ROLF **MADALENO**

MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA

De acordo com:

- **Prescrição intercorrente – Lei 14.195/2021**
- **Programa de cooperação Sinal Vermelho contra a violência doméstica – Lei 14.188/2021**
- **Realização do exame de DNA em parentes do suposto pai – Lei 14.138/2021**

4ª edição revista e atualizada

gen | Editora FORENSE

MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA

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

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

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

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

ROLF **MADALENO**

Advogado. Professor de Direito de Família e Sucessões na Pós-Graduação da PUC-RS. Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-RS. Diretor Nacional do IBDFAM. Membro da AIJUDEFA (Asociación Internacional de Juristas de Derecho de Familia).

www.rolfmadaleno.com.br

MANUAL DE DIREITO DE FAMÍLIA

4ª edição | revista e atualizada

gen | Editora FORENSE

- O autor deste livro e a editora empenharam seus melhores esforços para assegurar que as informações e os procedimentos apresentados no texto estejam em acordo com os padrões aceitos à época da publicação, e todos os dados foram atualizados pelo autor até a data de fechamento do livro. Entretanto, tendo em conta a evolução das ciências, as atualizações legislativas, as mudanças regulamentares governamentais e o constante fluxo de novas informações sobre os temas que constam do livro, recomendamos enfaticamente que os leitores consultem sempre outras fontes fidedignas, de modo a se certificarem de que as informações contidas no texto estão corretas e de que não houve alterações nas recomendações ou na legislação regulamentadora.

- Fechamento desta edição: *22.10.2021*

- O Autor e a editora se empenharam para citar adequadamente e dar o devido crédito a todos os detentores de direitos autorais de qualquer material utilizado neste livro, dispondo-se a possíveis acertos posteriores caso, inadvertida e involuntariamente, a identificação de algum deles tenha sido omitida.

- **Atendimento ao cliente: (11) 5080-0751 | faleconosco@grupogen.com.br**

- Direitos exclusivos para a língua portuguesa
Copyright © 2022 *by*
Editora Forense Ltda.
Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional
Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar
Rio de Janeiro – RJ – 20040-040
www.grupogen.com.br

- Reservados todos os direitos. É proibida a duplicação ou reprodução deste volume, no todo ou em parte, em quaisquer formas ou por quaisquer meios (eletrônico, mecânico, gravação, fotocópia, distribuição pela Internet ou outros), sem permissão, por escrito, da Editora Forense Ltda.

- Capa: Aurélio Corrêa

- Produção digital: Ozone

- **CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.**
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

M151m
Madaleno, Rolf

Manual de direito de família / Rolf Madaleno. – 4. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN 978-65-596-4247-2

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

21-73994 CDU: 347.6(81)

Camila Donis Hartmann – Bibliotecária – CRB-7/6472

Respeite o direito autoral

Dedico este *Manual de Direito de Família* ao meu sempre amigo e amado neto **Guilherme Carpes Madaleno Esteves**, para que ele cresça sabendo desde pequeno e desde a primeira edição deste livro que ele é muito amado pelo seu avô e por toda a sua família, do jeito como comanda o direito familista, no sentido de que toda convivência tem de ser plena, como plena tem sido a minha existência desde a existência dele, e estendo esse mesmo sentimento, fazendo idêntica

dedicação aos meus netos **Joaquim Madaleno Malhão**
e **Olívia Mabilde Madaleno**.

PRÓLOGO

Este é o resultado de um novo desafio ao qual me impus, com as naturais dificuldades, sempre presentes quando alguém se debruça para elaborar um livro, e com a responsabilidade de escrever, que confronta com a falta de tempo e de espaço quando se trata de uma proposta literária mais pragmática.

Esta obra é, portanto, enxuta, sem perda do seu conteúdo, que, por ser mais objetivo e delimitado, contrasta com a paixão pelo tema e que facilmente transborda nesse imensurável universo do Direito de Família. Sua proposta, entretanto, é a de preservar seus nítidos traços acadêmicos.

O *Manual de Direito de Família* é destinado à formação de estudantes que se iniciam no mundo do Direito das Famílias, mas não se descura do seu leitor habitual e já profissional do Direito e, em especial, do Direito de Família. Esse é o propósito deste *Manual*, agora apresentado como resumo do antecedente *Curso de Direito de Família* (atualmente, apenas *Direito de Família*), em sua 7ª edição, além de buscar manter o compromisso de traduzir a mais fiel interpretação desse sempre apaixonante ramo do Direito, visto como em um espelho que reflete as relações humanas e afetivas e os nossos vínculos de parentesco biológico e socioafetivo, cujos valores dão sentido diário à nossa existência em família.

Este *Manual de Direito de Família*, embora não guarde as características literárias de seu precedente *Curso de Direito de Família*, procura manter de forma mais pragmática a essência da obra original, cujo propósito sempre foi o de proporcionar o que existe de mais completo e atual no Direito familiar brasileiro.

Porto Alegre, verão de 2017.

APRESENTAÇÃO DA 4ª EDIÇÃO

Em tempos de pandemia, hábitos foram mudados, adaptações foram realizadas, interações tiveram espaço e exclusões não deixaram de ser experimentadas, mas, entre os habituais prós e contras, tem sido esta a maneira de o ser humano exercer seus relacionamentos, que foram sendo simplesmente adaptados às novas e nunca antes vivenciadas pelas atuais gerações com mais ou com menos tempo de vida, ladeado cada ser humano das suas experiências pessoais de vida e às quais o direito sempre se esforça em atender, mesmo porque é quase lugar-comum dizer que as famílias são a base da sociedade, que precisa ser protegida e minimamente organizada em seus direitos, sejam eles materiais ou existenciais, sigam vivendo as pessoas em família ou sem família, sejam elas construindo novos vínculos pessoais, e esse movimento que é dinâmico e fundamental para o equilíbrio das relações das pessoas este livro procura sempre acompanhar, como agora também o faz em sua quarta e festejada edição.

Porto Alegre, agosto de 2021.

APRESENTAÇÃO DA 3ª EDIÇÃO

Em novembro de 2018 me encontrava realizando a revisão do *Manual de Direito de Família*, de modo a viabilizar a sua segunda edição e, justamente um ano depois, inicio nova pesquisa para viabilizar o lançamento da sua terceira edição, assegurando a sua pontual revisão e atualização, para que siga e sempre, servindo como uma obra de referência e de ascendente aceitação.

Porto Alegre, fevereiro de 2020.

Rolf Madaleno

SUMÁRIO

Capítulo 1 – Introdução ao Direito de Família

1.1. O Direito de Família e o Código Civil

1.2. A organização jurídica da família

1.3. A diversidade familiar

1.3.1. A família matrimonial

1.3.2. A família informal

1.3.3. A família monoparental

1.3.4. A família anaparental

1.3.5. A família reconstituída

1.3.6. A família paralela

1.3.7. A união poliafetiva

1.3.8. A família natural

1.3.9. A família extensa ou ampliada

1.3.10. A família substituta

1.3.11. A família eudemonista

1.3.12. A família homoafetiva

1.4. Conceito de família

1.5. Entidade familiar, proteção do Estado e Direitos Humanos

1.6. Noção de Direito de Família
1.7. Conteúdo do Direito de Família
1.8. A dessacralização da família
1.9. A despatrimonialização do Direito de Família

Capítulo 2 – Direitos Fundamentais e Princípios de Direito de Família

2.1. Direitos fundamentais
2.2. Princípio da dignidade humana no Direito de Família
2.3. Princípio da igualdade
2.4. Princípio da autonomia privada
2.5. Princípio da liberdade
2.6. Princípio da solidariedade familiar
2.7. Princípio da monogamia
2.8. Princípio da diversidade familiar
2.9. Princípio da afetividade
2.10. Princípio da igualdade da filiação
2.11. Princípio da proteção da prole
2.12. Princípio da proteção do idoso
2.13. Princípio da proteção do jovem
2.14. Princípio da proteção da pessoa com deficiência

Capítulo 3 – Do Direito Pessoal – Do Casamento e sua Eficácia

3.1. Definição
3.2. Da gratuidade do casamento civil
3.3. Casamento religioso com efeito civil
3.4. Capacidade para o casamento
    3.4.1. Suprimento judicial de consentimento
3.5. Dos impedimentos matrimoniais
3.6. Das causas suspensivas

3.6.1. A Súmula 377 do STF
3.7. A habilitação para o casamento
3.8. Da celebração do casamento
3.8.1. Consentimento
3.8.2. O casamento em caso de moléstia grave e em iminente risco de vida
3.8.3. Casamento por procuração
3.9. Das provas do casamento
3.9.1. *In dubio pro matrimonio*
3.9.2. Casamento celebrado fora do Brasil
3.10. Da invalidade do casamento
3.10.1. Casamento inexistente
3.10.2. Casamento nulo
3.10.3. Casamento anulável
3.10.3.1. Das causas de anulação
3.10.3.2. Identidade, honra e boa fama
3.10.3.3. Ignorância de crime anterior ao casamento
3.10.3.4. Ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave
3.10.3.5. Coação
3.11. Prazos para a anulação do casamento
3.12. Do casamento putativo
3.12.1. Pressupostos da putatividade
3.12.2. Efeitos da putatividade
3.12.3. Efeitos em relação a terceiros
3.13. A separação de corpos na invalidade do casamento
3.13.1. A separação de corpos da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha
3.13.2. A separação de corpos consensual

3.13.3. A separação de fato
3.14. Da eficácia do casamento
3.15. Isonomia e patronímico
3.16. Planejamento familiar
3.17. Deveres dos cônjuges
3.18. Violação dos deveres conjugais
3.19. Dever de fidelidade recíproca
3.20. Vida em comum no domicílio conjugal
3.21. Dever de mútua assistência
3.22. Dever de sustento, guarda e educação dos filhos
3.23. Dever de respeito e consideração mútuos
3.24. A direção da sociedade conjugal
3.25. Contribuição conjunta das despesas do lar
3.26. Domicílio conjugal

Capítulo 4 – Divórcio

4.1. Divórcio e separação judicial
4.2. divórcio e partilha de bens
4.3. Divórcio consensual-judicial
4.4. Divórcio litigioso-judicial
4.4.1. A contestação no divórcio judicial
4.5. O divórcio extrajudicial da Lei 11.441/2007 e do CPC
4.6. A revogada exigência da prova da separação de fato por mínimos dois anos
4.7. Efeitos do divórcio
4.8. A partilha de bens
4.9. Da presença dos cônjuges no divórcio extrajudicial
4.10. O patronímico de casado no divórcio
4.11. Pluralidade de divórcios

4.12. O divórcio no Direito Internacional Privado

Capítulo 5 – Da Proteção da Pessoa dos Filhos

5.1. Da proteção da pessoa dos filhos
5.2. Conceito de guarda
5.3. A guarda na separação de fato e no divórcio judicial
5.4. Guarda compartilhada
5.4.1. A guarda compartilhada deveria pressupor consenso?
5.4.2. Imposição judicial da guarda compartilhada
5.4.3. Tempo de convívio equilibrado
5.4.4. Plano de parentalidade
5.4.5. Alimentos na guarda física compartilhada
5.4.6. A polêmica guarda compartilhada de animais de estimação
5.5. Direito e dever de convivência
5.6. A multa no direito e dever de convivência – *Astreintes*
5.7. O direito de visitas dos avós
5.8. A Alienação Parental (AP)
5.9. Síndrome das falsas memórias

Capítulo 6 – Das Relações de Parentesco

6.1. As relações familiares e o parentesco
6.2. Desenlaces parentais
6.3. Espécies de família e relações atuais
6.4. Conceito de relações de parentesco
6.5. Parentesco até o quarto grau
6.6. Contagem de graus
6.6.1. Linhas de parentesco
6.6.2. Parentesco por afinidade

6.7. A multiparentalidade

Capítulo 7 – Da Filiação

7.1. A filiação
7.2. Filiação socioafetiva
7.3. A desconstituição judicial da filiação socioafetiva
7.4. O equívoco da desconstituição filial para fins sucessórios
7.4.1. O direito ao conhecimento das origens genéticas
7.4.2. Decadência da rejeição
7.4.3. Vedação do registro de filho morto para fins patrimoniais
7.5. Investigação de paternidade movida pelos netos
7.6. Determinação da maternidade
7.7. A presunção de paternidade
7.8. A presunção *pater is est*
7.9. A fecundação assistida
7.9.1. A mãe de substituição
7.10. A impugnação da paternidade
7.11. Prova da filiação
7.12. Princípio de prova e intimação pessoal para exame de DNA
7.13. A presunção de paternidade pela recusa
7.14. O reconhecimento voluntário
7.14.1. Outras formas de reconhecimento voluntário da paternidade
7.14.2. Reconhecimento de filho maior e de filho menor
7.15. Ação anulatória de reconhecimento
7.15.1. Perícia em DNA
7.16. Efeitos da sentença
7.16.1. Dos alimentos na investigatória

7.17. A coisa julgada na investigação de paternidade

Capítulo 8 – Da Adoção

8.1. A adoção e o Código Civil
8.2. Natureza jurídica da adoção
8.3. Referências históricas
8.4. A Lei Nacional da Adoção
    8.4.1. Princípio da prevalência em família
    8.4.2. Do acolhimento familiar e institucional
    8.4.3. Da família natural
    8.4.4. A família extensa
    8.4.5. Destituição do poder familiar
    8.4.6. Colocação em família substituta
        8.4.6.1. Cadastro de adoção
8.5. Requisitos para a adoção: idade
    8.5.1. Consentimento do cônjuge
8.6. Adoção por avós
8.7. Adoção por irmãos do adotando
8.8. Consentimento dos pais, do representante e do adotando
8.9. Adoção do filho do outro por um dos cônjuges ou companheiros
8.10. Adoção por tutor ou curador
8.11. Adoção *intuitu personae*
8.12. Adoção por divorciados
8.13. Adoção póstuma
8.14. Adoção por estrangeiro
8.15. Adoção de nascituro
8.16. Adoção à brasileira
8.17. Adoção de embriões
8.18. A adoção por homoafetivos

8.19. Efeitos pessoais da adoção
- 8.19.1. Nome
- 8.19.2. A adoção e o poder familiar
- 8.19.3. Efeitos patrimoniais da adoção
  - 8.19.3.1. Alimentos
  - 8.19.3.2. Direito sucessório
- 8.19.4. Irrevogabilidade da adoção

Capítulo 9 – Do Poder Familiar

9.1. Função
9.2. Natureza jurídica
9.3. Titularidade do poder familiar
9.4. Conteúdo do poder familiar
- 9.4.1. A representação dos filhos
- 9.4.2. Poder familiar e trabalho
- 9.4.3. Do usufruto dos bens dos filhos
- 9.4.4. Da administração dos bens dos filhos

9.5. Extinção do poder familiar
9.6. A suspensão do poder familiar

Capítulo 10 – Do Direito Patrimonial

10.1. Do regime de bens e sua natureza jurídica
10.2. Princípios gerais
10.3. Classificação dos regimes de bens
10.4. O pacto antenupcial
10.5. Alteração do regime de bens
10.6. Temor de fraude na mudança do regime de bens
10.7. Do regime obrigatório da separação de bens
10.8. Do regime legal de bens

10.8.1. Bens de caráter próprio

10.8.2. Bens de caráter comum

10.9. Regime da comunhão parcial

10.9.1. Fundos privados de pensão

10.9.2. Bens que ingressam na comunhão parcial

10.9.2.1. A título oneroso

10.9.2.2. Por fato eventual

10.9.2.3. Doação, herança ou legado

10.9.2.4. Benfeitorias e acessões e incremento patrimonial societário

10.9.2.4.1. Valorização das quotas sociais ou ações de uma empresa

10.9.2.5. Frutos civis e naturais

10.9.2.6. Aquisição com causa anterior

10.9.2.7. Partilha de quotas

10.9.2.8. Dívidas dos cônjuges

10.10. Do regime de comunhão universal

10.10.1. Bens excluídos da comunhão universal

10.10.1.1. Bens doados ou herdados com incomunicabilidade

10.10.1.2. Bens gravados de fideicomisso

10.10.1.3. Dívidas anteriores ao casamento

10.10.1.4. Doações antenupciais

10.10.1.5. Os bens dos incisos V a VII do artigo 1.659 do CC

10.10.2. Comunicação dos frutos e administração dos bens

10.10.3. Extinção da responsabilidade e do regime de bens e prescrição

10.11. Do regime de participação final nos aquestos

10.11.1. Aquisição onerosa
10.11.2. Irrenunciabilidade do direito à meação
10.11.3. Regras de liquidação
10.12. Do regime da separação de bens
10.13. Mantença da família
10.13.1. A presunção de comunidade
10.13.2. A outorga do cônjuge
10.13.3. A outorga do convivente
10.14. Do usufruto e da administração dos bens dos filhos menores
10.14.1. Bens excluídos do usufruto
10.15. Da usucapião familiar pelo abandono do lar

Capítulo 11 – Dos Alimentos
11.1. Conceito
11.2. Espécies de alimentos
11.2.1. Quanto à sua natureza
11.2.2. Quanto à causa jurídica
11.2.3. Quanto à finalidade
11.2.3.1. Alimentos provisórios
11.2.3.2. Alimentos em tutela provisória
11.2.3.3. Pressupostos para a concessão da tutela antecipada
11.2.4. Quanto ao momento em que são reclamados
11.2.4.1. Alimentos pretéritos e futuros
11.3. Características da obrigação alimentar
11.3.1. Direito personalíssimo
11.3.2. Transmissibilidade
11.3.3. Divisibilidade
11.3.3.1. Da solidariedade nos alimentos do idoso

11.3.4. Condicionalidade
11.3.5. Reciprocidade
11.3.6. Alternatividade
11.3.7. Imprescritibilidade
11.3.8. Irrepetibilidade
11.3.9. Incompensabilidade
11.3.10. Irrenunciabilidade
11.3.11. Impenhorabilidade
11.4. Obrigação alimentar entre ascendentes e descendentes
11.5. Dos alimentos gravídicos
11.6. Os alimentos dos relativamente incapazes
11.7. A representação pelo Ministério Público nos alimentos
11.8. Alimentos com a maioridade civil
11.9. Dos alimentos entre parentes
11.10. Alimentos na guarda compartilhada
11.11. Dos alimentos dos avós
11.12. Dos alimentos dos cônjuges e conviventes
11.13. Dos alimentos na homoafetividade
11.14. Rubrica alimentar
11.14.1. Alimentação
11.14.2. Habitação
11.14.3. Educação
11.14.4. Saúde
11.14.5. Vestuário
11.14.6. Lazer
11.15. Base de incidência dos alimentos
11.16. Pensão *intuitu familiae* e *intuitu personae*
11.17. Dos alimentos transitórios

11.17.1. A duração dos alimentos transitórios
11.18. Alimentos compensatórios ou compensação econômica
11.19. Da exoneração dos alimentos
11.20. Perda do crédito alimentar por novo relacionamento
11.20.1. Comportamento indigno
11.21. A oferta de alimentos
11.22. A majoração e redução dos alimentos e sua atualização automática
11.23. A execução de alimentos
11.23.1. Do cumprimento da sentença
11.23.2. Aplicação de multa e de medidas executivas atípicas
11.23.3. A defesa no cumprimento da sentença
11.23.4. Sentença para ser cumprida
11.23.5. Do cumprimento da sentença nos alimentos
11.23.6. O imposto de renda sobre a pensão alimentícia

Capítulo 12 – Do Bem de Família
12.1. Bem de família
12.2. Conceito de bem de família
12.3. O advento da Lei 8.009/1990
12.4. O bem de família do Código Civil
12.4.1. Objeto do bem de família voluntário
12.4.2. Valor do bem de família voluntário
12.4.3. Procedimento de constituição e efeitos
12.4.4. Das isenções
12.5. Extinção do bem de família

Capítulo 13 – Da União Estável
13.1. Breve resenha histórica da união estável
13.2. A Constituição Federal de 1988

13.3. A Lei 8.971/1994
13.4. A Lei 9.278/1996
13.5. O Projeto de Lei 2.686/1996
13.6. Origem e definição
13.7. A expansão das uniões livres
    13.7.1. Motivos econômicos
    13.7.2. Motivos sociais
    13.7.3. Motivos legais
    13.7.4. Motivos ideológicos
    13.7.5. Motivos raciais e religiosos
    13.7.6. Outras causas de disseminação da união estável
13.8. Pressupostos de configuração da união estável
    13.8.1. Diversidade de sexos
        13.8.1.1. União homoafetiva
    13.8.2. Coabitação
    13.8.3. Prazo para constituição
    13.8.4. Convivência pública
    13.8.5. Continuidade
    13.8.6. Com objetivo de constituir família
    13.8.7. Inexistência de impedimento matrimonial
13.9. Conceito de união estável
13.10. Direitos e deveres dos conviventes
    13.10.1. Lealdade
    13.10.2. Respeito
    13.10.3. Assistência
    13.10.4. Dever imaterial
    13.10.5. Guarda, sustento e educação dos filhos
    13.10.6. A coabitação como dever natural

13.10.7. O nome na união estável
13.11. Contrato de convivência
13.11.1. A retroatividade restritiva do contrato de convivência
13.11.2. Regime de bens
13.11.3. Conversão em casamento
13.11.4. Contrato de namoro
13.12. Concubinato e relações paralelas
13.12.1. Do concubinato de boa-fé
13.13. Dissolução da união estável

Capítulo 14 – Tutela
14.1. Conceito
14.2. A tutela no Estatuto da Criança e do Adolescente
14.3. Modalidades de tutela
14.4. Tutela testamentária
14.5. Tutela legítima
14.6. Tutela dativa
14.7. Exclusividade da tutela
14.8. Incapazes de exercer a tutela
14.8.1. Idoneidade
14.9. Designação do convivente como tutor
14.10. Escusa dos tutores
14.10.1. Mulheres casadas
14.10.2. Maiores de sessenta anos
14.10.3. Aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos
14.10.4. Enfermidade
14.10.5. Habitação distante
14.10.6. Os que já exercerem tutela ou curatela

14.10.7. Militares em serviço
14.10.8. Aos que não forem parentes do menor
14.11. Prazo de escusa e decisão judicial
14.12. Do exercício da tutela
14.12.1. Do exercício da tutela quanto à pessoa do tutelado
14.12.2. Do exercício da tutela quanto ao patrimônio do tutelado
14.12.3. A administração dos bens e a tutela conjunta
14.13. Atribuições do tutor
14.13.1. Atos de competência do tutor sujeitos à prévia autorização judicial
14.14. Vedações ao tutor
14.15. O protutor
14.16. Responsabilidade do juiz
14.17. Remuneração do tutor
14.18. Responsabilidade do tutor
14.19. Bens do tutelado
14.20. Prestação de contas
14.21. Cessação da tutela
14.22. Das funções do tutor

Capítulo 15 – Da Curatela
15.1. Da curatela
15.2. Conceito
15.3. Pessoas sujeitas à curatela
15.4. Curatela do nascituro
15.5. Velhice
15.6. Enfermidade ou deficiência mental
15.6.1. Intervalos lúcidos

15.7. Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade
15.8. Deficientes mentais
15.9. Ébrios habituais
15.10. Os viciados em tóxicos
15.11. Os pródigos
15.12. Autocuratela
15.13. Ação de interdição
15.14. Das disposições comuns à tutela e à curatela
15.15. Pessoas habilitadas ao exercício da curatela
15.16. Curatela conjunta
15.17. Efeitos jurídicos da sentença de interdição
15.18. Levantamento da interdição
15.19. Cessação da curatela
15.20. Da tomada de decisão apoiada

Bibliografia

Capítulo 1

INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA

1.1. O DIREITO DE FAMÍLIA E O CÓDIGO CIVIL

Em meados de agosto de 2001 foi aprovada a redação final do vigente Código Civil brasileiro, que, sancionado sem vetos pelo Presidente da República, resultou na Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Surgiram muitas críticas ao texto aprovado por votação simbólica na Câmara dos Deputados, dizendo que o texto consolidado se revelava muito tímido e divorciado do progresso social, as quais foram rebatidas por Miguel Reale. A Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, era constituída pelo próprio Miguel Reale; pelo Ministro José Carlos Moreira Alves; Agostinho de Arruda Alvim; Sylvio Marcondes; Erbert Chamoun, Torquato Castro e, encarregado do livro de Direito de Família, o jurista Clóvis do Couto e Silva.[1]

Tendo como marco inicial a Carta Federal de 1988, o Direito de Família passou a ser balizado pela ótica exclusiva dos valores maiores da dignidade e da realização da pessoa humana, sem desconsiderar os notáveis avanços da ciência, permitindo a pesquisa certeira da identidade genética para investigação da paternidade ou da maternidade.

O Direito de Família integra o Livro IV da Parte Especial do Código Civil, cujo escrito original fora redigido pelo jurista Clóvis do Couto e Silva, em cujo Livro ocorreu o maior número de alterações, e que vem sendo progressivamente alterado com o intuito de se aproximar cada vez mais dos princípios constitucionais relacionados aos direitos humanos.

1.2. A ORGANIZAÇÃO JURÍDICA DA FAMÍLIA

A Constituição Federal de 1988 realizou a primeira grande revolução no Direito de Família brasileiro, a partir de três eixos:[2] *a*) o da família plural, com várias formas de constituição (casamento, união estável e a monoparentalidade familiar); *b*) a igualdade no enfoque jurídico da filiação, antes eivada de preconceitos; e *c*) a consagração do princípio da igualdade entre homens e mulheres.

A Constituição Federal trouxe os primeiros e diferentes *arranjos* que compõem o mosaico familiar da sociedade e com a Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, passou a programar expressamente na legislação brasileira as novas referências familiares que ultrapassam o rol taxativo da Carta Federal de 1988, cujo modelo claramente superado, abarca apenas a família matrimonial, a família formada pela união estável e a família monoparental, sendo outro marco relevante das mudanças surgidas no direito familista nacional a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal em face da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.277/2009 e à ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132/2008, que, por votação unânime, julgou procedente a ação, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição Federal, e dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como “entidade familiar”, entendida como sinônimo perfeito de “família”, tratando o Conselho Nacional de Justiça de editar, posteriormente,

a Resolução 175, de 14 de maio de 2013, para vedar às autoridades competentes de se recusarem a habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Embora a Constituição Federal tenha sido revolucionária ao expandir o conceito oficial de família e permitir o reconhecimento de outros modelos de relação familiar que não fossem obrigatoriamente ligados ao casamento, e diante dessa realidade estender à união estável e à família monoparental o mesmo braço protetor destinado ao matrimônio (CF, art. 226), não é possível desconsiderar a pluralidade familiar ampliada inclusive pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ao incorporar os conceitos de família natural, família ampliada e família substituta,[3] avançando para a figura do apadrinhamento da Lei 13.509/2017, que proporciona à criança e ao adolescente uma convivência familiar e comunitária externa, que pode ser prestada por pessoa física ou jurídica e o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva perante os oficiais do registro civil das pessoas naturais de pessoas acima de 12 (doze) anos (Provimentos CNJ 63/2017 e 83/2019).

A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado, tanto que em 9 de dezembro de 2020 foi instituída pelo Decreto 10.570 a Estratégia Nacional de Fortalecimento dos Vínculos Familiares e o seu Comitê Interministerial, de molde a atender os princípios de respeito à dignidade da pessoa humana (art. 2°, inc. I); o reconhecimento da família como base da sociedade e merecedora de especial proteção do Estado (art. 2°, inc. II); a garantia do direito à convivência familiar e comunitária (art. 2°, inc. III); e os objetivos de, entre outros de apoio e fortalecimento aos vínculos de família, propor estratégias que integrem, promovam, fomentem e articulem iniciativas,

desenvolvimento de políticas, pesquisa e esforços em prol do fortalecimento dos vínculos familiares.

1.3. A DIVERSIDADE FAMILIAR

A Carta Política de 1988 começou a desconstruir a *ideologia da família patriarcal*, edificada em uma família monogâmica, parental, centralizada na figura paterna e patrimonial e que reinou absoluta na sociedade brasileira, herdada dos patriarcas antigos e dos senhores medievais.[4]

A família do passado não tinha preocupações com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu principal núcleo, pois eram os interesses de ordem econômica que gravitavam em torno daquelas instâncias de núcleos familiares construídos com suporte na aquisição de patrimônio.

Mesmo os modelos de entidades familiares lembrados pela Constituição Federal de 1988 não abarcam a diversidade familiar presente na contemporânea sociedade brasileira, cujos vínculos provêm do afeto (feitos um para o outro), mas não qualquer afeto, explica Sérgio Resende de Barros, mas "um afeto especial, representado pelo sentimento de duas pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais".[5]

É fácil compreender a importância do afeto na formação dos vínculos familiares, especialmente diante do texto constitucional assentado no seu artigo 1º, inciso III, com a cláusula geral de tutela da personalidade, em que a *dignidade humana* é valor fundamental da República. A nova família foi desencarnada do seu precedente elemento biológico para ceder lugar aos vínculos psicológicos do afeto, consciente a sociedade que, na formação da pessoa humana, os valores como a educação, o afeto e a comunicação

contígua guardam muito mais importância do que o elo da hereditariedade.[6] A família que foi repersonalizada a partir do valor do afeto, não de qualquer relação afetiva, como pudesse alguém argumentar, mas de um afeto especial e complementar de uma relação de estabilidade, coabitação, intenção de constituir um núcleo familiar, de proteção, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum,[7] conforme exterioriza o artigo 1.511 do Código Civil, ao explicitar que a comunhão plena de vida é princípio geral e ponto de partida para o pleno desenvolvimento pessoal dos partícipes de cada um dos diversificados modelos de famílias.

Contudo, como bem observa Marco Túlio de Carvalho Rocha, embora esses vínculos de coabitação, elos culturais, genéticos e jurídicos e até mesmo afetivos, e a própria dependência econômica sejam elementos importantes na identificação da constituição de uma entidade familiar, não são, no entanto, essenciais à caracterização da família, porque existem grupos familiares que deles podem prescindir.[8]

Aceitar essa limitação seria retroceder ao próprio tempo em que o casamento era a única opção de formação familiar,[9] e tal restrição ou retrocesso nem mesmo a Carta Federal permite concluir quando o Texto Maior reconhece existirem outros núcleos familiares dissociados do modelo matrimonial, e se mudaram os paradigmas do passado devem ser estabelecidos os padrões do presente, tomando de antemão a relevância jurídica dos vínculos de afeto, ou como expõe Belmiro Pedro Welter, que vê na família atual uma linguagem tridimensional, genética, (des)afetiva e ontológica.[10]

E, se a família tem atualmente outro perfil que se alargou para além das fronteiras enlaçadas pela Constituição Federal com o casamento (CF, art. 226, § 1º); a união estável (CF, art. 226, § 3º) e a família monoparental, representada pela comunidade formada por qualquer dos pais com seus

descendentes (CF, art. 226, § 4º), cumpre então localizar essas famílias denominadas plurais e concluir sobre suas formações e seus efeitos.

1.3.1 A família matrimonial

Para triunfo do casamento era importante o princípio da monogamia, que não tem texto expresso no ordenamento jurídico brasileiro, mas surgiu no período de transição entre a fase média e a fase superior da barbárie, baseado na predominância do homem e na certeza da paternidade de seus filhos, assim conferindo maior solidez aos laços conjugais, embora ao homem sempre fosse tolerado o direito à infidelidade,[11] de sorte que ao morrer o homem teria a certeza de estar transmitindo sua riqueza e por herança aos seus filhos, e não aos filhos de qualquer outro. O discurso de adoção ao princípio da monogamia acompanhou o longo percurso da cristandade do matrimônio monogâmico, indissolúvel e destinado à procriação o único espaço da sexualidade.[12] Somente no casamento existiria a legítima descendência, em que os filhos eram presumidamente conjugais e não sofriam as discriminações da prole preterida, subdividida em filhos ilegítimos, espúrios, naturais e incestuosos. Honrada seria a mulher do casamento, cuja imagem social se manteria íntegra e ilibada e única capaz de gerar filhos havidos por legítimos.

Com o passar dos tempos e a evolução dos costumes sociais, a união estável foi posta constitucionalmente ao lado da família do casamento, a merecer a proteção do Estado e figurar como essencial à estrutura social, sendo que o casamento, diferentemente da união estável, dispõe de todo um complexo de dispositivos no Código Civil destinados à sua formal, precedente e legítima constituição e sua eventual dissolução.

1.3.2 A família informal

A família informal já foi sinônima de família marginal, muito embora figurasse como panaceia de todas as rupturas matrimoniais enquanto ausente o divórcio no Direito brasileiro, ela serviu como válvula de escape para quem, desquitado, não podia casar novamente porque o matrimônio era um vínculo vitalício e indissolúvel. Denominado concubinato, foi alçado à condição de entidade familiar com o advento da Carta Federal de 1988, trocando sua identidade civil pela expressão consolidada de união estável. Enquanto viveu à margem da lei, o concubinato procurou lentamente seu caminho ao reconhecimento e consagração de uma típica espécie legítima de constituição familiar, primeiro, logrou ver judicialmente reconhecidos direitos que comparavam a mulher concubina à serviçal doméstica, concedendo-lhe, com a ruptura do concubinato, uma indenização por serviços prestados, e se ela de alguma forma tivesse contribuído com recursos próprios para a aquisição de bens registrados em nome do concubino, por analogia ao Direito Comercial podia reivindicar a divisão dos bens comuns em valor proporcional ao montante de seus efetivos aportes financeiros, pois seu vínculo afetivo era equiparado a uma sociedade de fato.

A Carta Política de 1988 resgatou a dignidade do concubinato e passou a denominá-lo união estável, e as estatísticas mostram um acentuado crescimento e até mesmo a superação numérica de relacionamentos estáveis em detrimento do casamento civil, e estudos sociais e jurídicos apontam diversas causas tidas como responsáveis pelo constante crescimento das famílias informais.

1.3.3 A família monoparental

Famílias monoparentais são usualmente aquelas em que um progenitor convive e é exclusivamente responsável por seus filhos biológicos, socioafetivos ou adotivos. Tecnicamente, são mencionados os núcleos

monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente, daí não haver como confundir família monoparental com lugar monoparental. Com respeito à sua origem, as famílias monoparentais podem ter diversos pontos de partida, advindas da maternidade ou paternidade biológica, socioafetiva ou adotiva e unilateral, em função da morte de um dos genitores, a partir do divórcio, nulidade ou anulação do casamento e da ruptura de uma união estável.[13] As causas desencadeadoras da monoparentalidade apontam para a natalidade de mães solteiras, inclusive por técnicas de inseminação artificial, até mesmo *post mortem* e motivos ligados a uma prévia relação conjugal (não necessariamente oriunda do casamento, mas da conjugação de interesses em uma vida comum), com separação de fato, separação legal, divórcio, nulidade ou anulação do casamento, ou viuvez.

A Constituição Federal albergou a família monoparental no § 4º do artigo 226, mas nada foi reservado na legislação infraconstitucional com vistas à regulamentação dos direitos e obrigações decorrentes dos vínculos monoparentais,[14] não obstante os principais efeitos jurídicos já tenham previsão legal por resultarem das consequências práticas da viuvez, separação ou ausência de convivência dos pais, e de suas responsabilidades legais provenientes do poder familiar, próprio do vínculo de filiação.

1.3.4 A família anaparental

Existem diferentes liames sociais cujos vínculos foram acolhidos pela Carta Política de 1988, ao adotar um modelo aberto de entidade familiar digno da proteção estatal. Ao lado da família nuclear construída dos laços sanguíneos dos pais e sua prole está a família ampliada, como uma realidade social que une parentes, consanguíneos ou não, estando presente o elemento

afetivo e ausentes relações sexuais,[15] porque o propósito desse núcleo familiar denominado anaparental não tem nenhuma conotação sexual, como sucede no casamento, na união estável e na família homoafetiva, mas estão juntas com o ânimo de constituir estável vinculação familiar. Nesse arquétipo, a família anaparental está configurada pela ausência de alguém que ocupe a posição de ascendente, como na hipótese da convivência apenas entre irmãos.[16]

1.3.5 A família reconstituída

A família reconstituída é a estrutura familiar originada em um casamento ou uma união estável de um par afetivo, em que um deles ou ambos os integrantes têm filhos provenientes de um casamento ou de uma relação informal precedente.[17]

Entre os anglo-saxões as famílias recompostas são chamadas de *stepfamily*, de onde a palavra *step* provém de *steop*, que, em uma acepção antiga, significava "desamparado, abandonado, órfão", enquanto os franceses as denominam *famille recomposée*, ao passo que na língua espanhola e portuguesa não existe qualquer denominação para essas espécies de famílias, que terminam sendo definidas como "novas famílias depois do divórcio", ou "segundas famílias" como arremedo de "segundas núpcias", enquanto na área psicossocial, prosseguem Grosman e Martínez Alcorta, são designadas como "famílias reconstituídas", "famílias recompostas", "famílias mescladas"[18] e no Brasil são mais conhecidas como famílias mosaicas ou pluriparentais.

Com a disseminação dos divórcios e até mesmo das dissoluções das inúmeras uniões estáveis vão surgindo as figuras dos padrastos e das madrastas, dos enteados e das enteadas, e que ocupam os papéis domésticos dos pais e mães, dos filhos e das filhas e dos meio-irmãos que são afastados de uma convivência familiar e que passam a integrar uma nova relação

familiar proveniente dos vínculos que se formam entre um dos membros do casal e os filhos do outro.[19]

Nada existe na legislação em vigor acerca da figura da autoridade parental do padrasto ou da madrasta e tampouco de seu eventual dever de alimentar o filho que criou da relação desfeita, a quem forneceu por mera liberalidade condições materiais compatíveis ou incompatíveis com os rendimentos do genitor biológico, ou da ausência de proventos do ascendente genético, seu ex-companheiro e do qual está por se separar, o que significa para o enteado perder um padrão social e econômico desfrutado por concessão e benesse do padrasto. Diferente se mostra o Código Civil e Comercial argentino (Lei 26.994/2014), que entrou em vigência em 1º de agosto de 2015, estabelecendo a obrigação alimentar do progenitor afim, cônjuge ou convivente (padrasto ou madrasta), em respeito ao filho do outro (CC, arts. 538 e 672 a 676). Ordena o artigo 676 do Código Civil e Comercial argentino, que a obrigação alimentar do cônjuge ou convivente em relação aos filhos do seu parceiro tem caráter subsidiário,[20] e cessa este dever com a dissolução do vínculo conjugal ou a ruptura da convivência. Entretanto, se a mudança da situação ocasionar dano grave ao menor ou ao adolescente e o padrasto ou a madrasta assumiu durante a vida em comum o sustento do filho do outro, pode ser fixada uma cota alimentar de caráter assistencial e transitório, cuja duração será definida pelo juiz de acordo com as condições de fortuna do obrigado, as necessidades do alimentando e o tempo de convivência. Por fim, também no campo do direito sucessório, entre pais e filhos afins nada foi regulamentado pelo Código Civil brasileiro. Evidentemente, o testamento seria uma opção dentro da previsibilidade do poder de disposição do autor da herança, mas não um efeito próprio e natural dos vínculos de afeto que se estabelecem entre o padrasto e seu enteado.

Enfim, são as novas demandas que surgem na sociedade brasileira e que precisam merecer a atenção da jurisprudência e do legislador, de modo

a garantir o adequado cumprimento das funções familiares.

1.3.6 A família paralela

Fiel ao regime monogâmico das relações conjugais, o artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil impede que se unam pelo matrimônio pessoas que já sejam civilmente casadas, ao menos enquanto não for extinto o vínculo conjugal pela morte, pelo divórcio ou pela invalidade judicial do matrimônio. O casamento brasileiro é essencialmente monogâmico, tanto que a bigamia é tipificada como infração criminal, passível de reclusão, só podendo a pessoa recasar depois de dissolvido o seu vínculo de casamento.

Embora a pessoa casada não possa recasar enquanto não dissolvido o seu matrimônio pelo divórcio, pela declaração judicial de invalidade, ou pela morte, quedando viúvo o cônjuge sobrevivente, igual restrição não acontece na conformação de uma nova relação por meio da união estável, dado à expressa ressalva do § 1º do artigo 1.723 do Código Civil, de que a separação judicial ou extrajudicial mesmo a simples separação de fato seriam suficientes para conferir inteira validade à união estável, não havendo necessidade da prefacial dissolução do matrimônio civil pelo divórcio.

Assim, enquanto um segundo casamento para quem já é casado só pode ocorrer se primeiro promover o seu divórcio, para a convalidação de uma união estável basta a sua separação de fato, a separação judicial ou extrajudicial, ou o divórcio judicial ou extrajudicial da relação afetiva anterior. Mas, segue sendo empecilho para a união estável a coexistência de um casamento paralelo e cujo cônjuge não está nem fática e nem legalmente desvinculado da relação precedente, mantendo uma união adulterina, vedada pelo § 1º do artigo 1.723 do Código Civil.

Ressalvadas as uniões estáveis de pessoas casadas, mas de fato separadas, uma segunda relação paralela ou simultânea ao casamento ou a

outra união estável é denominada concubinato e não configura uma união estável, como deixa ver estreme de dúvidas o artigo 1.727 do Código Civil. Pouco importa que apenas um dos concubinos seja casado e coabite com o seu cônjuge, pois é a preexistência do casamento ou de outra união estável paralela com a permanência do esposo ou companheiro no lar conjugal que cria a aura de abstração ao conceito de estável relação. Não ingressam nesta afirmação os chamados concubinatos putativos, quando um dos conviventes age na mais absoluta boa-fé, desconhecendo que seu parceiro é casado e que também coabita com o seu cônjuge, porquanto a lei assegura os direitos patrimoniais gerados de uma união em que um dos conviventes foi laqueado em sua crença quanto à realidade dos fatos.

Boa-fé, por evidente, suficientemente escusável, pois deve conter a presença de diligência, cautela e interesse da parte acerca das qualidades daquele que elegeu para ser seu parceiro, pois não se espera que a escolha de um companheiro não passe por um razoável e diligente crivo de informações precedentes, ou como ensina Alípio Silveira, "a vítima deve ter sido cautelosa, diligente, ou então deverá apresentar um motivo razoável por não ter diligenciado"[21] para não descobrir em tempo e a tempo que seu companheiro era casado e que vivia ao mesmo tempo com seu cônjuge. Cuida-se do erro de fato, desconhecendo o concubino a preexistência do casamento de seu parceiro e, sobretudo, ignorando que seu parceiro segue coabitando com seu cônjuge, sendo hábil o suficiente para dissimular uma separação de fato que em realidade não existe. Não é nada fácil lograr convencer judicialmente a escusabilidade do erro, pois como ensina Yussef Said Cahali, "não basta à boa-fé, a errônea representação da realidade, mas se reclama tenha sido usada certa diligência visando atingir, ainda que sem êxito, a exata notícia da coisa, configurada assim a boa-fé no resultado negativo da atividade intelectual exercida para se conhecer a verdade".[22]

Autores como Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho,[23] Renata Miranda Goecks, Vitor Hugo Oltramari, Letícia Ferrarini[24] e Daniel Alt da

Silva[25] defendem o reconhecimento oficial das uniões paralelas desenvolvidas dentro do princípio da boa-fé, e afirmam que descabe ao Estado negar a realidade de pretender que a concomitância de relações seja algo distante do Direito de Família,[26] ao mesmo tempo em que juízes reconhecem efeitos jurídicos à relação simultânea ao casamento, como ocorreu em sentença proferida pelo juiz Humberto José Marçal, da 2ª Vara Cível da Comarca de Teixeira de Freitas, na Bahia, ao considerar trinta anos de um relacionamento mantido em paralelo ao casamento e atribuindo à concubina 25% do patrimônio adquirido ao longo do período em que estiveram juntos, além de uma pensão alimentícia mensal de 25 salários mínimos.[27]

E vinha sendo cada vez mais frequente deparar com decisões judiciais reconhecendo direitos às uniões paralelas ao casamento ou correlata a outra união afetiva, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento, como se fosse possível manter dois *casamentos* em tempo integral, para conferir com sua ruptura a divisão do patrimônio conjugal entre três pessoas (*triação*), à razão de um terço dos bens para cada partícipe desse estável triângulo amoroso, além de ordenar a divisão da previdência social entre a esposa e a outra companheira, ou ordenar o duplo pagamento de pensão alimentícia,[28] concluindo o aresto daquela época não ser possível retirar da esposa o seu direito de meeira.

Na linha de oposição ao reconhecimento da união dúplice estava Zeno Veloso, ao rejeitar o concubinato múltiplo, pois ele não caracterizava uma união estável, mas ressalvava a união estável do convivente de boa-fé. Dizia que podem ocorrer uniões estáveis, mas sucessivas, e que retratam diferentes experiências afetivas de épocas distintas, cada uma no seu devido tempo, mas não ao mesmo tempo.[29]

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta a boa intenção do artigo 1.727 do Código Civil, ao distinguir o concubinato adulterino da união estável, pois

no concubinato, casamento não desfeito na prática deve ser tratado pelo Direito das Obrigações.[30]

Tais relações concomitantes são catalogadas como sociedades de fato e, conforme já prescrevia a Súmula 380 do STF, os que se veem prejudicados pelo ilícito enriquecimento e pelo acréscimo patrimonial do parceiro se socorrem do equilíbrio econômico proveniente do campo do Direito das Obrigações.

