressões de seu antigo curador, e, por outro lado, sentia-se bem tratado pelo Senhor F.I.M. (autor da ação de remoção e substituição de curador) e sua esposa, manifestando o interesse de permanecer na residência do casal. Não foi apresentado, por outro lado, qualquer elemento que infirme a capacidade do autor de desempenhar adequadamente o múnus que lhe foi imputado. 5 – Conforme parecer emitido por médico psiquiatra, o interditado, mesmo apresentando déficit intelectual leve, tem capacidade parcial para gerir a própria vida. Deve, portanto, ser valorizada e priorizada a sua opinião sobre quem deva assisti-lo. 6 – Merece relevo, na abordagem da matéria em tablado, a atuação do magistrado de primeiro grau, uma vez que a este é oportunizado o contato direto com a parte, com a possibilidade de captar diretamente a aparência da verdade. Desponta, na espécie, a relevância do princípio da imediação, contido na disposição do art. 446, II do CPC. 7 – Recurso conhecido e desprovido” (TJCE – Acórdão 0000040-22.2010.8.06.0120, 11-9-2012, Relª Vera Lúcia Correia Lima).

AUSÊNCIA

21.1 INTRODUÇÃO

Essa matéria foi introdutoriamente tratada em nosso v. 1 (Capítulo 10). Ali expusemos que o Código de 1916 incluía os ausentes como absolutamente incapazes. O atual Código exclui essa modalidade de incapacidade, tratando a ausência de forma autônoma, na parte geral (arts. 22 ss). Em que pese essa topologia, a problemática da ausência afeta diretamente o direito de família, razão pela qual volvemos à matéria nesta oportunidade.

A problemática do desaparecimento de uma pessoa, afora as implicações sociológicas e afetivas, impõe que o Estado defina uma forma de serem administrados seus bens. Desse modo, sob o prisma jurídico, o instituto interessa, quando o ausente deixou bens, sem alguém para por eles zelar. Cumpre ao Estado proteger os bens em prol dos herdeiros e da própria sociedade. É verdade que, na maioria dos casos, as pessoas que desaparecem não possuem fortuna, o que faz desaparecer o interesse dos herdeiros pelo processo de ausência. Sob dois prismas deve ser visto o fenômeno: a pessoa ainda pode estar viva, devendo seu patrimônio ser preservado para quando de seu retorno ou, já estando falecida, a preservação será feita em benefício dos herdeiros. Como percebemos, a matéria afeta tanto o direito de família como o direito hereditário. O direito processual regula também parte considerável do fenômeno. Aliás, vários dispositivos do Código Civil sobre o tema foram absorvidos e regulados pelo CPC.

Há situações que se assemelham à ausência, mas tecnicamente com esta não se confundem. O simples abandono da coisa pelo dono é figura que denota extinção da propriedade, mas não caracteriza ausência.

O interesse prático pelo instituto da ausência recrudesce em países envolvidos em guerras ou revoluções. Muitos foram os desaparecidos no passado não muito remoto neste país, em época de governo autoritário. A situação tem a ver com a problemática da morte presumida, vista como exceção em nosso ordenamento, hoje como possibilidade expressa no art. 7º, do presente Código, ao lado da ausência.

Em princípio, no direito brasileiro, no sistema de 1916, não existia morte presumida. Veja o que expusemos em nosso v. 1 (seção 10.9). A esse propósito, situação especial foi criada pela Lei nº 9.140/95, que reconhece como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas que elenca, além de outras que possam ser reconhecidas por Comissão Especial, que estejam desaparecidas em razão de participação política, ou acusação de participação, no período entre 2 de setembro de 1961 e 15 de

agosto de 1979, em seguida à detenção por agentes oficiais da repressão. O cônjuge, companheiro ou companheira, descendente, ascendente ou colateral até quarto grau poderá requerer ao oficial do registro civil de seu domicílio a lavratura do assento de óbito, permitindo-se, em caso de dúvida, justificação judicial. Nesses casos, a lei permite que se abra imediatamente a sucessão definitiva, com transmissão de bens aos herdeiros, sem que ocorram as fases prévias da curadoria do ausente e da sucessão provisória, ora sob exame.¹

A Lei dos Registros Públicos também traz hipótese que se aproxima da morte presumida, no art. 88, afirmando que os juízes poderão admitir justificação para lavratura do assento de óbito de pessoas desaparecidas em sinistros ou catástrofes, provada a presença delas nos locais sinistrados e a impossibilidade de se encontrar os cadáveres.²

Não há notícia da existência do instituto no Direito Romano, embora fosse conhecida a *cura bonorum absentis* (Monteiro, 1996:336). A ausência chegou a nosso direito por intermédio das Ordenações do Reino, decorrente do direito da Idade Média.

O conceito vulgar de ausente, isto é, não presente em determinado lugar, não é o mesmo da conotação jurídica. Sob o prisma legal, ausente é quem desaparece de seu domicílio, sem que dele se tenha notícia. Nosso ordenamento, durante a vigência do Código de 1916, o considerou incapaz, o que era uma distorção injustificável do conceito: ele é incapaz, porque ausente no local em que não se encontra, mas é perfeitamente capaz onde se encontra e lá pode validamente praticar atos da vida civil. A situação é, sem dúvida, singular. Para que se configure a ausência, três são os requisitos que devem estar presentes: *não presença, falta de notícias e decisão judicial*.

O Código Civil estabelece três fases. Primeiramente, configura-se a *curadoria do ausente*, que tem por finalidade a conservação de seus bens e a preservação de seus interesses. O curador limita-se a atos de administração. Em seguida, a preocupação da lei dirige-se aos sucessores do ausente, atribuindo-lhes certos direitos com cunho de provisoriedade, abrindo-se a *sucessão provisória*. Posteriormente, após certo prazo do trânsito em julgado da sentença que decreta a sucessão provisória, abre-se a *sucessão definitiva*.

21.2 CURADORIA DO AUSENTE

A curadoria do ausente pressupõe um estado transitório, que pode cessar a qualquer momento, com o retorno do ausente ou a confirmação de sua morte.

O art. 22 do Código Civil dá os contornos da ausência, ao fixar a curadoria de ausentes:

“Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio, sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador”.

Pela dicção legal, há necessidade de se provar: o desaparecimento de uma pessoa de seu domicílio, a existência de bens de sua propriedade em abandono, a falta de notícias de seu paradeiro, a falta de um representante ou procurador para administrar os bens, a recusa ou impossibilidade destes em exercer a respectiva administração.

A preocupação é não permitir que o patrimônio do desaparecido fique acéfalo e sofra deterioração. Portanto, havendo um administrador ou procurador com poderes de administração, não há necessidade de instituição de curadoria. Pode ocorrer que esse administrador ou mandatário não queira ou não possa empreender a administração; nesse caso, também se nomeará curador ao ausente (art. 23).

Tomando conhecimento da ausência, o juiz mandará arrecadar os bens do ausente, nomeando curador. Segundo decorre do art. 22, qualquer interessado e o Ministério Público terão legitimidade para comunicar ao juiz o desaparecimento da pessoa e pedir a arrecadação de bens. A teor dos arts. 744 e 738 do CPC, se o juiz souber da existência do desaparecimento nas condições da lei, poderá tomar a iniciativa de instaurar, por portaria, o procedimento de curatela do ausente ou representar ao Ministério Público para que o requeira, se ninguém tomar essa iniciativa. Cuida-se de uma das poucas possibilidades no ordenamento em que o juiz pode proceder de ofício. O procedimento para arrecadação dos bens segue as regras da herança jacente. Ao iniciar o procedimento, o juiz deverá ir até o local em que estiverem os bens para proceder à arrecadação, lavrando termo com descrição minuciosa. Os bens móveis e os perecíveis serão recolhidos. Não podendo comparecer pessoalmente, poderá requisitar o auxílio da autoridade policial. Durante a arrecadação, buscará informações com vizinhos, parentes e pessoas do relacionamento com o desaparecido.

Cabe ao juiz estabelecer os limites de atuação desse curador, ao nomeá-lo, fixando-lhe os poderes, aplicando-se, no que for possível, as disposições a respeito da tutela e da curatela (art. 24). Também são aplicáveis, no instituto, por analogia, as disposições sobre herança jacente, como aliás mencionava o art. 468, do antigo Código. Verificamos, portanto, que a matéria vem disciplinada de forma dispersa, pois nela há a interpenetração de vários institutos jurídicos.

A nomeação da curatela do ausente pode ocorrer mesmo na falta de bens administráveis, podendo restringir-se somente à percepção de benefícios previdenciários.

A curatela dos bens do ausente perdura, em princípio, por um ano, período no qual o magistrado determinará a publicação de editais, de dois em dois meses, convocando o ausente para reaparecer e retomar a posse de seus haveres (art. 745 do CPC). A curadoria cessará com o comparecimento do ausente, de seu procurador ou de quem o represente, com a certeza de sua morte ou com a abertura da sucessão provisória. De acordo com o art. 745, § 1º, do CPC, passado um ano da publicação do primeiro edital, sem que se saiba do ausente ou de algum representante, os interessados poderão requerer a abertura da sucessão provisória, cessando essa curatela. O citado prazo de um ano conta-se sempre da primeira publicação, ainda que as demais tenham suplantado os prazos de dois meses

(STJ – 3ª T., RE 21.096-7, SP, Rel. Dias Trindade).