Nem a Lei 9.278/1996 e tampouco o artigo 1.727 do Código Civil admitem conferir efeitos jurídicos ao concubinato, pois agride ao bom senso comum que uma pessoa casada possa casar novamente, sem antes promover o seu divórcio, ser dissolvido seu matrimônio pela morte do cônjuge, ou pela declaração judicial de invalidade do seu conúbio civil.[31]

Todo o relacionamento se faz, às claras, sem ocultação. A lei abjeta a relação extramatrimonial simultânea com a união legítima, como afasta duas uniões legítimas ou informais, salvo que exista divórcio judicial ou extrajudicial, separação de fato ou separação oficial, pois nesse caso não persiste o dever de fidelidade. Não constitui família aquele que prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar, pelo casamento ou pela via informal da união estável, a sua efetiva entidade familiar. Aliás, querendo constituir família com a amante, tudo o que o polígamo precisa fazer é romper apenas de fato a sua relação com a primeira mulher, ficando até dispensado do formal divórcio, pois com esse simples ato de romper factualmente o passado para assentar no presente, relação de fidelidade e exclusividade com a sua nova mulher, é gesto suficiente para concluir que fortaleceu os seus esforços, e que concentrou seus desejos e energias em uma nova entidade familiar.

Para o Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, está consolidada a jurisprudência no sentido de ser descabido o reconhecimento de uniões

concomitantes (REsp 789.293/RJ; REsp 1.157.273/RN; e REsp 1.754.008/RJ).[32]

Também o Supremo Tribunal Federal tinha descartado efeitos jurídicos ao concubinato paralelo ao casamento, como sucedeu, por exemplo, no RE 397.762-8/BA, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, em cujo julgamento era buscado o reconhecimento de união estável entre o senhor Valdemar do Amor Divino e a senhora Joana da Paixão Luz, de cujo relacionamento nasceram nove filhos, mantendo o varão seu casamento em paralelo com a sua esposa, com a qual tivera outros onze filhos.[33]

A relação adulterina configura, sem sombra de dúvida, um fato social, capaz até de gerar resultados jurídicos no plano do Direito das Obrigações, mas não tem alcançado no âmbito dos Tribunais Superiores a categoria de fato jurídico do Direito de Família, no modelo puro de uma entidade familiar.

No entanto, no REsp 1.185.337/RS, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, da Terceira Turma do STJ, em situação peculiaríssima, foi reconhecida relação paralela de quatro décadas com direito alimentar para evitar o risco de deixar desassistida pessoa idosa.[34] Contudo, restrito a um excepcional direito alimentar, até porque, no Recurso Extraordinário 1.045.273/SE, com repercussão geral 529, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes, em julgamento datado de 21 de dezembro de 2020, concluído em 14 de dezembro de 2020 e publicado em 9 de abril de 2021, em que o Tribunal, por maioria de seis votos, a contar do relator Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Tofffoli, Luiz Fux e Nunes Marques, negou provimento ao recurso extraordinário, sendo fixada a seguinte tese: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1°, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional

brasileiro", deitando uma pá de cal sobre o tema, não obstante os cinco votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Marco Aurélio Mello, que deram provimento ao recurso, decidindo pelo reconhecimento de direito a união estável paralela ao casamento, presente o pressuposto da boa-fé objetiva, que, no caso vertente, consistia no consentimento da esposa do falecido sobre a existência de uma união simultânea ao matrimônio.[35]

1.3.7 A união poliafetiva

Trata-se, pelo menos, de um triângulo amoroso, constituído pela relação afetiva de mais de duas pessoas, vivendo todos sob o mesmo teto, em convivência consentida e que no passado era veementemente reprimida e socialmente maculada como uma abjeta, ilegítima e antissocial poligamia. Em tempos de exaltação do afeto como condição de formação do núcleo familiar, a relação amorosa triangular ou com mais pessoas, é denominada de união poliafetiva. O relacionamento poliafetivo inspirou-se certamente, nos valores supremos da dignidade humana e no afeto, princípios constitucionais presentes na construção dos vínculos familiares, e quando a Carta Federal tutela a pluralidade familiar, justifica sua função a partir da promoção da pessoa humana, literalmente desencarnada do seu precedente biológico e do seu viés econômico, para fincar os elos psicológicos do afeto e sua comunhão contígua e solidária, os quais se sobrepõem aos valores materiais e hereditários valorizados no passado. Esta família do presente parte de uma relação de estabilidade, coabitação em regra e do livre desejo de criar um núcleo familiar de proteção recíproca, solidariedade e interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum que destoa do tipo familiar de uma única configuração, pois isto nem mesmo a Constituição Federal continua defendendo. Sujeito de direitos, cada partícipe dessa diversidade familiar tem a liberdade de formar ou não sua

própria família, sem ser obrigado a aderir a um modelo único de um elenco fechado de entidade familiar, diante de um perfil de família plural.

Esta é a família poliafetiva, integrada por mais de duas pessoas que convivem em interação afetiva dispensada da exigência cultural de uma relação de exclusividade apenas entre um homem e uma mulher, ou somente entre duas pessoas do mesmo sexo, vivendo um para o outro, mas sim de mais pessoas vivendo todos sem as correntes de uma vida conjugal convencional. É o poliamor na busca do justo equilíbrio, que não identifica infiéis quando homens e mulheres convivem abertamente relações apaixonadas envolvendo mais de duas pessoas. Vivem todos em notória ponderação de princípios, cujo somatório se distancia da monogamia e busca a tutela de seu grupo familiar escorado no elo do afeto. A começar com o *princípio do pluralismo das entidades familiares*, consagrado pela Carta Política de 1988, que viu no matrimônio apenas uma das formas de constituição da família, admitindo, portanto, outros padrões que não se esgotam nas opções exemplificativamente elencadas pela Constituição Federal, não havendo mais dúvida alguma acerca da diversidade familiar depois do reconhecimento pelo STF das uniões homoafetivas, que terminou com qualquer processo social de exclusão de famílias diferentes.

Prepondera o *princípio constitucional da afetividade*, sobrepondo o afeto sobre o aspecto patrimonial e econômico que antigamente identificava a família exclusiva do casamento. Américo Luís Martins da Silva reconhece a condição de entidade familiar na união estável poliafetiva, pois a forma de constituir família não pode ser taxativa, nem é escolha da lei, e será regularmente constituída quando preencher os requisitos de *afetividade*, *estabilidade*, *ostensibilidade* (não se trata de uma relação escondida, mas, antes, ostensiva, tanto que lhe foi dada publicidade pela escritura pública) e *estruturação psíquica*, ou seja, cada integrante da unidade familiar ocupa um lugar e identifica a sua exata função e conclui dizendo que “o elemento formador da família contemporânea é o amor familiar”, de maneira que as

uniões estáveis poliafetivas que atendessem estes requisitos estariam constitucionalmente protegidas[36] e Rafael da Silva Santiago também defende o reconhecimento jurídico do poliamor, por serem capazes de originar entidades familiares, merecedoras da proteção do Direito em face de valores como o (i) da dignidade da pessoa humana, (ii) da liberdade nas relações familiares, (iii) da solidariedade familiar, (iv) da igualdade, (v) da afetividade, (vi) da especial proteção reservada à família, (vii) do pluralismo das entidades familiares e (viii) da mínima intervenção do Estado na família.[37]

Contudo, oficializar o triângulo amoroso pela escritura pública de um vínculo poliafetivo não é suficiente para declarar companheira e companheiras ou companheira e companheiros de uma relação de poliamor. De conformidade com o artigo 215 do Código Civil, a escritura pública, lavrada em notas de tabelião é documento dotado de fé pública, fazendo prova plena, mas somente de uma clara manifestação de vontade das partes e dos intervenientes (§ 1º, inciso IV, do art. 215 do CC) de anunciarem publicamente seu relacionamento poliafetivo, e nisto se exaurem os efeitos da mencionada escritura de declaração, cometendo ao Poder Judiciário interpretar, quando convocado, a extensão dos efeitos jurídicos das uniões estáveis poliafetivas. A Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça foi convocada para se pronunciar a despeito da escritura do Tabelião de Notas e de Protestos de Letras e Títulos da Comarca de Tupã, e concluiu em acórdão datado de 26 de junho de 2018, por vedar a realização de qualquer escritura pública de uniões poliafetivas consignando em ementa que, na atualidade, a sociedade civil ainda não está suficientemente madura para absorver a relação de poliamor, e desta forma vedou a lavratura de escritura pública declaratória de união poliafetiva nos autos do pedido de providências formulado pela ADFAS – Associação de Direito de Família e das Sucessões. Para Otávio de Abreu Portes Júnior, o Conselho Nacional de Justiça não tem natureza jurisdicional, já que suas atribuições se restringem

ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e, como as decisões do CNJ não têm força de coisa julgada nem efeito vinculante, nada impede que a justiça possa vir a reconhecer a união poliafetiva como entidade familiar e arremata dizendo que a união poliafetiva é um fato da vida, que não depende de qualquer formalidade para sua configuração.[38]

Por sua vez, afirma Cláudia Viegas não encontrar nenhuma inconstitucionalidade na união poliafetiva, e que o registro em cartório representa apenas uma declaração de vontade, devendo a sociedade aprender a lidar com a democracia, pluralismo e instabilidade, de modo a respeitar a diversidade, sem obrigar o ser humano a viver conforme padrões previamente estereotipados.[39]

1.3.8 A família natural

Em conformidade com o artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer destes e seus descendentes e que deveria ser o equivalente à família biológica, não fosse a evidência de que a família tanto pode ser biológica como socioafetiva, pois há muito deixaram os laços de sangue de ser a única forma de constituição da família. Entretanto, não há como esconder que o conceito estatutário da família natural está orientado no seu traço biológico, pois a família natural adviria da gestação da mulher.

1.3.9 A família extensa ou ampliada

A família extensa ou substituta, descreve o parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. No âmbito do Estatuto da Criança e do

Adolescente, a criança ou o adolescente, antes de ser posto em família substituta, não sendo possível reinseri-la na sua família natural, de origem ou dos laços de sangue, deve ser introduzida em núcleo de sua família extensa, consistente de avós, tios, primos, entre outros, não sendo suficiente a existência de laços de parentesco, sendo preciso que a criança ou adolescente conviva com tais parentes e possua com eles vínculos de afinidade e de afetividade,[40] lembrando que a Lei 13.509/2017 criou o programa do *apadrinhamento*, que proporciona à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro (ECA, art. 19-B).

1.3.10 A família substituta

A família substituta está regulada no artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, de acordo com o § 3º do artigo 19 do ECA, a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente terá como preferência a sua família natural em relação a qualquer outra providência, só sendo colocada em família substituta se não for possível reinseri-la na família natural ou encaixá-la na família extensa ou ampliada, e depois de os pais naturais terem sido previamente destituídos do poder familiar, consoante as causas estabelecidas pelo artigo 1.638 do Código Civil, acrescido pela Lei 13.509/2017, do inciso V, pelo qual o genitor também perde o poder familiar se *entregar de forma irregular o filho a terceiros para fins de adoção*. Embora o artigo 28 do ECA não descreva o conceito de família substituta, ela está representada pelos pais que se cadastram de forma unilateral ou bilateral, quando casados ou vivendo em união estável, como candidatos à adoção, aguardando adotados e adotantes a longa espera que sempre envolve essas demoradas trajetórias rumo à adoção.

1.3.11 A família eudemonista

O termo *família eudemonista* é usado para identificar aquele núcleo familiar que busca a felicidade individual e vive um processo de emancipação de seus membros.[41] O Direito de Família não mais se restringe aos valores destacados de ser e ter, porque, ao menos na sociedade brasileira, desde o advento da Carta Política de 1988 prevalece a busca e o direito pela conquista da felicidade a partir da afetividade.

1.3.12 A família homoafetiva

Primeiro a jurisprudência e depois o Direito atribuiu efeitos jurídicos aos comportamentos dos pares afetivos, renunciando o privilégio até pouco tempo vigente, de exaltação jurídica reservada exclusivamente ao casamento civil, passando a aceitar, em um primeiro momento, que apenas pessoas de sexos distintos pudessem se associar em um projeto de vida em comum, mas que não passava pelo matrimônio civil. Até pouco tempo atrás o caminho da união estável foi o espaço encontrado por alguns poucos tribunais brasileiros para alicerçar, por analogia jurisprudencial, o reconhecimento das relações homoafetivas que externassem uma convivência pública, contínua e duradoura, como um núcleo familiar destinatário dos mesmos efeitos jurídicos da convivência estável heterossexual. No tocante aos requisitos de configuração da união estável, alerta Maria Berenice Dias, ser descabida a exigência da mesma publicidade da convivência dos heterossexuais, porquanto seguiam os homoafetivos sendo alvo de incessante preconceito, sendo perfeitamente compreensível a sua necessidade de discrição, para não sofrerem prejuízos, inclusive de ordem profissional.[42]

A união homoafetiva merece ser reconhecida como entidade familiar, pois também ela se alicerça na existência do *afeto* e, embora os dispositivos legais se limitem a regular a união estável entre um homem e uma mulher, não existe qualquer dispositivo de lei impedindo a união entre pessoas do

mesmo sexo,[43] quando faticamente preenchidos os pressupostos legais, da publicidade e estabilidade. Aberto o caminho do reconhecimento judicial da convivência estável homoafetiva diante do histórico julgamento conjunto, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 132/2008 (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) e da ADI 4.277/2009 (Ação Direta de Inconstitucionalidade),[44] que pediam a validade das decisões administrativas que equiparavam as uniões homoafetivas às uniões estáveis, como também requeriam a suspensão dos processos e dos efeitos de todas as decisões judiciais em sentido oposto, este julgamento proferido por unanimidade, conferiu ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição, para dele excluir qualquer significado que impedisse o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Diante do teor do artigo 102, § 2º, da CF, fica vedada qualquer desobediência das decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, que produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, em suas esferas federal, estadual e municipal.

Consolidou o STF a jurisprudência que já vinha sendo assentada por diversos tribunais brasileiros, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em significativo voto proferido após o julgamento pelo STF da ADPF 132 e da ADI 4.277, no REsp 1.085.646/RS,[45] reconheceu como entidade familiar uma parceria homoafetiva, à qual atribuiu os devidos efeitos jurídicos, como por igual tem se manifestado a doutrina brasileira, com realce para Paulo Lôbo que dez anos antes vaticinava a inclusão das uniões homoafetivas no conceito de entidade familiar do artigo 226 da Constituição Federal, antevendo que a ausência de lei regulamentando essas uniões não impedia sua existência,[46] como idêntico destaque merece a luta incansável e sem tréguas desenvolvida por igual tempo por Maria Berenice Dias na

defesa da união homoafetiva e do acesso ao casamento homoafetivo como legítima expressão da dignidade da pessoa humana.[47]

Ao impor efeito vinculante e declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, o STF assegurou aos companheiros homoafetivos a plêiade dos direitos elencados no livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro, prioritariamente consagrados aos casais heterossexuais, como os alimentos, previstos no artigo 1.724 do Código Civil; a sucessão hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, diante do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal do RE 878.694, cuja repercussão geral foi reconhecida e acenou pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil; o direito à adoção pelos pares homoafetivos, pois companheiros podem adotar e a legislação não estabelece a necessidade da diversidade de sexos entre os adotantes;[48] o exercício do poder familiar dos artigos 1.631 e 1.724 do Código Civil; o exercício da curatela, do artigo 1.775 do Código Civil; o uso do nome do companheiro, de acordo com o artigo 57, §§ 2º a 6º, da Lei de Registros Público; a impenhorabilidade do bem de família que serve de residência ao casal, do artigo 1º, da Lei 8.009/1990; o direito à sub-rogação da locação de imóvel urbano quando a união estável se dissolve, oriunda do artigo 11 da Lei 8.245/1991; os direitos possessórios dos companheiros sobre os bens adquiridos conjuntamente durante a união, como a manutenção de posse, a ação de reintegração de posse (art. 560 e ss. do CPC); os embargos de terceiro contra apreensão judicial (art. 674 do CPC);[49] e, sobremodo, a conversão da união estável em casamento, prevista no artigo 1.726 do Código Civil, conquanto não evidenciados os impedimentos para o matrimônio, declinados no artigo 1.521 do Código Civil.

A Resolução 175/2013 do CNJ dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo, tornando-se incontroversa a possibilidade do

casamento direto dos pares homoafetivos ou pela conversão em matrimônio da precedente união estável.

1.4. CONCEITO DE FAMÍLIA

De acordo com o artigo 226 da Constituição Federal, a família é a base da sociedade e por isto tem especial proteção do Estado. A convivência humana está estruturada a partir de cada uma das diversas células familiares que compõem a comunidade social e política do Estado, que assim se encarrega de amparar e aprimorar a família, como forma de fortalecer a sua própria instituição política.

Friedrich Engels ressalta a importância da família na estrutura da sociedade, pois ela é produto do sistema social e refletirá o estado de cultura desse sistema.[50]

Ao tempo em que a economia doméstica estava concentrada no meio rural, a família já foi mais ampla e abrangia um espectro maior de parentes em linha reta e colateral, mas foi sendo reduzida, resumindo-se numericamente aos pais e filhos, com a sua migração para os centros urbanos, na busca de emprego na indústria em franca expansão, ao mesmo tempo em que estabelecia a ocupação da família restrita de pequenos espaços para a moradia exclusiva dos parentes em linha reta e em bastante proximidade de graus. O Código Civil de 1916 retratava esta família tradicional e exclusiva do casamento, sem nenhuma margem de opção para qualquer outra espécie de família, daí se tratar do livro de Direito de Família, pois existia um único modelo oriundo da família matrimonial.

Com a edição da Carta Política de 1988 abriu-se o leque de padrões distintos de núcleos familiares, cujos exemplos não mais se restringiam ao casamento, surgindo a união estável para definir e legalizar a convivência daqueles que viviam à margem da lei e em *concubinato*, e a família monoparental. Auspiciado pela Constituição Federal de 1988 o Direito de

Família sofreu uma profunda reformulação e valores constitucionais fincaram as bases de um direito de família constitucional, sobrepondo direitos e princípios como verdadeiros vetores das relações familiares, estruturadas na igualdade dos filhos e das pessoas e na pluralidade das famílias, evoluindo abertamente para uma leitura constitucional do Direito de Família.

A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção e de reprodução cedeu lugar para uma família *pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental*.[51]

1.5. ENTIDADE FAMILIAR, PROTEÇÃO DO ESTADO E DIREITOS HUMANOS

De acordo com a Constituição Federal, a entidade familiar protegida pelo Estado é a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, podendo originar do casamento civil, da união estável e da monoparentalidade. Mas nem sempre teve toda essa extensão, pois durante muito tempo o sistema jurídico brasileiro reconhecia apenas a legitimidade da família unida pelo casamento civil, e os filhos originados dessa união por concepção genética ou por meio da adoção.

A Constituição brasileira tratou de albergar no plano jurídico a marcante realidade sociológica das uniões informais largamente instituídas no mundo dos fatos, e paulatinamente protegidas pela decisiva e histórica contribuição da doutrina e da jurisprudência.

A união estável não concorre com o casamento, como uma forma, “superior” ou “inferior” de entidade familiar, mas representa, sim, apenas mais uma opção a ser tomada, embora vozes doutrinárias sigam afirmando que se união estável e casamento fossem a mesma entidade familiar não seria

necessário poder converter uma em outro, como sucede no § 3º do artigo 226 da Constituição Federal ao permitir possa a união estável ser convertida em casamento.[52] Contudo, a histórica manifestação colhida do julgamento do Supremo Tribunal Federal, no RE 878.694, cuja repercussão geral foi reconhecida para votar pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, por entender que a Constituição Federal garante a equiparação entre a união estável e o casamento no respeitante ao menos, aos direitos hereditários, tendo o Ministro Relator Luís Roberto Barroso votado pela aplicação da tese de que "no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002". Conclusão coerente está em afastar qualquer ensaio que ainda pretenda atribuir efeitos jurídicos diversos entre estas duas entidades familiares protegidas pelo Estado desde a Constituição Federal de 1988, subsistindo, sim, diferenças evidentes na formação de cada uma destas entidades familiares, pois o casamento segue sendo uma instituição formal, cujos vínculos válidos precisam seguir o ritual do casamento civil, ao passo que a união estável nasce justamente da sua informalidade.

Por fim, a Carta Política brasileira promove no § 4º do seu artigo 226 o reconhecimento da família monoparental como outra espécie de entidade familiar, fruto, sobretudo, das uniões desfeitas pelo divórcio, pela separação judicial, pelo abandono, morte, pela dissolução de uma estável união, quando decorrente da adoção unilateral, ou ainda da opção de mães ou pais solteiros que decidem criar sua prole apartada da convivência com o outro genitor.

Portanto, acolhe a Constituição Federal a família biparental do casamento e da união estável e a família monoparental formada por qualquer dos pais e seus descendentes, havendo quem proclame a ampliação da proteção estatal de outras formas existentes de família, que teriam sido

negligenciadas pelo legislador, como as relações monoparentais surgidas da coabitação de madrasta e enteado, das relações familiares entre irmãos, entre primos, entre tio e sobrinho, e as uniões poliafetivas que restaram afastadas pelo Recurso Extraordinário 1.045.273, julgado em 14 de dezembro de 2020 do STF, com a tese de repercussão geral de que: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, parágrafo 1°, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro".

A Constituição Federal do Brasil inaugura a teoria dos direitos fundamentais, que Willis Santiago Guerra Filho diz serem originalmente, direitos humanos,[53] enumerados pela Carta da República em caráter meramente exemplificativo, pois ela não exclui outros direitos e garantias fundamentais decorrentes do regime e dos princípios, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CF, art. 5º, § 2º).[54]

Os direitos humanos estão guiados por toda uma doutrina internacional e com hierarquia constitucional, introduzindo como ensina Marisa Herrera, modificações substanciais no Direito Civil em geral e de modo mais eloquente no campo do Direito de Família, no que implica analisá-lo desde os direitos humanos como a igualdade e não discriminação, liberdade e autonomia privada, além de reconhecer outras formas de organização familiar que vão adiante da tradicional família heterossexual fundada no matrimônio e na noção de procriação biológica ou por ato sexual como fonte única de filiação.[55]

1.6. NOÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família respeita ao conjunto de normas jurídicas que regulam as relações familiares, integra uma parte do Direito Civil, e, portanto, está em conformidade com o Direito Privado. Embora o Direito de Família contenha preceitos de ordem pública, não se identifica com o Direito Público, tanto que a família, por toda a sua extensa importância social, é vista como a base da sociedade, reclama certa intervenção de natureza institucional, em obediência aos interesses maiores de preservação dos direitos provenientes das relações jurídico-familiares verticais.

O teor de indisponibilidade do Direito de Família está dosado na exata medida em que permite a intervenção estatal e essa se ocupa em assegurar que certos preceitos não sofram o influxo da plena liberdade de contratar, até mesmo porque o Direito de Família codificado só reconhece como entidades familiares as que preencham os pressupostos do casamento, da união estável e das relações monoparentais, embora maior extensão venha sendo identificada pela doutrina e jurisprudência, a reconhecer outras opções de constituição familiar, como nos casos dos relacionamentos homoafetivos, para não citar todas as outras formas conhecidas de constituição de família.

De qualquer modo busca a legislação regular a forma de constituição e de dissolução da família, e limita os deveres e os direitos no âmbito das relações parentais e, até o advento da Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, cujo texto foi em boa parte incorporado pelo Código de Processo Civil de 2015, condicionava todos os ajustes efetivados no campo da ruptura das relações afetivas e na regulamentação dos deveres parentais à obrigatória homologação judicial do acordo e dessa forma conferir-lhe a necessária eficácia mandamental.

A autonomia privada sempre foi de diminuto relevo no campo do Direito de Família, pois existem regras para poder casar e que invalidam o matrimônio quando não observados direitos cogentes, tal como existe um conjunto de características que permitem reconhecer a existência de uma união considerada estável e destinatária da proteção estatal. Do mesmo

modo como não será possível reconhecer vínculos de parentesco e de obrigações em relações que divirjam da norma escrita e que não podem ser modificadas pela simples vontade das pessoas, como são clássicas as situações que proíbem a renúncia aos alimentos de menores e incapazes, em uma mostra muito clara da intervenção do Direito Público.

O Direito de Família justamente destoa do restante do Direito Privado quando, com as exceções dos divórcios e separações extrajudiciais da Lei 11.441/2007, agora absorvidos pelo vigente Código de Processo Civil (art. 733), limita a autonomia privada com a imperatividade de suas normas, todas elas coerentes com o propósito de manutenção e preservação dos direitos pessoais presentes nas relações jurídico-familiares, cujo enfoque diverge da livre movimentação individual encontrada no campo das relações de cunho exclusivamente patrimonial e econômico; mas isso não conduz à conclusão de o Direito de Família pertencer ao Direito Público, até porque já ficou demonstrado o fracasso do intervencionismo do Estado na vida familiar e na intimidade das pessoas e cada vez se faz mais crescente a política de não intervenção estatal, especialmente nas relações familiares horizontais existentes entre marido e esposa, companheira e companheiro e uniões homoafetivas.

1.7. CONTEÚDO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Na sistematização do Direito de Família da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o temário ocupa o Livro IV da Parte Especial, e subdivide-se em quatro títulos, tratando o primeiro destes títulos do *direito pessoal*, com início no artigo 1.511 e seguindo até o artigo 1.638 do Código Civil. O segundo título cuida do *direito patrimonial*, e tem início no artigo 1.639, findando no artigo 1.722 do Código Civil, para então abrir o terceiro título referente à *união estável*, do artigo 1.723, e encerrando no artigo 1.727, para

concluir com o quarto título *da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada* regulada pelos artigos 1.728 a 1.783 do Diploma Substantivo Civil.

O direito pessoal traz dois subtítulos, o primeiro cuida do casamento, com as suas disposições gerais, capacidade nupcial, impedimentos, causas suspensivas, processo de habilitação para o casamento, celebração do matrimônio, provas do casamento, invalidade e eficácia das núpcias, dissolução do vínculo conjugal e proteção da pessoa dos filhos.

O segundo subtítulo trata das relações de parentesco, com suas disposições gerais, filiação, reconhecimento dos filhos, sendo que a adoção restou quase que inteiramente absorvida pela Lei 12.010/2009, o poder familiar, com seus desdobramentos (disposições gerais, exercício do poder familiar, suspensão, destituição e extinção do poder familiar), inclusive com a Lei 13.509/2017, que dispõe sobre a adoção, altera alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, cria a figura do *apadrinhamento* e estabelece uma nova modalidade de destituição do poder familiar ao acrescer o inciso V ao artigo 1.638 do Código Civil, e a Lei 14.138/2021, que acrescentou o § 2° ao artigo 2º-A da Lei 8.560/1992, para permitir, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes do suposto pai.

O direito patrimonial carrega quatro subtítulos, começando com o regime de bens, com suas disposições gerais, pacto antenupcial, regime da comunhão parcial, da comunhão universal, de participação final nos aquestos e regime da separação de bens; trata ainda do usufruto e da administração dos bens de filhos menores, dos alimentos, e do bem de família.

Os dois títulos conclusivos cuidam da união estável, com seus pressupostos, deveres recíprocos, regime de bens, sua conversão em casamento e do concubinato, enquanto os institutos da tutela, da curatela e da tomada de decisão apoiada preocupam-se em proteger a pessoa e os bens dos incapazes, com as novas diretrizes do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) ampliando a *autonomia existencial*.

1.8. A DESSACRALIZAÇÃO DA FAMÍLIA

O mundo testemunhou, com o início da Revolução Industrial, um súbito enxugamento da família, que migrou do campo para os grandes centros industriais, e assim reduziu a quantificação dos seus componentes. Surgiu pequeno grupo, formado por pais e filhos, centrando no seu domicílio o ninho, o abrigo reservado à exposição dos seus assuntos familiares mais íntimos. No começo, a tendência foi a de concentrar a mulher nas atividades domésticas, no trato diário da prole conjugal e conferir ao esposo a chefia econômica do lar. Organizada a família nesse modelo social e político de conveniente divisão imaterial e econômica das funções conjugais, ficava fácil constatar que cada membro precisava alcançar sua realização pessoal, assumindo as tarefas divididas pela lei e pelos costumes para cada gênero sexual, em um papel de inquestionável subserviência da mulher, em inaceitável desigualdade em relação ao homem.

Desenhada a nova família para uma concepção mais íntima, com natureza privada e perdendo com o seu estreitamento a sua finalidade principal de exploração rural, a sociedade defronta-se com outro modelo de conjunto familiar, de incontestável pé de igualdade e voltado para a realização individual de seus membros.

É o caminho da crescente personalização da família, separando os direitos de seus membros, criando obrigações e direitos para o núcleo e direitos especiais para os mais necessitados e vulneráveis, como o são as crianças e adolescentes, os jovens, os idosos e os deficientes, que contam com Estatutos editados para a sua especial proteção jurídica.

Essa mutação social da família patriarcal para a família celular permite que as prestações vitais de afetividade e realização individual sejam atingidas, perdendo importância a sua antiga aura sagrada e os tabus deitados sobre a maternidade e paternidade, parecendo interessar mais a formação natural e espontânea da família.

Salvo as classes mais acomodadas, alerta Guillermo Borda,[56] a economia familiar não mais se apoia nos rendimentos do homem, senão também nos ganhos da mulher, que precisou sair à rua para completar os aportes financeiros da família e nesse caminho já trilham também os filhos para, em solidariedade, reforçarem os ingressos necessários ao orçamento doméstico.

1.9. A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Caminha-se para um Direito Civil Constitucional, profetiza Maria Celina Tepedino, porque superada a dicotomia entre o interesse público e o interesse privado, em que o privado deixou de ser o âmago da vontade individual, e o Direito Público não mais se inspira na subordinação do cidadão, prevalecendo com a Carta Política de 1988, o Estado Democrático de Direito, fundamentado na dignidade da pessoa humana.[57]

De acordo ainda com Maria Celina Tepedino,[58] qualquer norma ou cláusula negocial deve estar em conexão com a orientação constitucional de privilegiar a dignidade humana. O Direito Civil transformou-se ao deixar de se preocupar com a atividade econômica do cidadão e passar a regulamentar sua atividade social, cuidando de verticalizar o desenvolvimento da personalidade da pessoa.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo,[59] a realidade é de uma família matrizada na efetividade, que busca seu espaço social, político e jurídico, como legítimos instrumentos para sua plena realização e satisfação pessoal. Esse fenômeno, Lôbo informa tratar-se de uma tendência à repersonalização das relações de família, tendo como meta ou suporte fático a valorização da pessoa, e não de seu patrimônio. Isso fica absolutamente claro na medida em que o Estado deixa de proteger as relações de produção da família comunitária e se preocupa com as condições morais, materiais e legais,

capazes de dar condições de a pessoa humana se realizar afetivamente em seu círculo familiar.[60]

Gustavo Tepedino[61] também realça como novo fundamento da República de um Estado Democrático de Direito o respeito à dignidade da pessoa humana, e define outra tábua de valores na disciplina familiar, tangente, é certo, aos primados da equalização do homem e da mulher, dentro e fora do casamento; a pluralização das entidades familiares e sua proteção estatal, sem descurar da igualdade dos direitos destinados aos filhos. Dessa sorte, por princípio de Direito, importa ao legislador buscar a proteção dos fins sociais da lei e as exigências do bem comum, como especificado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para chegar à matriz de um Direito de Família desmaterializado, desvinculado das relações de dependência econômica e, sob a auspiciosa égide constitucional de edificação, proteção e elevação sociofamiliar do indivíduo.

---

1 REALE, Miguel. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (Coord.). *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005. v. 1, p. 19.

2 Conforme DIAS, Maria Berenice e PEREIRA, Rodrigo da Cunha no prefácio ao livro *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. IX-X.

3 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63.

4 BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, p. 6-7, 2002.

5 *Ibidem*. Ob. cit., p. 8.

6 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 25.

7 *Idem*. Ob. cit., p. 26.

8 ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 76.

9 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil, famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 71.

10 WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 72.

11 ENGELS, Friederich. *A origem da família da propriedade e do Estado*. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980. p. 81-82.

12 TORRES-LONDOÑO, Fernando. *A outra família, concubinato, Igreja e escândalo na colônia*. São Paulo: Loyola, 1999. p. 15.

13 SÁNCHEZ, Antonio J. Vela. *Las familias monoparentales, su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial*. Hacia su consideración jurídica unitária y su protección integral. Granada: Editorial Comares, 2005. p. 10.

14 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 48.

15 ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 76.

16 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil, famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 83-84.

17 GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas, nuevas uniones después del divorcio*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000. p. 35.

18 *Idem*. Ob. cit., p. 34.

19 GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas, novas uniões depois da separação*. São Paulo: RT, 2007. p. 83.

20 Caráter subsidiário quer dizer que só procede o pedido alimentar diante da inexistência de parentes obrigados ou quando estes existem, porém não têm recursos econômicos para enfrentar o pagamento dos alimentos.

21 SILVEIRA, Alípio. *O casamento putativo no direito brasileiro*. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1972. p. 39.

22 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 81.

23 ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e cidadania, o novo CCB e a* vacatio legis. Belo Horizonte: IBDFAM, Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002. p. 152-153.

24 FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*. Pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 122.

25 SILVA, Daniel Alt da. *Família simultânea*. Uma abordagem à luz da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 108.

26 GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro

(coord.). *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 402.

27 Disponível em: <www.ibdfam.org.br/noticias/7044/-Em+relaao+paralela+reconhecida+como+uniao+estavel-%2c+mulher+tem+direito+25+por+cento+do+patrimonio>. Acesso em: 27 nov. 2019.

28 "Concubinato. Casamento. Duplicidade de união afetiva. Efeitos. Caso em que se reconhece que o *de cujus* vivia concomitantemente em estado de união estável com a apelada. Caso concreto em que, em face da realidade das vidas, se reconhece direito à concubina a 25% dos bens adquiridos na constância do concubinato. Deram parcial provimento" (TJRS, Apelação Cível 70004306197, 8ª Câmara Cível).

"Apelação. União estável paralela ao casamento. Reconhecimento. Partilha. 'Triação'. Alimentos para ex-companheira e para o filho comum. Viável reconhecer união estável paralela ao casamento. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que restou cabalmente demonstrada a existência de união estável entre as partes, consubstanciada em contrato particular assinado pelos companheiros e por 03 testemunhas; e ratificada pela existência de filho comum, por inúmeras fotografias do casal junto ao longo dos anos, por bilhetes e mensagens trocadas, por existência de patrimônio e conta-bancária conjunta, tudo a demonstrar relação pública, contínua e duradoura, com claro e inequívoco intento de constituir família e vida em comum. Reconhecimento de união dúplice que impõe partilha de bens na forma de 'triação', em sede de liquidação de sentença, com a participação obrigatória da esposa formal. Precedentes jurisprudenciais. Ex-companheira que está afastada há muitos anos do mercado de trabalho, e que tem evidente dependência econômica, inclusive com reconhecimento expresso disso no contrato particular de união estável firmado entre as partes. De rigor a fixação de alimentos em prol dela. Adequado o valor fixado a título de alimentos em prol do filho comum, porquanto não comprovada a alegada impossibilidade econômica do alimentante, que inclusive apresenta evidentes sinais exteriores de riqueza. Apelo do réu desprovido. Apelo da autora provido. Em monocrática. (segredo de justiça). Decisão monocrática" (TJRS, Apelação Cível 70039284542, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 23.12.2010).

29 VELOSO, Zeno. *União estável*. Pará: CEJUP, 1997. p. 77.

30 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFAM, 2003. p. 264.

31 "Recurso Especial. Ação de reconhecimento e de dissolução de união estável c/c pedido de arrolamento e partilha de bens. União estável concomitante a casamento sem separação de fato. 1. À luz do disposto no § 1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato

duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. Nesse viés, apesar de a dicção da referida norma também fazer referência à separação judicial, é a separação de fato (que, normalmente, precede a separação de direito e continua após tal ato formal) que viabiliza a caracterização da união estável de pessoa casada. 2. Consequentemente, mantida a vida em comum entre os cônjuges (ou seja, inexistindo separação de fato), não se poderá reconhecer a união estável de pessoa casada. Nesse contexto normativo, a jurisprudência do STJ não admite o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou de união estável concomitante a casamento em que não configurada separação de fato. 3. No caso dos autos, procedendo-se à revaloração do quadro fático delineado no acórdão estatal, verifica-se que: (a) a autora e o réu (*de cujus*) mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos; (b) o demandado era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa; e (c) a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário. 4. Desse modo, não se revela possível reconhecer a união estável alegada pela autora, uma vez que não foi atendido o requisito objetivo para sua configuração, consistente na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. 5. Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie. 6. Recursos especiais do espólio e da viúva para julgar improcedente a pretensão deduzida pela autora" (STJ, REsp 1.754.008/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.12.2018).

32 SALOMãO, Luis Felipe. *Direito Privado*.Teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 597. Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão – Servidor Público. Mulher. Concubina. Direito. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina" (RE 397.762, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.06.2008).

33 "Companheira e concubina. Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União estável –

34 "Recurso Especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de lei federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família X. Dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Decisão. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decurso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas. Dissídio jurisprudencial. Inexistência de similitude fático-jurídica. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de

prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas, há de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo de quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido" (j. 17.03.2015).

35 "Recurso extraordinário. Repercussão geral. Tema 529. Constitucional. Previdenciário. Pensão por morte. Rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. Impossibilidade. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes – independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O Supremo Tribunal Federal tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser étero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de

exclusividade ou de monigamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: 'A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro'. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento."

36 SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito de família*. Uniões conjugais, estáveis, instáveis e costumes alternativos. Leme: Cronus, 2015. p. 1.342-1.348.

37 SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias*. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 157.

38 PORTES JÚNIOR, Otávio de Abreu. *Poliamor* – visão jurídica e filosófica sobre as uniões simultâneas e poliafetivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2020. p. 37.

39 VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias poliafetivas, uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 309.

40 NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 88.

41 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 54.

42 DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*. O preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 163.

43 STJ, REsp 820.475/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o acórdão Min. Luís Felipe Salomão, j. 02.09.2008.

44 A ação de descumprimento de preceito fundamental está prevista no § 1º do art. 102 da CF e regulamentada pela Lei 9.882/1999 e tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental diante de qualquer ato do Poder Público, assegurando os valores supremos de uma sociedade, entendendo-se como ato do Poder Público qualquer um que advenha do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. Escreve Bruno Taufner Zanotti (*Controle de constitucionalidade para concursos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 367) que: "a pendência de múltiplas ações judiciais nos diversos graus de jurisdição, inclusive no Supremo, nas quais há interpretações e decisões divergentes sobre a matéria, gera situação de insegurança jurídica e, não havendo outro meio hábil a solucionar a polêmica sob exame, torna-se a ADPF o instrumento apto a resolver a problemática". A ação direta de inconstitucionalidade é instrumento de defesa genérica das normas presentes na Constituição Federal, quando houver sua violação por lei ou ato normativo federal ou estadual. Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 905): "A razão de ser de uma ação em que se pede exclusivamente declaração de inconstitucionalidade advém da necessidade de se eliminar da ordem jurídica norma que

seja incompatível com a Constituição. Tutela-se, assim, a ordem jurídica. A decisão que declara a inconstitucionalidade produz efeitos *erga omnes*, resultando inquestionável diante de todos, e, na mesma medida, a norma não mais aplicável".

45 Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.05.2011.

46 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: Para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, n. 12, p. 54, jan.-fev.-mar. 2002.

47 DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*. O preconceito & a justiça. 4. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 158.

48 GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 151.

49 TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS, 2008. p. 46-47.

50 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980. p. 109.

51 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 12.

52 OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002. p. 211.

53 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 43.

54 Para Rodrigo César Rebello Pinho (*Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 67): "Direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual".

55 HERRERA, Marisa. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2015. p. 1.

56 BORDA, Guillermo. *La familia hoy, Derecho de Familia*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1991. p. 11.

57 TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, n. 65, p. 21-32.

58 TEPEDINO, Maria Celina B. M. Ob. cit., p. 28.

59 NETTO LÔBO, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-80.

60 NETTO LÔBO, Paulo Luiz. Ob. cit., p. 74.

61 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família contemporâneo*. Belo

Horizonte: Del Rey, 1997. p. 550-551.

Capítulo 2

DIREITOS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS DE DIREITO DE FAMÍLIA

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diz J. J. Gomes Canotilho[1] que os direitos fundamentais são "direitos de todos", pois são direitos humanos e não apenas direitos de determinados cidadãos. É uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano; tem valor supremo e atua como alicerce da ordem jurídica democrática, não havendo como ignorar a advertência de Ingo Sarlet,[2] no sentido de não se esgotar a dignidade na imagem da sua inerência à natureza humana, "pois que ela também possui um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da Humanidade em seu todo".

No conteúdo de *fundamental* está embutida a ideia de situação jurídica essencial à realização da pessoa humana. David Pardo[3] identifica como fundamentais todos aqueles direitos declarados em uma comunidade política organizada, para satisfação das necessidades ligadas ao reconhecimento dos princípios da liberdade, igualdade e dignidade humana; todos conformes com o momento histórico e reconhecidos na ordem jurídica constitucional.

Jairo Gilberto Schäfer[4] reserva a expressão “direitos fundamentais” para os direitos humanos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional do Estado, ao passo que os direitos humanos guardam conexão com todos os povos, têm validade universal e independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. Os direitos havidos como fundamentais impedem as ingerências dos poderes públicos na esfera jurídica individual, tendo estes mesmos poderes públicos o dever de evitarem qualquer lesão aos fundamentais direitos dos cidadãos.

É a dignidade da pessoa humana o fundamento do Estado Democrático de Direito do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e se a Constituição consagra, no seu artigo 3º, ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, pode se compreender que o respeito à dignidade humana é a base de sustentação para a realização do princípio democrático de Direito.

A dignidade humana atua na órbita constitucional na condição de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, e como princípio constitucional consagra os valores mais importantes da ordem jurídica, gozando de plena eficácia[5] e efetividade,[6] porque de alta hierarquia e basilar prevalência, conciliando a segurança jurídica com a busca da justiça.[7]

Os princípios gerais de Direito integram a maioria dos sistemas jurídicos e no Brasil sua reafirmação tem sido constantemente observada diante da tendência de constitucionalização do Direito Civil e, notadamente, do Direito de Família. Os princípios podem ser expressos ou não, podendo ser extraídos do contexto da norma jurídica. Observa Suzana Oliveira Marques serem os princípios fontes primárias do Direito, estando ao lado da lei e tendo vinculação obrigatória.[8]

A Carta Magna colaciona diversos princípios, muito deles expressos, outros, engajados no espírito da Constituição, e vários deles endereçados ao Direito de Família.

2.2. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA NO DIREITO DE FAMÍLIA

A dignidade humana é princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, inciso III. Quando cuida do Direito de Família, a Carta Política consigna no artigo 226, § 7º, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Já no artigo 227, prescreve ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-lo a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, pois que são as garantias e os fundamentos mínimos de uma vida tutelada sob o signo da dignidade da pessoa, merecendo especial proteção até pelo fato de o menor estar formando a sua personalidade durante o estágio de seu crescimento e desenvolvimento físico e mental.

De acordo com o artigo 230 da Constituição Federal, têm a família, a sociedade e o Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurar sua participação na comunidade, defender sua dignidade e bem-estar e garantir-lhes o direito à vida. Como lembra Ana Maria Viola de Sousa,[9] o Estado se atribui a responsabilidade de defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão; contudo, por absoluta carência de recursos materiais necessários à política de assistência, não está logrando êxito na sua função.

Em verdade a grande reviravolta surgida no Direito de Família com o advento da Constituição Federal foi a defesa intransigente dos componentes

que formulam a inata estrutura humana, passando a prevalecer o respeito à personalização do homem e de sua família, preocupado o Estado Democrático de Direito com a defesa de cada um dos cidadãos. E a família passou a servir como espaço e instrumento de proteção à dignidade da pessoa, de tal sorte que todas as esparsas disposições pertinentes ao Direito de Família devem ser focadas sob a luz do Direito Constitucional, como concluiu Beatriz Helena Braganholo ao refletir sobre o impacto da Constituição sobre o Direito de Família brasileiro e sentenciar que: "O Direito Constitucional é, mais do que nunca, responsável por regular as relações humanas, antes ditas meramente privadas e enquadradas como reguladas pelo Direito Civil. Seus interesses individuais são correspondentes a necessidades fundamentais do homem, tendo o dever de propiciar meios que levem a viver e relacionar de uma forma mais solidária, com respeito pelo outro".[10]

2.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O fundamento jurídico da dignidade humana tem uma de suas maiores sustentações no princípio da igualdade formal e substancial, impedindo que ocorra qualquer tratamento discriminatório entre os gêneros sexuais, muito embora precise trabalhar as diferenças sociais, econômicas e psicológicas.

No Direito de Família, a revolução surgida com o advento da Constituição Federal de 1988 retirou de sua gênese o caráter autoritário da prevalência da função masculina quando tratou de eliminar as relações de subordinação até então existentes entre os integrantes do grupo familiar. O Direito de Família, constitucionalizado em 1988, impõe aos cidadãos um modelo único de moral familiar, por mais paradoxal que pareça ao atual sistema plural de formação do núcleo familiar.

Fórmula que se distancia das antigas exigências de ordem pública, quando o legislador impunha uma concepção coercitiva única de

sexualidade, de matrimônio e de relações inspiradas exclusivamente na noção de submissão e de dependência da mulher, e que tinha o seu arsenal legislativo no valor patrimonial das relações pessoais.

A revolução ocorrida no Direito de Família com a Carta Política de 1988 provocou de imediato profundas incursões no terreno da proteção à união estável; e nas ideias de igualdade dos filhos e cônjuges, com olhar também voltado para a facilitação e não limitação do divórcio.[11]

Essa igualdade dos cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas; é, sobretudo, uma isonomia ostentada no fundamento supremo do Estado Democrático de Direito da Carta da República brasileira, de defesa da dignidade humana, traduzida pela solidariedade econômica dos cônjuges, que passam a contribuir com o seu trabalho no atendimento das necessidades do seu grupo familiar e outras diretivas também proclamadas pelo calor da progressão isonômica, mas contestadas no mundo axiológico pelo contrafluxo de evidências que, lamentavelmente, ainda apontam e sinalizam para a existência de uma distância abismal da desejada paridade e o Código Civil brasileiro ainda é um celeiro destas inaceitáveis diferenças quando se trata de comparar o casamento com a união estável, não obstante venham sendo amenizadas, como sucedeu no Recurso Extraordinário 878.694/MG, de Repercussão Geral, ao estabelecer a tese de inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no artigo 1.790 do Código Civil, para ordenar a aplicação para as duas hipóteses, do regime do artigo 1.829 do Código Civil.

Em contrapartida, a mulher assume novas responsabilidades, precisando dividir com o marido ônus que só a ele estavam relacionados, como o de participar das decisões familiares e de contribuir financeiramente para a manutenção da família quando ela exerce uma atividade remunerada.[12]

Contudo, ainda é estarrecedora a advertência feita por Sérgio Gischkow Pereira quando evoca os deploráveis dados sociológicos das estatísticas nacionais denunciando que: “A maior parte das mulheres brasileiras ainda vive em estado de subordinação aos maridos e não apresenta condições mínimas de conhecimento e de flexibilização negocial e segue sendo confinada no seu serviço doméstico, sendo agredida moral e fisicamente por seus maridos”.[13]

Prova mais evidente dessa desmedida violência doméstica pode ser encontrada na promulgação da Lei de combate à violência contra a mulher, a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), editada dezoito anos após o surgimento da Carta Política de 1988 e constantemente atualizada com novas formas de proteção da mulher vítima de violência, sendo exemplo disso a Lei 13.827/2019, que permite que as medidas protetivas, no âmbito da Lei Maria da Penha, sejam aplicadas por Delegado de Polícia ou policiais, com posterior chancela do Poder Judiciário; a Lei 13.836/2019, que acrescenta o inciso IV ao artigo 12 da Lei Maria da Penha para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar; a Lei 13.871/2019, que impõe ao agressor a obrigação de ressarcir os custos de serviços de saúde e dispositivos de segurança nos casos de violência contra a mulher; a Lei 13.880/2019, que dispõe sobre a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, e a Lei 13.882/2019, que garante a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituições de educação básica mais próxima de seu domicílio; a Lei 13.894/2019, que autoriza o encaminhamento à assistência judiciária à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável, e que acrescenta a alínea *d* ao artigo 53 do CPC e prevê a competência do foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar para a ação de divórcio, separação judicial,

anulação de casamento e reconhecimento da união estável a ser dissolvida, dentre outras medidas de idênticos propósitos, como a intervenção obrigatória do Ministério Público em ações de família nas quais figure como parte vítima de violência doméstica e familiar (CPC, arts. 698, parágrafo único, e 1.048, inc. III); e a Lei 13.931, de 10 de dezembro de 2019, que dispõe sobre a notificação compulsória para os profissionais de saúde comunicarem à autoridade policial em até 24 horas para as providências cabíveis e fins estatísticos, quando tiver indícios ou confirmação de violência contra a mulher. Também a Lei 13.984/2020, que alterou o artigo 22 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer medidas de comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e de acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio, e a Lei 14.188, de 28 de julho de 2021, que definiu o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a violência doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher e alterou o Código Penal, para modificar a modalidade da pena de lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher, acrescendo o artigo 147-B do Código Penal (Decreto-lei 2.848/1940), que assim define o crime de violência psicológica contra a mulher: “Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação”, prevendo pena de reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

Mostram essas novas Leis que prosseguem as desigualdades entre o homem e a mulher, numa sutil e silenciosa opressão, transitando impune, por

todos os níveis sociais e econômicos. É o poder do dinheiro na sua histórica marcha de desastrosa intervenção nas relações afetivas, como infausto instrumento de controle e de sedução, causa marcante dos grandes conflitos conjugais que procuram fazer imperar a dependência pelo dinheiro onde esgotou a atração pelo afeto. Pouco importa esteja o Direito de Família criado pela Constituição de 1988 suprimindo qualquer diferença na capacidade atribuída a cada um dos cônjuges, se no mundo real prosseguem as desigualdades ditas proscritas pela Constituição e se na codificação ainda existem resíduos que discriminam pelo sexo e pela idade, como disto é frisante exemplo a restrição do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

É o dinheiro e seu significado no meio cultural, como ensina Clara Coria[14] ao demonstrar que ele não é neutro, mas, ao contrário, tem um gênero sexual, protagoniza nos homens atitudes masculinas que continuam condicionando as mulheres à desigualdade e à dependência. Presente nas relações conjugais e de união estável, sob o indissociável aspecto material de qualquer contrato de sociedade afetiva, a moeda sonante transforma-se em uma poderosa arma, de uso constante na autoritária distribuição de poder e de domínio no intercâmbio, nem tão solidário, de um homem e de uma mulher ou de duas pessoas que se querem com a exclusividade em um ensandecido e descontrolado amor.

As mulheres representam 50% da população adulta do mundo e um terço da força de trabalho; porém, realizam quase duas terças partes do total de trabalho e recebem somente uma décima parte dos ingressos financeiros mundiais, e possuem menos de uma centésima parte da propriedade imobiliária mundial. De acordo com Clara Coria, é frequente observar dentro da sociedade conjugal a existência de uma divisão sexual do dinheiro, por conta do que as mulheres administram os pequenos e invisíveis recursos, enquanto os homens se ocupam de administrar o dinheiro grande e os bens visíveis.[15]

Quando reporta ao dinheiro pequeno, Clara Coria refere-se àqueles gastos destinados à manutenção da casa, a comida, a roupa e os servidores domésticos. São custos despendidos para cobrir necessidades peremptórias e que depois de realizadas transformam-se em despesas sem marcas, já que desaparecem, como a comida ingerida, a roupa que perece e assim por diante. O dinheiro grande, ao contrário, tem roteiro diferente, porque destinado à diversão, aos investimentos para a compra de móveis e imóveis, carros e aquisições de maior envergadura, que deixam marcas concretas, palpáveis evidências, demonstrando haver compensado o esforço daquele que os adquiriu e administrou os recursos.[16]

Ora, enquanto persistirem essas notórias diferenças, num jogo de dar e de receber, em que as relações humanas de amor e de afetividade, de altruísmo e de abnegação, facilmente cedem espaço para a inexorável regência do poder econômico, e, enquanto prosseguir a indissimulada discriminação da mulher dentro de um mercado de trabalho que privilegia a mão de obra masculina, continuaremos testemunhando apenas a utopia da propalada igualdade e, certamente, permaneceremos deparando com um codificador que teima em proteger os septuagenários que se casam, proibindo que escolham livremente o seu regime de bens conjugal, ou simplesmente impedindo que casem pelo regime legal da separação de bens e só dividam os eventuais bens adquiridos na constância do curto ou longo casamento.

2.4. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

Muito se fala acerca da autonomia de vontade associada ao princípio da autonomia privada, e à capacidade de os entes privados estabelecerem acordos bilaterais ou manifestações unilaterais de vontade. São, no entanto, conceitos distintos, muito embora interligados, interessando esclarecer que a autonomia privada se liga ao exercício pleno da liberdade da pessoa,

corolário natural de sua dignidade humana e não fica apenas restrita à capacidade de estabelecer acordos eminentemente judiciais.

No Direito de Família sempre incidiu uma maior intervenção do Estado-juiz na dinâmica familiar, impondo freios e restrições nessa liberdade de ação, mirando sempre a defesa da célula familiar, valor maior a justificar a dignidade da pessoa humana.[17]

Com o advento da Carta Política de 1988, elevando a preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em detrimento dos interesses patrimoniais das pessoas, na esteira dessa evolução, o Código Civil de 2002 reviu seus conceitos e institutos para a despatrimonialização das relações familiares, passando a valorizar o indivíduo e suas conexões jurídicas. Neste sentido, diz Rodrigo da Cunha Pereira,[18] "ampliou-se o campo de aplicação da autonomia privada, que também se curva, sobretudo no âmbito das relações familiares".

E, com efeito, na evolução do direito familista pode ser sentido o afrouxamento das amarras que marcavam um intenso predomínio das normas de aplicação imperativa, como pontual exemplo sucedia com o artigo 230 do Código Civil de 1916, proibindo a alteração incidental do regime de bens conjugal, quando na atualidade a legislação civil admite a mudança do regime de bens, ainda que sob a fiscalização judicial.

Outro exemplo a demonstrar a ampliação da autonomia privada no Direito de Família e a redução da atuação da intervenção judicial na família surgiu com a separação e o divórcio extrajudiciais, ao outorgar aos cônjuges – em princípio quando não têm filhos menores ou incapazes; porque a prole já é maior e capaz, ou porque os interesses dos filhos menores e incapazes já foram judicialmente estabelecidos –, a opção de promoverem a dissolução da sociedade (separação) ou do vínculo conjugal (divórcio) por meio de escritura pública e o divórcio direto, sem prazo e sem culpa da Emenda Constitucional 66/2010, estendendo o Código de Processo Civil em seu

artigo 733 para a dissolução extrajudicial da união estável que não havia sido lembrada pela Lei 11.441/2007.

Tenha-se igualmente presente a não intervenção do Ministério Público nas demandas de família com interesses meramente patrimoniais nas relações familiares horizontais, enfim, tudo permite concluir pelo crescimento da liberdade de ação dos cônjuges e conviventes, considerados individualmente como pessoas, conquanto não se descurem dos fundamentos basilares do seu núcleo familiar, de ponderação maior e, cujos princípios sempre podem ser judicialmente solucionados quando surgir algum inconciliável conflito entre a pessoa e sua célula familiar.

2.5. PRINCÍPIO DA LIBERDADE

De liberdade necessita o homem para poder desenvolver todas as suas potencialidades, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa por vontade própria, quando não o for em virtude de lei. Liberdade que precisa respeitar o direito alheio, anotando Célio Silva Costa,[19] porque adiante dessa fronteira haverá abuso, arbitrariedade e prepotência.

Portanto, também a liberdade comporta restrições, inclusive impostas por outros princípios, como frisante exemplo no âmbito do Direito de Família está na liberdade de o devedor de alimentos sofrer a sanção da prisão civil por injustificada inadimplência da sua obrigação alimentar, que estaria negando vigência a valor maior, consubstanciado no direito à vida do alimentando.

Os direitos fundamentais costumam ser classificados por suas gerações, estando entre os direitos de *primeira geração* as liberdades civis básicas e clássicas, consideradas como a base de sustentação do *edifício democrático*, liberdades que não podem sofrer restrições, sob pena de "todo o edifício democrático desmoronar".[20]

Entre outras, garantem a liberdade e a integridade física das pessoas o direito à vida; à liberdade de locomoção de expressão; tal qual na liberdade de expressão ingressa a liberdade de imprensa, o sigilo de correspondência, o livre-direito à manifestação do pensamento e a liberdade de consciência[21] e da autodeterminação da pessoa.

O princípio do livre-arbítrio se faz presente no âmbito familiar, pela liberdade de escolha na constituição de uma unidade familiar, entre o casamento e a união estável, vetada a intervenção de pessoa pública ou privada (CC, art. 1.513); na livre-decisão acerca do planejamento familiar (CC, art. 1.565, § 2º), só intervindo o Estado para propiciar recursos educacionais e informações científicas;[22] na opção pelo regime matrimonial (CC, art. 1.639), e sua alteração no curso do casamento (CC, art. 1.639, § 2º), sendo um descalabro cercear essa mesma escolha do regime de bens aos que completam 70 anos de idade (CC, art. 1.641, inc. II); na liberdade de escolha entre a separação ou o divórcio judicial ou extrajudicial e a extinção consensual da união estável, presentes os pressupostos de lei (CPC, art. 733).

2.6. PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR

A solidariedade familiar pode ser encontrada já na dicção do artigo 1.511 do Código Civil quando afirma importar o casamento na *comunhão plena de vida*, porque evidente que, se ausente comunhão plena de vida, desaparece a *ratio* do matrimônio e não tão somente nessa modelagem de entidade familiar, como fundamento da união estável, ou de qualquer associação familiar hetero ou homoafetiva.

A solidariedade é princípio e oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-se mutuamente sempre que se fizer necessário.

Há dever de solidariedade entre os cônjuges na sua mútua assistência regulamentada pelo inciso III do artigo 1.566 do Código Civil, como ocorre no dever de respeito e assistência na versão reportada pelo mesmo diploma civil para as uniões estáveis (CC, art. 1.724).

Na vida social o cônjuge é solidário e prestativo ao respeitar os direitos de personalidade do seu companheiro, estimulando e incentivando suas atividades sociais, culturais e profissionais, que compõem, afinal de contas, a personalidade e a identidade de cada um dos integrantes do par afetivo.

A solidariedade no âmbito dos alimentos também se faz presente no dever da mútua assistência material, embora com diferentes matizes quando se refere às necessidades materiais do idoso, tendo este merecido tratamento privilegiado, por força do artigo 12 do Estatuto do Idoso, ao autorizá-lo a escolher seu devedor entre os prestadores de seus alimentos, não sendo aplicada a regra do Código Civil de os parentes mais próximos serem chamados em primeiro lugar e recaindo a obrigação sempre no mais próximo em grau de parentesco.

2.7. PRINCÍPIO DA MONOGAMIA

Os princípios são fonte inquestionável do Direito, como assim também é a lei, a jurisprudência, a doutrina, a equidade, os costumes, a analogia e o direito comparado. Alguns princípios são escritos e outros não, advém da cultura universal, da prática social e estão subentendidos no texto da lei. Como refere Rodrigo da Cunha Pereira, especificamente no Direito de Família, a monogamia é um desses princípios *não escritos*, tratando-se de um princípio organizador e sobre o qual se assentam todas as formas de família.[23] Segundo Rodrigo da Cunha Pereira,[24] a monogamia não pode ser compreendida unicamente como uma norma moral ou moralizante, pois deve ser vista como um princípio básico das relações ocidentais de família e na

esteira do respeito à monogamia seguem inúmeros valores que com ela estão intimamente conectados, tanto que o adultério já foi considerado como crime no sistema penal brasileiro e embora sua prática, a poligamia, tenha sido descriminalizada, a fidelidade física e moral, como pressuposto de honestidade, lealdade, respeito e afeto seguem ocupando o topo dos deveres de uma relação conjugal.

O sistema monogâmico não se desconstrói pelo ato de traição ou de infidelidade,[25] pois seu rompimento decorre do estabelecimento de uma relação afetiva concomitante ou paralela ao casamento ou à união estável e embora a Constituição Federal tenha reconhecido e legitimado outras formas de composição de família, a premissa de fidelidade está sempre presente na condenação moral por infração ao pacto social da monogamia.[26]

Isso não significa que alguém que constitua famílias simultâneas por meio de múltiplas conjugalidades esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica,[27] tal como na mesma direção aponta Marcos Alves da Silva, no sentido de que condenar a família paralela, sociologicamente existente, à inexistência jurídica impõe especialmente à mulher, reconhecida como concubina, um lugar de *não direito*, e complementa: "a desconsideração jurídica de famílias simultâneas, reconhecidas sociologicamente, implica reificação de pessoas que integram tais relações, boa parte das vezes, em circunstância de sujeição e dominação em relação à mulher",[28] merecendo registro o Recurso Extraordinário 1.045.273/SE do STF, de Repercussão Geral, e que afastou da proteção jurídica as uniões paralelas, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia, salvo a exceção do artigo 1.723, § 1°, do Código Civil.

Samir Namur chama a atenção para a preocupação exclusivamente patrimonial conferida pelo legislador brasileiro quando veda relacionamentos simultâneos, enquanto o sistema jurídico protege o patrimônio daqueles que procederam de boa-fé e desconhecem a relação afetiva anterior.[29] Presentes na cultura ocidental o princípio e o espírito da

monogamia, em seus estreitos limites, até agora, majoritariamente, não tem sido reconhecido perante os tribunais superiores a possibilidade de constituição de uma família paralela que segue direcionando cônjuges e conviventes para uma relação da mais absoluta fidelidade de sentimentos, propósitos e atitudes.

2.8. PRINCÍPIO DA DIVERSIDADE FAMILIAR

Até o advento da Constituição Federal de 1988 só por meio das justas núpcias era possível constituir uma entidade familiar, ficando à margem da lei qualquer outro modelo de concepção familiar, notadamente o então denominado *concubinato*, que tinha conceito diverso daquele conferido pelo artigo 1.727 do Código Civil.

Travavam os tribunais brasileiros constantes debates acerca do reconhecimento das relações homoafetivas como entidades familiares, muito embora haja quem sustente ser muito mais amplo e variadíssimo o quadro de modalidades familiares existente na sociedade em geral.[30]

O dilema judicial ficava entre os limites constitucionais e a realidade axiológica, reconhecendo a Carta Federal três entidades familiares (casamento, união estável e a família monoparental) e admitindo muitos tribunais o pluralismo dessas entidades familiares que se compõem a partir do elo de afeto, não mais sendo admissível, depois do pronunciamento histórico do STF com o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, deslocar uniões homoafetivas para o direito obrigacional e sob qualquer prisma negar a possibilidade da união estável homoafetiva, não obstante o avanço percebido com o reconhecimento da licitude do casamento civil homoafetivo.[31]

2.9. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação, de casamento e união estável e de parentesco, variando tão somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. Necessariamente os vínculos consanguíneos não se sobrepõem aos liames afetivos, podendo até ser afirmada a equivalência deles a partir da manifestação do STF no julgamento do RE 898.060-SC, com Repercussão Geral, sendo relator o Ministro Luiz Fux, e cujo voto veda qualquer forma de hierarquização entre as espécies de filiação, admitindo, portanto, a multiplicidade dos vínculos parentais, qual seja, o reconhecimento concomitante de mais de um laço de parentesco, inserindo no sistema jurídico brasileiro a pluriparentalidade com a seguinte tese jurídica: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais".[32]

A sobrevivência humana também depende e muito da interação do afeto; é valor supremo, necessidade ingente, bastando atentar para as demandas que estão surgindo para apurar responsabilidade civil pela ausência do afeto. Como mostra Giselle Câmara Groeninga:[33] "O amor é condição para entender o outro e a si, respeitar a dignidade, e desenvolver uma personalidade saudável", e certamente nunca será inteiramente saudável aquele que não pode merecer o afeto de seus pais, ou de sua família e muito mais grave se não recebeu o afeto de ninguém.

Maior prova da importância do afeto nas relações humanas está na igualdade da filiação (CC, art. 1.596), na maternidade e paternidade socioafetivas e nos vínculos de adoção, como consagra esse valor supremo ao admitir outra origem de filiação distinta da consanguínea (CC, art. 1.593), ou ainda por meio da inseminação artificial heteróloga (CC, art. 1.597, inc.

V); na comunhão plena de vida, só viável enquanto presente o afeto, ao lado da solidariedade, valores fundantes cuja soma consolida a unidade familiar, base da sociedade a merecer prioritária proteção constitucional. O Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, cujo artigo 10 autorizou a realização diretamente no cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais, do reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva, observando o artigo 14 do Provimento 63/2017 que este reconhecimento voluntário não pode implicar no registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo *filiação* no assento de nascimento. Posteriormente, o Provimento 83/2019 do CNJ alterou os artigos 10 e 14 do Provimento 63/2017, no sentido de que o reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetiva se dê somente para pessoas acima de 12 anos, perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, e, segundo o artigo 10-A (Provimento 63/2017), a relação socioafetiva deverá ser estável e socialmente exteriorizada, sendo permitida somente a inclusão de um ascendente socioafetivo (art. 14 do Prov. 63/2017 CNJ), para mais de um ascendente deverá ser buscada a via judicial.

2.10. PRINCÍPIO DA IGUALDADE DA FILIAÇÃO

Embora ao longo dos anos tenham surgido leis mitigando a discriminação da prole, foi somente com a promulgação da Constituição Federal em 1988 que terminou definitivamente sepultada qualquer designação discriminatória relativa à filiação, deixando finalmente de "punir" os filhos que não tinham tido a "felicidade" de terem sido fruto das *justas núpcias*.

Ainda que não tenha sido atingido o modelo ideal de igualdade absoluta de filiação, porque esqueceu a lei civil a filiação socioafetiva que precisou ser reconhecida por decisão do Supremo Tribunal Federal (RE 898.060), ao menos a verdade biológica e a adotiva não mais deveriam

encontrar resquício algum de diferenciação e tratamento, como acena reiteradamente o STJ ao atribuir diferentes efeitos à filiação socioafetiva originária da "adoção à brasileira", mantendo os vínculos quando questionada pelo adotante e afastando seus efeitos quando questionada pelo adotado.

A supremacia dos interesses dos filhos, sua cidadania e dignidade humana foram elevadas a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado Democrático de Direito,[34] e não é outra a disposição recolhida do artigo 227, § 6º, da Carta Política de 1988, ao disciplinar que os "filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

2.11. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA PROLE

Prescreve o artigo 227 da Constituição Federal ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, deixando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, e embora sejam direitos fundamentais de todas as pessoas humanas[35] o legislador constituinte conferiu prioridade aos direitos da criança e do adolescente, ressaltando os seus direitos em primeira linha de interesse, por se tratar de pessoas indefesas e em importante fase de crescimento e de desenvolvimento de sua personalidade.

Dessa forma, seria inconcebível admitir que pudesse qualquer decisão envolvendo os interesses de crianças e adolescentes fazer tábula rasa do princípio dos seus melhores interesses, reputando-se inconstitucional a aplicação circunstancial de qualquer norma ou decisão judicial que

desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente recepcionados pela Carta Federal, mas que, com efeito, trata-se de um conceito aberto, sempre atento à casuística.

2.12. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO IDOSO

A Constituição Federal (art. 230) também proíbe a discriminação em razão da idade, não obstante o Código Civil ignorar essa vedação no artigo 1.641, inciso II, e de igual assegurar proteção jurídica ao idoso, por meio do Estatuto do Idoso, sacramentado pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003.

O Estatuto do Idoso regula os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, sendo destinatários, com prioridade e imediata aplicação, de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, asseguran-do-se-lhes todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (art. 2º).

2.13. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO JOVEM

A Emenda Constitucional 65/2010 incluiu os jovens entre os titulares de direitos especiais previstos no artigo 227 da Carta Política de 1988, reconhecendo o jovem como sujeito de direitos e destinatário da proteção integral que sempre norteou os direitos das crianças e dos adolescentes.[36] Estendeu aos jovens as garantias anteriormente conferidas somente para as crianças e adolescentes, surgindo com a Lei 12.852, de 5 de agosto de 2013, o Estatuto da Juventude, que dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude – SINAJUVE. Nos termos do artigo 1º, § 1º, do EJUVE, são consideradas jovens as pessoas com idade entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos, ocorrendo uma sobreposição da categoria dos jovens

entre os 15 e 17 anos, que se enquadram ao mesmo tempo entre adolescente e jovem, consignando o § 2º do artigo 1º da Lei 12.852/2013 que aos adolescentes com idade entre 15 (quinze) e 18 (dezoito) anos aplica-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, e, excepcionalmente o EJUVE, quando não conflitar com as normas de proteção integral do adolescente. Ao seu turno o Decreto 9.306/2018, depois alterado pelo Decreto 10.226/2020, colaciona regramento sobre o Sistema Nacional de Juventude, instituído pela Lei 12.852/2013.

2.14. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015, instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, o denominado Estatuto da Pessoa com Deficiência, destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (EPD, art. 1º). Esta Lei tem como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno (EPD, art. 1º, parágrafo único). Tem o Estatuto da Pessoa com Deficiência o propósito de garantir o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento, assim como o exercício real e efetivo de direitos por parte das pessoas com deficiência em igualdade de condições com relação aos demais cidadãos e cidadãs, por meio da promoção da autonomia privada (*da autonomia existencial*), da acessibilidade universal, do acesso ao trabalho, da inclusão comunitária, da vida independente e erradicação de toda a forma

de discriminação. Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (EPD, art. 2º).

---

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 416.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais, considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 206.

3 PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 12.

4 SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais, proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 26.

5 Segundo José Afonso da Silva (*Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 101-102), "as normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de aplicabilidade imediata, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são autoaplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos".

6 Para Luís Roberto Barroso (*O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.* 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85): "A efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social".

7 MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos.* São Paulo: RT, 2007. p. 193.

8 MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 36.

9 SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela jurídica do idoso*. Campinas: Alínea Editora, 2004. p. 177.

10 BRAGANHOLO, Beatriz Helena. Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 28, p. 71, fev.-mar. 2005.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o Direito Civil*. São Paulo: RT, 1990. p. 12.

[12] BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Os novos rumos do Direito de Família. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 28.

[13] PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 122.

[14] CORIA, Clara. La división sexual del dinero y la sociedad conyugal. *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, v. 4, p. 24, 1990.

[15] CORIA, Clara. Ob. cit., p. 27.

[16] *Idem*, p. 27.

[17] MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos.* São Paulo: RT, 2006. p. 195.

[18] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 154.

[19] COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992. p. 123.

[20] BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional, fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005. v. I, p. 588.

[21] *Idem*, p. 589.

[22] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro.* Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5, p. 21.

[23] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 25.

[24] *Idem*, p. 107.

[25] *Idem*, p. 108.

[26] *Idem*, p. 109.

[27] RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 237.

[28] SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*. A sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013. p. 197.

[29] NAMUR, Samir. *A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 172-173.

[30] SILVA, Américo Luís Martins da. *A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 3.

[31] VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. São Paulo: Método, 2013. p. XIII.

[32] MADALENO, Rolf. A socioafetividade e a multiparentalidade do REXT. 898.060 do STF. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, ano 17, v. 72, p. 198, dez. 2016.

[33] GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre-desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006. p. 448.

[34] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese e IBDFAM, v. 14, p. 128-129, jul.-ago.-set. 2002.

[35] LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 34.

[36] LÉPORE, Paulo Eduardo; RAMIDOFF, Mário Luiz; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Juventude comentado.* Lei n. 12.852/13. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 28.

Capítulo 3

DO DIREITO PESSOAL – DO CASAMENTO E SUA EFICÁCIA

3.1. DEFINIÇÃO

Pode-se definir o casamento como um ato complexo, como ensina Silvio Rodrigues,[1] dependente em parte, é verdade, da autonomia privada dos nubentes, mas complementado com a adesão dos noivos ao conjunto de regras preordenadas, para vigerem a contar da celebração do matrimônio, este como ato privativo do Estado; tanto que o artigo 1.514 do Código Civil informa que o casamento civil só se realiza depois que o homem e a mulher (ou entre pessoas do mesmo sexo) manifestam perante o juiz a sua vontade de estabelecer o vínculo conjugal, e o juiz declara-os casados.

O Código Civil não define a natureza jurídica do casamento, mas consigna em seu artigo 1.511 o seu principal pressuposto, de o matrimônio estabelecer entre os cônjuges um estado de comunhão plena de vida, sustentado na igualdade de direitos e deveres dos esposos, como já consagrado pelo princípio constitucional prescrito no artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, sendo gratuita a sua celebração civil para as pessoas que declararem a sua pobreza, sob as penas da lei.

3.2. DA GRATUIDADE DO CASAMENTO CIVIL

Entre os séculos X e XVIII era da Igreja o monopólio da disciplina do casamento, surgindo o consórcio civil nos países protestantes, sob o influxo das ideias difundidas por Lutero e Calvino, negando a natureza sacramental do matrimônio e defendendo sua disciplina sob a jurisdição estatal.[2] No Brasil o casamento civil foi acolhido com a Proclamação da República em 1889 e foi o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que lhe conferiu efeitos jurídicos, até que a Constituição Federal de 1891 tornou obrigatório o matrimônio civil.[3]

A gratuidade da celebração do casamento civil já era assegurada pelo artigo 226, § 1º, da Constituição Federal de 1988, e o atual Código Civil tratou de acolher a diretriz constitucional destinada a incentivar a celebração oficial.

Os emolumentos da celebração civil do casamento não representam a despesa maior da solenidade, permeada por outros gastos destinados, quando possível, às pompas e aos festejos e rituais que costumam encarecer o matrimônio, só sendo acessíveis a uma fração muito pequena e bastante privilegiada da sociedade brasileira. Já para a maior parte da população brasileira as custas e os emolumentos da habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão representam um conjunto adicional de dispêndio inacessível ao apertado orçamento dos noivos.

O artigo 1.512 do Código Civil de 2002 não encontra correspondência no Código Civil de 1916, ao ordenar a gratuidade da celebração do casamento civil, isentando de selos, emolumentos e custas a habilitação para o matrimônio, o registro e a primeira certidão, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei, não mais prevalecendo a antiga exigência de emissão pela autoridade pública de atestado de pobreza, o que foi abolido em 1979, na esteira da edição de decretos de desburocratização da administração bastando a simples afirmação dos noivos de sua pobreza para

a concessão da isenção, podendo a autoridade celebrante exigir comprovação em caso de fundada suspeita em contrário.

3.3. CASAMENTO RELIGIOSO COM EFEITO CIVIL

No Brasil, o casamento religioso prevaleceu ao tempo do Império, preconizando a Igreja a sua competência exclusiva para celebrar os matrimônios dos cristãos, existindo, então, apenas o casamento eclesiástico para a união legítima dos cônjuges.

O casamento civil foi proclamado com a Constituição da República de 1891, que passou a reconhecê-lo como a única modalidade de matrimônio válido, gene-ralizando-se na sociedade brasileira o costume de celebrar o casamento religioso ao lado do casamento civil.

Realizado o casamento por confissão religiosa reconhecida, seus efeitos civis poderão ser validados se a requerimento do casal for registrado, a qualquer tempo, no ofício civil, mediante prévia habilitação matrimonial, perante a autoridade competente e observado o prazo de noventa dias do artigo 1.532, contado da data em que foi extraído o certificado.

A condição para a inscrição do casamento religioso no ofício civil é a apresentação dos documentos para o processo de habilitação conjugal, todos eles exigidos pelo artigo 1.525 do Código Civil, porque o registro civil do casamento religioso depende de prévia habilitação perante a autoridade competente (CC, art. 1.516, § 2º).

Diferente, porém, é a conversão da união estável em casamento civil, previsto no § 3º da Constituição Federal e no artigo 1.726 do Código Civil, que será processada perante um juiz de Direito e posterior assento no Registro Civil.

3.4. CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

O consentimento é o elemento de formação do casamento e deve ser bilateral, pessoal e recíproco, manifestado pelo encontro de vontades dos nubentes que encarnam com as núpcias uma plena e total integração de seus corpos e de suas almas sob o signo único do amor; podendo o matrimônio ser exercitado somente a partir dos 16 anos de acordo com a Lei 13.811/2019, que fechou as portas para qualquer das exceções ao casamento de menor de 16 anos, que eram reguladas pelo artigo 1.520 do Código Civil, de forma que, na atualidade, qualquer pessoa pode denunciar o matrimônio de menores de 16 anos e todo oficial do Registro Civil de Casamentos ciente desse impedimento de idade tem o dever funcional de não celebrar o matrimônio de menor de 16 anos. Também com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), os deficientes físicos ou as pessoas com deficiência mental ou intelectual podem constituir família pelo casamento civil ou pelo desenvolvimento de uma união estável, conforme dispõe o § 2º do artigo 1.550 do Código Civil, acrescido pela Lei 13.146/2015, podendo expressar sua vontade diretamente ou por meio de um responsável ou curador, restringindo-se a interdição em regra, aos seus aspectos patrimoniais.[4]

O casamento somente podia se constituir entre um homem e uma mulher (CF, art. 226, § 5º, e CC, arts. 1.514 e 1.517) em relação monogâmica mútua e comunhão plena de vida (art. 1.511). Essa restrição ao casamento homoafetivo mudou após o julgamento do Supremo Tribunal Federal da ADPF 132 e da ADI 4.277, em maio de 2011, ao reconhecer se tratar a união homoafetiva de uma entidade familiar, merecedora da proteção do regime jurídico da união estável. Tão pronto assim decidido pelo STF, surgiram questionamentos óbvios, pois se era possível equiparar a relação homoafetiva à união estável do artigo 1.723 do Código Civil, se mostrava evidente que os casais homoafetivos poderiam converter a união estável em casamento, nos termos do artigo 1.726 do mesmo diploma. E se era possível converter a união estável homoafetiva em matrimônio civil, também era

absolutamente lícito reconhecer que os dispositivos reguladores do matrimônio civil não teriam como vedar o casamento civil de casais homoafetivos e nessa direção decidiu a Quarta Turma do STJ por meio do REsp 1.183.378-RS, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, ao concluir que "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".[5]

Em consideração ao julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, e a eficácia vinculante desse julgamento, e considerando que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp 1.183.378/RS, decidiu inexistirem óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175, de 14 de maio de 2013, vedando aos registradores civis e demais autoridades competentes (*e.g.*, juiz de paz, autoridade judicial responsável pelo conhecimento de recurso administrativo contra ato do oficial de registro) a recusa de habilitação, de celebração de casamento civil ou de seu registro e, ainda, da inscrição da conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.[6]

Aos dezesseis anos as pessoas têm a possibilidade de manifestar a sua vontade (CC, art. 4º), conquanto estejam devidamente assistidas por seus pais ou responsáveis, enquanto os menores de dezesseis anos são considerados totalmente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil (CC, art. 3º), gerando a necessidade de sua representação, entrementes estão terminantemente proibidos de se casarem desde a edição da Lei 13.811/2019.

3.4.1 Suprimento judicial de consentimento

O menor com dezesseis anos completos, e antes da maioridade civil, necessita para casar da autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais (CC, art. 1.517, *caput*), e se houver divergência entre os progenitores quanto ao exercício do poder familiar é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo (CC, art. 1.517, parágrafo único, c/c art. 1.631 parágrafo único).

A idade núbil mínima ocorre aos dezesseis anos completos e nesta fase depende do consentimento dos pais, e em caráter excepcional era permitido o casamento de menor de dezesseis anos para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, ou em caso de gravidez (CC, art. 1.520), quando o juiz podia suprir o consentimento dos pais para evitar a aplicação de pena ao agressor. Esta excludente abrangia os delitos enumerados nos artigos 213 a 220 do Código Penal; entretanto, o artigo 5º da Lei 11.106, de 28 de março de 2005, revogou os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, que extinguia a penalidade pelo casamento do agente com a vítima, ou pelo casamento da vítima com terceiro. Contudo, embora o casamento com a vítima não mais extinga a punibilidade, não estava descartado pela lei civil o suprimento do consentimento judicial e, nessa hipótese, o matrimônio deveria se dar pelo regime obrigatório da separação de bens (CC, art. 1.641, inc. III), que se tornou inquestionavelmente proibido a partir da Lei 13.811/2019 para quem não atingiu a idade núbil.[7]

3.5. DOS IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

Impedimento e incapacidade não são palavras sinônimas, porque a pessoa pode ter capacidade para casar, mas mesmo assim estar impedida de contrair núpcias, por exemplo, com seu ascendente ou outro parente em proximidade de grau.

Sendo regra geral a aptidão para o casamento, tratou o legislador de enumerar as proibições consideradas absolutas do artigo 1.521 do Código

Civil.

Os impedimentos traduzem a proibição imposta pela lei à realização de um casamento, e se transposta esta barreira, desavisada ou deliberadamente pelos nubentes, o ordenamento jurídico sanciona as núpcias com decreto de nulidade total. Já as causas impeditivas do artigo 1.521 do Código Civil conduzem à nulidade do casamento, enquanto as causas suspensivas do artigo 1.523, impõem a adoção obrigatória do regime de separação de bens.

Prescreve o artigo 1.521 do Código Civil que não podem casar, sob pena de nulidade do matrimônio:

I – Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil (art. 1.521)

Por decorrência desse dispositivo não podem casar os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil. As razões são de ordem eugênica,[8] éticas e morais, figurando o vínculo próximo de parentesco como um intransponível obstáculo para o casamento.

Os impedimentos de ordem eugênica têm o escopo de defesa da etnia, porque tencionam evitar moléstias hereditárias, subsistindo a ideia de que de pais sadios nascem filhos saudáveis, ao impedir casamentos entre pessoas sobre os quais exista uma grande probabilidade de procriarem filhos aos quais transmitam pelo contato sexual determinadas enfermidades dos pais.[9]

Contudo, o casamento entre colaterais de terceiro grau é tolerado pela legislação pátria, conquanto sejam apresentados previamente dois exames médicos para apuração de possíveis condições disgenéticas, conforme regulamentado pelo Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941.

O impedimento em linha reta consanguínea segue em qualquer grau de parentesco, para atingir pais e filhas, avôs e netas, netos e bisnetas, que não podem se casar entre si.[10]

Não faz qualquer diferença ser o parentesco consanguíneo ou civil, neste caso quando advém da relação de adoção, porque imperam para o

impedimento as razões de ordem ética e moral, e repugna ao senso comum pudessem casar entre si ascendentes e descendentes, sendo certo já remontar à tradição judaico--cristã a proibição do incesto.

Os impedimentos do casamento devem ser estendidos para o reconhecimento da união estável, como deixa antever o artigo 1.723, § 1º, do Código Civil, ao inibir a sua constituição quando presentes os impedimentos do artigo 1.521, à exceção da incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou divorciada, pois a separação de fato não impede o reconhecimento da eventual união estável.[11]

II – Os afins em linha reta (art. 1.521)

O parentesco por afinidade existe em virtude do matrimônio válido entre um dos cônjuges e os parentes consanguíneos do outro esposo. Mas a vigente disposição civil também regula as relações de parentesco por afinidade surgidas do companheirismo, conforme artigo 1.595.[12]

De acordo com Paulo Luiz Netto Lôbo,[13] o casamento e a união estável dão origem a duas linhas de afinidade. Assim, tomando como exemplo o casamento heterossexual, de um lado, o homem com os parentes de sua mulher e, no outro extremo, os parentes da mulher com os de seu parceiro, quer na linha reta como na colateral, a gerar parentes afins, como o sogro e a sogra, o genro e a nora, os enteados e, na linha colateral, cunhados e cunhadas, não passando o parentesco do segundo grau. Importante, no entanto, ter presente não existir qualquer impedimento para o casamento de parentes afins colaterais, depois de dissolvido o casamento, à exceção do sogro e da sogra, embora na linha reta o impedimento se dê até o infinito, e não se extinga com a dissolução do casamento ou da união estável, como prescreve o § 2º do artigo 1.595 do Código Civil.

III e V – O adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante (art. 1.521) (...) *e o adotado com o filho do*

adotante (art. 1.521, inc. V)

A adoção atribui a condição de filho ao adotado (ECA, art. 41), desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento.

O adotado é tido como filho do adotante, a lei imita a natureza, e os vínculos de parentesco consanguíneo só serão considerados para efeito de impedimento matrimonial, por seus fundamentos morais, sociais, culturais e pelas razões eugênicas.

Sendo o filho adotivo comparado ao biológico, embora não possam ser sustentadas as restrições de origem eugênica, são aplicáveis as restrições de formulação ética.

IV – Os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive (art. 1.521)

O impedimento de casamento na linha colateral até o segundo grau é absoluto, e alcança os irmãos bilaterais, quando têm o mesmo pai e a mesma mãe, ou unilaterais, quando descendem de um mesmo pai ou de uma mesma mãe. A cultura social, com forte influência do cristianismo, reputa a união entre irmãos como imoral, incestuosa e contrária à natureza, afrontando a pureza que deve reinar nas famílias. Essa proibição também é de ordem genética, mas encontrou um lenitivo, entre tios e sobrinhos, ao permitir o Decreto-lei 3.200, de 19 de abril de 1941, o casamento entre os colaterais de terceiro grau, uma vez comprovada que a sua relação não será nociva para a prole por eles porventura gerada.

De acordo com o artigo 2º do Decreto-lei 3.200/1941, os parentes colaterais de terceiro grau, desejando casar entre si, deverão requerer no processo de habilitação de seu matrimônio a designação de dois médicos que examinem os pretendentes ao casamento, atestando-lhes ou não a sanidade, que, se fazendo presente, afasta o impedimento.

VI – As pessoas casadas (art. 1.521)

A monogamia é a prática das nações ocidentais, e a quebra desse princípio importa na fulminante nulidade do segundo matrimônio, sem prejuízo das implicações advindas do crime de bigamia do artigo 235 do Código Penal, classificado como crime grave o novo casamento sem estar dissolvido o anterior.[14]

O vínculo conjugal só se dissolve pelo divórcio, pela morte, ou pela anulação ou nulidade do casamento, de sorte que ninguém pode contrair outro matrimônio enquanto não dissolver a sua relação precedente, não se devendo confundir a bigamia, resultante de outro casamento sem ter desfeito o primeiro, com o adultério, cuja relação de infidelidade não contempla uma segunda relação nupcial.

Curioso observar que esta restrição não é inteiramente aplicada à união estável, pois reconhece o Código Civil (art. 1.723, § 1º) sua constituição na hipótese de a pessoa casada se achar separada de fato ou de direito.[15]

Portanto, alguém pode viver em união estável reconhecida oficialmente pela lei, se estiver faticamente separado de seu cônjuge, embora esta mesma separação de fato não autorize um segundo e concomitante casamento, ficando pendente para validade das segundas núpcias a dissolução judicial ou extrajudicial (Lei 11.441/2007, CPC, art. 733 e EC 66/2010) do matrimônio anterior.

Da mesma forma é nulo o casamento do cônjuge do ausente, sem que antes tenha provado a morte deste (CC, art. 1.571, § 1º). Entrementes, deve ser protegida a boa-fé putativa, quando um dos consortes não tinha conhecimento do impedimento matrimonial, incidindo os efeitos do *caput* do artigo 1.561 do Código Civil, que aproveitam ao cônjuge de boa-fé até o dia da sentença de nulidade.

VII – O cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (CC, art. 1.521, inc. VII)

Repugna à moral social possa alguém pretender casar com o criminoso condenado por homicídio doloso ou sua tentativa contra o consorte do pretendente ao matrimônio, sendo presumida por lei essa aversão, ou, na sua ausência, a cumplicidade é igualmente refutada pela lei matrimonial.

A nulidade só existe em relação ao homicídio ou à sua tentativa dolosa, e prescinde da condenação criminal transitada em julgado, não existindo o impedimento de casamento para a hipótese de homicídio culposo, porque o impedimento justamente encontra a sua razão no sentido ético da intenção criminal. Também desaparece o impedimento se foi extinta a punibilidade, mas a graça, o perdão, ou a anistia não afastam o impedimento e a consequente nulidade do casamento.[16]

O impedimento poderá ser oposto durante a tramitação da ação penal e deve ser sustada a habilitação matrimonial enquanto perdurar o processo-crime.

Entretanto, a lei não estabeleceu nenhum impedimento ao casamento da pessoa que mata o seu próprio cônjuge para casar com um terceiro com quem mantinha relação de adultério, porque ela apenas impede o casamento de eventual cúmplice de crime de homicídio doloso, mas não impede o matrimônio com o cúmplice de adultério, mas que não foi cúmplice do homicídio.

Segundo Eduardo A. Sambrizzi, pode ocorrer de somente ser descoberta a autoria do homicídio doloso após o novo casamento com o cônjuge da vítima, e neste caso a solução também resulta no decreto de nulidade deste segundo casamento depois da condenação criminal.[17]

3.6. DAS CAUSAS SUSPENSIVAS

A pena para quem desobedece qualquer uma das orientações suspensivas do artigo 1.523 do Código Civil é a de se ver compelido a casar pelo regime legal da separação de bens (CC, art. 1.641, inc. I).

As disposições contidas nos incisos I a IV do artigo 1.523 do Código Civil têm em mira proteger a prole de relacionamento anterior, e as pessoas postas sob tutela ou curatela, da confusão ou turbação de patrimônios, enquanto não cessar a representação e não forem prestadas as respectivas contas.

O preceito legal do artigo 1.523 do Código Civil não contém um comando imperativo de proibição, como acontece no artigo 1.521, mas uma norma de conduta, uma mera recomendação, em verdade, um aconselhamento do legislador para evitar os casamentos entre:

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 (art. 1.523)

Os cônjuges têm, de regra, a liberdade de escolha do seu regime matrimonial de bens, salvo as limitações motivadas pela ordem pública, sancionando na sua inobservância o casamento pelo regime legal da separação de bens, para quem celebrar núpcias com infração do estatuído no inciso I do artigo 1.523 do Código Civil.

É causa suspensiva, que procura coibir o casamento sem ter sido ultimada a partilha dos bens do anterior casamento, mas cuja infração não leva à anulação do matrimônio, embora caracterize irregularidade em sua celebração, e obrigue ao casamento pelo regime legal da separação de bens, sem a possibilidade de adoção de pacto antenupcial, por ser um regime imposto e não livremente escolhido.[18] Nada impede, igualmente, que os cônjuges requeiram, posteriormente em juízo, a alteração do regime obrigatório de separação de bens depois de findados o inventário e a partilha dos bens do anterior matrimônio.

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 (art. 1.523)

A finalidade desse inciso é a de evitar a mistura de sangue, argumento justificável para uma época na qual o conhecimento científico ainda era incapaz de determinar com segurança extrema a paternidade ou a maternidade.

O tempo determinado de dez meses decorre do disposto no artigo 1.597 do Código Civil, ao conferir um prazo máximo de trezentos dias para a gestação, de modo a evitar as incertezas na filiação, e impedir pudesse se estabelecer qualquer dúvida acerca da verdadeira paternidade.

Embora a esmagadora maioria dos casos seja a dos filhos que são concebidos dentro do casamento e nascem durante o matrimônio, nem sempre os fatos são assim, pois há filhos que são concebidos antes do casamento e há filhos que nascem depois de sua dissolução. A gestação fetal prematura ou pós-tempo retira apenas a presunção de que o pai seja o marido ou companheiro, mas não retira o fato biológico da filiação, ou para melhor ilustrar usando o exemplo de dois maridos e uma criança nascida nos 300 dias após a dissolução do primeiro casamento, neste caso, a presunção de paternidade recai sobre o segundo marido, mas não descarta que o filho possa ser do primeiro esposo. O legislador brasileiro, a exemplo de outros ordenamentos jurídicos, adotou a concepção germânica da regra *pater is est* nos termos da qual a atribuição da paternidade ao marido se assenta em uma forte probabilidade de ele ser o autor da fecundação, segundo juízos objetivos de experiência, e esse entendimento favorecia a possibilidade de provar que o marido era o pai, mas jamais impediu que ele promovesse a aplicação da impugnação de sua paternidade.