Como administrador de bens alheios, o curador deverá prestar contas, sujeitando-se à apresentação de balanço anual e contas finais, semelhantemente à tutela e curatela. Essa curadoria, como notamos, fica restrita tão somente à administração dos bens.

De acordo com o art. 25, o cônjuge do ausente, se não estiver separado judicialmente, ou de fato por mais de dois anos antes da declaração de ausência, será o legítimo curador. É também aplicável o que afirmamos nos capítulos anteriores a respeito dos companheiros na união estável. Com a nova ordem constitucional, que reconhece a união estável, e a legislação que a regulamentou, o companheiro ou companheira também deverá ser considerado curador legítimo do ausente, não sendo admissível essa omissão do vigente diploma.

Lembre-se de que as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96, principalmente esta última, no art. 5º, regularam os direitos dos companheiros, garantidos pela Constituição de 1998 no art. 226, § 3º, determinando o condomínio dos bens comuns, em partes iguais, equiparando-se ao regime da comunhão parcial. O mesmo princípio é repetido pelo mais recente Código, no art. 1.725.

Na ausência de cônjuge ou companheiro, a nomeação deve recair sobre os pais ou descendentes, nesta ordem, desde que não exista impedimento que os iniba de exercer o cargo (art. 25, § 1º). Entre os descendentes, os mais próximos precedem os mais remotos. Suprimiu-se dispositivo do Código anterior que preferia os varões às mulheres, se do mesmo grau. Como na tutela e curatela, essa ordem não é inflexível; motivos de oportunidade e conveniência podem fazer com que o juiz não a obedeça. Não se distinguem também entre os descendentes provenientes ou não do casamento dos pais. Os impedimentos para exercer a tutela são, em princípio, aplicáveis integralmente à curadoria do ausente (art. 1.735). Também as garantias da curadoria podem ser amenizadas, de acordo com o corrente código. O encargo deve ser remunerado com a gratificação acenada no art. 1.752, que se refere à tutela. Na falta das pessoas mencionadas, o juiz nomeará um curador dativo (art. 25, § 3º).

A curatela do ausente, instituto de direito material, não se confunde com a curadoria especial no processo, quando, entre outros casos, o demandado é revel, citado por edital ou por hora certa, por não ter sido encontrado (art. 72 do CPC). Nessas situações, a curadoria limita-se exclusivamente ao plano processual e ao processo em que foi promovida.

21.3 SUCESSÃO PROVISÓRIA

Como acentuamos, o novel Código disciplina também a sucessão provisória e a sucessão definitiva na parte geral (arts. 26 ss), o que não se nos afigura a melhor solução, pois a matéria é pertinente ao direito das sucessões.

O art. 1.163 do CPC anterior alterara o art. 469 do Código Civil de 1916: passado um ano da publicação do primeiro edital, nas condições referidas, os interessados poderão requerer que se abra a sucessão provisória. O art. 26 do atual diploma, por sua vez, dispõe:

“Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão”.

O art. 27 considera *interessados* somente:

“I – o cônjuge não separado judicialmente;

II – os herdeiros presumidos, legítimos e os testamentários;

III – os que tiverem sobre os bens do ausente direito dependente de condição de morte;

IV – os credores de obrigações vencidas e não pagas”.

Esses interessados, como notamos, têm interesse patrimonial na abertura da sucessão provisória.³ O companheiro ou companheira, ligado por união estável com o ausente, também é inexoravelmente parte legítima para requerer a abertura da sucessão. Quanto à hipótese do item III, estarão nessa situação, entre outros, por exemplo, os legatários, cujo direito sucessório está subordinado à condição de morte e os nus-proprietários de bem usufruído pelo desaparecido.

Ao ser requerida a abertura da sucessão provisória, o interessado pedirá a citação pessoal dos herdeiros presentes e do curador e, por editais, a dos ausentes, para oferecerem habilitação (art. 745, § 2º, do CPC).

O sucessor provisório já é tratado como herdeiro, ainda que em situação precária e transitória. Trata-se, porém, de um herdeiro presuntivo, pois não ingressa definitivamente na titularidade do patrimônio do ausente. Como possuidor, cabem-lhe legalmente os frutos e rendimentos dos bens, se o sucessor for o cônjuge, descendente ou ascendente. Se a sucessão for deferida a outros herdeiros, terão apenas direito à metade das rendas; a outra metade será poupada para o ausente, na hipótese de seu retorno. Esses rendimentos deverão ser capitalizados pelos herdeiros (art. 33).