A existência ou não do casamento entre os progenitores e a presunção de coabitação perderam vertiginosa importância diante dos avanços na identificação genética das pessoas, no que se converteram as provas biológicas em absolutamente confiáveis, para negar ou afirmar a paternidade. O direito à verdade, a prevalência do interesse superior da

criança e do adolescente, sua vinculação ao princípio da não discriminação, ao lado da proteção integral da família e o direito constitucional ao conhecimento de sua origem superam anos luz qualquer antecipada presunção, sem deslembrar que atualmente no Brasil, desde a edição da Lei 13.112/2015, que permite a toda mulher registrar isolada ou em conjunto, o nascimento do filho, toda a paternidade se tornou presumida a partir da indicação materna do nome do pai, que, se quiser, e tiver razoáveis dúvidas da sua paternidade, poderá impugná-la em juízo.

III – O divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal (art. 1.523)

Este dispositivo busca evitar a confusão de patrimônios da nova sociedade conjugal com os bens oriundos do matrimônio desfeito e sugere seja antes procedida à partilha de bens do casamento dissolvido, mas tanto o Código Civil (art. 1.581), como o Código de Processo Civil (art. 731, parágrafo único) autorizam deferir o divórcio sem ter sido providenciada a partilha.

Trata-se de inovação diante da disposição anterior que não permitia o divórcio sem a precedente partilha dos bens. O legislador uniformizou o procedimento ao dispensar a obrigatoriedade da partilha dos bens conjugais, tornando-se uma faculdade dos divorciados que, assim, poderão promover a partilha de seus bens após o decreto judicial ou a escrituração (Lei 11.441/2007 e parágrafo único do art. 731 do CPC) de seu divórcio.

Embora conste como causa suspensiva do casamento a falta de homologação ou decisão sobre a partilha dos bens do casal divorciado, o parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil permite aos nubentes requererem ao juiz a não aplicação das restrições legais do artigo 1.641 do mesmo Diploma se provarem a inexistência de prejuízo.

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 decorre da possibilidade de o incapaz ser jungido a casar pelo desejo de seu representante e administrador (tutor ou curador), e assim tentar se isentar da prestação de contas a que está obrigado em razão do encargo que exerce. Portanto, busca evitar o aproveitamento inescrupuloso do administrador em detrimento dos bens e recursos do incapaz posto sob a sua custódia judicial.

Desaparecendo o liame da tutela ou da curatela e, por evidente, prestadas e aprovadas as respectivas contas, a demonstrar a retidão no trato administrativo dos bens do incapaz, cessa a causa suspensiva. Deve ser anotado que a desobediência à recomendação impeditiva ao casamento com infração ao inciso IV do artigo 1.523 do Código Civil importa apenas na assunção compulsória do regime da separação absoluta de bens, não interferindo na convalidação do matrimônio, e este regime obrigatório de separação de bens depois sofre as influências da vigente Súmula 377 do STF.

3.6.1 A Súmula 377 do STF

Extensos debates têm sido gerados acerca da Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, assim enunciada: “No regime da separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

O objetivo da Súmula era corrigir a anomalia legislativa verificada no revogado artigo 259 do Código Civil de 1916 e para ajustar a distorção verificada pelo enriquecimento indevido dos imigrantes varões, em cujo nome eram habitualmente registrados os bens e as fortunas conquistadas com a paritária contribuição de suas esposas, que terminavam sem nada receber a

título de meação, ausente no regime de separação de bens, ficando excluídas da divisão do patrimônio que, ineludivelmente, ajudaram a construir.

A Súmula 377 do STF prestigia a colaboração do cônjuge na composição do lastro patrimonial e valoriza a colaboração imaterial entre os esposos, e entre os conviventes, a ponto de ordenar a divisão dos aquestos, e, portanto, não há por que afastar sua incidência em qualquer uma das hipóteses do artigo 1.523 do Código Civil, com a aplicação dos efeitos do artigo 1.641, quando a evidente *mens legis* pretoriana foi, principalmente, a de evitar o indevido enriquecimento.

A Súmula 377 do STF segue vigendo com o advento do Código Civil de 2002, tanto que suprimida do artigo 1.641, no relatório Geral da Comissão Especial do Código Civil, a expressão "sem comunhão de aquestos", no único propósito de cotar a Súmula 377,[19] sendo fundamental a colaboração imaterial dos cônjuges, porque não se premia o ócio, mas sim a lealdade, o respeito, a colaboração, o suporte moral e psíquico de um cônjuge ao outro.[20]

3.7. A HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

O casamento é minuciosamente disciplinado pela legislação civil, em contraponto à união estável nascida da mais absoluta informalidade, só passando pelo crivo judicial ao tempo de sua dissolução, quando então um juiz de direito, se provocado, cuidará de examinar a ocorrência dos pressupostos de sua configuração (CC, art. 1.723), e se presentes tratará de decretar em sentença a existência da convivência estável, ou de homologar acordo dos conviventes para declarar a incidência legal dos efeitos de ordem social, jurídica e econômica da união estável, isto se os conviventes não preferirem a extinção consensual e extrajudicial da união estável (CPC, art. 733).

O matrimônio só será celebrado depois de vencido o precedente processo de habilitação encaminhado através do oficial do Registro Civil pelos nubentes. O processo de habilitação tem a finalidade de impedir que um casamento se realize em infração de algum dos impedimentos matrimoniais previstos no artigo 1.521 do Código Civil ou de alguma das causas suspensivas arroladas no artigo 1.523 do mesmo diploma civil.

Com o processo de habilitação para o casamento, regulado pelo artigo 1.525 e seguintes do Código Civil e também pelos artigos 67 a 69 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973), os noivos promovem a sua identificação perante o oficial do Registro Civil, e apresentam um conjunto de documentos necessário para demonstrar a sua aptidão matrimonial. O procedimento de habilitação para o casamento envolve três estágios. Inicia com a habilitação procedida pela subscrição de requerimento firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou por procurador, com a apresentação da documentação descrita nos incisos do artigo 1.525 do Código Civil.

O requerimento de habilitação firmado pelos nubentes deverá ser instruído com os seguintes documentos:

> *I – certidão de nascimento ou documento equivalente;*
> *II – autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;*
> *III – declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem co-nhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;*
> *IV – declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;*
> *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.

3.8. DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO

O juiz de casamentos é a autoridade competente para celebrar o matrimônio, só podendo ser trocado por seu substituto legal, para não gerar a nulidade das núpcias, assim como será competente o juiz do local onde foi processada a habilitação (CC, arts. 1.526 e 1.527), sob pena de anulação da cerimônia nupcial (CC, art. 1.550, inc. VI). A celebração das núpcias se constitui em um conjunto de formalidades e solenidades previstas em lei, e que se não observadas acarretam a nulidade do casamento, diante do prescrito nos incisos IV e V do artigo 166 do Código Civil.

A presença pessoal dos contraentes é imprescindível, exceção feita ao casamento por meio de procurador especial (CC, art. 1.535), assim como as testemunhas do ato, em número de duas, se a solenidade for realizada na sede do cartório (CC, art. 1.534), ou quatro testemunhas, se realizado em edifício particular (CC, art. 1.534, § 1º) ou se um dos contraentes não souber ou não puder escrever (CC, art. 1.534, § 2º); afora a presença do presidente do ato, sendo ouvidos os nubentes acerca de sua expressa vontade nupcial.

3.8.1 Consentimento

O consentimento matrimonial é a vontade expressada por cada um dos contraentes de unir-se ao outro pelo casamento, sujeitando-se às regras a que está submetido o vínculo conjugal. São pretensões que convergem para uma mesma intenção, cuja manifestação verbal não é exigida de antemão na união estável, como expressamente sucede no casamento civil e no casamento religioso.

É indispensável para a validade do casamento a solene afirmação da sua vontade (CC, art. 1.538, inc. I); que precisa ser declarada de forma livre

e espontânea (CC, art. 1.538, inc. II); sem mostra de qualquer arrependimento (CC, art. 1.538, inc. III), tanto que, em hipóteses contrárias, o celebrante do casamento tratará de suspender imediatamente a solenidade.

A emissão do consentimento nupcial há de ser externada, respondendo cada um dos nubentes, firmes e sem excitações, sobre sua pretensão de casar por sua livre e espontânea vontade (CC, art. 1.535).

3.8.2 O casamento em caso de moléstia grave e em iminente risco de vida

O Código Civil prescreve duas formas excepcionais de casamento: *a*) em caso de moléstia grave de um dos nubentes (art. 1.539); *b*) e estar algum dos contraentes em iminente risco de vida (art. 1.540).

A hipótese do artigo 1.539 respeita à circunstância de achar-se enfermo um dos nubentes ou ambos, podendo o casamento ser realizado no local onde se encontra o contraente doente, internado em alguma unidade hospitalar, ou mesmo em sua residência, em qualquer horário do dia ou da noite, desde que demonstrada a urgência do casamento.

Moléstia grave deve ser de tal ordem que inviabilize a locomoção ou a remoção do enfermo, sem maior risco para a sua saúde, não significando que se encontre em morte iminente, mas que esteja em risco de vida, ainda que esta se prolongue por certo tempo.

Para tanto é preciso duas testemunhas que saibam ler e escrever, para assinarem o termo do casamento. Não podendo se fazer presente a autoridade competente ou estando impedida para presidir a cerimônia, comparecerá qualquer dos seus substitutos (CC, art. 1.539, § 1º).

Já o matrimônio nuncupativo do artigo 1.540 do Código Civil, também chamado *in articulo mortis*, é forma especial de celebração de casamento de quem esteja em iminente risco de vida e não consiga obter a presença da autoridade celebrante, e nem a de seu substituto, pois sequer existe tempo

para o formalismo previsto em lei. Neste caso os próprios nubentes realizarão informalmente o seu casamento, pela mera expressão oral de sua vontade, precisando convocar seis testemunhas, sem nenhum vínculo de parentesco com os noivos em linha reta, ou, na colateral até o segundo grau.

3.8.3 Casamento por procuração

O casamento pode ser celebrado mediante procuração por instrumento público, com poderes especiais (CC, art. 1.542 e, consequentemente, a revogação do mandato também deverá ser por instrumento público, prescrevendo a lei ser dispensável fazer chegar ao conhecimento do mandatário a revogação do mandato, embora o mandante responda por perdas e danos, acaso celebradas as núpcias sem o precedente conhecimento do mandatário.

A procuração é a expressão escrita, contendo os poderes outorgados pelo mandante ao procurador, para a execução do ato nupcial que lhe foi especialmente confiado nos termos do artigo 1.542 do Código Civil. O prazo de validade da procuração não poderá ultrapassar a noventa dias, contados da outorga dos poderes (CC, art. 1.542, § 3º) e não da aceitação do mandato, considerando se tratar de uma representação, passível de revogação a qualquer tempo pelo mandante, tornando ineficaz o casamento, ainda que a revogação não tenha chegado a tempo ao conhecimento do outorgado.

3.9. DAS PROVAS DO CASAMENTO

O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro (CC, art. 1.543); todavia, não sendo possível assim comprovar, e surgindo dúvida quando à existência do matrimônio, somente em razão da perda ou falta do registro civil poder-se-á provar o casamento por qualquer outra forma (CC, art. 1.543, parágrafo único).

Ausentes outros meios de prova supletiva da existência de justas núpcias, ainda julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges viverem na posse do estado de casados, configurada pelo comportamento de um casal e assim visto e reconhecido em seu meio social.

Realizada a prova judicial da posse do estado de casados, a sentença será registrada no livro do Registro Civil (art. 1.546), produzindo efeitos civis tanto em relação aos cônjuges, desde a data do casamento, como no tocante aos filhos.

3.9.1. *In dubio pro matrimonio*

Havendo dúvida quanto à efetiva existência do casamento, se favoráveis as provas ou contrárias ao reconhecimento do casamento, se os cônjuges viveram ou tiverem vivido na posse do estado de casados, o julgador sempre deverá inclinar--se pela existência do matrimônio (CC, art. 1.547).

3.9.2 Casamento celebrado fora do Brasil

O casamento de brasileiro celebrado no exterior perante os cônsules brasileiros (CC, art. 1.544) está sujeito a ingresso obrigatório no Registro Civil brasileiro, no prazo de 180 dias, contado da volta de um, ou de ambos os consortes ao Brasil. Portanto, a validade do casamento celebrado no consulado brasileiro em outro país tem sua eficácia condicionada ao posterior registro no território nacional no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passaram a residir. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942, redação de acordo com a Lei 12.376/2010), no artigo 7º, § 2º, reconhece o casamento de estrangeiros celebrados perante as autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes, qual seja, ambos os contraentes devem ser da mesma nacionalidade e, dessa forma, dois

brasileiros que se encontram no exterior podem contrair matrimônio no consulado brasileiro para depois ser registrado no Brasil.

3.10. DA INVALIDADE DO CASAMENTO

Invalidar o casamento significa lhe tirar o valor, sendo que com a aprovação do instituto do divórcio no Brasil a anulação do matrimônio cedeu rápido espaço para as demandas de dissolução do casamento.

O negócio jurídico é válido quando os seus elementos constitutivos estão em conformidade com a lei, que para tanto requer agente capaz, objeto lícito, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104).

A invalidade do negócio jurídico é gênero, explica Zeno Veloso,[21] e compreende a nulidade e a anulabilidade, que são espécies da invalidade. As causas de nulidade ou de anulação do negócio jurídico surgem no próprio processo de sua formação e são invalidados por defeito genético, de nascimento.[22]

A invalidade retira o valor do casamento, que se torna nulo ou anulado, conforme a gravidade do seu vício de origem, muito embora o Código Civil tenha reduzido as causas de nulidade para incentivar a perpetuação da sociedade conjugal.

3.10.1 Casamento inexistente

Ao casamento inexistente faltam um ou mais elementos essenciais e indispensáveis para a sua formação, como no passado, antes da decisão do STF em face da ADI 4.277/2009 e da ADPF 132/2008, e antes do REsp 1.183.378-RS[23] admitindo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, a diversidade de sexos dos noivos era condição imprescindível para validade do casamento, como observava o artigo 226, § 5º, da Constituição Federal, e o Código Civil nos artigos 1.514 e 1.517 ao estabelecerem devesse o

casamento ocorrer entre um homem e uma mulher e não entre pessoas do mesmo sexo.

A incompetência da autoridade celebrante pode levar à inexistência do casamento, a qual deve estar legalmente investida dos respectivos poderes, porque um juiz de direito, por exemplo, embora seja autoridade judicante, não está investido dos poderes para a celebração de casamentos, considerados inexistentes quando oficiados por pessoa não autorizada por lei.

Também não há matrimônio quando ausente o consentimento dos nubentes na forma determinada em lei, porquanto a declaração de vontade deve restar inequivocamente manifestada, tanto que verificada alguma dúvida ou vacilo à pergunta formulada pela autoridade celebrante, este suspende imediatamente o ato (CC, art. 1.538), sequer sendo permitida a retratação no mesmo dia do nubente que motivou a suspensão da cerimônia nupcial. Casamentos inexistentes são aqueles que não foram celebrados de acordo com as prescrições legais e em vigor, desvestidos das solenidades obrigatórias, ou que careçam de quaisquer de seus pressupostos de constituição.[24]

É igualmente inexistente o matrimônio quando celebrado por procuração outorgada por instrumento particular, ou sem os poderes especiais ou, se ultrapassados os noventa dias referidos no artigo 1.542, § 3º, do Código Civil. A inexistência do casamento completa o capítulo das invalidades matrimoniais, bipartindo-se em nulidade e anulação, por cujas invalidades o casamento existiu, mas por estar impregnado de um vício de origem resultará invalidado por um decreto judicial de nulidade ou de anulação do matrimônio, conforme a maior ou menor gravidade de que se reveste o vício apurado, ao contrário do casamento inexistente, em que é dispensada a intervenção judicial de um casamento que, no plano jurídico, jamais existiu.

3.10.2 Casamento nulo

No plano bipartido da invalidade do casamento, a ocorrência da nulidade absoluta ou relativa provoca diferentes efeitos no vínculo conjugal. Os atos jurídicos nulos são regulados pelos artigos 166 a 169 do Código Civil e sua incidência é de ordem pública, como norma de aplicação cogente e imprescritível, podendo a causa impediente ser provada e provocada em juízo pelo Ministério Público, ou por qualquer interessado (CC, art. 1.549).

O interesse na proposição da ação de nulidade do casamento pode ser de ordem moral e eugênica, por envolver os cônjuges, ascendentes, descendentes, irmãos e cunhados; pode ser de ordem econômica, como no exemplo de filhos de leito anterior, e de sua capacidade sucessória única e até em razão da sua concorrência com o cônjuge viúvo (CC, art. 1.489, inc. II; art. 1.829, inc. I; e art. 1.845); dos colaterais sucessíveis; dos credores dos cônjuges e cessionários de seus bens; assim como advir a legitimidade na defesa dos interesses sociais, cuja tarefa é atribuída ao Ministério Público.

Os efeitos da nulidade do casamento retroagem à data da celebração das núpcias judicialmente declaradas inválidas, sem prejuízo da eventual aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé. O inciso I, do artigo 1.548 do Código Civil, considerava nulo o casamento contraído pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil. Contudo, este dispositivo foi expressamente revogado pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que afastou a nulidade do casamento por incapacidade mental. Como menciona Flávio Tartuce, houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades com o polêmico advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a partir do qual todas as pessoas passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, e absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, apenas os menores de 16 anos.[25] Segue sendo, no entanto, nulo o casamento contraído por infringência de impedimento de qualquer uma das

dirimentes absolutas ventiladas no artigo 1.521, incisos I a VII, do Código Civil. Ainda que nulo de pleno direito o matrimônio atingido por vício essencial de validade, o artigo 1.561 do Código Civil protege o cônjuge de boa-fé ao lhe reconhecer todos os efeitos do casamento até a data da sentença de nulidade. Com o advento da Lei 13.811/2019, todos os casamentos de pessoas menores de 16 anos de idade são vetados, e só podem casar a partir dos 16 anos de idade aqueles que tiverem a autorização dos pais ou responsáveis, ou por suprimento judicial. Logo, se antes da promulgação da Lei 13.811/2019 existiam as exceções do artigo 1.520 do Código Civil, que autorizavam o casamento de menores de 16 anos, na atualidade, ao vetar qualquer tipo de exceção que atente contra a dignidade da criança menor de 16 anos de idade, deita sobre essa proibição matrimonial um interesse público de proteção da infância, que não mais cede espaço ao interesse privado, antes realçado pelas exceções legalmente previstas para a constituição de uma família conjugal. Os casamentos do artigo 1.520 do Código Civil eram passíveis de anulação, visto que suas celebrações não eram inteiramente proibidas, como agora são, e, uma vez inviável sua celebração, será nulo qualquer casamento a menor de 16 anos de idade e ingressam por arrasto, no inciso II do artigo 1.548 do Código Civil, os efeitos colacionados no artigo 1.520 do mesmo Código pela Lei 13.811/2019.

3.10.3 Casamento anulável

Os casamentos anuláveis são apontados pelo artigo 1.550 do Código Civil, sendo que a anulação do casamento foge da ordem pública existente na ação de nulidade e permite em certas situações a perfeita convalidação do matrimônio, assim como reduz o espectro de pessoas legitimadas a promoverem a ação de anulação.

Atento ao propósito da inclusão social da pessoa com deficiência, instituída pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (EPD), o artigo 114 do referido Estatuto acrescentou o § 2º ao artigo 1.550 do Código Civil, para ordenar 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, de modo que uma pessoa com deficiência psíquica, ou intelectual, pode contrair casamento, expressando ela a sua vontade, ou por meio de seu responsável ou curador.

3.10.3.1. Das causas de anulação

São causas de anulabilidade do casamento (CC, art. 1.550):

I – A falta de idade mínima para casar

De acordo com o artigo 1.517 do Código Civil é de 16 (dezesseis) anos a idade nupcial mínima para casamento, havendo a necessidade de autorização de ambos os pais enquanto não atingida a maioridade civil dos 18 (dezoito) anos de idade.

Embora o nubente não tenha alcançado a idade mínima para casar, o artigo 1.520 do Código Civil abria uma exceção e autorizava o casamento de quem ainda não tivesse atingido a idade núbil, no propósito de evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, e no caso de gravidez, contudo, foi promulgada a Lei 13.811/2019, que proibiu o casamento de quem não atingiu a idade núbil.[26] A pena criminal era relativa aos crimes de sedução, estupro e corrupção de menores, e o casamento servia como causa de exclusão da punibilidade do artigo 107 do CP, entretanto, o artigo 5º da Lei 11.106/2006 revogou os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal.

II – Do menor em idade núbil, não autorizado pelo seu representante legal

A capacidade relativa é adquirida aos 16 anos de idade, estando ainda sob a supervisão de seus pais ou dos seus legítimos responsáveis, submetidos que ficam, portanto, ao poder familiar. Para casarem necessitam da autorização expressa de seus pais, tutores ou curadores. Havendo divergência dos pais em consentirem com as núpcias, e sendo injusta a denegação, deve ser pedida a autorização judicial do artigo 1.519 do Código Civil.

III – Por vício da vontade, nos termos dos artigos 1.556 a 1.558

São fundamentos da ação de anulação do casamento os vícios de vontade oriundos do erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (CC, arts. 1.556 e 1.557) e da coação (CC, art. 1.558).

O erro é uma falsa representação da realidade e faz com que uma pessoa acabe por manifestar uma vontade diferente daquela a ser realmente externada se tivesse conhecimento exato da situação. O erro vicia a vontade que não se fez livre e nem soberana, e, para determinar a anulação do casamento, o erro há de ser substancial, fundamental, determinante para a manifestação e escusável, como ordena o artigo 139 do Código Civil. A simulação não escapa à causa adicional de anulação do casamento, quando em desarmonia entre a vontade formal do ato matrimonial e a vontade subjacente.[27]

Segundo o artigo 1.556 do Código Civil, no campo da anulação do casamento há vício de vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. No artigo 1.557 do Código Civil, o codificador explicita ser erro essencial sobre a pessoa do outro:

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).

Para qualquer uma dessas hipóteses configurativas do erro essencial autorizarem a ação de anulação do casamento, é preciso que estejam presentes três indispensáveis pressupostos, a saber:

a)o defeito físico, mental ou de caráter, e assim também o crime praticado deve ser anterior ao casamento;

b)o cônjuge enganado não poderia ter conhecimento do defeito ou do crime antes do casamento;

c)e a vida em comum deve ser tornar insuportável com a descoberta do erro substancial.

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

Consoante Anelize Caminha, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) asseguram à pessoa com deficiência capacidade

civil plena para contrair matrimônio ou constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o número de filhos e ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, dentre vários outros direitos explicitados no artigo 6º da Lei 13.146/2015.[28] O artigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência considera ser deficiente aquela pessoa 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. Prossegue Anelize Caminha ao acrescentar que o inciso IV do artigo 1.550 do Código Civil manteve a previsão de ser anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento, sendo enquadrável nessa disposição qualquer suspeita ou convicção de que o nubente não pode expressar o consentimento de modo inequívoco,[29] como sucede com os ébrios habituais e os viciados em tóxicos do artigo 4º, inciso II, do Código Civil.

V – Realizado pelo mandatário, sem que ele ou outro contraente soubesse da revogação do mandado, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges

Também será alvo de anulação o casamento realizado pelo mandatário que desconhecia, tal qual o outro contratante, a prévia revogação do mandato. Obviamente, a revogação do mandato precisa ser realizada antes das núpcias, apenas não tendo chegado a notícia da revogação ao conhecimento do mandatário ou do outro contratante, permitiu que o casamento fosse celebrado. A revogação do mandato não precisa chegar ao conhecimento do mandatário para produzir efeitos, sendo suficiente para motivar a anulação que o mandante tenha previamente revogado seu mandato, sendo seu dever cientificar o mandatário e o outro contraente da revogação, e, uma vez celebradas as núpcias sem que ambos tenham ciência da revogação, o mandante responderá por perdas e danos que vier a causar

ao mandatário e ao outro celebrante, sendo equiparada a invalidade judicial do mandato à revogação espontânea da procuração (CC, art. 1.550, inc. V, § 1º).

VI – Por incompetência da autoridade celebrante

Será igualmente anulável o casamento celebrado por incompetência de autoridade celebrante, que no Código Civil de 1916 era causa de nulidade do casamento, quando, por exemplo, as núpcias são celebradas em Município diverso daquele inerente ao domicílio dos noivos. Trata-se da incompetência ratione loci, qual seja, em razão das pessoas dos nubentes, quanto aos seus domicílios.

§ 1º Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

§ 2º 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.

3.10.3.2. Identidade, honra e boa fama

a) Identidade física

O erro quanto à identidade do outro cônjuge desborda-se em identidade física e identidade civil.

A identidade física diz respeito à própria pessoa e implica a anulação do casamento quando, por exemplo, acontece a substituição de uma pessoa por outra no ato da celebração do matrimônio, como na hipótese de irmãos gêmeos que são substituídos. A identidade física respeita a pessoa corpórea com que se pretende casar, sendo uma hipótese muito difícil de acontecer que alguém confunda seu noivo no ato da celebração, assim como será pouco

provável de ocorrer uma troca deliberada das pessoas, pertencendo o fato muito mais ao mundo da ficção do que da realidade.

b) Identidade civil

No erro quanto à identidade civil não mais se trata de um engano quanto à pessoa corpórea do cônjuge, mas à sua real identidade, cujo defeito precisa ser de monta tal que torne insuportável a vida em comum, como, por exemplo, se for apurado não passar o nubente de um estelionatário, um farsante que se apresentou como sendo outro indivíduo, de vida econômica e financeira diferente, com vistas a ludibriar seu parceiro, ou que se fez passar por uma pessoa de distinta estratificação social, cultural ou profissional e cuja farsa, se sabida, inviabilizaria o casamento.

Em verdade a identidade civil individualiza a pessoa dentro do seu meio social, correspondendo-lhe ao conjunto de atributos ou qualidades essenciais com que a pessoa justamente se apresenta na sociedade, aduzindo Maria Helena Diniz ser bastante complexa a questão do erro relativo à identidade civil, cabendo ao magistrado decidir se as qualidades, sobre as quais recaiu o erro do outro cônjuge, são, ou não, essenciais, levando em conta as condições subjetivas do consorte enganado e as circunstâncias peculiares de cada caso.[30]

O erro quanto à identidade psicológica da pessoa também ingressa no campo da anulação do casamento, pois como pondera Camilo de Lelis Colani Barbosa[31] trata-se da ignorância de fatos ou de condições específicas sobre a pessoa do outro cônjuge, em que um dos nubentes ocultou do outro este agir que, se sabido, poderia levar à desistência do casamento, como no exemplo da reiterada e imotivada recusa ao relacionamento sexual, cuja surpreendente atitude permite classificar como um erro sobre a identidade física e psíquica do parceiro, antes desconhecida e passível de anulação.

c) Honra e boa fama

Honra é a dignidade da pessoa que vive honestamente, que zela pela lisura e transparência de seu proceder moral. É o conjunto de atributos morais que torna a pessoa socialmente apreciada. Já a boa fama é a estima social de que a pessoa goza.

Também ingressam na seara da boa fama como causa de anulação do casamento o homossexualismo, a vida desregrada e até a atribuição de paternidade ao noivo para motivar as núpcias em razão de falsa gravidez ou para depois ser descoberto que o pai era outro e nada disto a mulher desconhecia, revelando apenas o seu mau caráter, antes encoberto, a incidir o marido em erro substancial quanto à honra e à boa fama de sua esposa.

3.10.3.3. Ignorância de crime anterior ao casamento

Diferentemente do Código Civil de 1916, cujo inciso II do artigo 219 exigia a ocorrência de crime inafiançável, praticado antes do casamento e definitivamente julgado por sentença condenatória, o vigente inciso II do artigo 1.557 do Código Civil de 2002, exige como pressuposto de anulação do casamento a existência de crime, também anterior ao casamento, que não mais precisa ser inafiançável, mas, por cuja natureza, torne insuportável a vida em comum.

O atual codificador inovou ao deixar de medir a gravidade do crime para que o cônjuge passe, doravante, a decidir sobre sua vida e o seu casamento, sendo dele a decisão de promover a ação de anulação de seu matrimônio, sempre que, no seu sentir, o posterior conhecimento de crime praticado por seu parceiro conjugal, antes do casamento, por sua natureza e pela sua revelação até então ignorada, tornou a sua vida conjugal insuportável, indiferente à extensão da apenação e da sua repercussão social, pois o que importa é a repercussão causada ao cônjuge que desconhecia o fato, de tal sorte que se ele soubesse não teria casado.

A decisão é do próprio cônjuge a respeito da personalidade do agente, porque só ele sabe até onde o crime praticado antes do casamento e independentemente da condenação criminal, e do trânsito em julgado da sentença criminal, será motivo suficiente para seguir suportando ou não o seu consórcio.

3.10.3.4. Ignorância de defeito físico irremediável ou de moléstia grave

O defeito físico e irremediável, pelo contágio ou herança, também é causa geradora da ação de anulação do casamento, porque respeita ao débito conjugal, como um dos deveres do matrimônio.

Devem ser moléstias potencialmente propagáveis às pessoas em contato com o doente, especialmente o cônjuge que mantém relação de intimidade e que assim fica perigosamente exposto ao contágio. O defeito físico há de ser irremediável e respeitar a alguma anormalidade orgânica ou funcional que prejudique a prática da relação sexual no casamento. A impotência eréctil ou *coeundi*, se de causa orgânica (se algum dos órgãos genitais não está apto para a cópula) ou funcional (se algo se interpõe que impede aos órgãos genitais aptos para a cópula desempenharam sua função) autoriza a anulação do casamento, ainda que se manifeste apenas em relação ao cônjuge e não ao esposo para com outras pessoas.[32]

A impotência *coeundi* implica a impossibilidade de realizar o coito, seja de parte do homem que não pode penetrar a mulher ou desta, que não pode ser penetrada. A impotência *coeundi* tem de existir no momento da celebração do matrimônio, quer dizer, antecedente às núpcias e deve ser perpétua, sem possibilidade de correção pela medicina ou por sua especialidade na área de psiquiatria.

Não autoriza o decreto de anulação do casamento a impotência *generandi* para procriar, porque poder ou não ter filhos não está entre as funções essenciais do casamento, tanto que a lei oferta a adoção aos casais

que não podem ter prole. A impotência e esterilidade não se confundem, enquanto a impotência significa a incapacidade para o ato sexual, a esterilidade pressupõe essa aptidão, ainda que existam defeitos orgânicos ou funcionais que impossibilitem a geração de prole.[33]

O defeito físico irremediável precisa ser incorrigível, anterior ao casamento e desconhecido do outro cônjuge ao tempo das núpcias.

3.10.3.5. Coação

A coação tem como linha de atuação o vício de consentimento, a ser formulado pelo homem e pela mulher no ato de celebração das núpcias, por sua livre e espontânea vontade, não podendo a vontade ser alvo de nenhuma ameaça de agressão ou ofensa à vida, à saúde e à honra do cônjuge coagido ou de seus familiares.[34]

É a pressão física ou moral que atua como causa determinante do negócio jurídico (CC, art. 151), incutindo no cônjuge o fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

A coação pode ser física, chamada de *vis absoluta*, respeitando ao constrangimento físico que inibe por completo a vontade da pessoa, como no clássico exemplo do coator que segura a mão do coagido para forçá-lo a assinar um documento.[35]

Por seu turno há a coação moral, denominada *vis compulsiva*, quando a pessoa é pressionada a exercer determinado ato, sendo a sua vontade moldada pela coação moral externa, como, por exemplo, a sua recusa em anuir positivamente ao matrimônio importar na revelação de um fato de pública e indesejada exposição da pessoa coagida.

A coação deve ser determinante para o consentimento do casamento e a anulação só poderá ser demandada por aquele cônjuge que tenha sofrido a ameaça (CC, art. 1.559).

A coação é vício de vontade que se aproxima da violência, seja direta, física, ou mesmo moral, ou indireta, quando a pessoa aceita os fatos para não sofrer o mal prometido.[36]

A coação deve ser irresistível e injusta, exercida contra uma pessoa, de modo a que as ameaças, sejam elas de ordem material ou espiritual, dirigidas ao cônjuge ou a seus familiares, devem ser suficientemente intimidadoras para afetar a vontade da pessoa, que realmente acredita naquelas ameaças e no seu perigo iminente.

O temor reverencial consistente do medo proveniente de uma posição de subordinação entre duas pessoas, como a do filho em relação ao seu pai; ou da esposa em relação ao marido, não é causa suficiente para anular o ato conjugal.

3.11. PRAZOS PARA A ANULAÇÃO DO CASAMENTO

O artigo 1.560 do Código Civil informa os prazos decadenciais da ação de anulação do casamento, contados quase sempre da data da celebração das núpcias. É consenso na doutrina que tanto a prescrição como a decadência reúnem os mesmos elementos de formação e consistentes na inércia do sujeito em exercer o direito e decurso do tempo fixado em lei,[37] sendo seu maior critério de diferenciação a circunstância de a prescrição representar a extinção da *ação*, enquanto a decadência importa na extinção do próprio *direito*; daí o apuro do atual codificador ao expressar no artigo 1.560 do Código Civil a extinção do direito de ser anulado o casamento depois de vencidos os termos estabelecidos nos seus quatro incisos, a começar pelo prazo de 180 dias, para o casamento do incapaz de consentir ou de manifestar inequivocamente o seu consentimento (inciso I). É de dois anos o prazo decadencial se incompetente a autoridade celebrante (inciso II); de três anos, para as hipóteses de erro essencial do artigo 1.557 do Código

Civil (CC, art. 1.560, inc. III) e de quatro anos se houver coação (CC, art. 1.560, inc. IV).

Nos §§ 1º e 2º do artigo 1.560 são reguladas as hipóteses de o prazo decadencial não fluir do dia do casamento, iniciando a contagem de 180 dias para o incapaz que contraiu casamento antes dos 16 anos, do dia em que ele atingir esta idade, enquanto para seus pais ou representantes legais o termo inicia na data do casamento (§ 1º).

No caso de revogação de mandado (CC, art. 1.550, inc. V) o prazo é de 180 dias, contado a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração do casamento.

3.12. DO CASAMENTO PUTATIVO

Diz-se putativo o casamento que, mesmo nulo ou anulável, ainda assim a lei lhe reconhece os efeitos jurídicos àquele que o contraiu de boa-fé, podendo incidir sobre um ou sobre ambos os cônjuges.

Conforme Yussef Said Cahali, os motivos da putatividade "podem ser políticos, ou por indulgência para com o cônjuge de boa-fé e de comiseração para com a prole; ou, devido a razões humanitárias e de equidade, o ordenamento jurídico foge à sistemática própria e empresta àquele matrimônio anulado, ou mesmo nulo, efeitos do casamento válido, até que a nulidade seja pronunciada".[38]

O enlace conjugal putativo surge como uma forma de amenizar as danosas consequências da retroatividade do reconhecimento judicial da nulidade ou de anulação do casamento, no tocante aos interesses dos cônjuges e dos filhos, passando o instituto a reconhecer efeitos retroativos à sentença aos que haviam casado com inequívoca boa-fé, desconhecendo ao tempo da celebração das núpcias os impedimentos geradores da invalidade do matrimônio.

A putatividade matrimonial está regulada pelo artigo 1.561 do Código Civil, que reconhece ao casamento declarado nulo ou anulado em juízo efeitos jurídicos aos contraentes de boa-fé, a qual pode estar presente no consentimento de um ou de ambos os cônjuges. Tem ela o escopo de diminuir o rigor do vício que invalidou as núpcias. O foco da prova processual é a ocorrência da boa-fé, que se dá de modo bilateral quando, por exemplo, irmãos que casam entre si desconhecendo os seus vínculos de parentesco.

A boa-fé unilateral pode surgir de pessoa que desposa outra sem saber que ela já era casada com um terceiro; ou de nubente que desconhecia a autoria de crime praticado pelo outro cônjuge antes do casamento, e que tornou insuportável a vida conjugal.

3.12.1 Pressupostos da putatividade

Configuram-se como pressupostos da putatividade:

a) Quando presente a boa-fé de pelo menos um dos contraentes, ao tempo da celebração do casamento.

b) Quando houver a incidência de qualquer um dos impedimentos previstos no artigo 1.521 do Código Civil; ou nas hipóteses deflagradas pelo artigo 1.550 do Código Civil, mas sempre quando o impedimento tenha surgido antes do casamento, porque os impedimentos surgidos durante as núpcias não importam na sua nulidade e anulação, mas unicamente na possibilidade de divórcio, salvo se trate de impedimento absoluto do artigo 1.521 do Código Civil, cujo casamento, se realizado, é nulo de pleno direito e imprescritível a decretação de sua nulidade.

c) Há erro de fato quando a pessoa ignora a existência de causa impeditiva como, por exemplo, um casamento precedente e válido do

consorte com uma terceira pessoa, ou do marido que recasa acreditando estar morta a sua primeira esposa.[39]

d) Há ignorância de erro de direito quando a pessoa afirma desconhecer a lei, que pode ser a lei brasileira ou estrangeira, se casado no exterior. A ninguém é lícito desconhecer a lei, prescreve o artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

3.12.2 Efeitos da putatividade

Prescreve o *caput* do artigo 1.561 do Código Civil que, embora nulo ou anulável o casamento, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória. Dessa forma vale o pacto antenupcial até a sentença de anulação, cometendo proceder entre os cônjuges a partilha dos bens porventura adquiridos durante a união conjugal ou em consequência da relação de matrimônio, se o regime de bens eleito pelo casal assim o permitir.

As doações antenupciais não são devolvidas porque a elas seguiram-se as núpcias.

Sobrevindo o falecimento de um dos cônjuges antes da sentença de invalidade do casamento, caberá ao sobrevivente o direito à herança, se o regime de bens assim permitir (CC, art. 1.829), e ao cônjuge sobrevivente também toca receber a sua meação no caso de regime de comunicação patrimonial, porque o liame conjugal foi dissolvido pela morte e não pela anulação ou nulidade, incidindo em benefício do consorte sobrevivente de boa-fé todos os efeitos próprios de um vínculo nupcial tido como válido.

O direito a alimentos subsiste até a declaração de invalidade do casamento, quando então cessa automaticamente a obrigação alimentar, independentemente de qualquer ação de exoneração, porque se trata de extinção do direito alimentar e não de exoneração por causa superveniente.

Quanto ao uso do nome de casado, uma vez pronunciada a invalidade do matrimônio, o cônjuge que adotou o apelido do outro deve retomar o seu nome de solteiro.

Por seu turno, o § 1º do artigo 1.561 do Código Civil, estabelece que, se apenas um dos cônjuges estava de boa-fé, só a este aproveitarão os efeitos civis da putatividade, importando a culpa do outro cônjuge na perda das vantagens havidas do consorte inocente. Complementa o artigo 1.564 do Código Civil: devendo o culpado cumprir as promessas por ele feitas no contrato antenupcial.

Desse modo também só o cônjuge de boa-fé recebe alimentos até a data da sentença anulatória, e só se deles necessitar. Em realidade o casamento produzirá efeitos para o cônjuge de boa-fé e não produzirá efeitos para o cônjuge de má-fé. Quanto aos filhos, os direitos permanecem íntegros, não lhes recaindo qualquer restrição, como foi da vontade do legislador constitucional ao equiparar a prole e proibir pelo artigo 227, § 6º, da Carta Federal de 1988 e pelo artigo 1.596 do Código Civil, qualquer designação discriminatória.

3.12.3 Efeitos em relação a terceiros

Não serão prejudicados os terceiros que a título oneroso contrataram com os cônjuges cujo casamento foi judicialmente anulado ou decretado nulo, conforme claramente prescreve o artigo 1.563 do Código Civil, pelo mesmo modo com que o cônjuge de boa-fé pode reivindicar a anulação de negócio jurídico realizado durante o casamento sem a sua outorga.

3.13. A SEPARAÇÃO DE CORPOS NA INVALIDADE DO CASAMENTO

O artigo 1.562 do Código Civil faculta o aforamento do pedido de separação de corpos antes de ser movida a ação de nulidade do casamento, a

de anulação, a de separação e a de divórcio, ou a de dissolução de união estável, a ser concedida pelo juiz com a possível brevidade.

Na sua clássica concepção, a separação de corpos é justificada pela inconveniência e até pelo perigo de continuarem sob o mesmo teto os contendores judiciais, diante do processo que passariam a enfrentar com mútuas acusações, como sempre foi da natureza das demandas litigiosas de separação judicial, de anulação ou de nulidade de matrimônio.

Em épocas mais distantes a separação de corpos só era deferida se houvesse prova inconteste do perigo representado para a integridade física e psíquica do postulante da medida e que se apresentam no polo processual como um cônjuge indefeso,[40] geralmente vindicando também a guarda dos filhos comuns,[41] sendo desaconselhável manter no mesmo espaço físico o consorte de temperamento mais irascível. O principal enfoque da ordem de afastamento do cônjuge da vivenda familiar era proveniente, em geral, da violência física do esposo,[42] justificada a medida tão radical de expulsão do marido violento da vivenda comum exatamente pelo perigo de mantê-lo no mesmo espaço, já palco de precedente agressão, e pela urgência no deferimento, para salvaguardar a vítima desse ambiente de violência conjugal, sendo deferido o afastamento se a mulher pedisse a retirada do marido do lar, ou sua reintegração à moradia matrimonial se por conta da violência do esposo precisou abandonar às pressas e para sua segurança a morada conjugal.

Com o passar do tempo e com a evolução do Direito de Família, em especial depois da promulgação da Constituição Federal, a separação de corpos se afastou da invariável e intransigente exigência de prova da efetiva existência de agressão física, ou da ameaça de perigo de dano à integridade física e psíquica do cônjuge e dos filhos, e passou a se ocupar muito mais de um direito preventivo, ao antecipar a tutela jurisdicional da separação compulsória de corpos, não mais como medida cautelar do CPC de 1973 e equivalente à tutela provisória de urgência, antecedente ou contemporânea à

propositura da ação principal do CPC de 2015 (art. 294 e ss.), mesmo porque, ao fim do processo de divórcio, de qualquer modo o casal acabará se separando fisicamente, servindo a inútil e forçada coabitação ocorrida no período da tramitação processual tão só para fomentar rancores, medos e manter próximos corpos que se repulsam e cujas mentes já de há muito estão distanciadas entre si.

Por fim também foi travado longo debate jurídico sobre a possibilidade de ser requerida e deferida a separação de corpos mesmo quando os cônjuges ou conviventes já estivessem faticamente separados, porque parecia para alguns julgadores inviável a pretensão processual se o casal já estava separado de fato, contudo, relevante considerar que os deveres próprios do casamento, como a fidelidade, coabitação, mútua assistência e a comunicação dos bens terminam a contar da separação de fato,[43] ou da data do despacho que concedeu a separação judicial de corpos, e não do trânsito em julgado da sentença que pôs fim ao casamento. Argumento adicional reside na circunstância de a separação de corpos quando judicializada, apesar de o cônjuge já ter deixado voluntariamente a habitação nupcial, ter o efeito legal de impedir o seu retorno para o lar que já foi comum.

3.13.1 A separação de corpos da Lei 11.340/2006 – Lei Maria da Penha

A Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), foi elaborada com a pretensão de garantir uma proteção integral à mulher vítima da violência doméstica, com diversas disposições refletindo a enorme preocupação para com a prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, e com destaque, para as medidas protetivas de urgência contra o agressor, do artigo 22 da legislação especial.[44]

Dentre o conjunto de medidas protetivas de urgência na defesa da mulher vítima de agressão doméstica, consta do inciso II do artigo 22 o

afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, consistente no alheamento do ofensor do local onde ele convivia com a vítima de sua agressão, com o evidente propósito de prevenir novas ofensas físicas ou verbais e garantir a segurança da pessoa agredida.

O afastamento é integral, porque não se limita à moradia ocupada pelos protagonistas do ato de agressão, podendo abarcar o local de trabalho porventura frequentado pela vítima e pelo agressor. Tratando-se de afastar o agressor do seu local de trabalho, como medida cautelar com vistas a garantir a integridade física e psicológica da mulher vítima de violência doméstica ou familiar, deverá o juiz agir com extrema cautela, por causa dos efeitos nefastos dessa decisão, capaz de culminar com a demissão do indigitado ofensor, ou, se profissional liberal, implicar sérios prejuízos em sua atividade econômico-financeira e com reflexos na eventual obrigação de sustento para com seus dependentes.

Por conta disso o magistrado precisará aplicar critérios de ponderação de valores, com base no princípio da proporcionalidade,[45] para deliberar qual dos dois deverá ser afastado do local de trabalho, podendo decidir pela retirada da mulher do espaço profissional e do agressor do espaço habitacional se concluir pelos maiores prejuízos financeiros diante da eminência de demissão ou inviabilização da atividade profissional do varão.

A ordem de afastamento do agressor emana de um juiz criminal e tem a finalidade de proteger a mulher vítima de violência doméstica ou familiar, como igual previsão já existia no parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/1995, acrescido pela Lei 10.455/2002, enquanto o afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, ordenado, por exemplo, pela tutela de urgência do artigo 300 do CPC tem a sua natureza eminentemente cível.[46]

O artigo 22 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) ainda prevê o deferimento em caráter emergencial de medidas complementares de proteção da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar, como a suspensão da posse ou restrição do porte de arma (inc. I); proibição de determinadas

condutas, como a aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor (inc. III, *a*); proibição de contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas, por qualquer meio de comunicação (inc. III, *b*); proibição de frequentar determinados lugares, a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida (inc. III, *c*); restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores (inc. IV); prestação de alimentos provisionais ou provisórios (inc. V); comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação (inc. VI, incluído pela Lei 13.984/2020); e acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio (inc. VII, incluído pela Lei 13.984/2020).