A venda de imóveis é proibida durante a sucessão provisória, exceto em caso de desapropriação ou por ordem judicial, para evitar-lhes a ruína, (art. 31). O curador deve provar a conveniência ou necessidade de sua alienação, processando-se a devida avaliação e determinando-se a venda em hasta pública, se assim for conveniente. O valor será depositado em banco oficial, para rendimento, ou aplicado na aquisição de outro imóvel. Sempre haverá a participação do Ministério Público, sob pena de nulidade.

O legislador é cauteloso, pois concede longo prazo para que o ausente reapareça. O art. 28 estabelece que a sentença que decretar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias após sua publicação pela imprensa. Desse modo, a prescrição, por exemplo, não corre nesse período de suspensão.

De outro lado, logo que transite em julgado, se procederá à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e à partilha, como se o ausente fosse falecido (art. 28). A partir desse trânsito em

julgado, a figura do curador do ausente é substituída pela do inventariante. Essa sentença deve ser averbada no Registro Civil de Pessoas Naturais (art. 104, parágrafo único, da LRP). Se não aparecer nenhum herdeiro, a herança será considerada jacente. A jacência da herança é uma situação transitória para a herança vacante, ponte de transferência dos bens do monte-mor ao Estado, na ausência de outro herdeiro. Veja o que escrevemos a respeito em nossa obra sobre *Direito civil: sucessões* (Capítulo 5).

Como a situação dos herdeiros imitidos na posse dos bens não é definitiva, deviam prestar caução de os restituir segundo o art. 1.166 do CPC de 1973. O dispositivo não é repetido no CPC de 2015. Entende-se, então, que a caução só deve ser prestada se algum interessado colocar em dúvida a solvência dos herdeiros imitidos na posse. Entretanto, o art. 30 do Código Civil reporta-se às garantias de restituição, pignoratícias ou hipotecárias, equivalentes aos respectivos quinhões. O § 1º desse artigo afirma que quem não puder prestar a garantia não entrará na posse provisória, devendo seu quinhão ficar sob a administração de curador ou de outro herdeiro que preste a garantia. O § 2º acrescenta, contudo, que os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente.

Como o estatuto processual, diferentemente do Código Civil, não especifica a modalidade de caução, há que se admitir também a garantia fidejussória. O herdeiro que não puder ingressar na posse provisória, nesses termos, poderá requerer que lhe seja entregue metade dos rendimentos de seu quinhão hereditário (art. 34). Nem sempre a solução será possível no caso concreto.

Nessa sucessão provisória, como vimos, uma vez provada a morte, abre-se imediatamente a sucessão definitiva. Se reaparecer o ausente, restabelece-se sua plena capacidade, assumindo a posse, propriedade e administração dos bens.

Se, por outro lado, vier a ser conhecida a data exata da morte do ausente durante o procedimento, considera-se aberta a sucessão nessa data (art. 35). Essa determinação é importante, pois o momento da morte estabelece a condição jurídica de herdeiro.

21.4 SUCESSÃO DEFINITIVA

A fase de sucessão definitiva constitui o terceiro e último momento de toda a estrutura processual que se inicia com a ausência.

Com o comparecimento do ausente, é evidente que cessa a sucessão provisória e ele reassume seu patrimônio.

Dez anos depois de passada em julgado a sentença que concede a abertura da sucessão provisória, os interessados poderão requerer a sucessão definitiva e o levantamento das cauções prestadas (art. 37). Pode ser requerida a sucessão definitiva, também, provando-se que o ausente conta com 80 anos de idade, e que de cinco datam as últimas notícias dele (art. 38). Nessas

situações, o prognóstico de retorno do desaparecido é reduzido.

No entanto, ainda que decretada a sucessão definitiva, o art. 39 acrescenta:

“Regressando o ausente nos dez anos seguintes à abertura da sucessão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquele ou estes haverão só os bens existentes no estado em que se acharem, os sub-rogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos bens alienados depois daquele tempo”.

Trata-se, portanto, de uma sucessão quase definitiva. Notamos, destarte, que não obstante a abertura da sucessão definitiva, ainda se aguarda o reaparecimento do titular nos 10 anos seguintes. Até que se consolidem definitivamente os bens da herança na propriedade dos herdeiros, esta é propriedade resolúvel. Os direitos de terceiros, porém, são resguardados, não se desfazendo as aquisições realizadas.

A transformação da sucessão provisória em definitiva não é automática. Os interessados deverão formalizar pedido, comprovando uma das hipóteses legais ensejadoras da sucessão definitiva. De outro lado, há que se prestar contas da gestão na sucessão provisória, com a conservação dos bens recebidos.

Se nenhum interessado promover a sucessão definitiva, porém, aplica-se o parágrafo único do art. 39:

“Se, nos dez anos a que se refere este artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a sucessão definitiva, os bens arrecadados passarão ao domínio do Município ou do Distrito Federal, se localizados nas respectivas circunscrições, incorporando-se ao domínio da União, quando situados em território federal”.

Originalmente, no Código de 1916, os bens eram atribuídos ao Estado ou ao Distrito Federal, se o ausente era domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se o era em território ainda não constituído em Estado.

21.5 CONSEQUÊNCIAS PARA O DIREITO DE FAMÍLIA

Se o ausente deixar filhos menores, e o seu cônjuge houver falecido, ou não tiver direito ao exercício do poder familiar, proceder-se-á com esses filhos como se fossem órfãos de pai e mãe, como consequência lógica (art. 1.728). Portanto, os infantes devem ser colocados sob tutela. O tutor poderá ser também o curador do ausente.

Por mais prolongada que fosse a ausência, nosso direito não a fazia equivaler à morte, senão para efeitos patrimoniais. Desse modo, o cônjuge presente não podia contrair novas núpcias, a não

ser que obtivesse o divórcio, sucessivo à separação judicial já extinta do nosso direito, em ação movida contra o ausente, podendo ser alegada a ruptura da vida comum. Impossibilitam-se a separação e o divórcio consensuais, em razão da ausência do cônjuge para a conciliação e concordância com o pedido, que são essenciais.

Contudo, como analisamos em nosso v. 1 (capítulo 10), teremos doravante a possibilidade de decretação da morte presumida por sentença, sem decretação de ausência (art. 7º). Há questões que podem afetar diretamente a família com o regresso daquele declarado morto. Serão situações que passam agora a preocupar o doutrinador e, certamente, no futuro, serão trazidas aos tribunais. As doutrinas e soluções do direito comparado nos auxiliarão no deslinde, algumas delas já apontadas por nós na obra citada.

¹ “Apelação – Direito civil e processo civil – ação de obrigação de fazer – **Curadoria especial de ausentes** – Citação Ficta – Excepcionalidade – Esgotamento de todos os meios necessários para a localização da parte ré – 1 – De rigor, a citação por edital, por ser ficta, somente é cabível em situações excepcionais, depois de esgotadas as possibilidades de obter o paradeiro da parte ré. 2 – A falta de citação válida constitui grave ofensa ao contraditório, princípio fundamental do direito processual – Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal – Gerando, por conseguinte, nulidade absoluta do processo, a qual pode ser reconhecida inclusive de ofício em qualquer grau de jurisdição. 3- Recurso conhecido. Preliminar acolhida. Sentença tornada sem efeito” (*TJDFT* – Proc. 20140310093459APC – (953401), 13-7-2016, Relª Ana Cantarino).

“Ação de despejo – Citação por hora certa – Contestação pela **curadoria dos ausentes** – Inexistência de revelia – Locação – Contrato verbal – Inadimplemento – Acervo probatório consistente – Pagamento dos alugueres e despesas ordinárias – Exclusão dos impostos – Ausência de cláusula expressa – Recurso desprovido – 1 – Sendo a parte citada por hora certa e sua defesa por negativa geral ofertada pela curadoria dos ausentes, descabe a imposição de revelia. 2 – Comprovados a existência do contrato verbal de locação e o inadimplemento deste, impõe-se o acolhimento do pedido de rescisão contratual, despejo e de pagamento dos alugueres e despesas ordinárias até a data de desocupação do imóvel. 3 – Não havendo cláusula expressa no contrato de locação acerca da responsabilidade pelo pagamento dos impostos incidentes sobre o bem, devem os tributos serem suportados pelo locador, nos termos do artigo 22, inciso VIII da Lei nº 8.245/91. 4 – Recurso desprovido” (*TJDFT* – Proc. 20120111916272 (805570), 4-8-2014, Rel. Des. Antoninho Lopes).