Todas essas medidas preventivas não impedem o deferimento de outras também previstas na legislação brasileira (art. 22, § 1º) e podem ser efetivadas com a requisição de força policial (art. 22, § 3º). Serão requeridas perante os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cuja criação foi prevista pela Lei 11.340/2006, sendo deferidas em caráter preliminar, devendo verter, posteriormente, para manutenção, ampliação ou revogação para os Juízos de Família, em casos de entidade familiar.

Portanto, sendo transitória a atuação do juizado especial, nada impede que a vítima de violência familiar, cônjuge ou convivente, requeira o deferimento urgente das medidas cautelares previstas na Lei 11.340/2006 diretamente no Juízo de Família,[47] que tem competência concorrente, seja por meio de uma tutela de urgência de natureza cautelar, seja no bojo de sua ação principal, até porque as cautelas deferidas devem perdurar, em regra, até a conclusão e definição da demanda de divórcio ou de dissolução da união estável, evitando o constrangimento de questões de foro tão íntimo, como se revestem aquelas relativas à família, serem decididas no juízo criminal.[48]

3.13.2 A separação de corpos consensual

A separação de corpos consensual em suas duas versões, judicial ou extrajudicial serve àqueles casais que não querem o divórcio por convicções pessoais ou religiosas, ou porque ainda não estão seguros acerca da efetiva dissolução de suas núpcias e acreditam em uma eventual reconciliação.

Esse pedido de separação consensual de corpos promovido em juízo ou por meio da lavratura de uma escritura pública é juridicamente viável e evita o uso de acordos particulares extrajudiciais para consignar a separação de fato do casal, realizados com a única intenção de evitar indesejadas acusações morais de abandono do lar.

Não há nenhuma proibição para esta prática e conforme o artigo 1.562 do Código Civil a separação de corpos pode ser promovida antes do ingresso da ação de nulidade ou de anulação do casamento, da separação judicial, ou da ação de divórcio direto, e, por fim, também antes da ação de dissolução da união estável.

3.13.3 A separação de fato

Doutrina e jurisprudência encontraram no tempo e nos fatos em concreto as fronteiras justas e reais de qualquer sociedade afetiva, que antes de ser encerrada pela intervenção do legislador, procuram atribuir valor e efeito jurídico à antecipada volição dos cônjuges e conviventes, porquanto eles sim, e não outros, são os reais senhores da certeza e exatidão temporal em que sua sociedade afetiva e seus interesses comuns verdadeiramente se dissolveram. Ninguém discorda que a separação de fato gera importantes efeitos jurídicos, por ela os consortes e conviventes assumiram e aceitaram não mais prolongarem sua vida conjugal ou sua sociedade informal, liberando-se mutuamente, da assistência espiritual, da afetividade e do desejo societário que serve de mola mestra, incentivo e consequência direta da comunicabilidade patrimonial.[49] Nesta separação de fato por vontade,

silêncio ou mesmo comodidade dos cônjuges e conviventes, anota Lúcia Stella Ramos do Lago[50] ser ela conhecida por separação amistosa, já que nela os consortes põem fim a toda relação conjugal, evitando, ou somente protelando a intervenção dos tribunais e tabeliães, num pacto que produz efeitos, no sentido de relativização do regime de bens na separação de fato, cuja data serve como termo final do regime de comunicação patrimonial. Constância do casamento equivale à coabitação, restando destituído de existência real e concreta uma vida de dois sem nenhuma comunhão efetiva de vida, o que lhe retira o sentido e a razão da conjunção de interesses materiais. Não faz nenhum sentido exigir a ruptura formal do casamento pelo divórcio ou a dissolução oficial da união estável, para afastar a comunicação de bens e riquezas que o outro parceiro não mais ajudou a produzir, tanto que, por impulso desse princípio, prescreve o artigo 1.683 do Código Civil, ao tratar do regime de participação final nos aquestos, que somente serão levantados os bens aquestos existentes à data em que cessou a convivência. Igual indicação conduz o § 1º do artigo 1.723 da Lei Civil ao admitir a união estável de pessoa casada, mas separada de fato, permitindo reconhecer duas uniões distintas e dois regimes patrimoniais diversos, cujos limites são identificados pela data da fática separação. Desse modo, onde não há casamento ou união estável não pode haver regime de bens, tanto que a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no REsp 1.660.947/TO, datado de 5 de novembro de 2019, ser a separação de fato o termo inicial que põe fim aos efeitos do casamento, inclusive para a contagem do prazo prescricional da partilha.

3.14. DA EFICÁCIA DO CASAMENTO

Ausentes quaisquer causas de invalidade do casamento, consolida-se a eficácia do matrimônio, por cuja celebração os cônjuges assumem a condição de consortes, companheiros e mutuamente responsáveis pelos

encargos da família, dentro de uma noção de absoluta igualdade dos gêneros, estabelecida no artigo 226, § 5º, da Carta Política de 1988.

3.15. ISONOMIA E PATRONÍMICO

Sempre foi da tradição brasileira a mulher assumir com o casamento o sobrenome do marido, para unificar e identificar o vínculo matrimonial. Esse era o costume e a consequência natural da superada chefia masculina da sociedade conjugal. O uso do sobrenome do marido pela mulher sempre exerceu certo fascínio do sentimento de posse do homem sobre a mulher e assim sucedeu-se até o advento da Lei do Divórcio de 1977. A importância da identidade familiar a ser assumida pela mulher ao acrescer ao seu nome o apelido do esposo era, para a cultura da época, de fundamental relevância social e psíquica, tanto que o § 2º do artigo 57 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973), autorizou a mulher solteira, judicialmente separada ou viúva, a requerer ao juiz competente que mandasse averbar no seu registro de nascimento o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, em razão do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. O pedido só poderia ser processado se tivesse a expressa concordância do companheiro, e se a vida em comum fosse de cinco anos mínimos ou se existissem filhos da união (art. 57, § 3º).

Assim foi permitido dado que a companheira sentia-se socialmente discriminada porque o instituto do companheirismo não era reconhecido como entidade familiar antes da Constituição Federal de 1988, sendo que, contemporaneamente, o pedido pode ser feito tanto pela mulher como pelo homem, solteiros, divorciados ou viúvos e independentemente do tempo de duração do relacionamento estável, considerando que a união estável se configura pela convivência contínua e duradoura, com a finalidade de constituir família.

Era mais frequente a mulher casada suprimir o seu sobrenome familiar para acrescentar ao seu prenome apenas o nome de família de seu cônjuge, salvo que seu apelido de família fosse marcante e de tradição, quando então ela conservava o patronímico de origem. O uso pela mulher do sobrenome do marido era ato obrigatório do casamento, regulado pelo artigo 240 do Código Civil de 1916 e pelo artigo 70 da Lei dos Registros Públicos.[51] Sobrevindo a lei divorcista, tornou-se uma faculdade a mulher adotar o apelido do marido, e com a edição do vigente Código Civil foi consagrada a isonomia conjugal em sua integral feição democrática, ao estabelecer o § 1º do artigo 1.565 *que qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro*, quando, então, tanto o homem como a mulher poderiam adicionar o patronímico do seu parceiro, deixando de ser apenas uma opção da mulher, e muito menos uma obrigação da esposa, como impunha o parágrafo único do artigo 240 do Código Civil de 1916.

O nome tem a finalidade de identificar as pessoas e se constitui em um direito subjetivo, extrapatrimonial, com uma importância que transita entre o jurídico e o social, na representação da personalidade moral, intelectual e econômica do homem.[52] Portanto, diante dos novos paradigmas de um Direito de Família direcionado à tutela da dignidade humana e no desenvolvimento da pessoa como integrante de uma unidade familiar, destoa inverter estes valores ao atribuir qualquer importância na identificação do casal pelo sobrenome de um dos parceiros, quando cada um deles deveria preservar a sua própria identidade como atributo de sua personalidade individual, e parece que nesta toada, em nome da autonomia da vontade e da liberdade vem se direcionando o STJ quando, por exemplo, no REsp. 1.724.718/MG, permitiu o restabelecimento do nome de solteiro na hipótese de dissolução do vínculo conjugal pelo falecimento do cônjuge e não somente por ocasião do divórcio ou da separação como se compreendia em tempos jurisprudenciais e doutrinários mais remotos.[53]

3.16. PLANEJAMENTO FAMILIAR

O § 2º do artigo 1.565 do Código Civil regula o planejamento familiar outorgado pela Constituição Federal no seu artigo 226, § 6º, como fundamento da dignidade humana, sendo conteúdo inerente à liberdade de um casal poder planejar livremente sobre a formação de sua família, restringida a intervenção do Estado apenas para propiciar os recursos educacionais e científicos necessários ao exercício desse direito e proibida qualquer forma de coerção. A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, tanto que o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD – Lei 13.146/2015) lhe assegura: casar-se e constituir união estável; exercer direitos sexuais reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidade com as demais (art. 6º).

Casais têm limitado o número de seus filhos por privação de tempo e de recursos materiais, tendo sido a mulher convocada para o exercício paritário do trabalho e encarregada de igualmente prover o lar com o resultado financeiro de seu trabalho externo.

Por conta dessas mudanças sociais, programas públicos procuram ajudar no planejamento familiar, apontando para os métodos contraceptivos admitidos pela ética da Igreja Católica: os naturais e de comportamento, os métodos de barreira, representados pelos preservativos, os dispositivos intrauterinos (DIU) e os hormonais, como a pílula anticoncepcional, não consistindo o planejamento familiar em uma obrigação de o Estado custear tratamento médico de fertilização *in vitro*, como sucedeu em julgamento da Apelação 200551010049583 da Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em julgamento relatado pelo Desembargador Sergio Schwaitzer e datado de 11 de julho de 2007.[54]

Maria Helena Diniz[55] adverte ser escopo do planejamento familiar o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, conforme artigo 2º da Lei 9.263/1996, não integrando a noção de paternidade responsável e de planejamento familiar a prática do aborto.

3.17. DEVERES DOS CÔNJUGES

O casamento válido inculca uma série de deveres comuns e recíprocos, muito por influência do cristianismo em seara matrimonial, e estabelece a igualdade entre os cônjuges, também em relação ao regime de bens e suas divisões isonômicas. Pelo artigo 233 do Código Civil de 1916, o marido era o chefe da sociedade conjugal, função que exercia com a colaboração da esposa, no interesse comum do casal e dos filhos, competindo-lhe a representação legal da família, a administração dos bens comuns, exercendo também o direito de fixar o domicílio do grupo familiar, salvo recurso judicial da mulher quando a decisão do marido lhe fosse prejudicial. O marido perdeu seu posto de direção da vida familiar, concebendo a lei um conjunto de deveres comuns e recíprocos dos cônjuges, surgidos com o casamento juridicamente eficaz, quando homem e mulher, ou duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, assumem mutuamente a condição de companheiros e responsáveis pelos encargos da família (CC, art. 1.565 e REsp 1.183.378-RS).

O casamento cria para os cônjuges, como a união estável cria para os companheiros, deveres e direitos recíprocos, só dispensados com a separação de fato, a separação legal ou com o divórcio, que põe termo final ao casamento e, portanto, também aos deveres impostos aos cônjuges, cujas obrigações conjugais são substituídas pelos eventuais compromissos assumidos no acordo de separação ou de divórcio judicial ou extrajudicial

(Lei 11.441/2007 e CPC, art. 733), ou ordenadas em sentença proveniente de separação ou de divórcio litigioso.

A relação de obrigações conjugais impõe o dever recíproco de fidelidade, de coabitação, salvo justificadas exceções, a mútua assistência, sustento, o dever de guarda e educação dos filhos comuns e, por fim, o dever fundamental de respeito e consideração mútuos.

Faltando o cônjuge com qualquer um dos deveres pessoais do casamento, ele incide em ato de violação das obrigações do matrimônio, servindo o fato como motivação pessoal de efeito exclusivamente ético, de foro íntimo, para a proposição do divórcio judicial litigioso e não causal, deixando de servir como motivo para a derrogada ação de separação judicial litigiosa consoante dispunha o *caput* do artigo 1.572 do Código Civil, não gerando mais nenhum efeito jurídico à exceção do dever de mútua assistência em que a falta de socorro alimentar pode gerar uma ação de alimentos.

Segundo Lúcia Stella Ramos do Lago,[56] os direitos e deveres dos cônjuges, que não diferem dos deveres e direitos dos conviventes, não se esgotam nas relações inerentes à vida conjugal, porque estão associados a muitos outros efeitos pessoais do matrimônio, mas, com efeito, a função primeira está em encontrar o ponto de equilíbrio de realização do conjunto familiar.

3.18. VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS

Os deveres conjugais são normas de comportamento matrimonial e de recíproca observação, como disposições cogentes do casamento e da união estável. Uma vez violado qualquer um desses deveres, que não podem ser dispensados por vontade dos cônjuges, nem mesmo no contrato antenupcial, implicará, na faculdade ética de o cônjuge atingido pela quebra do dever matrimonial promover a dissolução do seu casamento.

Mostra a trajetória processual brasileira que cada vez interessava menos ao Direito ocupar-se em longos embates jurídicos da pesquisa da culpa pela derrocada nupcial. A visão moderna do casamento, que prioriza a dignidade da pessoa, não podia mais permitir vazios conflitos internos de ponderação da dignidade conjugal, sugerindo que a pesquisa da culpa gerasse a responsabilidade social e jurídica pelo fim do amor. Importa na atualidade, para um processo de divórcio ou de dissolução de uma união estável, tão somente o desejo de facilitar ao casal a finalização formal de seu relacionamento, sempre que pelo menos um deles, quando não o for pela iniciativa de ambos, aportar em juízo para denunciar o fim da sua comunhão plena de vida e da ausência definitiva de interesses comuns e esse foi o principal propósito da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010.

3.19. DEVER DE FIDELIDADE RECÍPROCA

Dentre os primeiros deveres do casamento expostos no artigo 1.566 do Código Civil, está o de *fidelidade recíproca*, e cuja transgressão já foi considerada como a mais infamante das causas separatórias. Explica Frank Pittman[57] que o adultério é contra a lei ou contra a vontade de Deus, mas a infidelidade é contra o casamento, exatamente porque rompe os acordos conjugais que variam de casal para casal, de cultura para cultura e da própria condição social dos conviventes, mas que representam, sempre, alianças formadas com o objetivo de dar paulatina estabilidade ao casamento e que a maior ameaça da infidelidade não está no relacionamento sexual, mas, sim, na traição da confiança, gerando suspeita, insegurança e uma perturbadora desconfiança pela possível e temerária perda do parceiro, aumentando o senso de desvalorização da pessoa atingida pela traição. Ainda de acordo com Pittman,[58] há situações de requinte no ato de exercer a secreta infidelidade conjugal, existindo namoradores que mantêm o seu casamento em estado de guerra quente ou fria para poderem ter seus casos e existem outros arranjos nupciais, em que parceiros decidem seguir casados

porque isso é mais interessante para a sua vida social, ou satisfaz à família, tem vantagens profissionais ou econômicas, mesmo porque, o divórcio implica elevados custos e, para muitos, enquanto o casamento não é uma ameaça à vida e ao movimento, vale a pena mantê-lo em pleno curso.[59]

A infidelidade também surge na sua versão virtual, quando um relacionamento erótico-afetivo é entretido através da Internet e suas inúmeras redes sociais, e, se a comunicação permitir, pode gerar encontros ortodoxos que terminem em intercurso sexual, consumando-se o adultério. Tanto um fato quanto o outro perderam sua relevância para o Direito, porque não mais podem levar à separação causal do casamento, assim como nunca interessaram à dissolução da união estável. A linha divisória entre a infidelidade material e moral, sendo que nessa última se encontra a infidelidade virtual, é que os laços eróticos e afetivos são mantidos diante da tela de um telefone celular, de um *tablet* ou de um computador, sendo alimentados rotineiramente, por meio de uma fantasia que pode sair do espaço virtual e levar ao contato físico e às relações sexuais de adultério.

3.20. VIDA EM COMUM NO DOMICÍLIO CONJUGAL

Como formulação precípua de uma completa interação conjugal devem os cônjuges coabitar, estabelecendo uma comunidade de vida, de leitos e de amor, como ordena o artigo 1.511 do Código Civil. E para que o conjunto de deveres e de direitos possa ser exercido na busca do incessante aperfeiçoamento espiritual e material dos cônjuges, cujos valores inspiram os princípios basilares da vida matrimonial, a coabitação do casal é condição inafastável para o pleno desenvolvimento da vida comunitária dos consortes, e também em relação aos filhos, que devem ser criados na presença diuturna de seus pais.

A unidade conjugal atende desse modo a uma das finalidades do casamento, consubstanciada na convivência, como modelagem inerente à

entidade familiar. A coabitação dos cônjuges também envolve seu relacionamento sexual, como dever implícito do vínculo nupcial.

Muito tem sido falado acerca de um afrouxamento do dever de coabitação, porque em um novo estilo de vida, com uma maior exigência de ordem profissional, a experiência social tem desenvolvido relacionamentos conjugais ausentes de coabitação, por vezes também estabelecida pela livre-escolha do casal, cujo arranjo conjugal optou por estabelecer lares separados e a partir deles manter entre o casal encontros habituais, de uma estável relação. São opções mais comuns de serem encontradas entre famílias reconstituídas, cujos relacionamentos surgem de novas núpcias e uma longa lista de antigas credenciais, com filhos e habitações das uniões anteriores, cuidando cada um dos autores da cena conjugal reconstruída de preservar a individualidade de sua primitiva habitação, nela conservando seus filhos já adolescentes, sempre mais resistentes aos recasamentos de seus progenitores, mas preservando, até onde for possível, a privacidade familiar pregressa, e por mais paradoxal que possa parecer, lhes permitindo construir em campo neutro a sua nova relação.

Diante desta nova realidade social e cultural brasileira, algumas pessoas acabam morando em cidades diferentes por conta de sua profissão, como no exemplo de uma esposa juíza em uma Comarca e o marido como comerciante na Capital. São obrigados a viverem em lares diferentes, mas, seguramente, são arranjos representando sempre a exceção, pois que a regra segue sendo a da convivência sobre o mesmo teto.

Logo, embora a lei imponha o convívio no domicílio comum, há casos em que a coabitação fica impossibilitada, sem que este fato importe em considerar como uma quebra do dever de vida em comum, já que a coabitação não é dever absoluto, mas evidentemente relativo, não só por conta das inúmeras exceções justificadoras da moradia em lares separados, o que pode ser temporário ou permanente, mas também porque muitos casais preferem a união ocasional, habitando cada um a sua própria e exclusiva

moradia. É, portanto, razoável aceitar que determinados casais prefiram interromper sua convivência, ou jamais assumi-la, o que acontece frequentemente na realidade da vida, levando os cônjuges adiante este arranjo, sem que tenham a mínima intenção de atribuir um ao outro o abandono da convivência que se dá por razões de interesse comum.

Entrementes, em se tratando de exceções, a razão ainda segue com Antônio Chaves ao afirmar que: "Cada cônjuge tem a obrigação de viver com o outro e ao mesmo tempo o direito de exigir deste a comunhão de vida; além disso, cada um dos cônjuges tem direito de exigir do outro que consinta e se preste a levar a cabo o ato carnal, mas ao mesmo tempo tem o dever de consentir, por sua vez, em que se efetue esse ato".[60]

3.21. DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA

A mútua assistência conjugal não tem dicção restrita ao sustento financeiro dos cônjuges, porque também tem incidência fática sobre a sua versão imaterial, consubstanciada no apoio natural devido reciprocamente pelos cônjuges e conviventes, encontrando um no outro o conforto espiritual capaz de lhes dar abrigo moral quando de suas tristezas, tragédias e desventuras emocionais, confortando nas horas de sofrimento, e compartindo por igual nos momentos de euforia, felicidade e de realização pessoal, em constante apoio e incentivo para o crescimento da unidade afetiva e familiar. Portanto, no seu espectro está inserido o dever recíproco de socorro material e moral, de *affectio maritalis*, cuja origem está na mútua assistência, porque nela os cônjuges são identificados como em uma só carne ou um só corpo, sendo propósito do matrimônio a sua unidade moral e econômica.[61]

O abandono moral é causa expressa de falta para com um dos deveres fundamentais do casamento, consistente na mútua assistência, não se compreendendo possa um cônjuge abandonar seu parceiro, e lhe faltar com o

desvelo, com os gestos de atenção e de solidariedade em momento de dor, por perdas ou derrotas pessoais, se não o for pelo sofrimento causado pela doença pessoal, ou de um caro e próximo familiar, quando é, sobretudo, sabido quão importante se apresenta nessas passagens inevitáveis da vida a solidariedade, o apoio e conforto debruçados para com o parceiro que creditou com as núpcias o infindo e imensurável dever de assistência.

Há no dever de mútua assistência um duplo aspecto a ser destacado dentre aqueles unidos pelo matrimônio, em prometida comunidade plena de vida; primeiro, na sua visão espiritual, e depois em sua configuração como dever de socorro, este traduzido na oferta incondicional do auxílio em pecúnia, sendo inimaginável pudesse ser afastado do enlace nupcial qualquer um dos seus elementos intrínsecos de subsistência material ou imaterial, porque não seria aceitável um cônjuge deixar seu companheiro na indigência moral ou econômica.

3.22. DEVER DE SUSTENTO, GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS

Dever de sustento, guarda e educação têm os cônjuges para com os seus filhos menores e incapazes, embora a exoneração alimentar não se dê se a prole estiver estudando e cursando nível de ensino superior, sujeitando os pais pela negligência desse dever até a suspensão ou a destituição do poder familiar (CC, art. 1.638, inc. II).

Os pais sustentam seus filhos de acordo com suas possibilidades materiais, sendo dever tanto do genitor como da mãe, na proporção dos ingressos financeiros de cada um, não ocorrendo, como seguidamente disputam os progenitores, uma divisão matemática por dois dos gastos dos filhos, esquecendo-se que cada ascendente deve pagar os alimentos dos filhos na proporção dos seus recursos, cujos ingressos quase nunca são iguais.

Os alimentos não são devidos apenas até a maioridade civil atingida aos 18 anos completos[62] (CC, art. 5º), mas vão além desta idade quando o filho é estudante regular de curso superior,[63] ou de curso de formação profissional[64] e não trabalha, tendo sido editada pelo STJ a Súmula 358, que condiciona o cancelamento da pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos onde ocorreu a fixação dos alimentos.[65]

A Constituição Federal prescreve, em seu artigo 205, ser a educação direito de todos e dever do Estado e da família, com vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Em primeiro plano, o acesso e a responsabilidade pela educação dos filhos são de seus progenitores, ou por seus substitutos legais, que são os tutores e guardiães, enquanto a Administração Pública tem o encargo de oferecer vagas na rede oficial de ensino fundamental, universal e gratuito, sob pena de responsabilidade administrativa das autoridades omissas.[66]

3.23. DEVER DE RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS

O respeito e a mútua consideração são a base da comunhão plena de vida, fundamento da entidade familiar e tratado na porta de entrada do Livro IV, do Direito de Família, da vigente codificação.

Por conta disso pode ser afirmado tratar-se o dever de mútuo respeito como um postulado relacionado à dignidade da pessoa humana e não apenas um dever dos cônjuges, mas, antes, princípio ético de presença obrigatória em todas as relações pessoais, não sendo diferente no casamento, que tem sua própria pauta de conduta em razão das idiossincrasias de cada unidade conjugal, cuja variação advém dos diferentes níveis de educação, formação cultural, religiosa, do ambiente em que circundam as relações, sabendo-se

que certos comportamentos, dizeres e atitudes podem ressoar ofensivos para uns enquanto para outros casais soam naturais, e sem qualquer conotação pejorativa e de agressão moral.

Devem os consortes conviver em ambiente de respeito, não apenas por contingência do seu casamento, mas como imposição da própria natureza humana, que adota um mínimo de convenções morais, que não admite violação pela ação desrespeitosa de um cônjuge. Logo, faltando ao casamento o atendimento ao código natural de ética e de moral, moldado de acordo com os hábitos, costumes, formação, instrução e educação do par conjugal, falta a este matrimônio a base recíproca de uma relação de respeito e de consideração. E não é sem outra razão que o artigo 1.513 do Código Civil prescreve ser defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, não restringindo esta proibição de intervenção e intromissão das pessoas e do Estado na vida privada dos cônjuges, apenas para os tempos de harmonia, porque compete apenas ao cônjuge atingido sopesar seus limites de tolerância diante da intemperança e dos desatinos de seu parceiro matrimonial, e, se quiser, buscar em juízo o divórcio pela causa objetiva do singelo e prosaico desamor.

3.24. A DIREÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Pelos novos postulados constitucionais acerca das entidades familiares do casamento e da união estável (art. 226, §§ 3º e 5º), vige a completa isonomia dos gêneros sexuais, e assumem, homem e mulher, ou duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, a condição de consortes e colaboradores da sua sociedade conjugal. Essa direção compartilhada da sociedade nupcial impede qualquer invasão de direção de um cônjuge sobre a esfera pessoal do outro, sendo rigorosamente preservados os valores absolutos da individualidade e da privacidade de

cada consorte. Por conta disso e ao revés de um passado em que prevalecia a administração masculina do casamento, impera na atualidade uma cogestão da sociedade matrimonial e qualquer divergência poderá ser superada por decisão judicial. Isso não significa abandonar a prevalência do diálogo para uma administração conjunta da sociedade conjugal, a permitir a busca do equilíbrio das dissensões do par afetivo, para a evolução e desenvolvimento harmônico dos vínculos matrimoniais, só sendo acionado o Poder Judiciário naquelas situações de insuperável intransigência, quando o casal não alcança nenhum consenso na aquisição de bens, nos acordos de amortização e liquidação de débitos conjugais e se diverge na assunção da prestação de garantias como a fiança e o aval.

3.25. CONTRIBUIÇÃO CONJUNTA DAS DESPESAS DO LAR

Como estabelece o artigo 1.568 do Código Civil, os cônjuges são obrigados a concorrer na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime matrimonial. A mútua contribuição dos cônjuges para as despesas do casal tem previsão até quando casados pelo regime da total separação de bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial (CC, art. 1.688). O artigo 1.688 do Código Civil tão só faculta a liberação do dever de contribuição para as despesas do casal no regime da separação convencional de bens, desde que expresso em pacto antenupcial, mantendo essa coobrigação no regime obrigatório da separação de bens (CC, art. 1.641), imposto pela lei aos cônjuges incursos nas causas suspensivas do artigo 1.523 do Código Civil e também nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 1.641 do Código Civil.

Não desobriga os esposos e os unidos estavelmente do dever de sustento da sua prole (CC, arts. 1.566, inc. IV, e 1.724) por se tratar de direito potestativo, de subsistência, e, portanto, irrenunciável em relação aos

filhos, não obstante a aparente contradição causada pela dicção dos artigos 1.688 e 1.707 do Código Civil.

Por seu turno, o artigo 1.707 do Código Civil estabelece serem irrenunciáveis os alimentos, enquanto o artigo 1.688 do mesmo diploma admite a prévia renúncia dos alimentos pelo cônjuge ou pelo convivente, desde que acordada em cláusula inserta em pacto antenupcial e em regime convencional de separação de bens, com o equivalente contrato de convivência para a união estável.

Convém observar só ser irrenunciável a pensão advinda do conceito de dever alimentar, quando destinada aos filhos menores e incapazes, ainda sob o poder familiar. Pelo artigo 1.570 do Diploma Civil é regulada a administração unilateral da família e dos bens dos cônjuges quando um deles estiver em lugar remoto ou não sabido, ou encarcerado por mais de cento e oitenta dias; interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente.

Em suma, pelo vigente Código Civil a igualdade dos cônjuges, instituída pela Carta Federal de 1988, permite a gestão unilateral da sociedade doméstica apenas por conta de exceções que circunstancialmente afastam um dos cônjuges da cogestão dos interesses e bens conjugais.

3.26. DOMICÍLIO CONJUGAL

Pelo artigo 1.566, inciso II, do Código Civil, a vida em comum, no domicílio conjugal, está entre os demais deveres comuns aos cônjuges. Nem sempre foi assim, porque até o advento da Carta Federal de 1988 o Código Civil outorgava ao marido, como provedor da família, a chefia da sociedade conjugal, e, assim, dotado do direito de fixar o domicílio da família, ressalvada eventual possibilidade de a mulher recorrer ao juiz no caso de deliberação que a prejudicasse.

Mas era ônus da mulher provar em juízo que estava sofrendo algum sério prejuízo com o livre-estabelecimento pelo marido, da vivenda nupcial, especialmente quando o varão simplesmente promovia a mudança da família para outra cidade, com o único propósito de compeli-la a acompanhá-la em suas andanças, muitas vezes enciumado pelo sucesso profissional da mulher. No Direito brasileiro a coabitação dos cônjuges é requisito do casamento, embora sejam admitidas as exceções transitórias do artigo 1.569 do Código Civil, quando se tratar de atender a encargos públicos, como no exercício da profissão, ou nos interesses particulares relevantes, como os de ordem política ou para estudos.[67]

Em outros países, como a França, Bélgica, Alemanha e Itália, a legislação permite ao marido e à mulher terem domicílios distintos, sem violarem as regras relativas à comunidade de vida.

De qualquer modo, o Direito brasileiro caminha nessa direção, se não de forma direta com mudanças pontuais na legislação, então pela via reflexa da construção jurisprudencial ao lado da doutrina, edificando uma moderna teoria de total abstração do exame judicial da culpa nas dissensões conjugais e cujo resultado final foi alcançado pela Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, que suprimiu a culpa na separação judicial.

Qualquer falha na conduta e no cumprimento de dever matrimonial tampouco gera efeitos desastrosos aos direitos do cônjuge faltoso; como no passado era capaz de perder seu crédito alimentar, ou o sobrenome de casado, assim não mais acontece com a legislação em vigor, em que a culpa não retira o direito alimentar, embora pudesse implicar uma restrição no valor da pensão, conforme parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil, mas o fato se reduzia à mera quantificação dos alimentos, desatrelado do direito objetivo de se separar. Contudo, com o advento da Emenda Constitucional 66/2010 não mais remanesce discutir a culpa para efeito alimentar, que era restrita à ação ora de separação judicial contenciosa (CC, art. 1.704).

[1] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 6, p. 18.

[2] DE LAMARE, Maria Luiza; REGO, Roberta da Silva Dumas. *O novo Código Civil* – do Direito de Família. LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 7-8.

[3] *Idem*.

[4] CC: "Art. 1.550. (...) § 2º 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".

[5] REsp 1.183.378-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

[6] LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. Teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. p. 115.

[7] Art. 1.520 do Código Civil: "Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código".

[8] O termo *eugenia* deriva do grego *eugenes*, que quer dizer boa origem (*eu – boa, gene – origem*). [9] SAMBRIZZI, Eduardo A. *Impedimentos matrimoniales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 236.

[10] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 81.

[11] "Art. 1.723. (...) § 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".

[12] "Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade".

[13] NETTO LÔBO, Paulo Luiz. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. p. 35.

[14] BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 80.

[15] "Art. 1.723. (...) § 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".

[16] PITHAN, Horácio Vanderlei N. *Ação de anulação de casamento*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 26.

[17] SAMBRIZZI, Eduardo A. *Impedimentos matrimoniales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 181.

[18] "Celebrando-se o casamento de viúvo antes de realizado o inventário do cônjuge falecido, impõe-se a separação legal de bens, conforme dispõem os artigos 183, inciso

XIII, 226 e 258, parágrafo único, inciso I, do Código Civil, não restando aos contraentes disponibilidade para a escolha de outro regime" (Apelação Cível 30.749-1/Bauru, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Alves Barbosa, j. 08.06.1983. Acórdão colhido da obra de MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 113-114).

19 CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 398.

20 *Idem*, p. 400.

21 VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 27.

22 *Idem*, p. 29.

23 STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.10.2011.

24 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 104.

25 TARTUCE, Flávio. Direito Civil. *Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1, p. 129.

26 Art. 1.520 do Código Civil: "Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código".

27 "Apelação cível. Família. Anulação de casamento. Matrimônio que se realizou com fins exclusivamente previdenciários. Simulação. Desarmonia entre a vontade formal, que leva à realização do ato jurídico, e a vontade subjacente, visando apenas a proporcionar pensão previdenciária para a esposa. Vício embutido na vontade dos contraentes, com simulação da vontade de constituição de vida em comum, quando o casamento apenas serviu como meio de conferir à nubente a qualidade de dependente, com posterior pensão previdenciária. Matéria de interesse público, não só por afetar a formação da família, mas por traduzir, por igual, burla ao espírito do Código Civil e às normas previdenciárias, assim como ofensa à moral média, transacionando-se bem indisponível, como se negócio fosse. Idade dos nubentes. Ancião, de 91 anos, que casa com mulher 43 anos mais jovem, morrendo, pouco depois, de câncer. Ausência de demonstração de relacionamento afetivo entre estes. Companheiro da contraente que no dia das bodas comparece, esperando-a do lado de fora. Desejo do *de cujus* em ser grato à empregada, de inúmeros anos, na relação laboral. Precedentes jurisprudenciais. Apelo improvido" (TJRS, Apelação Cível 70.026.541.664, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Vasco Della Giustina, j. 03.12.2008). "Ação de nulidade de casamento. Simulação. Vício comprovado. Comprovado que o casamento da autora com o *de cujus* foi simulado, com o objetivo de obtenção por ela de pensão previdenciária, correta a sentença que declarou a nulidade do ato jurídico, não havendo que se falar em prescrição. Inteligência do art. 167, § 1º, II do Código Civil. Recurso desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70059126508, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 24.09.2014).

28 CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. *O casamento da pessoa com deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no casamento à luz do*

ordenamento jurídico brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 82.

29 *Idem*. Ob. cit., p. 87.

30 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p. 266.

31 BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 112.

32 FAÍLDE, Juan José Garcia. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1999. p. 275.

33 PAZ, José Antonio Souto. *Derecho matrimonial*. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 119.

34 LUZ, Valdemar P. da. *Comentários ao Código Civil*. Direito de Família. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. v. 5, p. 69.

35 Cristiano Chaves de Farias (*Direito Civil* – Teoria geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, em nota de rodapé da p. 486) oferece interessante exemplo de coação física, por sua vez, citado por José Roberto de Castro Nunes, em artigo intitulado Coação e fraude contra credores no Código Civil de 2002 (*A parte geral do novo Código Civil* – Estudos na perspectiva civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 297), de um fato sucedido com a princesa Margot, que se casou com Henrique de Navarra – antes de se tornar Henrique IV da França – por motivos políticos. No entanto, não era seu desejo casar com um noivo protestante e com a péssima fama de não tomar banho! No momento da celebração do casamento, tendo o presidente da cerimônia perguntado à noiva se era de sua vontade casar, unindo-se ao nobre, a princesa, que mantinha relutante silêncio, recebeu um forte empurrão de sua genitora, a atenta Catarina de Médici, o que a fez balançar positivamente o rosto.

36 COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1, p. 173.

37 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 372.

38 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 2.

39 COSTA, Carlos Celso Orcesi da*. Tratado do casamento e do divórcio, constituição, invalidade, dissolução.* São Paulo: Saraiva, 1987. 1º v., p. 264.

40 “Agravo de instrumento. Ação cautelar de separação de corpos. A reiteração de registros a confirmar a insuportabilidade da manutenção do convívio do casal autoriza a concessão da liminar pleiteada, que evitará o acirramento de ânimos e a ocorrência de fatos mais graves. Afastada a preliminar arguida pelo Ministério Público, deram provimento ao recurso. Unânime” (TJRS, Agravo de Instrumento 70.008.024.481, 7ª Câmara Cível, Rel. Walda Maria Melo Pierro, j. 10.03.2004).

41 Assim, por exemplo, o aresto da Oitava Câmara Cível do TJRS: “Agravo de Instrumento. Separação de Corpos. Liminar. A ocorrência policial é documento hábil para propiciar o deferimento de liminar de separação de corpos. A existência de conflito entre os cônjuges está na própria natureza da medida cautelar com vistas à separação judicial, e,

ante o natural constrangimento que resulta do pedido de separação prévia de corpos, não é dado ao juiz negá-lo. Por outro lado, não cabe a esta instância apreciar pedido de regulação de visitas formulado pelo recorrente em relação à filha menor, porquanto acerca da questão recentemente houve manifestação do juízo originário. Recurso a que se nega seguimento, pois manifestamente improcedente" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.008.227.159, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José S. Trindade, j. 05.04.2004).

42 "Separação de corpos. Afastamento do varão. Pedido de inversão da medida. Muito embora constitua prova unilateral, a ocorrência policial é suficiente para demonstrar a discórdia existente, não sendo crível a alegação do varão de que a ex-companheira debateu-se e chocou--se contra as paredes a fim de autolesionar. Constatado o clima de hostilidade e o término da relação estável, é forçosa a manutenção da decisão porque desaconselhada pela doutrina e pela jurisprudência a permanência dos litigantes sob o mesmo teto. Descabida a inversão da medida, sendo mais coerente o banimento do agressor, responsável pelo desrespeito e acirramento dos ânimos. Agravos desprovidos" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.007.949.456, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 10.03.2004).

43 "Agravo de Instrumento. Dissolução de sociedade de fato. Pedido liminar de separação de corpos. Possibilidade. Caso em que o agravante acena com a ruptura do relacionamento, requerendo liminarmente a separação dos corpos, se dispondo a deixar a residência voluntariamente, com intuito de evitar maiores desgastes na relação com a suposta ex-companheira. Viável a decretação da separação de corpos do casal, de modo a regularizar a situação de fato já existente, assegurando-se os efeitos daí decorrentes. Recurso provido. Monocraticamente" (TJRS, Agravo de Instrumento 70061851978, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 29.09.2014).

44 Por sinal o provimento da proteção da Lei Maria da Penha independe da coabitação, como disto deu mostra jurisprudencial o STJ em *habeas corpus* assim ementado: "*Habeas Corpus*. Ameaça de morte feita por irmãos da vítima. Lei Maria da Penha. Incidência. Coabitação. Desnecessidade. Inconstitucionalidade do art. 41 do referido diploma legal. Constitucionalidade reconhecida pelo STF. 1. Consoante entendimento desta Corte, a relação existente entre o sujeito ativo e passivo de determinado delito deve ser analisada em face do caso concreto, para verificar a aplicação da Lei Maria da Penha, sendo desnecessário que se configure a coabitação entre eles. 2. Hipótese que se amolda àqueles objetos de proteção da Lei n. 11.340/2006, já que caracterizada a relação íntima de afeto entre os agentes e a vítima. 3. A alegação de inconstitucionalidade do art. 41 da Lei Maria da Penha foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal (ADC 19), oportunidade em que se concluiu pela sua constitucionalidade. 4. Ordem denegada" (STJ, HC 184.990-RS, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, j. 12.06.2012).

45 SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de combate à violência contra a mulher*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 116.

46 *Idem*, p. 117.

47 “Agravo de Instrumento. Ação cautelar. Separação de corpos e pedido de proibição de aproximação. Os fatos narrados dão conta da insuportabilidade da vida em comum e estão corroborados pelos elementos que acompanham o recurso. Além disto, a vida familiar do casal e o exercício profissional do agravante se desenrolam em municípios de médio e pequeno porte, e situações de brigas, discussões e enfrentamentos com facilidade ganham a seara pública. Assim, não obstante as medidas protetivas da Lei 11.340/06 estarem voltadas aos casos de exposição da mulher a situações de risco, há na lei processual previsão que autoriza o deferimento de medidas protetivas, independentes de gênero, em amparo a qualquer que seja a parte, homem ou mulher, diante do risco de lesão grave e de difícil reparação (inteligência dos arts. 798 c/c 799 do CPC). Neste contexto, justifica-se a ordem de proibição de aproximação da mulher em relação ao agravante. Dado provimento, em decisão monocrática” (TJRS, Agravo de Instrumento 70063602262, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 20.02.2015).

48 “Agravo de instrumento. União estável. Afastamento do varão do lar conjugal. Guarda das filhas à mãe. Alegação de prevenção em face de ajuizamento de medida de proteção perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar afastada. 1. Os Juizados de Violência Doméstica possuem competência cível e criminal. As primeiras abrangem as medidas protetivas de urgência relacionadas nos arts. 22 a 24 da Lei n. 11.340/2006. Essa competência, entretanto, não afasta a que é própria das Varas de Família, pois é hipótese de competência concorrente. Pode interessar à mulher que a cautelar seja apreciada pelo juízo de família, municiando seu pleito com melhores provas do que o sintético relato produzido perante a autoridade policial, que deflagra o pleito diante do JVD. Razão pela qual é afastada a preliminar de prevenção. 2. Para o decreto de afastamento do varão da residência familiar, pela natureza da medida liminar, não se exige do juízo verificação acerca da veracidade ou não dos relatos de agressões denunciadas pela recorrida, já que a propositura da ação, por si só, evidencia o estado de beligerância e ressentimentos que permeiam a convivência das partes. 3. Nada há nos autos, até o momento, para autorizar a reversão da guarda de duas filhas, uma delas de pouca idade, conferida à mãe. Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao agravo de instrumento. Unânime” (TJRS, Agravo de Instrumento 70039308218, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 25.11.2010).

49 “Divórcio. Partilha. Separação de fato. Aquisição de acervo. Comunicação. Descabimento. A separação de fato, por erodir a arquitetura conjugal, acarreta o fim de deveres do casamento e, assim, do regime patrimonial. Assim, não se comunicam os bens havidos depois daquele desate matrimonial. Agravo desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70006067623, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 25.06.2003). Também nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Recurso Especial. Civil. Família. Anulação de atos jurídicos. Bens adquiridos após a

separação de fato por um dos cônjuges. Simulação lesiva à partilha. Incidência da súmula 83/STJ. Fundamento inatacado. Óbice da súmula 283/STF. Recurso não conhecido. 1. O aresto recorrido está em sintonia com a jurisprudência desta Corte, firmada no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime matrimonial de bens. Precedentes. 2. A Corte local entendeu não restar configurada a simulação lesiva, além de não poder ser invocada pela autora, que dela tinha conhecimento há nove anos. Contra o último fundamento não se insurge a recorrente, o que atrai o óbice da súmula 283/ STJ. 3. Recurso especial não conhecido" (REsp 678.790/PR, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 10.06.2014, *DJe* 25.06.2014).

50 LAGO, Lúcia Stella Ramos. *Separação de fato entre cônjuges*: efeitos pessoais. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 13.

51 Art. 70 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos). No assento de casamento deverá constar o nome que passa a ter a mulher em virtude do casamento.

52 SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988. v. 3, t. I, p. 345.

53 "Civil. Processual civil. Ação de restabelecimento de nome de solteiro. Direito ao nome. Atributo da personalidade e vetor de dignidade da pessoa humana. Retorno ao nome de solteiro após o falecimento do cônjuge. Possibilidade. Questão socialmente menos relevante na atualidade. Autonomia da vontade e da liberdade. Proteção do cônjuge sobrevivente de abalos emocionais, psicológicos ou profissionais. Plausibilidade da justificativa apresentada. Reparo de dívida moral com o patriarca cujo patronímico foi substituído por ocasião do casamento. Dissídio jurisprudencial. Ausência de cotejo analítico" (STJ, REsp. 1.724.718/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.05.2018).

54 "Constitucional e administrativo. Art. 226 da CF e Lei n. 9.263/1996. Direito ao planejamento familiar. Inseminação artificial. Tratamento. Direito subjetivo constitucional. Inexistência. Urgência. Inocorrência. I – A norma constitucional que cuida do planejamento familiar (art. 226, da CF), bem como a Lei n. 9.263/1996, que o regula em nível infraconstitucional, determinam o respeito à liberdade de decisão do casal acerca da prole e, abarcados nessa seara, o dever estatal de propiciar recursos (educacionais e científicos) para o exercício desse direito, assim como, por consectário lógico, a vedação de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas que impeçam a implementação do planejamento familiar. II – Nessa esfera de respeito e garantia à liberdade de planejamento familiar assegurados constitucionalmente, que se insere o dever estatal (educacional e científico) previsto no tratamento normativo. Não se olvida que ao Estado incumbe, em seu papel solidarista e humanista, dispensar a assistência necessária ao exercício do direito de planejamento familiar, inserida nesse contexto a assistência à concepção e à contracepção. Tal dever de assistência, todavia, não inclui nem autoriza direito subjetivo constitucional à reprodução *in vitro*. III – Não se vislumbra imprescindibilidade à saúde da autora do tratamento pleiteado (inseminação

artificial), de forma a comprometer a sua integridade física, não obstante respeitar-se a louvável pretensão deduzida, a maternidade".

55 DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 138.

56 LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de fato entre cônjuges*: efeitos pessoais. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 138.

57 PITTMAN, Frank. *Mentiras privadas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994. p. 6.

58 *Idem*, p. 159.

59 *Idem*, p. 160.