“Direito civil e processual civil – **Declaratória de ausência** – Curadoria dos bens do ausente – Comprovação de propriedade em nome do desaparecido – Desnecessidade – Inexistência de bens deixados pelo ausente – Com a morte do filho do ausente sem herdeiros sobreveio bens a administrar – Metade da indenização do DPVAT – Juiz a quo julgou pela improcedência nos termos do art. 267, VI do CPC – Apelo provido – sentença desconstituída – retorno dos autos – 1 – No instituto da ausência, em primeiro momento, deve-se resguardar os interesses do ausente, que pode reaparecer e retomar sua vida, para, após as cautelas legalmente previstas, tutelar os direitos de seus herdeiros, porquanto menos remota a possibilidade de efetivamente ter ocorrido a morte do desaparecido. 2 – Se o ausente deixa interessados em condições de sucedê-lo, em direitos e obrigações, ainda que os bens por ele deixados sejam, a princípio, não arrecadáveis, há viabilidade de se utilizar o procedimento que objetiva a declaração de ausência. 3 – Verificando a inexistência de bens arrecadáveis do ausente, é viável o pleito de declaração de ausência para proteger interesses dos herdeiros daquele que desapareceu de seu domicílio. 4 – *In casu*, apesar do ausente não ter bens a serem arrecadados, ocorre que, quando o filho do ausente veio a falecer, vítima de acidente de trânsito, e a autora/mãe do *de cujus* ficou impossibilitada de receber a indenização do seguro DPVAT por completo, sobreviera a necessidade de declarar a ausência do promovido, pai do citado falecido. 5 – Com a morte do filho, sucedeu-se imprevistamente a administração patrimonial, ante o surgimento da indenização do seguro DPVAT a receber. Recurso de Apelação conhecido e provido, sentença anulada, para retornar à comarca de origem com o fim de dar prosseguimento na instrução processual. Acorda a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em

juízo de turma, por unanimidade, em conhecer do recurso de apelação interposto e dar-lhe provimento, para desconstituir a sentença de mérito, devolvendo os autos à comarca de origem com o fim de dar prosseguimento na instrução processual” (TJCE – Acórdão 0001369-55.2010.8.06.0157, 19-4-2012, Rel. Francisco Suenon Bastos Mota).

2 “Apelação cível – Direito processual civil – Ação de obrigação de fazer – Citação por edital – Réu Revel – Curadoria de ausentes – Defensoria Pública – Gratuidade de justiça *ex officio* – Impossibilidade – 1 – Ao réu citado por edital que não comparecer ao processo será nomeado curador especial para defesa de seus interesses, conforme determinação do art. 9º, II, do Código de Processo Civil. 2 – A nomeação da Defensoria Pública como curadora especial do ausente não gera presunção de hipossuficiência de recursos do réu revel, uma vez que a representação decorre da ausência e não da situação econômica da parte. 3- É defeso ao juiz, de ofício, conceder o benefício de gratuidade da justiça, uma vez que a escassez de recursos da parte não se presume, devendo ser alegada e comprovada, sob o argumento de que o pagamento de custas e honorários prejudicarão seu sustento ou de sua família, à inteligência do art. 4º da Lei nº 1.060/1950. 4. Apelação conhecida e provida” (TJDFT – AC 20131210039790APC – (916695), 3-2-2016, Relª Simone Lucindo).

“**Ausência.** Sucessão provisória. Imissão na posse dos bens do ausente. Cônjuge. Os ascendentes, os descendentes e o cônjuge, uma vez provada a sua qualidade de herdeiros, poderão, independentemente de garantia, entrar na posse dos bens do ausente (art. 30, § 2º, do CC). Recurso provido para dispensar a exigência de garantia ao cônjuge para imissão na posse dos bens do ausente” (TJSP – AI 0043212-23.2013.8.26.0000, 9-5-2013, Rel. Carlos Alberto Garbi).

“Conflito de competência – **Pedido de declaração de morte presumida c/c reconhecimento de direito sucessório** – Competência da vara da família afastada – Consoante art. 60 da LC 59/2001/MG, compete a Juiz de Vara de Família processar e julgar apenas as causas relativas ao estado das pessoas e ao Direito de Família, não sendo de sua competência outras questões referentes ao direito sucessório e cível” (TJMG – CC 1.0000.11.033759-9/000, 10-2-2012, Relª Vanessa Verdolim Hudson Andrade).

3 “Declaração de ausência – Abertura da sucessão provisória – Apelação da ré, através do curador especial – Apelação por negativa geral – Impossibilidade – A regra do art. 302, parágrafo único, CPC/1973 não se aplica às razões de apelação. Inobservância aos requisitos do art. 514, II, CPC/1973. Recurso não conhecido” (TJSP – Ap 0003209-86.2012.8.26.0541, 9-6-2016, Rel. Alexandre Lazzarini).

“Agravado de instrumento – Inventário – Agravantes que comunicaram ao juízo *a quo*, no tríduo legal, a interposição do recurso em conformidade com o art. 526 do CPC. Embargos de declaração recebidos como pedido de reconsideração. Intempestividade. Inexistência de interrupção do prazo para a interposição do recurso cabível quanto à decisão que manteve o pronunciamento anteriormente deferido. Tempestividade do recurso no que toca o aditamento da decisão. Sucessão provisória. Preservação do patrimônio do ausente. Herdeiros que devem tomar todas as medidas assecuratórias até a efetiva entrega dos bens. Validade da cessão dos direitos hereditários do ausente condicionados ao depósito dos valores objetos da cessão. Recurso parcialmente conhecido e desprovido” (TJSC – AI 2014.055862-1, 24-8-2015, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo).