60 CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: RT, 1975. v. 2, p. 11.

61 GONçALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 177.

62 "Alimentos. Exoneração. Maioridade Civil. Desnecessidade do ajuizamento de ação ordinária. I – A exoneração de pensão alimentícia do filho que atingiu a maioridade não depende de ação própria, bastando simples requerimento nos autos da ação onde foram concedidos os alimentos. II – Existem duas ordens de obrigação alimentar, uma que decorre do pátrio poder e outra da relação de parentesco. Caso o filho maior necessite de alimentos, deverá propor a ação adequada e fazer prova do alegado" (TJDF, Agravo de Instrumento 2003.00.2.008459-9, 5ª Turma, Rel. Des.ª Haydevalda Sampaio, *DJU* 03.06.2004. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: IBDFAM/Síntese, v. 25, p. 103, ago.-set. 2004). Em sentido contrário: "*Habeas corpus*. Alimentos. Prisão civil. Constrangimento ilegal inexistente. Observância do devido processo. Maioridade civil do alimentando. Irrelevância. Ordem denegada. O simples fato de o alimentando ter completado a maioridade civil, por si só, não desobriga o pai do pagamento da pensão, devendo tal questão ser discutida em ação própria, no juízo civil" (TJMG, *Habeas Corpus* 1.0000.00.330.725-3/000, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des.ª Jane Silva, *DJU* 17.12.2003. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 23, p. 111-112, abr.-maio 2004). Ainda: "Agravo de instrumento. Ação de exoneração de alimentos. Filhos maiores de idade. Exoneração do encargo alimentar devido ao alimentado. Ausência de prova da diminuição das necessidades da alimentada e das possibilidades do alimentante. Necessidade de dilação probatória. 1. A maioridade, por si só, não é motivo a ensejar a exoneração liminar do dever de prestar alimentos. 2. No caso, o filho mais velho concordou com o pedido de exoneração do pensionamento fixado *intuitu familiae*, não havendo, por outro lado, comprovação da impossibilidade financeira do alimentante para o custeio da verba alimentar já redimensionada para 20% de seus rendimentos para a outra filha maior de idade, inexistindo ainda indicativos de que essa não mais necessita dos alimentos nesse patamar. 3. Reclamando a solução da questão dilação probatória, inviável, por ora, a exoneração ou a redução dos alimentos, com o que a manutenção a decisão recorrida é medida que se impõe. Agravo de instrumento

desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70071296545, 8ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 15.12.2016).

63 “Alimentos. Exoneração. Maioridade. Frequência curso superior. Menor de 24 anos. Transferência da guarda e responsabilidade. Impossibilidade. Menor de 18 anos. I – O dever de sustento oriundo do poder familiar cessa com a maioridade ou emancipação, contudo tal regra é afastada quando o alimentando acha-se cursando escola superior e até que ele perfaça 24 anos, hipótese essa em que a obrigação alimentar, excepcionalmente, não se extingue em face da simples maioridade do filho, salvo se comprovado que o mesmo é capaz de prover a sua mantença. II – A exoneração de alimentos quanto ao filho menor de 18 anos está condicionada à transferência judicial de sua guarda ao alimentando, o que, entretanto, reclama a propositura de ação própria e autônoma, que não se contenta com a alegada transferência de fato da guarda em comento” (TJDF, Agravo de Instrumento 2003.00.2.004053-5, 1ª Turma, Rel. Des. Nívio Gonçalves, *DJU* 11.02.2004. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 23, p. 108, abr.-maio 2004).

64 “Apelação cível. Ação de exoneração de alimentos. Maioridade. Prova da necessidade. Prorrogação da obrigação. Condição de estudante. Sentença de parcial procedência mantida. A maioridade civil, por si só, não é suficiente para eximir o alimentante da obrigação de prestar alimentos, contudo, para que o encargo seja mantido, indispensável a prova da necessidade, por parte do alimentando, a qual deixa de ser presumida. Caso concreto em que a filha (alimentanda) mantêm a condição de estudante, cursando pós-graduação, buscando qualificação profissional para inserção no mercado de trabalho, necessitando do auxilio financeiro de seus genitores. Preliminar rejeitada. Apelo desprovido” (TJRS, Apelação Cível 70063181770, 7ª Câmara Cível, Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 29.07.2015).

65 Também o filho portador de doença incapacitante pode ser destinatário de alimentos depois de atingir a maioridade civil: “Apelação cível. Ação de exoneração de alimentos. Filho maior e portador de doença incapacitante. Binômio possibilidade-necessidade. O poder familiar cessa quando o filho atinge a maioridade civil, mas não desaparece o dever de solidariedade decorrente da relação parental. Apelação cível desprovida” (TJRS, Apelação Cível 70071008460, 7ª Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall’Agnol, j. 26.10.2016).

66 TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude.* Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 89.

67 LUZ, Valdemar P. da. *Comentários ao Código Civil*: Direito de Família. Florianópolis: OAB/SC, 2004. v. V, p. 84.

Capítulo 4

DIVÓRCIO

4.1. DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO JUDICIAL

Cônjuges quando desejavam dar término ao seu casamento, precisavam buscar a intervenção estatal e solenizar o ato de ruptura oficial das núpcias mediante dois institutos que se sobrepunham, exigindo a legislação, a prévia separação judicial ou extrajudicial, e a posterior conversão dessa precedente separação de direito em um divórcio judicial ou extrajudicial. Portanto, a legislação brasileira estabelecia a obrigatoriedade da prévia proposição da ação de separação judicial ou da lavratura antecedente de uma escritura de separação extrajudicial, como pressuposto necessário para a posterior concessão da dissolução do vínculo conjugal pela conversão da separação judicial em divórcio. Mas, se os consortes preferissem podiam aguardar dois anos de ininterrupta separação de fato ou de corpos, para só depois promoverem o divórcio direto, neste caso, eram forçados a viver durante dois anos em um estado de insegurança jurídica, salvo promovessem uma ação de separação de corpos amistosa ou litigiosa. Para dar cobro a este oneroso e burocrático sistema dual de separação prévia e de posterior divórcio, para efetiva dissolução do vínculo conjugal, em 13 de julho de

2010, entrou em vigor no Brasil a Emenda Constitucional 66, terminando por praticamente tornar letra morta a figura intermediária do instituto da separação judicial ou extrajudicial, o que representava uma espécie de estágio probatório da dissolução do vínculo conjugal, pregando a quase totalidade da doutrina brasileira a extinção automática do instituto da separação judicial, porquanto o divórcio doravante podia ser concedido a qualquer tempo e sem necessidade de prévia separação judicial ou extrajudicial precedente. Em contrapartida, outras vozes, mas em menor número sustentavam que seguia hígida a figura jurídica da separação judicial ou extrajudicial porque haveria casais contrários à dissolução do vínculo conjugal, ou que desejavam apenas a separação, sem o rompimento do vínculo do casamento, porque assim sempre poderiam em caso de arrependimento promover sua reconciliação e restabelecer inteiramente o seu casamento, como sucede no Direito português e no Direito espanhol.

Toda esta discussão restou consolidada em decisão do Superior Tribunal de Justiça, que, em 14 de março de 2017, em sua Quarta Turma, vencido o Ministro Luiz Felipe Salomão, sendo relatora a Ministra Maria Isabel Galotti reconheceu a subsistência do instituto da separação judicial no REsp 1.247.098/MS, e concluiu que a Emenda Constitucional 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial,[1] sendo certo de que casais poderão optar pela separação judicial ou extrajudicial na modalidade consensual, dado que no processo litigioso sempre será possível ao demandado requerer o divórcio por simples reconvenção de um pedido mais abrangente, tendo em vista que o divórcio, ao contrário da separação, dissolve o vínculo de casamento, o que leva a concluir que, na prática, serão poucos os pedidos de separação e quase sempre na modalidade amistosa, sem nenhuma possibilidade de discussão da culpa de qualquer um dos cônjuges, pois, assim, está expressamente vedado desde a EC 66/2010, e desde então não mais existem notícias de processos ou escrituras de separações consensuais que foram pontualmente substituídos pelos divórcios

litigiosos ou consensuais, estes, tanto judiciais como extrajudiciais, se não existirem nascituros, filhos menores ou incapazes, ou, se os seus direitos já tenham sido preservados em outro procedimento judicial, podem ser realizados através de escritura pública de divórcio consensual.

O sistema dual da separação e do divórcio decorria do compromisso assumido pelos componentes do Congresso Nacional, ao tempo da discussão e aprovação da Lei do Divórcio, cujo difícil acordo político condicionou a assunção da dissolução do vínculo conjugal a exigências como a de só permitir um único divórcio, mantido o *desquite* sob a nova denominação de separação judicial, na esperança de que houvesse uma grande demanda de restabelecimento da sociedade conjugal da parte de casais arrependidos e que pudesse consertar prontamente o seu estado civil enquanto não fosse formalmente dissolvido o vínculo conjugal.

Com o tempo o instituto do divórcio foi conquistando espaços e se aperfeiçoando, ao reduzir os prazos para a sua concessão, com a edição da Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989, que revogou o polêmico artigo 38 da Lei 6.515, de 1977, que só permitia um único divórcio para a mesma pessoa, tornando indissolúvel o seu segundo casamento.[2]

Nunca teve nenhum sentido prático sujeitar casais ao ingresso dúplice de procedimentos judiciais ou extrajudiciais (Lei 11.441/2007 e CPC, art. 733), para a ruptura gradual da mesma relação conjugal, primeiro com o requerimento da separação judicial e depois com a sua conversão em divórcio, salvo aguardassem separados de fato durante dois longos anos para o ingresso do divórcio direto.

A Emenda Constitucional 66/2010 permite postular o divórcio a qualquer tempo, sem necessidade de prévia separação de fato ou de corpos e de um tempo mínimo de casamento, com o provimento direto do divórcio e sem prévia postulação de uma antecedente separação judicial ou extrajudicial.

Isso não significava, contudo, excluir da ação direta de divórcio outras discussões pontuais e próprias da dissolução de um casamento, como a guarda dos filhos, alimentos da prole e dos cônjuges, entretanto, essas questões paralelas não autorizam utilizar o processo de divórcio para qualquer perquirição de culpa, nem mesmo quando se trate de alimentos, porque a discussão da culpa só tinha pertinência na separação judicial.

O divórcio sem atribuição de causa tem sido a tendência nos mais modernos sistemas jurídicos, sendo uma marca muito presente na Europa, como sucede na Espanha e em Portugal, onde basta que os esposos não mais desejem a continuidade do matrimônio. O outro cônjuge não poderá se opor ao pedido, que será deferido de forma unilateral, ou por petição conjunta. O fundamento do divórcio direto e não causal repousa na liberdade dos cônjuges de requerer a dissolução de sua relação matrimonial e que não pode ficar à mercê da concorrência de algum motivo, quando a única causa presente é justamente a expressa manifestação de um pedido de separação, intervindo o magistrado apenas no controle dos convênios pós-conjugais. O divórcio objetivo prestigia o princípio da ruptura, com o consequente desprestígio e decadência do princípio da culpa,[3] tanto que, judicialmente, os pedidos de divórcio têm sido liminarmente decretados, prosseguindo a ação eventualmente em relação às usuais discussões paralelas de alimentos, guarda e convivência de filhos e partilha de bens, em divórcios denominados de impositivos, que dispensariam a intervenção do outro cônjuge para dissolução do vínculo conjugal, cuja existência remonta ao longevo direito uruguaio que previa o divórcio unilateral. Atualmente, os juízes decretam o divórcio liminar, mas, em regra, não dispensam a citação da parte adversa, existindo o Projeto de Lei 3.457/2019, de autoria do senador Rodrigo Pacheco, dispondo sobre a viabilidade de um divórcio impositivo extrajudicial ou divórcio unilateral extrajudicial, a ser escriturado indiferente à presença ou ciência da parte adversa, evitando dissensões e

proximidades muitas vezes temerosas diante de um histórico de violência doméstica, física, material, psicológica ou moral.

4.2. DIVÓRCIO E PARTILHA DE BENS

De acordo com o artigo 1.581 do Código Civil é possível decretar o divórcio judicial e também extrajudicial, sem que haja a prévia partilha de bens, cujo dispositivo foi ratificado pelo parágrafo único do artigo 731 do CPC. Os divorciandos podem diferir a partilha de seus bens para depois da sentença ou da escritura pública de dissolução de seu matrimônio. Depois da Emenda Constitucional 66/2010, o divórcio direto pode ser concedido a qualquer tempo, e igualmente dispensa a concomitante partilha dos bens conjugais, que poderão ser divididos em outra fase processual ou por escritura pública.

Para Maria Berenice Dias, o artigo 1.581 do Código Civil representava a expressão de mudança mais significativa do Código Civil, por permitir cristalizar uma jurisprudência assentada e adequada à formulação do divórcio, e ficar indiferente ao prévio processo de partilha,[4] para, desse modo, dispensar os divorciandos de ficarem condicionados ao processo de partilha para lograrem o divórcio.

Destarte, não se afigurava tecnicamente acertada a redação final do artigo 1.575 do Código Civil, quando prescrevia que a "sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens". Com a possibilidade expressa de o divórcio ser concedido sem que haja prévia partilha de bens (CC, art. 1.581 e CPC, art. 731, parágrafo único), e diante da Emenda Constitucional 66/2010, deve ser interpretado como revogado o artigo 1.575 do Código Civil, a repetir equivocadamente o artigo 7º da Lei do Divórcio e afirmando no sentido de a sentença de separação judicial importar na partilha de bens, pois a separação judicial, na prática forense deixou de integrar o sistema jurídico.

Tampouco há que ser falado em causa suspensiva do casamento de pessoa divorciada que não promoveu a partilha dos bens de seu casamento antecedente, primeiro, porque o casamento pode ser realizado mesmo quando presente causa suspensiva, tanto que o artigo 1.641, inciso I, do Código Civil, impõe o regime obrigatório da separação de bens para quem recasa se omitindo da precedente divisão de seus bens conjugais; em segundo lugar, porque o inciso III do artigo 1.641 do Código Civil colide de frente com o artigo 1.581 do mesmo Diploma Civil e agora também vai de encontro ao parágrafo único do artigo 731 do Código de Processo Civil.

4.3. DIVÓRCIO CONSENSUAL-JUDICIAL

O divórcio direto é proposto por consentimento mútuo do casal, mediante petição modelada em consonância com os pressupostos previstos nos artigos 731 a 733 do Código de Processo Civil, devendo ser provado, por documento anexado com a petição inicial, a mera existência do casamento a ser dissolvido.

A aceitação social das pessoas separadas ou divorciadas retirou a importância cultural do modelo conjugal idealizado pela sociedade brasileira para a era dos casamentos indissolúveis, e a maior mostra da completa perda de interesse na conservação do casamento a qualquer custo, deixando o matrimônio de representar um sacramento e um vínculo indissolúvel, é a supressão do sistema dual de separação e posterior divórcio, acolhida pelo ordenamento brasileiro com a promulgação, em 13 de julho de 2010, da Emenda Constitucional 66.

O divórcio de natureza consensual foi incluído na Parte Especial, do Livro I, no Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença, Capítulo XV Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária, do Código de Processo Civil, pelo artigo 731, enquanto o divórcio litigioso obedece às Ações de Família do artigo 693 e seguintes do Código de Processo Civil,

cuja demanda não comporta qualquer discussão acerca da eventual culpa conjugal e tampouco sobre prazos que foram eliminados com a Emenda Constitucional 66/2010, existindo simplesmente o divórcio direto e objetivo. Destacando Conrado Paulino da Rosa, tratar-se o divórcio de um direito potestativo, que dispensa qualquer produção de prova para sua decretação, pendente apenas a vontade de um dos cônjuges, indiferente à eventual e inútil resistência do outro consorte, sendo imperiosa sua decretação, como sugere o Enunciado 18 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): "Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com discussão de outros temas".[5]

Na hipótese de incapacidade de qualquer dos cônjuges, esse será representado por curador, ascendente ou irmão (CC, art. 1.582, parágrafo único), mas somente se presente a parcial incapacidade para a prática de atos de gestão, considerando que diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência desapareceu a incapacidade total do doente mental, e porque, pelas razões óbvias, não pode ser representado pelo cônjuge de quem está justamente se divorciando em razão da falência da comunhão conjugal.

Tratando-se de divórcio consensual judicial, o juiz pode recusar a homologação e não decretar o divórcio se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (CC, art. 1.574, parágrafo único).

Enquanto não transitado em julgado o decreto judicial de divórcio ou de sua homologação na modalidade judicial consensual, se um dos cônjuges vem a falecer, a dissolução do casamento se dá pela morte, porque a sentença não chegou a produzir o efeito de dissolver a sociedade conjugal, cujo matrimônio foi dissolvido pelo falecimento de um dos consortes, quando ambos aguardavam passar em julgado a sentença de divórcio, não sendo razoável essa mesma decisão se a homologação apenas não se deu pela demora de uma decisão judicial homologatória e por culpa exclusiva do

Poder Judiciário, como se pronunciou a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais na Apelação Cível 1.0000.17.0712665/001,[6] e no mesmo sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo.[7]

4.4. DIVÓRCIO LITIGIOSO-JUDICIAL

Não havendo acordo dos cônjuges quanto ao divórcio, porque um deles se opõe, ou por não haverem chegado a um bom termo com relação às cláusulas reguladoras da dissolução de seu casamento, o interessado poderá formular requerimento litigioso de divórcio, pelo rito das ações de família dos artigos 693 e seguintes do CPC, com as observações do artigo 319 do CPC,[8] devendo ser a demanda proposta no domicílio do guardião de filho incapaz. Em não havendo prole, a ação tramitará no último domicílio do casal e caso não haja filho incapaz; e se nenhuma das partes residir no antigo domicílio do casal, a propositura da ação ocorrerá no domicílio do réu, domicílio da vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (CPC, art. 53).

O divórcio litigioso segue o procedimento do processo de conhecimento, contando, com uma audiência de mediação e conciliação, podendo ser desdobrada em tantas solenidades mais se façam necessárias para viabilizar a solução consensual da demanda, sem prejuízo de providências jurisdicionais designadas para evitar o perecimento do direito, tratando o CPC de recorrer à mediação e à renovação de audiências até encontrar um ponto de equilíbrio capaz de convencer os casais em processo de ruptura judicial e se inclinarem por uma solução amigável.

Não sendo exitosos estes esforços iniciais, a tentativa de acordo também poderá ser relegada para a audiência de instrução e julgamento, obviamente sem nenhuma eficácia prática para a salvaguarda do matrimônio e para a continuação da entidade familiar ameaçada pelo rompimento oficial.

4.4.1 A contestação no divórcio judicial

A contestação deve ficar restrita ao foco do divórcio e respeitante aos aspectos complementares do casamento, como discussão sobre alimentos, guarda de filhos e partilha de bens, ou as defesas processuais quando se discutem os pressupostos processuais e as condições da ação. Não importam as causas da separação, como tampouco pode impedir a procedência do divórcio qualquer defesa sustentada no descumprimento de deveres conjugais.

Pode ser judicializado tão somente o pedido de divórcio que se dissocia dos demais elementos e efeitos próprios do casamento, seja porque já foram discutidos antes alimentos e guarda dos filhos, ficando a partilha relegada para um momento posterior (CC, art. 1.581, e CPC, art. 731, parágrafo único), ou estes pedidos podem ser todos eles cumulados. O magistrado recebendo a petição de divórcio litigioso unilateral, sem cumulação de pedidos, depois de ordenar a citação do réu e superados circunstanciais óbices processuais da ação, deve confirmar o pedido de divórcio em sentença de provimento, por se tratar de direito potestativo do autor da ação, cujo único pressuposto legal é o de o promovente da ação ser casado com a parte requerida.

Guilherme Nogueira da Gama e Cláudia Stein comungam da opinião de que a realização da partilha dos bens comuns e até mesmo algum ajuste sobre alimentos e a mudança do sobrenome de casado, não são essenciais para o divórcio, podendo ser acomodados em outro momento processual, não sendo adequado postergar a obtenção do divórcio por questões relacionadas à divisão do patrimônio, aos alimentos e ao nome, ou a qualquer outro aspecto.[9] Na atual mecânica do direito material do divórcio não mais há qualquer possibilidade de tentar subtrair o apelido nupcial pela culpa que não mais pode ser discutida em ações de separação judicial e muito menos em um processo de divórcio. Resta apenas a opção da espontânea desistência do cônjuge em pretender continuar usando o

sobrenome de seu consorte, do qual está se divorciando em ação judicial, ou por meio de escritura pública extrajudicial, pois é incontroverso que no divórcio e sempre foi assim, as questões fáticas não encontram ambiente de discussão causal. No entanto, havendo necessidade e dependência alimentar, a pensão alimentícia pode ser discutida na ação de separação judicial ou na de divórcio, exceto que já tenha sido alvo de ação alimentar própria e específica, embora nada impeça sua cumulação com o divórcio litigioso, mas com a relevante intransponível ressalva de estar definitivamente proibido atrelar à culpa a discussão do direito e do montante dos alimentos devidos ao cônjuge dependente financeiro, como antes permitia o artigo 1.704 do Código Civil. O vigente texto constitucional simplificou ainda mais o pleito de divórcio, de forma que a resistência do réu se restringe à matéria de cunho exclusivamente processual, precisando o contestante tomar o cuidado adicional de não ser averbado com uma litigância de má-fé por algum excesso em defesa processual de conteúdo notoriamente protelatório (CPC, art. 80).

O STJ reconheceu a subsistência do instituto da separação, na sua versão judicial e extrajudicial e nas modalidades consensual e litigiosa para a primeira hipótese, ao julgar os Recursos Especiais 1.247.098/MS, este em 14 de março de 2017, na relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, com divergência do Ministro Luis Felipe Salomão, na Quarta Turma, e por unanimidade, o de n. 1.431.370/ SP, datado de 15 de agosto de 2017, na relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, na Terceira Turma, sendo certo que uma simples reconvenção de divórcio derruba qualquer ensaio de provimento de uma inicial de separação judicial litigiosa, dado que o espectro da reconvenção é mais amplo que o da separação e o divórcio pode ser concedido a qualquer tempo. Precedentemente, o Conselho Nacional de Justiça em resposta ao expediente encaminhado pelo IBDFAM visando à adequação da Resolução 35/2007 diante da Emenda Constitucional 66/2010, já concluíra pela manutenção da separação extrajudicial, acatando

parcialmente o Pedido de Providências do IBDFAM e que foi relatado pelo Conselheiro Jefferson Kravchychyn, em 12 de agosto de 2010, em assim modificar em parte a Resolução 35 do Conselho Nacional de Justiça, que disciplina a aplicação da Lei 11.441/2007 pelos serviços notariais e de registro, apresentando as seguintes conclusões: "*a*) seja retirado o artigo 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto; e *b*) seja conferida nova redação ao artigo 52, passando o mesmo a prever: Os cônjuges separados judicialmente, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as. Nesse caso, é dispensável a apresentação de certidão atualizada do processo judicial, bastando a certidão da averbação da separação no assento do casamento". O Código de Processo Civil de 2015 manteve em seus dispositivos a figura jurídica da separação, que só faz sentido se for requerida por ambos os cônjuges na sua versão consensual, ou se em demanda litigiosa o acionado não quiser requerer o divórcio em sua reconvenção que, inclusive, será oposta na mesma peça processual da contestação (CPC, art. 343), sendo obviamente deferido o divórcio por ser pedido mais amplo do que a mera separação judicial.

O juiz decreta o divórcio e igualmente regulará as demais questões vinculadas ao matrimônio por ele dissolvido em sentença, podendo antecipar o decreto imediato do divórcio e postergar para a instrução processual outros efeitos próprios da dissolução do casamento, como no caso, fixando alimentos, quando necessário e devido, e regulamentando a guarda e as visitas da prole, assim como promovendo a partilha dos bens, quando requerida na inicial ou na contestação.

No pedido inicial de divórcio descabe a reconvenção, porque o único pressuposto de sua concessão é o casamento, mas nada impede que na contestação, dispensada a reconvenção, em pedido contraposto e conexo com o divórcio, o contestante requeira o arbitramento de alimentos, discuta a

guarda dos filhos e demande pela partilha dos bens. E nem a revelia induz ao julgamento antecipado da lide, como em geral autoriza o artigo 355 do CPC, por se tratar o divórcio judicial de direito indisponível (CPC, art. 345, inc. II), e por isso prescindir da adequada instrução processual, sendo nomeado um curador especial ao réu revel e, se for o caso, coletada a prova oral para os demais efeitos conjugais de alimentos, guarda e partilha de bens.

Pela sistemática do Código de Processo Civil, depois de nomeado curador especial (CPC, art. 72, inc. II) ao réu revel, pode ser dispensada a solenidade de instrução e pode o julgador proferir julgamento antecipado, nos termos do inciso I do artigo 355 do CPC, se o objeto da ação se restringir unicamente ao pedido de divórcio.

4.5. O DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL DA LEI 11.441/2007 E DO CPC

Separação e divórcio extrajudiciais amigáveis estavam normatizados pela Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, em decorrência das alterações e acréscimos de dispositivos legais verificados no Código de Processo Civil de 1973. Os cônjuges têm a livre escolha entre o caminho judicial ou extrajudicial de seu divórcio, mas contam com o segredo de justiça apenas na versão judicial, pois os atos jurídicos, quando formalizados pelo notário, são atos públicos, ou seja, seu conhecimento é de domínio público, podendo não interessar aos divorciandos o livre acesso autorizado por lei ao divórcio formalizado por escritura pública.

O divórcio extrajudicial poderá ser contratado por escritura pública[10] se a esposa não estiver grávida (Resolução CNJ 35/2007, art. 34, parágrafo único) e se o casal não tiver filhos menores ou incapazes, salvo tenham previamente solucionado juridicamente todas as questões referentes ao nascituro e aos filhos menores ou incapazes,[11] e nesta direção se posicionou o Enunciado 571 da VI Jornada de Direito Civil do STJ.

O divórcio da Emenda Constitucional 66/2010 não exige mais nenhum pressuposto temporal e pode ser decretado a qualquer tempo e em qualquer casamento civil, sem tempo mínimo de precedentes núpcias, pois inclusive o prazo comum para a reflexão dos cônjuges foi extinto.

Já ordenava a Lei 11.965, de 3 de julho de 2009, que dera nova redação aos artigos 982 e 1.124-A do Código de Processo Civil de 1973, correspondentes aos artigos 610 e 733 do CPC de 2015, que o tabelião somente lavrasse a escritura se os contratantes estiverem assistidos por advogado comum ou advogados de cada um deles, ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Com a vigência do Provimento 18/2012 do CNJ, a partir de 2 de janeiro de 2013, ficou instituída a Central Notarial de Serviços Eletrônicos Compartilhados (CENSEC), cujo escopo é interligar as serventias extrajudiciais brasileiras que praticam atos notariais, permitindo o intercâmbio de documentos eletrônicos e o tráfego de informações e dados (Provimento 18/2012 do CNJ, art. 1º, I); funcionando por meio de portal da rede mundial de computadores (www.censec.org.br), e que terá, entre outros, um módulo Central de Escrituras de Separações, Divórcios e Inventários – CESDI, destinado à pesquisa de escrituras a que alude a Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007 e o vigente CPC (Provimento 18, art. 2º, II). Assim sendo, os Tabeliães de Notas, com atribuição pura ou cumulativa dessa especialidade, e os Oficiais de Registro que detenham atribuição notarial remeterão ao Colégio Notarial do Brasil – Conselho Federal, quinzenalmente, por meio da CENSEC, informação sobre a lavratura de escrituras decorrentes da Lei 11.441/2007 contendo os dados referentes ao tipo de escritura; data da lavratura do ato; livro e folhas em que o ato foi lavrado; nome por extenso das partes: separandos, divorciandos, *de cujus*, cônjuge supérstite e herdeiros, bem como seus respectivos números de documentos de identidade (RG ou equivalente) e CPF, e dos advogados oficiantes (Provimento 18/2012 do CNJ, art. 7º, § 2º). Desse modo, qualquer

interessado poderá acessar o sítio eletrônico para obter informação sobre a eventual existência dos referidos atos e o sistema indicará, em caso positivo, o tipo de escritura, a serventia que a lavrou, a data do ato, o respectivo número do livro e folhas, os nomes dos separandos, divorciandos, *de cujus*, cônjuges supérstites e herdeiros, os números dos seus documentos de identidade, o CPF e os advogados assistentes (Provimento 18/2012 do CNJ, art. 8º).

4.6. A REVOGADA EXIGÊNCIA DA PROVA DA SEPARAÇÃO DE FATO POR MÍNIMOS DOIS ANOS

A condição para o divórcio direto judicial ou extrajudicial, pois as fontes legais eram as mesmas (CF, art. 226, § 6º; CC, art. 1.580, § 2º), era a da existência de comprovada separação de fato por mais de dois anos, não sendo suficiente a mera separação de leitos, embora houvessem opiniões em contrário[12] e pela qual os cônjuges seguissem coabitando sob o mesmo domicílio em cômodos diferentes.

A prova da separação de fato mínima de dois anos, como requisito legal para o divórcio consensual, deveria ser apresentada ao tabelião livremente escolhido para lavrar a escritura pública (Lei 8.935/1994, art. 8º) de divórcio direto, não se mostrando necessária e tampouco adequada a coleta de prova oral pelo notário, destituído dessa atribuição eminentemente processual, a qual é cominada pena criminal pelo eventual perjúrio, e cujo procedimento de instrução probatória é claramente uma atividade exclusivamente jurisdicional, entretanto para a escritura ou decreto judicial de divórcio tornou-se desnecessária prévia separação de fato, pois pode ser concedido ou escriturado a qualquer tempo, conforme EC 66/2010. Tampouco se mostraria coerente pudesse o tabelião exigir a prova testemunhal enquanto o magistrado aceitava a prova documental, consistente

em declarações de testemunhas que afirmavam ter conhecimento da fática separação de tempo mínimo de dois anos pelos divorciandos.

Tendo a Emenda Constitucional 66/2010, expurgado do sistema jurídico brasileiro, sem qualquer contestação, o divórcio direto dos dois anos de separação de fato, conforme previa a revogada redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, como aliás expurgou do sistema qualquer prazo para decreto do divórcio chamado limpo e direto, o divórcio é concedido sem nenhuma outra prova que não seja a da existência do casamento.

4.7. EFEITOS DO DIVÓRCIO

Os efeitos do divórcio repetem, em regra, os resultados do instituto da separação, com a exceção de só o divórcio, ao lado da morte, mesmo quando presumida (CC, art. 7º), nulidade e anulação do casamento extinguirem o vínculo conjugal, enquanto que a separação apenas dissolve a sociedade conjugal.

Não é absoluta a disposição do artigo 1.576 do Código Civil, quando estabelece ser o divórcio a instituição a pôr termo final aos deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens, pois há muito cristalizado pela jurisprudência e pela doutrina advirem da separação de fato os efeitos finais do divórcio, quanto aos deveres de fidelidade, coabitação e partilha de bens, findando todos com a separação de fato, e começando os demais com o registro da sentença, como consignava o artigo 32 da Lei do Divórcio,[13] e como segue dispondo o artigo 100, § 1º, da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), de as precedentes sentenças de separação e as de divórcio só valerem contra terceiros depois de serem averbadas no livro de casamento.

4.8. A PARTILHA DE BENS

A partilha de bens deixou de ser obrigatória no divórcio judicial, como deixa claro o artigo 1.581 do Código Civil, ao derrogar o artigo 31 da Lei do Divórcio, o qual proibia a sua decretação enquanto não houvesse sentença definitiva sobre a partilha de bens e como também regulamenta o parágrafo único do artigo 731 do CPC.

Equivocada, desse modo, a causa suspensiva de casamento do inciso III do artigo 1.523 do Código Civil, pois a disposição que exige a prévia partilha dos bens conjugais do divorciado para habilitá-lo a um novo casamento é incompatível com o vigente regramento que expressamente dispensa a divisão dos bens com o divórcio, não obstante também exista divergência jurisprudencial.[14]

Também era patente a contradição entre os artigos 1.575 e 1.581 do Código Civil, porque a sentença de separação judicial não importava, necessariamente, na partilha de bens e a Súmula 197 do STJ já dispunha nessa mesma direção.[15]

Sempre foi incompatível com a lei fundamental a exigência da prévia partilha de bens, quando a única condição constitucional ao divórcio sucessivamente fora a verificação pura e simples dos prazos de um ano após prévia separação judicial, nos casos expressos em lei, ou se comprovada separação de fato por mais de dois anos (CF, art. 226, § 6º), nada prescrevendo acerca da prévia divisão do acervo conjugal, sendo que, na atualidade, sequer estes prazos de separação oficial ou de separação de fato são exigidos para lavrar uma escritura extrajudicial o para o juiz decretar o divórcio direto de um casal.

Alguma vertente doutrinária recomenda formalizar a partilha dos bens com o divórcio para evitar futura confusão patrimonial, ou que ao menos sejam indicados os bens pertencentes à sociedade conjugal em rol descritivo, inclusive, se for o caso, com a cautelar promoção de um arrolamento judicial dos bens.

É até recomendável a pronta partilha dos bens conjugais, para evitar a sua procrastinação para um momento processual mais afastado, sobremodo quando os bens estão na livre administração de um dos cônjuges, e especialmente quando envolve sociedades empresárias, servindo o tempo para dificultar a fiel partilha, com a exata divisão das meações conjugais, mas não existe nenhuma obrigatoriedade nessa mera recomendação.

Por todas as considerações não há por igual, nenhuma exigência de o divórcio extrajudicial condicionar a prévia partilha dos bens, sendo recomendável proce-dê-la com a maior brevidade possível, inclusive em razão da prescrição de dez anos (CC, art. 205),[16] contados da separação de fato ou da oficial dissolução das núpcias, valendo para contagem do prazo o que acontecer em primeiro lugar.

Mas, procedida a partilha, a escritura pública do divórcio consensual constituirá título hábil para o registro imobiliário[17] e para o registro civil, bem como para levantamento e transferência de valores existentes em contas--correntes, de investimento e de poupança, depósitos a prazo e aplicações em instituições financeiras, formalização de transferência de propriedade de bens e direitos junto a órgãos públicos e entidades públicas e privadas, relativos ao objeto do ato notarial e ao titular dos direitos nela tratados (art. 3º da Resolução 35/2007 do CNJ), constituindo-se a escritura pública de divórcio em um título hábil para formalizar a transmissão do domínio e para a promoção dos demais atos necessários à efetivação de usuais transferências junto a bancos, DETRAN, Junta Comercial, Oficial de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, companhias telefônicas etc.[18]

4.9. DA PRESENÇA DOS CÔNJUGES NO DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

A presença física dos divorciandos se afigura no mais das vezes e quando ausentes casos excepcionais, como o da residência no exterior, em

uma garantia de veracidade e ato de essencial importância diante da responsabilidade civil e penal do tabelião (art. 22 da Lei 8.935/1994), para que o consorte ausente não alegue posterior vício na manifestação extrajudicial de seu consentimento, sujeitando procurador e notário aos dissabores de uma ação de indenização, sem desconsiderar a viabilidade adicional de anulação judicial da escritura, por defeito do negócio jurídico, consoante as hipóteses previstas no artigo 171 do Código Civil. Presentes os divorciandos, pode e deve o tabelião se recusar a lavrar a escritura se aferir pela audiência dos cônjuges ou diante dos termos da sua convenção a possibilidade flagrante de fraude ou fundados indícios de prejuízo para qualquer um deles (Resolução CNJ 35/2007, art. 46).

O § 1º do artigo 1.122 do CPC de 1973 (sem correspondência no CPC de 2015) e que era aplicado para os divórcios consensuais, exigia do juiz a audiência dos cônjuges em solenidade de ratificação, que foi suprimida diante dos efeitos da Emenda Constitucional 66/2010, sem previsão de audiência de ratificação para o instituto do divórcio, tendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça dispensado a audiência de ratificação em ação de divórcio consensual, que deve ser homologado de plano, conforme consta do REsp 1.483.841/RS.[19] Aos olhos do STJ, a solenidade de ratificação passou a ter apenas um cunho eminentemente formal, sem nada produzir e prevalecendo, na atualidade, o princípio da intervenção mínima do Estado e assim simplificar a ruptura do divórcio.

A Resolução 35, de 24 de abril de 2007 disciplina a aplicação da Lei 11.441/2007, e o artigo 36 da Resolução do CNJ dispensa o comparecimento pessoal das partes à lavratura da escritura pública de separação e divórcio consensuais, podendo ser representados por mandatário constituído, desde que por instrumento público com poderes especiais, descrição das cláusulas essenciais e prazo de validade de trinta dias.

4.10. O PATRONÍMICO DE CASADO NO DIVÓRCIO

O uso do nome depois de divorciada é uma faculdade, e não uma obrigação, podendo renunciar ao patronímico esponsal a qualquer tempo, seja diretamente no divórcio, ou mediante posterior demanda de alteração de cláusula de divórcio, muito embora se mostre muito mais sensato e econômico a mulher requerer no próprio processo de divórcio a averbação do retorno ao seu nome de solteira, valendo o mesmo para o homem, na hipótese de ele haver acrescentado ao seu nome o apelido de família de sua esposa. Com o advento do Código Civil de 2002, também o homem ficou autorizado a adotar o apelido de sua esposa, estabelecendo o artigo 1.578 a perda do patronímico pelo cônjuge comprovadamente culpado na ação de separação judicial, conquanto a alteração não acarretasse evidente prejuízo para a sua identificação; ou manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida, nem dano grave reconhecido na decisão judicial.

A real diferença surgida no período mediado entre a Lei do Divórcio e o artigo 1.578 do Código Civil de 2002 decorreu da circunstância de a culpa conjugal não mais importar na perda do sobrenome de casado pelo cônjuge que era considerado culpado pela separação judicial, como invariavelmente sucedia na Lei do Divórcio.

Com a dissolução do casamento, deixaram de existir os motivos identificadores da relação conjugal, e, pelo contrário, com a atual sistemática de decreto objetivo do divórcio, deixando os cônjuges de viver em comunhão plena de vida e de serem reconhecidos como uma unidade familiar, por não mais estarem unidos pelos laços conjugais, deve cada um simplesmente retomar o seu caminho e sua jornada de vida, e bem assim seus signos de origem familiar.

Embora possa renunciar ao apelido a qualquer tempo, sendo inclusive entendimento do Superior Tribunal de Justiça que a continuação do uso do nome de casada pela mulher constitui uma faculdade dela, pois o nome se

incorporou à sua personalidade,[20] e o nome é um atributo da pessoa, com o qual ela se identifica na comunidade, ao optar por retirar o patronímico do cônjuge, não mais poderá retomá-lo, porque a renúncia é irretratável.

Talvez fosse melhor excluir do casamento a faculdade de adoção do apelido de casado, conservando cada cônjuge o seu sobrenome de família e registrando seus filhos com os nomes de família de ambos os pais, não obstante o Superior Tribunal de Justiça tenha concluído pela possibilidade de retorno ao nome de solteiro ainda na constância do vínculo conjugal, cujo precedente permite o arrependimento do uso do nome de casada, sem importar, obrigatoriamente, no simultâneo arrependimento quanto ao casamento que segue hígido.[21]

4.11. PLURALIDADE DE DIVÓRCIOS

Tão logo editada a Lei divorcista em 1977, dispunha o seu artigo 38 só ser possível alcançar o divórcio em uma única oportunidade, e desse modo uma pessoa solteira e casada com outra já divorciada não poderia postular o seu único divórcio, porque seu cônjuge já havia se divorciado uma vez. Formulação bem própria da época da aprovação do divórcio no Brasil, quando era intensa a resistência à dissolução do vínculo conjugal, diante de uma cultura historicamente antidivorcista, na qual prevalecia o sentimento de perenidade do relacionamento conjugal, temente ao provimento do divórcio e muito mais à pluralidade de dissoluções dos vínculos conjugais, com medo de gerarem um exercício abusivo do novo instituto, medo recorrente, que pode ser novamente percebido a partir do advento da Emenda Constitucional 66/2010.

Venceram os apoiadores da implementação do divórcio no Brasil, não ocorrendo maiores resistências contra a sua unicidade, proibida, contudo, a pluralidade das dissoluções. Com o advento da Constituição Federal de 1988, revogando a Emenda Constitucional 9, de 28 de junho de 1977, que

ensejava o divórcio nos casos expressos em lei, e, portanto, esbarrava na limitação do artigo 38 da Lei do Divórcio, desapareceu qualquer fundamento legal vedando a pluralidade de divórcios, isso porque o artigo 226, § 6º, da Carta Política, antes da nova redação surgida da Emenda Constitucional 66/2010, passou a se referir aos casos *expressos em lei* somente para a separação judicial, sem mais impor qualquer limite ao número de pleitos de divórcio, como pretendia o artigo 38 da Lei 6.515/1977. Daí em diante, a jurisprudência nunca mais capitulou, e admitiu largamente a diversidade de divórcios, até ser promulgada a Lei 7.841, de 17 de outubro de 1989, e esta, ao revogar expressamente o artigo 38 da Lei do Divórcio, deixou definitivamente de limitar a quantidade de divórcios, como tampouco limitou o Código Civil de 2002, desaparecendo quaisquer barreiras de tempo de espera para a promoção do divórcio e de quantidade de ações desse pedido.

4.12. O DIVÓRCIO NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O Direito Internacional Privado determina o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional,[22] e no campo do divórcio existem difusas legislações temperando a possibilidade de separação de corpos ou separação judicial, enquanto outras proclamam a dissolução direta pelo divórcio. Existem os divórcios religiosos e os divórcios administrativos, como sucede no Brasil com a Lei 11.441/2007 e com o artigo 731, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Alguns países mantêm o divórcio com culpa, como acontece no Peru, enquanto entre nós, e também na Argentina, o divórcio é direto e não causal. Diante dessa multiplicidade de prescrições legais, a dissolução do casamento pelo divórcio envolve litígios transnacionais de matrimônios realizados no exterior ou casamentos efetivados no Brasil, cujo divórcio foi realizado no exterior. Relações de família envolvendo brasileiros e estrangeiros têm sua fonte legislativa nacional no Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, a

antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LINDB), cuja denominação foi alterada pela Lei 12.376/2010 para Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), além da Constituição Federal e o Código de Processo Civil, ao lado das fontes legislativas de origem internacional, estas consistentes de tratados e convenções.[23]

O Brasil era um Estado não divorcista e até 1977 só admitia o *desquite*, embora estrangeiros divorciados no exterior pudessem homologar seu divórcio no Supremo Tribunal Federal, com a ressalva de que não podiam contrair novas núpcias no Brasil, ainda que fossem estrangeiros e pudessem casar validamente no exterior, pois a ordem pública do Direito brasileiro considerava indissolúvel o vínculo conjugal. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) não está contextualizada com a Emenda Constitucional 66/2010 e, por isso, o § 6º do artigo 7º da LINDB ainda faz menção ao decurso do prazo de um ano da sentença de dissolução como pressuposto para sua homologação perante o STJ, com a ressalva de antecedente separação judicial. Dessa forma, o divórcio em casamento entre brasileiros ou entre brasileiro e estrangeiro realizado no exterior só teria efeito no Brasil após a homologação da sentença estrangeira de divórcio pelo Superior Tribunal de Justiça. Ainda de acordo com o Regimento Interno do STJ, no Título VII-A, dos Processos Oriundos de Estados Estrangeiros, dispõe sobre a competência do STJ para homologar sentença estrangeira, e não será homologada sentença estrangeira que ofenda a soberania ou a ordem pública, cujo fato hoje em dia é muito raro de suceder, pois se está muito distante das antigas discussões entre divorcistas e não divorcistas, notadamente diante do grande afrouxamento transcorrido depois da Carta Política de 1988 em referência aos princípios de ordem pública que, na atualidade, integram o Direito de Família brasileiro com suas importantes transformações sociais e culturais vivenciadas nos últimos tempos, como acontece, inclusive, com o matrimônio homoafetivo.

Portanto, como afirma Irineu Strenger, o teor da legislação vigente é de que o divórcio de estrangeiros pode ser plenamente reconhecido no Brasil, em função do princípio da lei pessoal, cuja única restrição será a imperatividade da ordem pública (LINDB, art. 17).[24] Nessas condições, sentenças estrangeiras de divórcio precisariam ser homologadas perante o STJ, que tem competência originária (CF, art. 105, inc. I, i, com a redação da Emenda Constitucional 45/2004), por seu Presidente (STJ, Regimento Interno, art. 216-A), mesmo que o casamento não tivesse sido registrado em repartição consular ou no Brasil. A homologação de sentença estrangeira está regulada pelos artigos 961 e 965 do Código de Processo Civil, e só produziria efeitos no Brasil depois de homologada. Como explica Alexandre Freitas Câmara, o STJ não julga novamente a demanda original, já julgada pelo tribunal estrangeiro, mas somente irá apreciar a presença dos requisitos legais do artigo 15 da LINDB e do artigo 216-D do Regimento Interno do STJ, atentando para ver se não houve ofensa à ordem pública e aos bons costumes.[25] Estando domiciliados no Brasil, casais nacionais e estrangeiros podem processar seu divórcio perante as autoridades judiciárias brasileiras, mesmo que um dos consortes tenha ido residir no exterior. Cônjuges estrangeiros ou brasileiros domiciliados em país estrangeiro não podem propor perante as autoridades judiciárias brasileiras seu divórcio.

Conforme Nadia de Araujo, desde 1982, vem sendo admitida pelo STF e depois pelo STJ, com a promulgação da EC 45/2004, passando para o STJ a competência para a homologação de sentença estrangeira, a homologação de partilhas sobre bens situados no Brasil, mas realizadas no exterior, em casos de divórcio, por entender o STF e depois por igual o STJ ausente qualquer incompatibilidade ou ofensa ao artigo 23, inciso III, do CPC.[26] Contudo, o § 5º do artigo 961 do Código de Processo Civil determina que a sentença estrangeira de divórcio consensual simples ou puro, que consiste exclusivamente na dissolução do casamento, produza efeitos no Brasil, independentemente de sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça,

quer se trate de sentença judicial ou de ato administrativo equivalente e que substitua a sentença no país de origem. O Conselho Nacional de Justiça, na sequência, tratou de regulamentar este dispositivo por meio do Provimento 53, de 16 de maio de 2016, ao uniformizar em todo o território nacional a averbação da sentença não homologada pelo STJ, que assim se dará de forma direta no assento de casamento, quer se trate de divórcio consensual judicial ou extrajudicial, a ser realizada perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, independentemente de prévia homologação ou de prévia manifestação de qualquer autoridade judicial brasileira, dispensada a assistência de advogado ou defensor público, restando ainda condicionado a intervenção do STJ. Serão apenas averbados diretamente, para efeitos de homologação, os divórcios que não envolvam disposição sobre guarda de filhos, alimentos e partilha de bens, sendo estes mais complexos e denominados de divórcio qualificado. Ainda em conformidade com o Provimento 53/2016 do CNJ, o interessado deverá apresentar no Registro Civil de Pessoas Naturais, junto ao assento de seu casamento, cópia integral da sentença estrangeira, bem como comprovação do trânsito em julgado, acompanhada de tradução oficial juramentada e de chancela consular. Havendo interesse em retomar o nome de solteiro, o interessado na averbação direta deverá demonstrar a existência de disposição expressa na sentença estrangeira, exceto quando a legislação estrangeira permitir a retomada, ou quando o interessado comprovar, por documento do registro civil estrangeiro, a alteração do nome. Por fim, serão arquivados pelo Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais, em meio físico ou em mídia digital segura, os documentos apresentados para a averbação da sentença estrangeira de divórcio, com referência do arquivamento à margem do respectivo assento.