“Recurso especial – Civil e processual civil – Seguro de vida – Declaração de ausência da segurada – **Abertura de sucessão provisória** – Pagamento da indenização – Necessidade de se aguardar a abertura da sucessão definitiva, quando será presumida a morte da pessoa natural – 1 – O instituto da ausência e o procedimento para o seu reconhecimento revelam um iter que se inaugura com a declaração, perpassa pela abertura da sucessão provisória e se desenvolve até que o decênio contado da declaração da morte presumida se implemente. 2 – Transcorrido o interregno de um decênio, contado do trânsito em julgado da decisão que determinou a abertura da sucessão provisória, atinge sua plena eficácia a declaração de ausência, consubstanciada na morte presumida do ausente e na abertura da sua sucessão definitiva. 3 – A lei, fulcrada no que normalmente acontece, ou seja, no fato de que as pessoas, no trato diário de suas relações, não desaparecem intencionalmente sem deixar rastros, elegeu o tempo como elemento a solucionar o dilema, presumindo, em face do longo transcurso do tempo, a probabilidade da ocorrência da morte do ausente. 4 – Estabelecida pela Lei a presunção da morte natural da pessoa desaparecida, é o contrato de SEGURO de vida alcançado por esse reconhecimento, impondo-se apenas que se aguarde pelo momento da morte presumida e a abertura da sucessão definitiva. 5 – Recurso especial a que se nega seguimento” (STJ – REsp 1.298.963 (2011/0303963-1), 25-2-2014, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino).

“**Ação declaratória de morte presumida.** Declaração de ausência já transitada em julgado há anos. Fase da curadoria. Hipótese na qual, entretanto, não houve a subsequente e necessária fase de sucessão provisória. Autora que busca, na realidade, a concessão de benefício previdenciário. Possibilidade de ajuizamento de ação contra o INSS na Justiça Federal. Recurso desprovido, alterado o

fundamento da sentença, para extinguir a ação sem resolução do mérito” (TJSP – Ap. 0003678-20.2007.8.26.0150, 14-12-2013, Rel. Milton Carvalho).

“Agravo de instrumento. Execução de título extrajudicial. Habilitação dos herdeiros de dois dos executados falecidos. Primeiro executado sucessão disciplinada em sentença proferida em ação autônoma de habilitação impossibilidade de nova discussão. Preclusão *pro judicato* (CPC, art. 471). Segundo executado inexistência de abertura de inventário representação do espólio pela cônjuge supérstite, na condição de administradora provisória. Art. 1.797, inc. I, do Código Civil e 985, do Código de Processo Civil. Decisão reformada recurso provido” (TJPR – AI 0847228-4, 25-6-2012, Rel. Des. Renato Naves Barcellos).

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio*. 5. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. 10. ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- ASSIS, Araken de. *Da execução de alimentos e prisão do devedor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.
- BARBOZA, Heloísa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo. *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BELLUSCIO, Augusto César. *Manual de derecho de familia*. 5. ed. Buenos Aires: Depalma, 1987. v. 2.
- BENKAUSS, Omar Gama. *A adoção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1993.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do Brasil comentado*. 5. ed. São Paulo: Francisco Alves, 1937.
- BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Alimentos*. 4. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1979.
- _____. *Concubinato*. 3. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1985.
- BOMFIM, Edson Rocha. *A ação de alimentos no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil: familia*. Buenos Aires: Abeledo--Perrot, 1993. v. 1.
- BORGHI, Hélio. *Da renúncia e da ausência no direito sucessório*. São Paulo: Universitária de Direito, 1997.
- BOSSERT, Gustavo A.; ZANNONI, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*. 4. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- BOULANGER, François. *Droit civil de la familie*. 3. ed. Paris: Economica, 1997.
- BUENO, Ruth. *Regime jurídico da mulher casada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CAHALI, Francisco José. *Contrato de convivência na união estável*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Alimentos no Código Civil*. São Paulo: Saraiva,

2005.

- CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. v. 1.
- _____. _____. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. *Divórcio e separação*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- _____. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- CARBONNIER, Jean. *Droit civil 2: la familia*. 20. ed. Paris: Presses Universitaires, 1999.
- CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- CENEVIVA, Walter. *Anotações à legislação do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- CHAMOUN, Ebert. *Instituições de direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1997.
- CHAVES, Antônio. *Adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. *O concubinato*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COLIN, Ambroise; CAPITANT, H. *Cours élémentaire de droit civil français*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1934.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 9. ed. Lisboa: Almedina, 1958.
- COVELLO, Sérgio Carlos. *Ação de alimentos*. 4. ed. São Paulo: Leud, 1994.
- CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1996.
- DIAS, João Álvaro. *Procriação assistida e responsabilidade médica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DIAS, Maria Berenice. *União homossexual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- _____. *Manual de direito de família*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. ; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.
- ELIAS, Roberto João. *Pátrio poder*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Estabelecimento da filiação e paternidade presumida*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1992.
- _____. ; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 15.
- FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- GAUDEMET, Jean. *Institutions de l'antiquité*. Paris: Sirey, 1967.
- GIRARD, Paul Frédéric. *Manuel élémentaire de droit romain*. 5. ed. Paris: Arthur Rosseau, 1911.
- GOMES, Orlando. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- GRISARD FILHO, Wladyr. *Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GUIMARÃES, Giovane Serra Azul. *Adoção, tutela e guarda*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- JOHNSTON, David. *Roman law in context*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- LAZZARINI, Alexandre Alves. *A causa petendi nas ações de separação judicial e dissolução da união estável*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LEITE, Eduardo de Oliveira. *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LEITE, Heloísa Maria Daltro (Coord.). *O novo código civil do direito de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
- LIBERATTI, Wilson Donizetti. *Adoção internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. Rio: Forense, 2013.
- MARMITT, Arnaldo. *Adoção*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- MAY, Gaston. *Éléments de droit romain*. 18. ed. Paris: Sirey, 1932.
- MAYNZ, Charles. *Cours de droit romain*. 4. ed. Bruxelas: Boulant Christophe, 1889.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, 1998.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- OLIVEIRA, Euclides de. *União estável, do concubinato ao casamento*. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.
- OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. *A nova lei de investigação de paternidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999a.
- _____. *Alimentos no casamento e na união estável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999b.
- _____. *Guarda, tutela e adoção*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999c.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA FILHO, Bertoldo Mateus de. *Alimentos e investigação de paternidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- PAINI, Reynaldo José Castilho. *Reconhecimento de paternidade e união estável*. São Paulo: Saraiva, 1996.

- PEREIRA, Antonio Albegaria. *Dos filhos havidos fora do casamento*. São Paulo: Edipro, 1993.
- PEREIRA, Áurea Pimentel. *Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 5.
- _____. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- PEREIRA, Rodrigo. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 20.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de família e do menor*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1993.
- PESSOA, Claudia Grieco Tabosa. *Efeitos patrimoniais do concubinato*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- PETIT, Eugene. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatroz, 1970.
- PINTO, Juliana Mezzaroba Tomazoni de Almeida. *Síndrome da alienação parental: a implantação de falsas memórias em desrespeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6552>.
- PIZZOLANTE, Francisco E. O. Pires e Albuquerque. *União estável no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Atlas, 1999.
- QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade, aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos da personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1.
- ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *A igualdade dos cônjuges no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Direito de família*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. *O divórcio e a lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- SAMPAIO, Pedro. *Divórcio e separação judicial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SANTINI, José Raffaelli Santini. *Adoção, guarda*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SANTOS, Eduardo dos. *Direito da família*. Lisboa: Almedina, 1999.
- SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- SCARPARO, Mônica Sartori. *Fertilização assistida*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SILVA FILHO, Artur Marques da. *O regime jurídico da adoção estatutária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SOARES, Orlando. *União estável*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SZINICK, Valdir. *Adoção*. 3 ed. São Paulo: Leud, 1999.

- TALAVERA, Gilberto Moreno. *União civil entre pessoas do mesmo sexo*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o Direito Civil*. São Paulo: Método, 2015.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direitos de família e do menor*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRABUCCHI, Alberto. *Instituzioni di diritto civile*. 33. ed. Pádua: Cedam, 1992.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*. São Paulo: Método, 2008.
- VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. São paulo: Atlas, 2003. v. 17.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: Parte Geral*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 1.
- _____. *Direito civil: Obrigações e Responsabilidade Civil*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 2.
- _____. *Direito civil: Contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 3.
- _____. *Direito civil: Reais*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 4.
- _____. *Direito civil: Família*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 5.
- _____. *Direito civil: Sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Vol. 6.
- _____. *Direito Empresarial*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- VIANA, Marco Aurélio S. *Alimentos, ação de investigação de paternidade e maternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998a.
- _____. *Da guarda, da tutela e da adoção*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- _____. *Direito de família*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998b.
- WALD, Arnoldo. *Direito de família*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- WAMBIER, Teresa Arruda (Coord.). *Direito de família: aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 1995, 1996, 1999. 4 v.
- WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de familia*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1998.