Por sua vez, mostra-se confusa a redação do § 6º, do artigo 961, do CPC ao referir cometer a qualquer juiz examinar a validade da decisão, em caráter principal ou incidental, quando essa questão for suscitada em

processo de sua competência, restando, no entanto, dissipada a dificuldade na compreensão desse § 6º diante do Provimento 53/2016 do CNJ regulamentando o temário, sendo encontradas as luzes na doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves quando diz que a sentença estrangeira pura de divórcio consensual poderá ser levada diretamente ao cartório e independentemente de qualquer atividade jurisdicional, e caso haja dúvida a respeito da autenticidade da decisão ou do ato administrativo estrangeiro e sua impugnação, aí sim será aplicada a regra do artigo 961, § 6º, do CPC,[27] afigurando-se estranha, salvo a hipótese de falsidade ideológica, que a impugnação à sentença ou ao ato administrativo se dê por um dos ex-cônjuges quando a averbação direta por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais só se dá de sentenças estrangeiras de divórcio consensual ou de escritura ou documento administrativo equivalente igualmente consensual.

Merece ainda referência o Provimento 51 do CNJ, de 22 de setembro de 2015, que dispõe sobre a averbação de carta de sentença expedida após homologação de sentença estrangeira relativa a divórcio ou separação judicial.

---

1 "Recurso Especial. Direito Civil. Família. Emenda Constitucional n°66/2010. Divórcio direto. Separação judicial. Subsistência. 1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges (Código Civil, arts. 1.571, III e 1.577). O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio (Código Civil, arts. 1.571, IV e 1.580). São institutos diversos, com consequências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional n° 66/2010 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial. 3. Recurso especial provido."

2 Sobre o tema ver, em especial, AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio*: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito,

1997. p. 30.

[3] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de Familia*. Matrimonio y uniones estables. Lima: Gaceta Jurídica, 2011. t. II, p. 328.

[4] DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 77.

[5] ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 207-208.

[6] "Apelação cível. Família. Divórcio. Processual civil. Manifestação de vontade. Morte do cônjuge. Direito potestativo. Perda do objeto: Não ocorrência. É potestativo o direito do cônjuge ao divórcio. 2. A morte do cônjuge no curso da ação não acarreta a perda do objeto da ação se já manifesta a vontade dos cônjuges de se divorciarem, pendente apenas a homologação, em omissão do juízo" (TJMG, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Oliveira Firmo, j. 29.05.2018).

[7] "Divórcio litigioso. Falecimento do cônjuge. Sentença de extinção sem julgamento do mérito. Apelo do autor. A morte de um dos cônjuges no curso da ação não acarreta a perda de seu objeto se já manifesta a vontade de um dos cônjuges de se divorciar. Direito potestativo ao qual a parte contrária não pode opor qualquer resistência. Possibilidade de decreto do divórcio post mortem, com efeitos retroativos à data do ajuizamento da ação, de forma excepcional. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 1000288.70.2020.8.26.0311, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Desa. Mary Grün, j. 02.10.2020).

[8] AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio*: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997. p. 321.

[9] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil* – família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 299.

[10] A Consulta 0006042-02.2017.2.00.0000 do CNJ reafirmou a obrigatoriedade de os cartórios oferecerem gratuitamente o serviço de homologação das escrituras de separação e divórcio, diante da vigência do Novo Código de Processo Civil.

[11] Enunciado 571 da IV Jornada de Direito Civil do STJ de março de 2013: "Se comprovada a resolução prévia e judicial de todas as questões referentes aos filhos menores ou incapazes, o tabelião de notas poderá lavrar escrituras públicas de dissolução conjugal".

[12] Nesse sentido: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 297: "De qualquer modo, separação de fato não exige que o casal esteja vivendo em residências distintas. Possível reconhecer a existência da separação do casal ainda que coabitem sob o mesmo teto".

[13] Lei 6.515/1977: "Art. 32. A sentença definitiva do divórcio produzirá efeitos depois de registrada no Registro Público competente".

14 “Agravo de Instrumento. Ação de separação judicial. Pedido incidental de divórcio direto. Direito potestativo. O único requisito para a decretação do divórcio direto é o decurso do lapso temporal de 02 anos da separação de fato do casal. Trata-se de direito potestativo não sujeito à concordância da parte contrária. Implementado o decurso temporal, é de rigor a decretação do divórcio. Contudo, tendo em conta que a ausência de partilha de bens importa na adoção obrigatória do regime da separação de bens, em posterior vínculo conjugal das partes (CC, art. 1.523, inc. III e art. 1.641, inc. I), para evitar dano a direito de terceiros, deve ser averbado juntamente no registro civil das partes que o divórcio está sendo concedido, por enquanto, sem a partilha de bens. Agravo provido. Em monocrática” (TJRS, Agravo de Instrumento 70.037.438.264, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 08.07.2010).

15 Súmula 197 do STJ: “O divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens”.

16 O REsp 1.660.947/TO, julgado em 5 de novembro de 2019, na relatoria do Ministro Moura Ribeiro, na Terceira Turma do STJ, acolheu a contagem da prescrição a partir da separação de fato.

17 CPC: “Art. 733. (...) § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras”.

18 CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de Notas e o notário perfeito*. 6. ed. Campinas: Millennium, 2011. p. 301.

19 “Processual Civil. Recurso Especial. Família. Ação de Divórcio Consensual. Audiência para tentativa de Reconciliação ou Ratificação. Inexistência. Divórcio Homologado de Plano. Possibilidade. Recurso Desprovido. 1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela EC 66/2010, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação. 3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo. 4. Ainda que a CF/1988, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/1988, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e relembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto. 5. Não cabe, *in casu*, falar em inobservância do Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, **notadamente porque não se procedeu qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas, sim, apenas e somente interpretação sistemática dos**

dispositivos legais versados acerca da matéria (os grifos constam no original). 6. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.483.841/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 17.03.2015).

20 REsp 241.200/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 04.04.2006.

21 REsp 1.873.918/SP, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 02.03.2021.

22 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. Teoria e prática. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

23 ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*: teoria e prática brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 127-128.

24 STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 583.

25 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2, p. 36.

26 ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*: teoria e prática brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 409.

27 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.363.

Capítulo 5

DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

5.1. DA PROTEÇÃO DA PESSOA DOS FILHOS

Atendendo aos anseios sociais acerca da custódia compartilhada, primeiro, em 13 de junho de 2008, foi editada a Lei 11.698, que alterou os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada ao lado da custódia unilateral, sobrevindo em 22 de dezembro de 2014 a Lei 13.058, que redesignou a guarda compartilhada como, doravante, também a divisão equilibrada com a mãe e com o pai, do tempo de convívio com os seus filhos, ao lado da responsabilização conjunta no exercício do poder familiar dos progenitores que não vivam sob o mesmo teto. A pontual legislação conservou a guarda compartilhada no tocante ao compartilhamento do poder familiar, mas construiu uma segunda versão da guarda compartilhada, esta, consistente no compartilhamento do tempo de permanência equilibrada de convivência dos pais com sua prole, renomeando a guarda alternada de guarda compartilhada, porquanto, compartilhar o poder familiar nunca teve o mesmo significado que compartilhar o tempo de permanência da posse de filho, o que efetivamente não representa a mesma coisa, podendo ser dito que a *guarda*

compartilhada encontrou duas vertentes, uma que pode ser chamada de *guarda compartilhada legal ou jurídica*, da antiga e vigente Lei 11.698/2008, e a *guarda compartilhada física*, de pura posse física da prole, esta, criada pela Lei 13.058/2014. A guarda de filhos no seu sentido jurídico está representada pela convivência da prole com os pais sob o mesmo teto, ambos atendendo com o dever de assistência material e psicológica necessários à subsistência material e ao desenvolvimento psíquico dos filhos, até que eles alcancem a plenitude da sua capacidade civil. Com a separação legal, de fato, de corpos ou o divórcio dos pais, assume o guardião a responsabilidade direta pela educação e formação dos filhos menores e deve assegurar à prole todos os cuidados materiais e afetivos necessários ao desenvolvimento de sua personalidade, cujos atos e diligências são inerentes ao poder familiar, porquanto esses poderes, na prática, passam a ser desempenhados de forma exclusiva pelo ascendente guardião, sendo outorgada a guarda unilateral, ou a ambos os genitores se a guarda for compartilhada, havendo na legislação vigorante uma predileção pela guarda compartilhada, com especial atenção para a divisão do tempo de convivência dos pais em relação a seus filhos comuns, mas tendo sempre em vista as condições fáticas e os interesses da prole (CC, art. 1.583, § 2º).

É item condicional e inarredável de qualquer separação dos pais, o estabelecimento da guarda, compartilhada ou unilateral e os fatos irão indicar a melhor solução, cujo pré-requisito é igualmente relevante ao estabelecimento da custódia, e para o ajuste sobre o montante alimentar a ser pago pelo genitor predominantemente provedor. O artigo 1.583 do Código Civil ordena que na guarda compartilhada o tempo de convívio com os filhos seja dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos, e sempre sob esta visão exclusiva deve ser judicialmente examinada a questão relativa à guarda compartilhada, que nem sempre deverá constituir-se na melhor solução voltada para os interesses da criança e do adolescente. O Diploma Civil

brasileiro, antecipando-se à Emenda Constitucional 66/2010, atendeu aos precedentes movimentos jurisprudenciais, no sentido de afastar o deferimento da guarda da eventual culpa pela separação, e assim tornar, paulatinamente, letra morta o artigo 10 da Lei do Divórcio, quando instituía a guarda dos filhos com o cônjuge inocente.

A guarda é atributo do poder familiar, e se refere à convivência propriamente dita, constituído do direito de viver com o filho menor ou incapaz na mesma habitação, com o correspondente dever de assumir a responsabilidade direta de velar pelos interesses do filho, a quem representa em juízo nas ações em que for parte, sendo a custódia uma decorrência da separação dos pais, tenham sido ou não casados.[1]

Prevalece o princípio dos *melhores interesses da criança* (*the child's best interests and its own preference*), ao considerar como critério importante para definição da guarda apurar a felicidade dos filhos, e não os de se voltar para os interesses particulares dos pais, ou para compensar algum desarranjo conjugal dos genitores e lhes outorgar a guarda como um troféu entregue ao ascendente menos culpado pela separação.

Com relação ao princípio jurídico do *melhor interesse da criança*, Maria Clara Sottomayor diz se tratar de um conceito jurídico indeterminado diante da imensa complexidade e infinita variedade de padrões de comportamento adotados em concreto por cada família, constituindo-se esse preceito dos melhores interesses da criança em uma boa técnica legislativa para seguir a evolução singular de cada família e, justamente o legislador deixou de definir o conceito de "melhor interesse da criança" para permitir que a norma fosse se adaptando à imprevisibilidade das situações da vida.[2]

Não por outra razão estabelece o § 5º do artigo 1.584 do Código Civil defira o juiz a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, sempre quando verificar não devam os filhos permanecer sob a guarda do pai ou da mãe. Este dispositivo é a consagração

deste relevante princípio dos melhores e superiores interesses dos menores, mas, com efeito, que os pais são os naturais e indicados guardiães de seus filhos, cuja custódia só irão perder por conta de motivos graves, que atentem contra os próprios interesses dos filhos, sua higidez física e mental, devendo ser priorizada a vontade e as afinidades do menor.

Em caso de maus-tratos, opressão ou abuso sexual impostos pelos pais ou responsável, o artigo 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com a redação do seu parágrafo único acrescentado pela Lei 12.415/2011, possibilita à autoridade judiciária ordenar o afastamento do agressor da moradia comum, constando da medida cautelar a fixação provisória dos alimentos de que necessitam a criança ou o adolescente dependentes do agressor.

5.2. CONCEITO DE GUARDA

A guarda não afeta o poder familiar dos pais em relação aos filhos, senão quanto ao direito de os primeiros terem em sua companhia os segundos (CC, art. 1.632). Em regra, a guarda é atributo do poder familiar, embora não seja de sua essência, pois existem guardiões sem o poder parental, como sucede, por exemplo, na tutela e com as famílias reconstituídas, nas quais o novo parceiro do guardião ascendente não exerce o poder familiar, embora exerça a guarda indireta dos filhos de seu companheiro. Compete aos pais ter os filhos em sua companhia e custódia, e não meramente em uma companhia física, mas uma relação de comunicação que englobe não apenas o espaço físico do filho em interação com seu genitor, mas que nesse ambiente também impere uma relação de afeto e de carinho unindo ascendente e filho com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de um fraterno amor. Os adultos estão naturalmente encarregados de velar por seus filhos no sentido mais amplo da expressão. Os pais têm o dever, e não a mera faculdade de ter seus filhos menores em sua companhia.

Os filhos menores e incapazes são naturalmente frágeis, indefesos e vulneráveis, carecendo, portanto, de uma especial proteção que passa pela presença física, psicológica e afetiva dos pais, sendo esses os principais pressupostos da responsabilidade parental. A guarda tão apenas identifica quem tem o filho em sua companhia, diante da inexistência ou dissolução da sociedade afetiva dos pais, permanecendo intacta a autoridade parental e a guarda jurídica do artigo 1.589 do Código Civil, que é representada pelo direito de o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poder/dever de 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]

Com relação aos pais, o vocábulo *guarda* consiste na faculdade que eles têm de conservar consigo os filhos sob seu poder familiar, compreendendo-se a guarda como o direito de adequada comunicação e supervisão da educação da prole, ou como refere Norberto Novellino,[4] tratar-se a guarda como uma faculdade outorgada pela lei aos progenitores de manter seus filhos perto de si, por meio do direito de fixar o lugar de residência da prole e com ela coabitar, tendo os descendentes menores sob seus cuidados diretos e debaixo de sua autoridade parental.

A custódia decorre da lei, como consequência natural do poder familiar, dos direitos da tutela, da adoção,[5] ou até mesmo das circunstâncias fáticas. O artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), com as alterações da Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, estabelece que a guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais e acrescenta, no § 1º, que a guarda tem por destino regularizar a posse de fato, que se torna uma posse de direito, visando a atender aos superiores interesses da criança e do adolescente.

Têm os pais o direito de ter consigo seus filhos, para cuidá-los e vigiá-los, e, em contrapartida, têm os filhos a obrigação de viver em casa com seus progenitores, sendo dever dos pais dirigir a formação da sua prole, encaminhando-a para a futura vida adulta e social; e, uma vez sobrevindo a separação dos progenitores, a guarda dos filhos pode ser conferida a qualquer um dos genitores, podendo ser confiada também a terceiro. Havendo ruptura do casamento ou da união estável pela via consensual, será observado aquilo que os pais acordarem sobre a guarda dos filhos, ordenando o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, com a redação da Lei 13.058/2014, deva ser aplicada a guarda compartilhada quando sobre sua definição não houver acordo entre a mãe e o pai, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. Evidentemente, ficou afastado dessa disposição legal o divórcio administrativo da Lei 11.441/2007 e do parágrafo único do artigo 731 do CPC, cujos textos impedem a escrituração do divórcio quando a esposa se encontra grávida (Resolução CNJ 35/2007, art. 34, parágrafo único), ou existirem filhos menores ou incapazes e a mesma conclusão deve ser estendida à separação administrativa, por força do entendimento externado pelo Conselho Nacional de Justiça no *pedido de providências* 0005060-32.2010.2.00.0000, datado de 12 de agosto de 2010, em que admite a busca por separações extrajudiciais e, com mais razão ainda, perante a redação do Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693 e 731) que ressuscita em seu texto a figura da separação conjugal, tanto que o STJ afirmou nos Recursos Especiais 1.247.098/MS, de 14 de março de 2017, este relatado pela Ministra Maria Isabel Gallotti, na Quarta Turma, vencido o Ministro Luis Felipe Salomão e 1.431.370/SP, de 15 de agosto de 2017, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, na Terceira Turma, que não estão revogados os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial, embora estejam implicitamente revogados todos os dispositivos que tratam de prazos para decreto da separação e para a conversão da separação em divórcio.

Embora a guarda decorrente da separação dos pais tenha a natureza de custódia permanente, ela poderá ser alterada se assim for apurado ser em benefício do menor, mesmo porque é direito condicionado ao interesse da prole e sua principal característica é a de nunca resultar absolutamente definitiva, pois só guardará essa condição de imutabilidade enquanto subsistam os pressupostos fáticos que condicionaram a sua outorga para o guardião, mas qualquer decisão acerca da custódia da prole pode ser modificada se ocorrerem transformações nos fatos em que se fundou o pronunciamento judicial, ou no acordo dos pais, e se essas mutações afetarem os interesses da prole, de sorte que, ainda que se qualifique a guarda como definitiva, ela jamais terá esse caráter jurídico.

Com a instituição da guarda compartilhada, aprovada pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, o artigo 1.583 do Código Civil passou a adotar a versão da guarda conjunta dos filhos comuns, e por conta da qual os pais, mesmo não mais morando sob o mesmo teto, dividem a responsabilidade e o exercício de direitos e deveres concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. A guarda compartilhada da Lei 11.698/2008 buscava resgatar esse ambiente de harmonização e de cooperação dos pais na educação e formação de seus filhos comuns, no salutar propósito de não dar qualquer solução de continuidade no exercício efetivo do poder familiar, tão relevante no que respeita à educação e formação dos filhos e, desse modo, minimizar os efeitos negativos da separação dos pais, embora viesse sendo ordinariamente confundida com a guarda alternada de compartilhamento do tempo de convívio dos pais em relação aos seus filhos. Diante deste impasse surgido no sentido de que compartir a custódia não representava compartilhar o tempo de permanência física dos filhos, pois isso era chamado de custódia alternada, que não podia ser confundida com a custódia compartilhada, porquanto esta, sim, representava a assunção repartida de autoridade e responsabilidade concernente aos filhos, ou seja, o respeito ao direito de a prole continuar contando realmente com a autoridade conjunta de

seus pais,[6] e esta autoridade não depende nem dependia da divisão equilibrada do tempo de permanência dos pais com seus filhos comuns, sucedendo que a primeira Lei da Guarda Compartilhada (Lei 11.698/2008) não surtiu os efeitos desejados, tratando juízes, tribunais e doutrinadores de afastarem a aplicação da guarda de compartilhamento do exercício poder familiar, sempre quando fosse denunciado existirem rasgos de animosidade entre os pais separados, que assim não reuniam condições pessoais de propiciarem um salutar e harmônico tratamento aos filhos comuns (Agravo de Instrumento 70062036207 da Oitava Câmara Cível do TJRS, Relator Dr. José Pedro de Oliveira Eckert, julgado em 11.12.2014).

Os defensores da custódia compartilhada argumentam ser uma das suas principais virtudes, a de garantir o direito de a criança relacionar-se com seus pais, reduzindo a área de conflito entre ex-consortes ou companheiros, ao eliminar uma disputa entre "ganhador e perdedor"[7] e principalmente, com sua formulação, para que mãe separada não mais assuma sozinha o peso da criação, educação e formação dos filhos e reparta essa difícil e sempre complicada tarefa que têm os pais de criar seus filhos.

Com a separação dos pais a guarda compartilhada tem a função de preservar em condições de igualdade seus laços de interação com seus filhos, permanecendo o mais próximo possível do relacionamento existente durante a coabitação dos genitores.

Presentemente, a guarda compartilhada poderá ser estabelecida por consenso ou por decisão judicial, ordenando a Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/2014) prevaleça determinação judicial de custódia *física* de divisão equilibrada do tempo de permanência com os filhos, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercerem o poder familiar e, ausente acordo dos pais firmado nesta direção, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (CC, art. 1.584, § 2º), não podendo ser afastada a recomendação contida no § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, de que a guarda compartilhada deve sempre considerar as condições fáticas e

os interesses superiores dos filhos, pois deles são as prioridades a serem consideradas com vistas ao bem-estar, devendo a decisão judicial acerca da guarda conjunta relativa à divisão do tempo de convívio com a prole ponderar, por exemplo, questões relacionadas à faixa etária do filho e a outros pressupostos de seu interesse, levando exatamente em conta que a guarda compartilhada tem em mira permitir a cada um dos pais o direito de poder participar das mais relevantes decisões pertinentes a seus filhos comuns, sempre na intenção de proteção da progênie, durante seu estágio de crescimento, desenvolvimento e estabilidade emocional, devolvendo à vida dos filhos de pais separados a participação efetiva de ambos os genitores na sua formação social, psicológica, afetiva, espiritual e no tocante à sua educação,[8] e essas prioridades são premissas que dispensam uma custódia conjunta *física*, atrelada à partilha equilibrada entre a mãe e o pai, do tempo de permanência deles com relação aos seus filhos comuns, mesmo porque a segregação física dos filhos, ficando um tempo na casa da mãe, e tempo igual ou proporcional na residência do pai, pode ser adequada para os pais, mas nem sempre é ideal aos interesses dos filhos, que ficam privados das suas prioridades e dos seus planos e movimentos pessoais, devendo o julgador ter sempre em vista as condições fáticas que envolvem a custódia compartilhada *física* e os reais e superiores interesses dos filhos,[9] nunca os interesses por vezes egoístas dos pais.

A guarda compartilhada poderá ser requerida por consenso dos pais, ou por qualquer deles, em ação autônoma de divórcio, de dissolução de união estável, em processo exclusivo de guarda, ou em tutela provisória ou de urgência do CPC, não obstante o pleito cautelar possa ser cumulado com a ação principal em pedido incidental de antecipação de tutela, para obviar maiores despesas e uma dispensável sobrecarga de feitos processuais, determinando o artigo 1.585 do Código Civil, com a redação trazida pela Lei 13.058/2014, que em sede de medida liminar sobre a guarda esta será proferida preferencialmente, após a oitiva de ambas as partes perante o juiz,

salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a audiência da outra parte, por que o outro genitor pode pôr em risco a segurança e a integridade física e psicológica do filho, devendo então ser aplicada a guarda unilateral.

Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, irá deferi-la à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, escolhendo de preferência pessoas próximas por vínculos de parentesco, afinidade e afetividade (CC, art. 1.584, § 5º). A atribuição da guarda a uma terceira pessoa, como, por exemplo, os avós ou um parente colateral, é uma medida de caráter excepcional, como faz ver o § 5º do artigo 1.584 do Código Civil, considerando como critério de escolha os superiores interesses da criança ou adolescente e priorizando o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. A guarda vinculada a terceiros em muito se aproxima do conceito de família extensa ou ampliada, acrescentado ao Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei 12.010/2009 e correspondendo àquela família que se desdobra para além da unidade pais e filhos e que é formada por parentes próximos, com os quais a criança convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.[10] Desse modo a criança cujos pais foram destituídos do poder familiar e, por conseguinte, da própria guarda física de sua prole, deverão ser prioritariamente, mantidos ainda em sua família consanguínea, mas em outra dimensão, por meio da guarda de terceiros, como avós, irmãos tios e primos, mas que apresentem com a criança ou com o adolescente os necessários laços de afinidade e afetividade, compreendendo a família no seu sentido plural, em que o elo de importância está no sangue, mas fundamentalmente no amor.[11]

Consigna o § 3º do artigo 1.584 do Código Civil que, para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, o juiz, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai

e com a mãe, mostrando, derradeiramente, existirem, doravante, com o advento da Lei 13.058/2014, duas espécies distintas de guarda compartilhada e mostrando que não existe nenhum plano prévio de parentalidade que os pais deveriam apresentar ao juiz informando como tratarão dos prioritários interesses dos filhos, cada qual se dedicando por inteiro, de corpo e alma, aos filhos que estiverem em sua companhia. De qualquer modo, restam criadas a *guarda compartilhada física*, da Lei 13.058/2014, e a *guarda compartilhada legal ou jurídica*, esta da Lei 11.698/2008, em que uma delas: (i) representa o exercício compartilhado do poder familiar; (ii) e a outra está relacionada à divisão equilibrada entre os pais dos períodos de convivência com seus filhos comuns, podendo valer-se o juiz para a sua decisão de uma orientação técnico-profissional ou de equipe disciplinar, cujos estudos, eminentemente facultativos, quando o juiz entender de ordenar, cuidarão de informá-lo como os pais irão cuidar e se dedicar aos filhos, cujas informações eles deveriam prestar antecipadamente, já que irão equilibrar a divisão do tempo da criança entre o pai e a mãe.

Segundo Consuelo Barea Payueta, a *Joint Legal Custody* (JLC) do direito americano, pode ser outorgada a qualquer dos pais ou somente a um deles, pois ela nada tem a ver com a divisão do tempo que cada genitor passa com os filhos, senão que ambos os progenitores disponham do mesmo *status* com relação à responsabilidade e tomada de decisões relativas ao bem-estar e segurança dos filhos, decidindo sobre a sua educação, formação, eventos sociais, religião, esportes, problemas médicos e outras disposições comuns,[12] tudo correspondente à guarda compartilhada regulada no Brasil pela Lei 11.698/2008, e pela qual os pais compartilham o exercício conjunto do poder familiar, participando das principais questões relacionadas aos filhos, e deixando os assuntos mais corriqueiros ao encargo do progenitor que tem a custódia física dos filhos.

Já na *Joint Physical Custody* (JPC) os pais compartilham a posse física dos filhos e seus cuidados diários, em conformidade com um *plano de parentalidade* que devem apresentar, sendo obrigatório que cada progenitor disponha de períodos significativos de custódia física a fim de assegurar que o filho tenha um contato frequente e contínuo com ambos os pais.[13]

O *plano de parentalidade* é um documento criado para estabelecer as obrigações de cada progenitor quando tiver de tomar decisões sobre a educação, saúde, bem-estar físico, social e emocional dos filhos. O plano tem de incluir uma descrição de quem e como realizará as atividades inerentes à sua responsabilidade parental e, em todos os seus aspectos, não se restringindo à aleatória divisão equilibrada do tempo dos filhos. Este *plano de parentalidade* deve ser acompanhado de um horário-calendário com os métodos e as tecnologias que os pais usarão para se comunicarem com os seus filhos, implicando, ainda, segundo Consuelo Barea Payueta, a existência de diálogo e cooperação entre os pais.[14]

5.3. A GUARDA NA SEPARAÇÃO DE FATO E NO DIVÓRCIO JUDICIAL

Existindo entre os pais mera separação de fato pelo afastamento voluntário ou de corpos pela expulsão judicial de um dos cônjuges da vivenda matrimonial, a guarda dos filhos segue sendo de ambos; considerando inexistir ainda qualquer solução processual a respeito da custódia oficial da prole, muito embora já presente a fatual separação dos pais, a nenhum deles é dada a primazia legal da custódia, não obstante existisse uma tendência oficial de preservar a situação verificada por ocasião da separação de fato, permanecendo os filhos com o genitor com o qual já se encontravam, havendo uma proposição legal de que o juiz evite conceder a guarda unilateral, salvo se houver algum risco à integridade física ou psíquica da criança ou do adolescente, e perdendo a guarda de fato ou unilateral o seu espaço em nome da prioridade na concessão ou no ajuste

consensual da guarda compartilhada física. A guarda de fato também se faz presente quando os pais não são casados e tampouco coabitam, e sua descendência comum fica sob a custódia de um dos ascendentes sendo exercida por pessoa que não tem a condição legal de guardião de fato, assim entendido como sendo aquele que exerce essa função sem lhe ter sido legalmente confiada a incumbência, ou que continua no exercício da custódia depois de haver perdido seu encargo.[15]

Nestas realidades fáticas, algumas delas por vezes até permeadas de violência doméstica contra a mulher, cada vez menos importa o fato consumado com a precedente separação informal dos casais, diante da evidência legal de que o juiz sempre deverá conciliar as necessidades específicas dos filhos, e concitar a ambos os pais, de forma igualitária, para a tarefa de educar e criar seus filhos comuns, conferindo-lhes maiores responsabilidades, antes sequer consideradas em razão do consenso quanto à fórmula legal da exclusiva guarda unilateral, e cuja prática era determinante para uma maior alienação parental do ascendente não guardião, como argutamente observa o Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, quando alerta não haver qualquer dúvida de a guarda compartilhada ser a melhor estratégia contra a síndrome de alienação parental.[16]

5.4. GUARDA COMPARTILHADA

Em situação de coabitação dos pais, ambos são titulares do poder familiar e o exercem ao mesmo tempo, contudo, sobrevindo a separação do casal, tradicionalmente, a guarda era atribuída de forma unilateral, com ampla tendência para a custódia materna, especialmente quando os filhos ainda tinham pouca idade. O divórcio, a dissolução da união estável ou a separação fática dos pais não repercute nas regras de atribuição do exercício do poder familiar, que é desempenhado em conjunto com o outro genitor, cuja atividade compreende os aspectos pessoais e patrimoniais relacionados

com a prole, mas é preciso indicar qual dos progenitores deverá exercer a guarda física dos filhos, encarregado dos cuidados diários da prole, situação esta que tem sido denominada nos processos e decisões judiciais de *residência de referência*, havendo determinação da Lei 13.058/2014 de que também a guarda física dos filhos seja compartilhada entre o pai e a mãe, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (CC, art. 1.584, § 2º).

O fundamento da guarda compartilhada era na experiência brasileira a prática do poder familiar, porque somente unidos pelo casamento ou pela estável convivência, em relação familiar de total harmonia, seria viável a adoção da guarda compartilhada, pois nesse caso estariam os pais realmente compartilhando a custódia dos filhos, conciliando com a sua estável relação e fluido diálogo os interesses dos filhos comuns, sem alternar o tempo de estadia com a prole, como parecia confundir a noção de custódia compartilhada física, esta, surgida com a Lei 11.698/2008, e cuja desconcertante confusão os tribunais foram elucidando, mostrando que a guarda compartilhada do exercício conjunto do poder familiar não podia ser confundida com a guarda alternada da divisão equilibrada de tempo de permanência dos pais em relação aos seus filhos, que passariam a viver em diferentes turnos com seus pais, por exemplo, três dias da semana com um genitor e os quatro dias restantes da mesma semana com o outro, alternando este tempo na semana seguinte; ou uma semana com um e a outra semana com o outro progenitor, isto se não preferirem ajustar períodos maiores de quinze dias para cada genitor, ou períodos mais longos de um mês, três, quatro ou seis meses com cada um dos pais. Pelo atual paradigma da igualdade dos direitos dos pais, o modelo de custódia compartilhada da prole (alternância de tempo) estaria resguardando o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente, e isto justificaria a supressão do argumento da tenra idade pela simetria das funções parentais, contudo, como claramente explana Tamar Pitch, nada autoriza que se deixe de continuar interpretando a

custódia materna como a melhor para a criança,[17] particularmente durante os primeiros anos de vida de uma criança, especialmente quando as funções maternas são as mais requisitadas.

Não era outro o sentido da guarda compartilhada, externado pelas maiores autoridades doutrinárias brasileiras, como sucedeu com Ênio Santarelli Zuliani,[18] ao explicar que na guarda compartilhada "os pais devem tomar decisões harmoniosas para que os filhos não se lembrem da separação", sendo deles exigida "a doação do tempo para cuidados básicos e complementares e perfeita aceitação do gerenciamento dúplice, o que recomenda delegar poderes, aceitar sugestões e, principalmente, quando necessário, ratificar medidas indicadas pelo ex-cônjuge ou sugerir outras melhores e que possam ser endossadas sem desenvolvimento de crises".

É inquestionável que os pais sempre compartilharam suas responsabilidades para com os cuidados de seus filhos, assim procedendo com maior intensidade enquanto coabitavam, mas cuja responsabilidade não desaparece e talvez tenha de ser redobrada em razão da separação dos pais.

A noção de divisão de tempo de permanência dos pais separados em relação a seus filhos foi prontamente absorvida pela redação conferida ao artigo 1.584 do Código Civil, cujo inciso II afirma que o juiz tem o poder de distribuir o tempo dos filhos em conformidade com suas reais necessidades de convívio com cada qual dos pais, devendo a guarda compartilhada ser compreendida como sendo o coexercício dos pais acerca da sua responsabilidade com respeito ao sadio desenvolvimento mental de seus filhos comuns.

A guarda compartilhada, como expressão fidedigna do princípio de corresponsabilidade familiar implica que, as questões relativas à vida diária do filho passam a ser assumidas por meio de consulta, sem necessidade de habitar sob o mesmo teto e arremata Fabíola Gómez que, "em uma sociedade globalizada, caracterizada pela proliferação de meios interpessoais de comunicação cada vez mais acessíveis e expeditos, não é necessária a

concorrência física de ambos os pais para resolverem sobre matérias de caráter ordinário relacionadas com o menor".[19]

Entretanto, não há como determinar a guarda conjunta quando casais empreendem uma campanha de desprestígio de um contra o outro ascendente, causando os transtornos da Síndrome de Alienação Parental (SAP), caracterizada por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Colúmbia como sendo: "O conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro progenitor".[20]

A dupla custódia foi fracionada em duas distintas concepções com a Lei 13.058/2014, como também sucedeu nos Estados Unidos várias décadas atrás, onde existe a custódia legal, pela qual os pais dividem as responsabilidades e as principais decisões relativas aos filhos, inclusive a instrução, a educação religiosa, os problemas de saúde e, às vezes, o local de residência, mas as decisões do dia a dia são deixadas para aquele que tem a custódia do momento, sendo exigido um plano de custódia que os espanhóis denominam de *plano de parentalidade*.

Já na custódia física dos pais os filhos têm literalmente duas residências e passam um tempo substancial com o pai e a mãe alternadamente,[21] e sobre a custódia física escreveram Judith Wallerstein e Sandra Blakeslee na edição brasileira de 1991, do livro *Sonhos e realidade no divórcio* que, por serem esses acordos sobre a dupla custódia tão difícil de manter, geralmente não duram mais que um ou dois anos após a separação e o divórcio, e se na década de 1970 nada era conhecido nos Estados Unidos acerca dos efeitos psicológicos da custódia física (divisão de tempo) sobre as crianças, tampouco no Brasil existem estudos interpretando este mesmo impacto psicológico em relação aos filhos que precisam se dividir entre a residência da mãe e a do pai.[22]

Contudo, para que a guarda conjunta física ou legal tenha resultados positivos faz-se imprescindível a sincera cooperação dos pais, empenhados em transformarem suas desavenças pessoais em um conjunto de atividades voltadas a atribuir estabilidade emocional e sólida formação social e educativa aos filhos criados por pais separados, contudo, estando ambos os genitores sinceramente preocupados e focados com os interesses superiores dos filhos. Conforme expressa Rafael Madaleno, é fundamental para a guarda compartilhada que os pais demonstrem a sua capacidade de cooperar com sensatez e de forma significativa com os assuntos pertinentes à criação do filho, mostrando concretamente a habilidade de se comunicarem de forma eficaz e um sincero compromisso para pronta solução dos desarranjos familiares, que sempre surgem entre pais e filhos, pois estes são fatores essenciais para o sucesso da guarda compartilhada.[23]

Havendo desentendimento e falta de cooperação dos pais em detrimento do princípio dos melhores interesses reais dos filhos, refere Consuelo Barea Payueta servir a custódia compartilhada para aumentar o ressentimento e o conflito encoberto, e permitir ao progenitor que não passa o dia a dia das crianças e que não participa do funcionamento do lugar, que possa exercer um poder de veto sobre as decisões tomadas pelo outro progenitor, permanecendo deste modo o jogo do poder.[24]

Dividindo os pais a sua responsabilidade parental em exercício efetivo do poder familiar, indiferente à mera repartição do tempo, que nem sempre é saudável tampouco se constitui na melhor opção para os filhos, pois nela os pais priorizam seus interesses particulares e os filhos servem muito mais como instrumentos de suas dissensões. Melhor e mais claro seria denominar a guarda compartilhada de *poder familiar compartido* ou *cuidados pessoais compartidos*, porquanto o filho reside de maneira principal no domicílio de um dos pais, porém ambos compartem as decisões e se distribuem de modo equitativo as tarefas atinentes aos cuidados da prole,[25] e esta guarda compartilhada pela corresponsabilidade dos pais sempre existiu no Direito

brasileiro diante da inequívoca redação dos artigos 1.579, 1.588, 1.632 e 1.636 do Código Civil, ao ordenarem em quatro oportunidades que 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. Trata-se do exercício do poder familiar que não termina com a separação dos pais. Esta é a parentalidade compartida que pode e deve ser imposta, inclusive pela via compulsória, pois pertencem aos pais, conjuntamente, as determinações acerca do poder familiar que seguem exercendo sobre seus filhos independentemente de pronunciamento judicial, pois a legislação brasileira informa que eles não perdem seus direitos sobre seus filhos com o fim da coabitação.

O exercício do poder familiar não passa pela necessidade de repartição equilibrada do tempo dos filhos entre os seus pais, mas pressupõe, sim, níveis de igualdade na repartição das responsabilidades parentais, mesmo porque é curial que os homens, em regra, assumam uma menor cota de deveres domésticos relacionados com seus filhos, e de forma mais irregular, não havendo como criar uma presunção generalizada de guarda compartilhada física, e sendo forçoso pesquisar qual dos genitores assumiu os cuidados dos filhos com maior intensidade e dedicação e com ele construiu vínculos afetivos mais fortes antes da crise matrimonial.[26]

5.4.1 A guarda compartilhada deveria pressupor consenso?

A guarda compartilhada legal procura fazer com que os pais, apesar da sua separação pessoal, e vivendo em lares diferentes, continuem sendo responsáveis pela criação, educação e manutenção dos filhos, e sigam responsáveis pela integral formação da prole, mesmo estando separados, obrigando-se a realizarem da melhor maneira possível suas funções parentais. A guarda compartilhada legal exige dos genitores um juízo de ponderação, imbuídos da tarefa de priorizarem apenas os interesses de seus

filhos comuns, e não algum eventual interesse egocêntrico dos pais. Deve ser tido como indissociável pré-requisito uma harmônica convivência dos genitores; como a de um casal que, embora tenha perdido a sua sintonia afetiva pelo desencanto da separação, não se desconectou da sua tarefa de plena realização parental, ao cuidar de priorizar o fundamental interesse da prole e realizar no plano concreto a felicidade dos filhos e, logicamente, a partir da atenção a esses princípios e as prioridades efetivas dos filhos, a guarda compartilhada física ou a denominada *custódia física* flui com naturalidade e segurança.

Para essa modalidade de guarda repartida, ou compartilhada, sua adoção exige "que ambos os pais manifestem interesse em sua implementação, pois não haveria como compelir um genitor a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não a deseja, sob o risco de não atingir o seu resultado inicial".[27]

Não é de sua índole uma disputa litigiosa da guarda, típica dos processos impregnados de ódio e de ressentimentos pessoais, que pensam ser compensados pela decisão judicial de deferimento da guarda para um dos contendores, mostrando a sentença ao outro, e assim imaginam os contraditores tenha o julgador reconhecido no vencedor da demanda a presença de melhores atributos como genitor ao lhe outorgar a posse física do filho, tendo escrito Maria Clara Sottomayor sobre a dupla residência das crianças após o divórcio, que o Direito, como ciência ou técnica baseada na lógica, está por vezes muito distante da vida das pessoas, informando a citada autora que estudos feitos nos Estados Unidos e na Austrália sobre a guarda conjunta física alertam para os perigos que a generalização dessa figura representa para as crianças, ao contrário do que são as assunções populares e as crenças sociais.[28] E se a guarda compartilhada pressupõe o consenso e o diálogo, dizem os tribunais, não podem exercê-la casais separados e sem nenhuma relação de comunicação e de entendimento, em famílias disfuncionais; antes precisam atender à solução de suas diferenças

pessoais e das mágoas porventura remanescentes, desfazendo ressentimentos a tempo de permitir adotarem o modelo da guarda conjunta pelo consciente consenso de estarem adotando o melhor para seus filhos.[29]

Não há lugar para a guarda conjunta entre casais ditos amargos, conflituosos, e que encontram no filho o troféu de todas as suas dissensões judiciais e extrajudiciais, sendo inevitável a denegação da guarda conjunta no litígio. Ao contrário das expressões brasileiras otimistas, escoradas no argumento do exercício igualitário dos direitos paternos de convivência equilibrada a partir da dessexualização da guarda, a sua implantação pode se tornar perigosa e se converter em objeto de chantagem do pai em relação à mãe, deixando de gerar os resultados esperados, e, mais do que isto, é fundamental que o juiz tenha previamente em mãos planos detalhados de parentalidade e não esperar que circunstancialmente ele designe equipe multidisciplinar para colher dos pais seus projetos pessoais de guarda compartilhada física, e só de alguns destes pais, pois a maior parte dos juizados não dispõe destes grupos, tampouco essas equipes podem se ocupar de todos os processos de guarda.

Existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os divorciandos, não há como encontrar lugar para uma pretensão judicial de guarda compartilhada pela autoridade do julgador, e não pela vontade consciente dos pais. É seguro aduzir que nesse quadro dos acontecimentos a cena reverteria para o acirramento dos ânimos, e para a perpetuação dos conflitos, repercutindo esse ambiente hostil de modo negativo, a causar severos danos à saúde psicológica dos filhos, e comprometer sua estrutura emocional, em ambiente muito propício para a disseminação da alienação parental.

Relações de chantagens e excesso de liberdade, disponibilizados por genitores em atrito, são prejudiciais ao desenvolvimento dos filhos, e são concessões desenvolvidas apenas para cativarem o agrado da prole, sem conectarem com o altíssimo risco de essas licenciosidades criarem uma

incontornável crise de autoridade, e de adaptação dos filhos, que devem ser conduzidos para sua estável inserção na sociedade. A guarda compartilhada tem por objetivo dar continuidade ao exercício recíproco da autoridade parental, e não para servir como fomento aos inúmeros mecanismos já existentes de patológica hostilidade, em que imperam graves desavenças entre o casal e causa da ruptura de sua relação afetiva.

Com os pais em conflito, é de todo inviável no litígio, pois atentaria contra a saúde psicológica e emocional dos filhos, que perderiam seus valores e referências, causando problemas reais de adaptação e ficando desnorteados em um mundo de disputa insana e de dupla autoridade dos pais, que só terão olhos para construírem uma relação de amor unilateral com eles, para compensar o abandono sofrido pela ausência daquele amante e cogenitor, que deixou de coabitar em seu desiludido e sofrido coração. Alguns julgados e escritos se mostram partidários de uma flexibilização acerca da existência ou não de um bom relacionamento entre os genitores, dizendo que os pais não precisam desenvolver uma excelente relação, mas que apenas sejam capazes de manter uma relação que permita desenvolver um projeto educativo comum. Para a adoção da guarda repartida ou compartilhada é preciso: "Que ambos os pais manifestem interesse em sua atribuição, porque, embora o § 2º do artigo 1.584 do Código Civil admita que ela possa ser judicialmente imposta, a lei adverte que o magistrado só irá aplicá-la quando encontrar condições favoráveis para o seu implemento, e não há como compelir um genitor a cooperar em uma guarda conjunta quando ele não a deseja, sob o risco de não atingir o seu resultado inicial".[30]

Não é da índole da guarda compartilhada a disputa litigiosa, típica dos processos impregnados de ódio e de ressentimentos pessoais, em que pensam os pais serem compensados pela decisão judicial da guarda unilateral, para mostrar a sentença ao outro contendor e, com esta vitória processual de acirrado dissenso acreditar que o julgador teria encontrado no vencedor da demanda pela guarda os melhores atributos de guardião, sendo

o filho o troféu dessa alucinada disputa sobre a *propriedade* do filho, devendo ser compreendido que a guarda legal representada pelo compartilhamento do poder familiar sempre deverá ser conjunta e sequer precisaria ser judicialmente decretada ou homologada, pois já é uma decorrência natural e saudável da interpretação dos artigos 1.579, 1.588, 1.632 e 1.636 do Código Civil, sendo exceção a guarda unilateral naquilo que respeita às decisões dos pais, e nesse aspecto em nada se confunde com a denominada guarda compartilhada física ou de alternância do tempo colacionada pela Lei 13.058/2014, pois esta pressupõe a apresentação de um detalhado plano de parentalidade dos pais, nunca esquecendo de ouvir os filhos que já têm capacidade de expressar a sua opinião, e igualmente cuidar para não separar irmãos, pois existindo ainda filhos de curta idade, estes não se desconectam da presença da mãe, e não faz sentido desmembrá-los do convívio como irmãos.

O Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente afirmando que, após a edição da Lei 13.058/2014, e disse o Ministro Marco Aurélio Bellizze, no REsp 1.773.290/MT, da Terceira Turma, em acórdão datado de 21 de maio de 2019, que a regra, no ordenamento jurídico pátrio, passou a ser a adoção da guarda compartilhada, ainda que haja discordância entre os progenitores em relação à guarda do filho e sendo o direito de guarda dos filhos indisponível, não obstante admita transação a respeito de seu exercício, não pode ser falado em presunção de veracidade dos fatos oriunda da revelia, pois esta não envolve guarda de filho, e o silêncio de um genitor em um processo sobre guarda não implica em renúncia tácita em relação à guarda compartilhada, como o STJ também se pronunciou no sentido de esclarecer que a distância geográfica da moradia dos progenitores não é causa suficiente para inibir a guarda compartilhada.[31]

5.4.2 Imposição judicial da guarda compartilhada

Há muitos julgadores e doutrinadores que defendem a imposição judicial da guarda compartilhada, como forma inclusive, de aspirar por uma sociedade mais igualitária e na qual devem ser repartidos os encargos familiares dentro dessa nova ordem constitucional de isonomia entre homens e mulheres,[32] entendendo Ênio Santarelli Zuliani ser permitido obrigar um dos cônjuges a aceitar, contra sua vontade, o compartilhamento da guarda e pressupõe ser causa constante do temor na aceitação de guarda compartilhada por um dos consortes o receio de refletir a custódia conjunta da prole sobre o montante dos alimentos que deveriam ser pagos na guarda unilateral, podendo ser eliminada a pensão alimentícia em função de que, com a guarda compartilhada poderia ser imposta a ambos os progenitores a contribuição por metade da alimentação dos filhos comuns. Para tanto, deve o magistrado cominar regras claras e atribuir, de acordo com o artigo 1.694, § 1º, do Código Civil, os encargos de cada um.[33] Não é de todo desarrazoada a viabilidade de imposição da guarda compartilhada, especialmente se for pesquisada sua evolução nos Estados Unidos, onde ela foi progressivamente aplicada a partir da década de 1980, ainda que em muitos casos os pais não estivessem de acordo. Também na Alemanha foi estabelecida a autoridade parental compartida compulsória, ficando ressaltado que essa forma de custódia entre pais separados era mais adequada que a unilateral, para reduzir a tensão entre os pais e minimizar os efeitos negativos da separação dos genitores e por fim, favorecer o contato entre pais e filhos.

No Brasil, ainda que a Lei 11.698/2008 pressupusesse como consenso a guarda compartilhada (embora esta legislação buscasse forçar a sua aplicação ao conferir poderes judiciais para uma eventual imposição de custódia conjunta), para a doutrina e para a jurisprudência era forçoso reconhecer que casais separados não pudessem exercê-la quando não mantivessem qualquer diálogo e nenhuma relação de espontâneo entendimento,[34] com espíritos pacificados pela total resolução das suas diferenças conjugais. Enquanto não represadas dissensões pessoais, que

antes precisavam ser desfeitas para permitir a serena adoção da guarda conjunta, porque ela dependia do mútuo consenso para o seu sucesso.

Diretrizes foram impostas pelos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, considerando a redação então conferida pela Lei 11.698/2008, e pelas quais o juiz procura orientar os pais sobre o significado da guarda compartilhada; sua importância e a simetria de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento das cláusulas, e se mesmo assim não houver franca disposição poderá ser frustrado o exercício conjunto da guarda, mas uma vantagem adicional traz a nova legislação ao admitir a revisão da custódia e transformá-la em unilateral, podendo até atribuí-la a terceiro, para propiciar ao filho os interesses que não foram respeitados pelos pais.

Guarda conjunta até o advento da Lei 13.058/2014 não era guarda repartida, como se a divisão do tempo fosse a solução de todos os problemas e de todas as aflições de casais em dissenso conjugal, muito embora a lei da guarda compartilhada viabilize uma maior distribuição do tempo dos pais para com seus filhos comuns, justamente para criar as condições de atendimento à função da guarda repartida. Contudo, existindo sensíveis e inconciliáveis desavenças entre os pais, têm concluído os julgados e uma parcela da doutrina, não haveria como encontrar lugar para uma pretensão judicial à guarda compartilhada apenas pela boa vontade e pela autoridade do julgador, quando ausente a boa e consciente vontade dos pais.

A guarda compartilhada depende da estabilidade emocional dos pais, que tenham boa comunicação entre si, pois sua aplicação está voltada a atender três pressupostos, a saber: *a*) o melhor interesse dos filhos; *b*) a paternidade e maternidade responsáveis; e *c*) a isonomia dos pais, que devem ficar em pé de igualdade para a determinação dos direitos e de suas responsabilidades parentais.

Estando ausentes tais pressupostos, referem julgados e doutrina, a guarda conjunta só seria factível por acordo em processo amistoso de divórcio ou guarda, pois apenas por consenso e consciência dos pais seria possível aplicar a custódia compartilhada que se mostraria de todo inviável no litígio, com os pais em conflito, porque atentaria contra a saúde psíquica e emocional da prole,[35] a qual perderia seus valores, seu rumo e suas referências, mantendo problemas reais de adaptação, perdidas num mundo de alucinada disputa da atenção dos filhos, em meio à crise da dupla autoridade dos pais, que só terão olhos voltados para dentro de si e para construírem uma relação de amor unilateral, compensando com a atenção exagerada aos filhos a dor sofrida pela ausência daquele amante e cogenitor que já não mais habita seu lamurioso coração.[36]

Entretanto, a continuidade do convívio da criança com ambos os pais é indispensável para o saudável desenvolvimento psicoemocional da criança,[37] constituindo-se a guarda responsável em um direito fundamental dos filhos menores e incapazes, que não pode ficar ao livre, insano e injustificado arbítrio de pais disfuncionais, mas isso não significa compartilhar o tempo de convívio com os filhos, como sugere a Lei 13.058/2014, com sua divisão igualitária, transmudando a exercício conjunto do poder familiar em uma guarda alternada, pois como pode existir guarda conjunta se os pais dividem o tempo e isso justamente afasta o exercício da divisão do poder familiar, dado que, se os filhos passam dias iguais com seus pais, os genitores apenas estão exercendo cada qual ao seu tempo o poder familiar de forma unilateral, isolando os filhos em suas residências para um convívio separado, de realização pessoal dos adultos, que assim deixa de ser uma custódia conjunta, pois cuidam das relações dos filhos de forma separada, um e outro quando tem os filhos em sua companhia, quando deveriam manter o outro genitor envolvido nas decisões que não deveria adotar sozinho. Talvez seja o momento de se recolherem os bons exemplos de uma guarda compartilhada jurídica compulsória ou automática, sendo a

regra na separação dos pais e a guarda unilateral, a exceção, devendo os progenitores tomar em conjunto as principais decisões relacionadas ao desenvolvimento e à educação dos seus filhos havidos em comum, para que se comece a vencer obstáculos e resistências abusivas, muito próprias de alguma preconceituosa pobreza mental e moral, e ao impor judicialmente a custódia compartida, talvez a prática jurídica sirva para que os pais terminem com suas desavenças afetivas, usando os filhos como instrumento de suas desinteligências, ou que compensem de outra forma suas pobrezas emocionais, podendo ser adotadas medidas judiciais de controle prático do exercício efetivo da custódia compartilhada judicialmente imposta, como por exemplo, a determinação de periódicos estudos sociais,[38] sob pena do descumprimento implicar a reversão da guarda que então se transmuda em unilateral em prol do genitor negligenciado.

5.4.3 Tempo de convívio equilibrado

Dispõe o § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, com a redação da Lei 13.058/2014, deva a guarda compartilhada dividir, de forma equilibrada com a mãe e com o pai, o tempo de convívio com os filhos, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses da prole e não sem outra razão prescreve o § 3º do artigo 1.584 do Código Civil deva o juiz buscar orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar para estabelecer as atribuições parentais e os períodos de convivência do pai e da mãe, visando a divisão equilibrada do tempo.

A guarda compartilhada legal, assim entendido o compartilhamento do poder familiar, não guarda nenhuma correlação com a coparentalidade responsável tampouco com a custódia por períodos repartidos, pois compartir e repartir têm distinto conteúdo semântico, importando aos elevados interesses dos filhos, e não dos pais, a qualidade da convivência, e essa igualdade pode ser compartilhada em tarefas e funções a serem

repartidas entre os pais, assegurada a ampla comunicação dos genitores para com seus filhos e não uma distribuição matemática do tempo, mas uma assunção equitativa das responsabilidades, ajustadas às necessidades do menor, tudo relacionado com a disponibilidade de tempo de cada um dos progenitores para se dedicarem aos filhos, e tudo em ambiente presidido por mecanismos de flexibilidade e de entendimento,[39] pois, como arremata Maria Clara Sottomayor, *a igualdade entre os pais não se mede pela igualdade na divisão do tempo, mas pela igualdade na qualidade dos cuidados e dos afetos*.[40]

5.4.4 Plano de parentalidade

A repartição solidária da responsabilidade tem tido muito mais aceitação do que a repartição do tempo de convivência, e o mesmo deverá ocorrer a partir da Lei 13.058/2014, tomando como paradigma a Ley 25, de 29 de julho de 2010, da Catalunha, que estabelece em seu preâmbulo, que o plano de parentalidade é um instrumento utilizado para concretizar a forma pela qual ambos os genitores pensam em exercer suas responsabilidades parentais, detalhando os compromissos que assumem a respeito da guarda, dos cuidados e com a educação dos seus filhos. Sem impor uma modalidade concreta de organização, alenta aos progenitores, tanto no processo consensual como no contencioso, a organizarem eles mesmos, e de forma responsável, os cuidados que terão em relação aos seus filhos por ocasião da ruptura da coabitação dos pais, antecipando para o juiz que irá homologar e decretar a guarda compartilhada física, os critérios de resolução dos problemas mais importantes que afetam a prole, pois quer o plano de parentalidade favorecer a concretização dos acordos e expor a transparência e os compromissos de ambos os genitores, com os quais estarão formalmente comprometidos.

O artigo 233-9 do Código Civil da Catalunha estabelece as diretrizes que conformam o necessário plano de parentalidade para o exercício da guarda compartilhada física:

> "1.O plano de parentalidade deve conter a forma como ambos os progenitores exercerão as responsabilidades parentais. Devem fazer constar os compromissos que assumem a respeito da guarda, o cuidado e a educação dos filhos.
> 2.Nas propostas do plano de parentalidade devem constar os seguintes aspectos:
>
> a)O lugar ou os lugares onde viverão os filhos habitualmente. Devem ser incluídas regras que permitam determinar a qual progenitor corresponde a guarda em cada momento.
>
> b)As tarefas pelas quais deve cada progenitor se responsabilizar com relação às atividades cotidianas dos filhos.
>
> c)A forma como devem ser procedidas as alterações da guarda e como devem ser repartidos os custos que geram.
>
> d)O regime de relacionamento e comunicação com os filhos durante os períodos em que um progenitor não os têm sob a sua custódia.
>
> e)O regime de permanência dos filhos com cada um dos progenitores nos períodos de férias e em datas especialmente destacadas para os filhos, para os progenitores ou para sua família.
>
> f)O tipo de educação e as atividades extracurriculares, formativas e de tempo livre e como os pais vão proceder em relação a cada um destes itens.
>
> g)A forma de cumprir o dever de compartilharem toda a informação sobre a educação, a saúde e o bem-estar dos

filhos.

h)A forma de tomarem as decisões relativas a troca de domicílio e outras questões relevantes para os filhos.

3.As propostas do plano de parentalidade podem prever a possibilidade de os pais recorrerem à mediação familiar para resolverem as diferenças derivadas da aplicação do plano, ou a conveniência de modificarem seu conteúdo para amoldá-lo às necessidades das diferentes etapas da vida dos filhos".

Maria Elena Lauroba sugere que o plano de parentalidade também deva designar qual dos progenitores se ocupará preferencialmente com a aquisição das roupas e do material escolar dos filhos; também constando cláusula para que a troca de morada não se dê quando o filho está enfermo; como os pais agirão nos aniversários deles e dos filhos, permitindo a presença ou o contato do outro genitor que não o tem nessas datas sob a sua guarda; o dever de entregar o passaporte quando forem viajar e, portanto, podem ser adiantadas permissões de viagem ao exterior; decisões sobre consultas médicas ou psicológicas e o recurso espontâneo à mediação para modificações que não consigam levar a bom termo.[41]

O plano de parentalidade é o ponto de partida para o exercício efetivo e salutar da guarda compartilhada física se for boa para os filhos, tenha a guarda sido implantada por acordo ou por decisão judicial, uma vez ouvida a criança que já expressa sua livre vontade, e, consultados os especialistas mencionados no § 3º do artigo 1.584 do Código Civil, somente a partir desse compromisso escrito dos pais, que precisam passar a ser cooperativos, é que se viabiliza uma custódia compartilhada física. E, se for judicialmente imposta, pais precisarão se desarmar e se tornar igualmente cooperativos, de modo a estabelecerem uma dinâmica de concreta e efetiva custódia compartilhada de tempo, que se torne importante para os filhos e não fundamental para os pais se isolarem nas suas respectivas casas.

5.4.5 Alimentos na guarda física compartilhada

A Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, não faz qualquer referência aos alimentos no compartilhamento equilibrado do tempo de convívio dos pais com seus filhos, pois como visto, não significa repartir pela metade ou em períodos absolutamente iguais a permanência da prole com o pai e com a mãe, até porque a guarda compartilhada física deve ser cogitada apenas quando em harmonia com os reais e efetivos interesses superiores dos filhos, e esses interesses também transitam pelo adequado regramento e recebimento da pensão alimentícia, que não pode ser simplesmente dispensada porque os dois genitores trabalham e porque os filhos ficarão a metade do tempo com cada um dos pais.

A realidade é quase sempre diversa e pesa em regra, em desfavor da mãe, que dedica mais tempo aos filhos e menos tempo ao seu projeto profissional pessoal, tornando, em princípio, sensivelmente desiguais os rendimentos e, por conseguinte, a contribuição alimentar que deve ser prestada por parte de cada genitor. Reduzir excessivamente os alimentos ou, pior ainda, extinguir a obrigação alimentar para que cada progenitor arque diretamente com os custos dos filhos quando estejam em sua companhia deve gerar novo foco de desavenças processuais, terminando o modelo da custódia física compartilhada por se constituir em uma fonte de inevitáveis atritos entre os pais, sendo difícil estabelecer uma divisão justa e equitativa dos custos dos filhos, pois, além de a mulher, normalmente, receber uma remuneração inferior à do pai da criança, um e outro podem ter *status* financeiros diversos e os filhos têm o direito de viver na faixa do padrão socioeconômico do genitor que ganha mais.

Há grande risco de o pedido de guarda física compartilhada servir apenas como moeda de troca para que a mãe guardiã abdique ou aceite receber alimentos inferiores aos da efetiva necessidade alimentar do filho comum, notoriamente em uma sociedade machista que teima em desconfiar da administração materna dos alimentos e sempre imagina que a ex-mulher

desvie os alimentos para o custeio de suas despesas pessoais. De qualquer modo, a Lei 13.058/2014 nada dispôs acerca dos alimentos dos filhos cuja guarda física é exercida de forma compartilhada, afirmando Fabiola Lathrop Gómez que nessas situações adquire especial relevância a valoração econômica dos deveres domésticos e dos cuidados assumidos, sobretudo daqueles pais que abandonaram ou reduziram a sua atividade laboral para se dedicarem aos filhos. Sugere a autora que cada genitor desembolse as despesas diárias arrostadas, enquanto os filhos estão sob a sua guarda física e subsista uma pensão alimentícia para a satisfação das despesas de caráter fixo, por exemplo, os custos da escola e de atividades similares, pesando a melhor situação econômica que onera esse genitor em maior percentual alimentar a ser por ele desembolsado e, que, por fim, deveria existir um fundo comum para o atendimento de gastos extraordinários com imprevistos derivados de enfermidades, intervenções cirúrgicas ou no desenvolvimento de atividades acadêmicas, acreditando a autora ser essa a melhor forma de prevenir desequilíbrios e desordens econômicas, podendo ser retomado o sistema da pensão alimentícia integral se algum dos progenitores não aportar com regularidade a sua obrigação alimentar, que não se extingue com a custódia compartilhada física.[42]

5.4.6 A polêmica guarda compartilhada de animais de estimação

Os tribunais têm-se deparado com situações que, embora ainda não tenham sido positivadas em lei, precisam e estão sendo enfrentadas, como sucede nos divórcios ou dissoluções de relações afetivas de casais que possuem animais de estimação e sem que tenham chegado a um acordo a despeito da custódia do animal,[43-44] sendo que estas demandas precisam ser resolvidas em juízo, pois nenhum julgador poderá se abster de apreciar qualquer ameaça ou lesão a direito (CF, art. 5º, inc. XXXV), inclusive garantindo o livre acesso à justiça. Segundo Livia Borges Zwetsch,[45] as

famílias brasileiras possuem mais animais de estimação do que crianças, existindo cerca de 52,2 milhões de cachorros e 22,1 milhões de gatos contra 44,9 milhões de crianças e adolescentes entre 0 e 14 anos, sendo que os animais de estimação atuam, por vezes, perfeitamente como substitutos emocionais e contribuem para manter a motivação quando as pessoas estão sozinhas, minimizando sua solidão com a presença de um animal. E continua a citada autora dizendo ser chamado de antropomorfismo a situação pela qual os proprietários enxergam os seus animais, como "sujeitos" sensíveis, dotados de qualidades humanas, e dentro desta perspectiva os reconhecem como membros da família, dignos de receberem carinho e proteção.[46]

Não existe consenso quanto à pretensa humanização dos animais de estimação, aduzindo Adisson Leal e Victor Macedo dos Santos[47] que eles se enquadram na noção jurídica de coisa, não havendo como pretender lhes conferir natureza jurídica diversa, para aproximá-los de pessoas, porque não são pessoas, mas são justamente o inverso, são animais irracionais.

Pelo Projeto de Lei 1.058/2011, a guarda de animais de estimação traria alguns componentes de semelhança com o instituto da guarda, podendo ser unilateral quando concedida a uma das partes, devendo fazer prova da propriedade por meio de documento de registro do animal, ou compartilhada quando o exercício da posse for concedido a ambos litigantes, sendo que o maior número das decisões judiciais tem levado em consideração a propriedade e o registro do animal de estimação.[48] Há quem defenda a aplicação também por analogia ao direito familista, para ser regulado o direito de convívio de quem não ficou com a guarda do animal, cujos dias de coexistência poderiam coincidir com os dias de convivência com a prole, que assim não se ressente de ser afastada do animal de estimação que, afinal de contas, não deixa de pertencer à família. Adisson Leal e Victor Macedo dos Santos veem como temerária a equiparação ou a aproximação entre a posse de animais de estimação e a guarda de filhos, este, instituto típico do Direito das Famílias e inerente ao poder familiar, salientando que a guarda

de filhos é uma obrigação e não uma faculdade, como representa a guarda de um animal, devendo ser buscada a solução do problema no instituto da composse do artigo 1.199 do Código Civil.[49]

Inicialmente, o Superior Tribunal de Justiça, no Agravo em Recurso Especial 1.174.178/SP, na relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, deu provimento ao agravo para determinar sua conversão em recurso especial de modo a dirimir a controvérsia estabelecida, no sentido de definir se poderia haver regulamentação de visitas a animal de estimação, após a dissolução de uma entidade familiar existente entre os possuidores e proprietários do animal, sendo citado no referido acórdão o Enunciado 11 do IBDFAM, aprovado no X Congresso Brasileiro de Direito de Família, com a seguinte redação: "Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada de animal de estimação do casal". Levado a julgamento pela Terceira Turma do STJ o REsp 1.713.167/SP, datado de 19 de junho de 2018, o Ministro Luis Felipe Salomão concluiu que "os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como seres *sencientes* – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais –, também devem ter o seu bem-estar considerado", e reconheceu ao recorrente o direito de visita ao animal de estimação e com o qual ele havia estabelecido uma relação de afeto.

5.5. DIREITO E DEVER DE CONVIVÊNCIA

Prescreve o artigo 1.589 do Código Civil que o pai ou a mãe em cuja guarda não esteja o filho poderá visitá-lo e tê-lo em sua companhia segundo o acordado com o outro cônjuge, ou no que for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. A expressão *visitas* é havida como imprópria, por significar uma cortesia de ir ver alguém em sua residência, quando em realidade as visitas devem ser realizadas em lugar diverso da

residência habitual do menor e muito menos a visita espelha a prática usual de o genitor não guardião permanecer alguns dias, usualmente em finais de semana com o filho visitado, sendo certo que a denominação *direito de visita* não proclamar esta prerrogativa em toda sua amplitude, particularmente sob seu viés psicológico, pois buscam visitante e visitado relações de afeto, cultivando recíproca e sincera comunicação.[50] Convivência que regularmente inclui o pernoite, salvo exceções quando os filhos ainda pequenos e em estágio de amamentação não comportam a inclusão do pernoite com o genitor que não exerce a guarda, ou quando ele esteve durante muito tempo ausente na vida da criança, gerando um período conveniente de adaptação para fortalecimento dos vínculos e até mesmo por carências habitacionais para receber adequadamente a um filho, quando a moradia não tenha comodidades básicas e higiênicas mínimas.[51]

O direito de visitas já foi considerado como uma *prerrogativa* reconhecida aos ascendentes de receberem seus descendentes menores confiados à guarda de um dos pais ou terceiros,[52] sendo evidente pelo princípio "dos melhores interesses da criança", tratar-se de um direito dos filhos manterem rotineira comunicação com ambos os pais, atribuindo a atual redação legal o dever do ascendente que não está com a guarda de supervisionar os interesses da prole. As visitas têm a concreta finalidade de favorecer as relações humanas e de estimular a corrente de afeto entre o titular e o menor, porém, o mais valioso é o interesse da criança e do adolescente no caso de conflito, tanto que em mãos desaconchegadas pode se converter em algo particularmente mau e perigoso para uma criança delicada e receptiva.[53]

Tanto a guarda como as visitas não têm caráter definitivo, podendo ser modificadas a qualquer tempo, sempre sob o olhar do melhor interesse do menor, e podendo ser considerados como atos de abuso e fonte de reversão da guarda, supressão ou suspensão das visitas quaisquer atitudes dos pais

tendentes a causar dano ao ex-cônjuge, sem se darem conta de estarem em realidade danificando, sim, a estrutura psíquica dos seus filhos.

Conforme a lição sempre reveladora de Maria Clara Sottomayor, o direito de visita reúne um conjunto de relações que podem representar contatos esporádicos de algumas horas, ou estadias mais prolongadas e todas as formas de comunicação e seu exercício funciona como "um meio de este manifestar a sua afetividade pela criança, de ambos se conhecerem reciprocamente e partilharem os seus sentimentos de amizade, as suas emoções, ideias, esperanças e valores mais íntimos".[54] O direito e dever das visitas, ou de conversação, guarda um conteúdo voltado ao interesse primeiro do menor, cuja visita tem uma extensão maior, que não se restringe à faculdade de visitar a criança e alojá-la por um par de dias intercalados na casa do genitor visitante, mas impõe um dever e direito de uma fluída comunicação, em contínua correspondência com o filho e seu ascendente não guardião, imiscuindo-se na educação e formação do filho e das atividades usuais e correntes da vida de seu rebento, devendo e podendo inteirar-se sobre a assiduidade e rendimento escolar do filho, como ordena a Lei 12.013, de 6 de agosto de 2009, que acrescentou o inciso VII ao artigo 12 da Lei 9.394/1966 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para obrigar as instituições de ensino a informarem aos pais, conviventes ou não com seus filhos, ou responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola, assim como ordena o § 6º do artigo 1.584 do Código Civil, com a redação estabelecida pela Lei 13.058/2014, que qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R$ 200,00 (duzentos reais) a R$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.

Ordena o inciso V do artigo 1.634 do Código Civil, com a redação atribuída pela Lei 13.058/2014, competir a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste,

entre outros atributos, *conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município*. É de fundamental relevância o presente dispositivo colacionado pela Lei 13.058/2014 ao condicionar ao consenso dos pais a mudança da residência permanente dos filhos para outro Município.

Por meio do *princípio da continuidade* o genitor detentor da guarda unilateral tem a obrigação de facilitar o relacionamento da criança com o outro ascendente não guardião, o que significa procurar manter o mesmo domicílio do menor, pois uma mudança de domicílio pode vir a ser extremamente prejudicial à continuação do contato e da comunicação entre pais e filhos, como sucedeu no aresto do STJ. A transferência de um progenitor que leva consigo filho comum para outro Município, Estado ou país, nesta última hipótese, abre a possibilidade de ser requerida a restituição internacional do menor, não obstante seja necessário o consentimento expresso de ambos os pais, salvo suprimento judicial, para autorizar um filho a sair do Brasil.

A inadimplência alimentar não pode implicar na suspensão das visitas, mormente quando elas representam um direito do filho e um imprescindível dever dos pais, e sua eventual suspensão levaria, em muitas situações, ao cúmulo de servir como premiação ao contumaz devedor dos alimentos, especialmente onde prevalecem espíritos emulativos e os filhos são meros instrumentos das desavenças dos pais.

Por fim, deve ser reiterado não existir um caráter “definitivo” acerca da guarda e do direito de convivência, pois todas as decisões ou acordos tomados com relação aos filhos são essencialmente provisórios e podem ser judicialmente revistas, se a tanto não concluírem os próprios pais, em razão de que sempre podem ser modificadas à vista dos superiores interesses e do bem-estar dos filhos.

5.6. A MULTA NO DIREITO E DEVER DE CONVIVÊNCIA – *ASTREINTES*

O direito à convivência se constitui, antes de tudo, em um direito da criança ou do adolescente de manter integral comunicação com o genitor que não ficou com sua custódia e para com todas as demais pessoas que têm ou tiveram um importante significado na sua vida e formação pessoal. Sob o prisma do ascendente, embora o artigo 1.589 do Código Civil informe se tratar de uma faculdade do pai ou da mãe, em cuja guarda não esteja o filho, visitá-lo ou tê-lo em sua companhia, além de fiscalizar sua manutenção e educação, constitui-se, em realidade, de um dever que os genitores devem exercer a fim de atender aos superiores interesses da criança e adolescente preconizados pelo artigo 227 da Constituição Federal.

Qualquer obstáculo infundado e inconsistente ao sagrado dever de convivência deve ser obrigatoriamente arredado, notadamente quando a separação dos pais desperta reações hostis e agressivas passadas para os filhos sob a sutil e insidiosa forma da alienação parental. Quando um genitor dificulta ou proíbe os filhos de conviverem com o outro ascendente, instala-se um processo de afastamento e desapego da prole para com o outro genitor, tudo construído pela mente perversa e desajustada do consorte ou ascendente frustrado pelas sequelas que emergem da sua separação. Não é difícil avaliar os danos psíquicos sofridos pela criança envolvida criminosamente pela Alienação Parental (AP), cuja violência não tem fronteiras, podendo enveredar e com muita frequência, para a chamada *falsa memória*, por cujo agir criminoso a criança é levada a reportar falsas ocorrências de abuso sexual, supostamente causado pelo outro genitor que não tem sua custódia física.

Pais que agem como alienadores da inocente memória e formação de seus filhos estão atuando de maneira cruel, insidiosa e criminosa, sendo evidente que abusam do direito dos filhos, de ficarem a salvo de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e

opressão, além de negarem à prole o saudável direito à convivência familiar (CF, art. 227).

A aplicação de multa passa a ser importante instrumento jurídico para substituir de uma vez por todas a abjeta e drástica medida compreendida pela busca e apreensão de menores, quando o guardião cria embaraços para o livre-curso do direito de convivência e, do tempo em que o Judiciário só tinha a opção de ordenar a execução da traumática ação de busca e apreensão do menor indevidamente retido ou escondido, para não poder conviver com o seu outro genitor. A multa tem ampla incidência na execução de obrigação de fazer, como sucede no dever ou direito de convivência, podendo ser imposta em caso de descumprimento do acordo, ou da pontual determinação da convivência.[55]

5.7. O DIREITO DE VISITAS DOS AVÓS

O direito de visita dos avós passou a ser reconhecido apenas com o advento da Lei 12.398/2011, que acrescentou um parágrafo único ao artigo 1.589 do Código Civil. É bem verdade que o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), asseguram à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar, e nesse contexto deve ser compreendido o direito à comunicação e convivência da criança e do adolescente com sua família extensa, *formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e de afetividade* (Lei 8.069/1990, art. 25). Contudo, antes da Lei 12.398/2011, salvo destacada jurisprudência e doutrina, nenhum dispositivo de lei cuidava especificamente do direito de visitas dos avós ou até mesmo de outras pessoas que, de alguma forma criaram vínculos de afeto e afinidade para com os menores, como frequentemente sucede nas relações de padrastio e de madrastio, cujos

relacionamentos são conformados pelos vínculos de afinidade de que trata o artigo 1.595 do Código Civil.

Segundo Silvia Tamayo Haya, a expansão do direito de visitas aos avós e outras pessoas próximas, como são os padrastos e as madrastas, busca contemplar a todo sujeito que possa ter alguma vinculação relevante com o menor, adiante do pai ou da mãe que se ressente da custódia e que deve exercer uma sadia convivência para com seus filhos.[56]

A convivência que mais se expressa em um efetivo direito de visitação entre avós e netos tem valor preponderante na construção da personalidade dos descendentes. E quão sublime se mostra na vida prática e cotidiana a transição de quem já foi pai ou mãe e agora experimenta a altiva e diferente tarefa de ser avô ou avó. Experiência de indescritível e fundamental importância na construção da personalidade dos netos, como igualmente admirável para os avós, agora com mais tempo e sem o encargo direto de educar e alimentar sua descendência, os avós participam das etapas únicas e inenarráveis de crescimento dos seus netos.

5.8. A ALIENAÇÃO PARENTAL (AP)

É fundamental para a prole existir um elo de cooperação entre seus pais, porque assim são capazes de aceitar e compreender o rompimento da relação conjugal. Os filhos são preservados quando não estão sendo usados como instrumento de máxima vingança dos pais. Adultos corrompem covardemente a inocência das crianças e adolescentes quando se utilizam da *Alienação Parental* (AP), regulada no Brasil por meio da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Segundo Jorge Trindade, trata-se de programar uma criança para que ela odeie, sem justificativa, um de seus genitores, cuidando a própria criança de contribuir na trajetória de desmoralização do genitor visitante.[57] Lastimavelmente, tem sido uma prática bastante habitual de um pai ou uma mãe tentar obstruir a relação afetiva dos filhos com o outro

ascendente, buscando uma cruel lealdade do filho e sua rejeição ao outro progenitor e seus familiares. O genitor e seus familiares próximos, como avós e tios da criança vão sendo maliciosamente excluídos e tudo que rodeia o vínculo dos filhos com o progenitor não convivente se converterá em uma potencial ameaça para a criança, iniciando por uma variedade de eventos que ficam fora do controle do menor e que vão criando na criança um sentimento nato de defesa contra a fictícia ameaça que representa seu pai ou sua mãe.[58] A alienação parental tem um alcance extremamente destrutivo, pois consegue que os filhos inventem fatos, respaldem mentiras e esqueçam momentos de felicidade, e ainda consegue que terceiros se envolvam nos atos de detratação do progenitor rechaçado, enquanto o genitor alienante se assegura de assumir um autêntico papel de vítima.[59]

Ela foi percebida pelo psiquiatra americano Richard A. Gardner em processos de guarda, quando o cônjuge na posse do filho desencadeia uma alienação obsessiva e está empenhado em desaprovar a aproximação do genitor convivente, reconhecendo esse autor a existência de três diferentes níveis de alienadores, que ficam divididos entre as categorias leves, médias e severas. No nível médio, a criança tem ainda uma razoável relação saudável com seu progenitor não guardião, porém, em determinadas ocasiões a criança participa de uma campanha contra o outro, manifestando sua preferência pelo alienador e essa preferência vai aumentando gradativamente, convencendo-se a criança de que seu genitor não convivente não tem valor algum, entendendo Richard Gardner ser esse o momento de intervenção judicial, inclusive com a troca de guarda, antes de colocar a criança em risco de desenvolver uma AP mais severa, com todos os componentes de rejeição, podendo ressentir-se o vínculo de níveis patológicos.[60]

Para Richard Gardner: “A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um transtorno que se desenvolve primordialmente, em um contexto de disputa pela guarda. Sua principal manifestação é a campanha de difamação da

criança em relação a um de seus pais. É o resultado da combinação de inculcação de um pai que está programando seu filho (lavagem cerebral) com a própria contribuição da criança ao vilipêndio do genitor rechaçado. Quando está presente uma situação de abuso ou negligência a animosidade da criança pode estar fundamentada por estas próprias situações, e, portanto, nesse caso não é aplicável a síndrome de alienação parental para a hostilidade infantil".[61]

A alienação parental é geralmente alimentada pelo ascendente guardião, que projeta na criança ou adolescente os seus sentimentos negativos, de indignação e de rancores do ex-parceiro. Não se compara com a lavagem cerebral, porque nesta se supõe que alguém trabalhe conscientemente e para alcançar um resultado de distúrbio na comunicação, o que não ocorre necessariamente na alienação parental.[62] Com o uso de chantagens de extrema violência mental, sem nenhuma chance de defesa da criança que acredita piamente que o genitor convivente não lhe faz bem, e o menor expressa isto de forma exagerada e injustificada para rejeitar o contato. Isso quando nos casos mais severos de alienação um genitor fanático não acrescenta uma falsa acusação de agressão ou abuso sexual.[63] Uma mãe ou um pai paranoico, que tenha programado no filho sentimentos igualmente paranoicos em relação ao outro genitor, provavelmente terá desenvolvido elos psicológicos mais fortes com seu filho, porém, não será um vínculo sadio e sua presença infausta e doentia é um forte argumento para recomendar a troca de guarda do menor.

De acordo com Ana Carolina Carpes Madaleno, a alienação parental decorre de um trabalho incessante, silencioso e sutil do alienador, que precisa de tempo para pôr em prática sua estratégia para eliminar os vínculos afetivos do filho com o progenitor alienado. Como precisa de tempo, o alienador obstaculiza a convivência, muitas vezes como se estivesse protegendo a criança porque estaria supostamente doente, e sem poder sair de casa, ou programando visitas de amigos e parentes ou

aniversários de colegas, quando não chantageia o filho dizendo ficar triste, traído e decepcionado se o filho insistir em se contatar com seu outro ascendente.[64]

Podem ser agentes da alienação não apenas os pais, assim como os avós ou quaisquer pessoas que tenham a responsabilidade sobre a guarda ou vigilância da criança, como ocorre ainda na guarda de uma família acolhedora ou por ato de uma babá, estando qualquer um deles ou em abjeto e malicioso concerto de usurpação da inocente vontade da criança, tratando de estabelecer uma campanha de desqualificação da conduta do outro genitor; ou de embaraçar a autoridade parental do genitor não guardião; ou de dificultar o contato com o outro ascendente; impedir o exercício da convivência familiar; omitir deliberadamente a genitor informações pessoais e relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra o genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou inibir a convivência deles com a criança ou adolescente; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a perturbar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. Trata-se de um rol exemplificativo, cuja prática de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de uma convivência familiar saudável (CF, art. 227), com prejuízo para a realização de afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar (Lei 12.318/2010, art. 3º).

A Lei da Alienação Parental se constitui em uma importante e bem elaborada ferramenta jurídica para amenizar os deletérios efeitos da alienação parental, pois pela mecânica legal, mesmo havendo um indício leve de prática de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em ação própria ou em qualquer demanda incidental, como, por exemplo, em um processo de divórcio, ou nos autos de uma ação de disputa de guarda, de alimentos, uma vez ouvido o Ministério Público, podem ser tomadas com urgência, medidas provisórias necessárias para preservação da integridade

psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos (Lei 12.318/2010, art. 4º). Nesse estágio inicial ou leve de alienação parental a campanha de difamações já existe e o genitor guardião escolhe um tema ou um motivo que o filho começa a assimilar, mas com pouca frequência, denotando ainda um sentimento de afeto para com o outro genitor.[65] Nessa fase, de acordo com o parágrafo único do artigo 4º da Lei 12.318/2010, deve ser assegurado à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de convivência assistida, salvo casos de iminente risco de prejuízo físico ou psicológico da criança ou do adolescente, atestado por profissional a ser designado pelo juiz para o acompanhamento das visitas deste genitor acusado de alienação.

Em uma situação fática de alienação parental classificada de moderada, o motivo das agressões torna-se consistente e reúne os sentimentos e desejos do menor e do genitor alienante, criando uma cumplicidade entre alienador e filho, aparecendo os primeiros sinais de que um genitor é bom e o outro é mau[66] e nesse estágio, dispõe o artigo 5º da Lei 12.318/2010, que o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, tanto em ação ordinária autônoma de denúncia de alienação parental e na qual deverá ser identificada sua ocorrência, como permite que a mesma perícia seja determinada no curso de qualquer ação tramitando entre os pais. A perícia será realizada por psicólogo ou equipe multidisciplinar designada para a averiguação da alienação parental e terá um prazo de noventa dias para apresentação do laudo, passível de prorrogação a critério do juiz e em decisão fundamentada (Lei 12.318/2010, art. 5º, § 3º). Perícia multidisciplinar é gênero das espécies de perícias – social, médica, psicológica, abrangendo, portanto, diferentes áreas de conhecimento.[67]

Por fim, nos casos severos de alienação parental, os menores encontram-se extremamente perturbados e a convivência se torna muito difícil ou sequer ocorre e o vínculo é totalmente cortado entre o filho e o

genitor alienado e nesta fase o menor mostra-se claramente programado a odiar o ascendente alienado.68 Nessa fase, cumulativamente ou não, sem prejuízo da ação de responsabilidade civil ou criminal[69] e da ampla utilização de instrumentos processuais para buscar inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental (art. 6º da Lei 12.318/2010), o juiz poderá: *a*) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; *b*) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; *c*) estipular multa ao alienador;[70] *d*) determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial, podendo ser submetidos à perícia os pais e a criança alienada,71 inclusive sob a ameaça de arbitramento de *astreintes* ou multa em caso de resistência dos pais periciados; *e) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão*;72 *f*) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente, para evitar a constante mudança de endereço de menores e dificultar a ação e apuração da síndrome de alienação parental. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (Lei 12.318/2010, art. 6º, parágrafo único); *g*) declarar a suspensão da autoridade parental e que o Código Civil brasileiro regula como *poder familiar*. A alienação parental também pode se dar em relação aos idosos que restam segre gados do convívio com outros parentes, usualmente isolados sob propósito em regra, de obtenção de alguma vantagem financeira.

5.9. SÍNDROME DAS FALSAS MEMÓRIAS

A construção de falsas memórias advém de lembranças implantadas por pessoas que tenham o escuso interesse em prolongar uma estratégia de persuasão que nem sempre é percebida num primeiro momento.[73] As falsas denúncias ou falsas memórias surgiram como uma ampliação das estratégias

destinadas a desvincular um filho do outro genitor e essas estratégias costumam ocorrer em quatro ocasiões: *a*) às vésperas de uma separação; *b*) após uma separação; *c*) às vésperas do ingresso de alguma ação judicial de disputa de guarda e visitas; *d*) no contexto concreto de uma ação judicial.

Alerta Graciela N. Manonellas ser difícil comprovar a malícia das falsas denúncias ou memórias, pois são armadas complexas provas e cínicas testemunhas, não com a intenção de condenar o denunciado, mas para usar esses mendazes fatos no juízo de família a fim de dificultar o contato desse progenitor com seus filhos e postergar até onde for possível o estabelecimento de um regime de visitas, cujo direito é muito fácil de obstruir diante da gravidade de uma denúncia mendaz de abuso sexual, maus-tratos físicos, violência ou ameaças de um pai ao seu vulnerável filho, e só o fato da denúncia já cumpre sua tarefa de distanciar o genitor falsamente acusado, especialmente com a notória lentidão de um processo familiar.[74] E, nesse cenário, caminha com vagarosidade um processo de custódia de filho e de proibição de convivência, sujeita a demanda às perícias com psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais para aclarar se o abuso realmente aconteceu ou quem abusa é um dos pais com suas falsas denúncias. Nesse triste espetáculo patrocinado pela cautela de proteção à vulnerável criança surge um ator/genitor que quer impedir a convivência do outro que se esmera e desespera para não perder o contato com seu filho. Seja qual for o resultado do processo apurando como verdadeiras ou realmente *falsas as denúncias*, razão assiste às psicólogas Alicia Husni e María Fernanda Rivas, quando afirmam que, sob qualquer prisma existe um sério problema entre este casal, a exigir por igual uma intervenção jurídica terapêutica, pois a apuração da verdade por si só não irá resolver o enigma e tampouco basta penalizar o autor do abuso, ou o da falsa memória enquanto essa família permanecer com sua saúde mental debilitada.[75]

[1] OTERO, Mariano C. *Tenencia y régimen de visitas.* Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 7.

[2] SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Exercício do poder paternal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. p. 65-68.

[3] MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coords.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey-Mandamentos, 2008. p. 291.

[4] NOVELLINO, Norberto J. *Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial.* Buenos Aires: García Alonso, 2008. p. 30.

[5] OLIVEIRA, J. F. Basílio de. *Guarda, visitação, busca e apreensão de menor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006. p. 95.

[6] OTERO, Mariano C. *Tenencia y régimen de visitas.* Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 109.

[7] BANDERA, Magda. *Custodia compartida*. Espanha: Arcopress, 2005. p. 99.

[8] *Idem*, p. 107.

[9] "Ação de guarda de menor e regulamentação de visitas. Decisão que deve ser tomada levando-se em consideração o interesse de incapaz. Legislação nacional que prioriza a fixação da guarda compartilhada, que, no entanto, não pode ser exercida em razão da diversidade de domicílios (São Paulo e Florianópolis). Fixação da guarda unilateral em favor do pai para o melhor desenvolvimento das menores com regime amplo de visitas à mãe a fim de propiciar o regular convívio materno filial atento ao princípio do melhor interesse da criança. Ação procedente. Sentença parcialmente reformada. Recurso parcialmente provido" (TJSP, Apelação Cível 1057020.38.2014.8.26.0002, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Erickson Gavazza Marques, j. 04.09.2019).

[10] "Em tais casos, não se tratando de 'guarda previdenciária', o Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser aplicado, tendo em vista mais os princípios protetivos dos interesses da criança, notadamente porque o artigo 33 está localizado em seção intitulada 'Da Família Substituta' e, diante da expansão conceitual de 'família' é, sobretudo, o princípio da afetividade, que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico. Isso posto, a Turma não conheceu do recurso do Ministério Público. Precedentes citados: REsp. n. 469.914/RS, *DJ,* 05/05/2003, e REsp. n. 993.458/MA, *DJe,* 23/02/2008)" (REsp 945.283/RN, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.09.2009).

[11] "Adoção. Vínculo. Criança. Adotante. Cuida-se, na espécie, da adoção de menor na qual a mãe e o casal, ora agravado, assinaram termo de declaração no qual há expressa manifestação de vontade do primeiro em consentir a doação de uma filha aos agravados, tendo o juiz *a quo* autorizado a permanência da menor com o casal pelo prazo de trinta dias. Posteriormente, passados oitos meses, o Tribunal *a quo* determinou a guarda da menor aos agravantes por constarem do cadastro geral, sob o fundamento de que uma

criança com menos de um ano não poderia ser afastada do casal agravado. A Turma entendeu que o critério a ser observado é a existência de vínculo de afetividade da criança e do casal adotante. Dever-se-ia, preponderantemente, verificar o estabelecimento do vínculo afetivo da criança com os agravados, que, se presente, torna legítima, indubitavelmente, a adoção *intuitu personae*. Assim, negou provimento ao agravo" (AgRg na MC 15.097/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.03.2009).

12 PAYUETA, Consuelo Barea. *Los inconvenientes de la custodia compartida*. Barcelona: Ediciones Consuelo Barea, 2012. p. 21.

13 Idem, loc. cit.

14 *Ibidem*, p. 22.

15 VIDE, Carlos Rogel. *La guarda de hecho*. Madrid: Tecnos, 1986. p. 41.

16 ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda compartilhada e visitas: A nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, como estabelecido. *Revista Lex do Direito Brasileiro*, São Paulo: Lex, v. 43, p. 143, jan.-fev. 2010.

17 PITCH, Tamar. *Un derecho para dos.* La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Trotta, 2003. p. 122.

18 ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda compartilhada e visitas: A nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, como estabelecido. *Revista Lex do Direito Brasileiro*, São Paulo: Lex, v. 43, p. 147, jan.-fev. 2010.

19 GóMEZ, Fabiola Lathrop. *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: La Ley, 2008. p. 289.

20 BANDERA, Magda. *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: La Ley, 2008; Barcelona: Arcopress, 2005. p. 29.

21 WALLERSTEIN, Judith S.; BLAKESLEE, Sandra. *Sonhos e realidade no divórcio.* Marido, mulher e filhos dez anos depois. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 342-343.

22 *Idem*, p. 345.

23 MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada física e jurídica*. São Paulo: RT, 2015. p. 83.

24 PAYUETA, Consuelo Barea. *Los inconvenientes de la custodia compartida*. Barcelona: Ediciones Consuelo Barea, 2012. p. 25.

25 OTERO, Mariano C. *Tenencia y régimen de visitas.* Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 110.

26 *Idem*, p. 298.

27 SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 101.

28 SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 65-66.

29 “Civil e processual civil. Recurso especial. Família. Guarda compartilhada. Dissenso entre os pais. Possibilidade.1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e desprovido” (STJ, REsp n. 1.417.868/ MG, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 10.05.2016).

30 SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 101.

31 “Recurso especial. Civil. Família. Guarda compartilhada. Obrigatoriedade. Princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente. Guarda alternada. Distinção. Guarda compartilhada. Residência dos genitores em cidades diversas. Possibilidade. Recurso especial interposto em 22/7/2019 e concluso ao gabinete em 14/3/2021. 2. O propósito recursal consiste em dizer se: a) a fixação da guarda compartilhada é obrigatória no sistema jurídico brasileiro; b) o fato de os genitores possuírem domicílio em cidades distintas representa ‘óbice à fixação da guarda compartilhada; e c) a guarda compartilhada deve ser fixada mesmo quando inexistente acordo entre os genitores. 3. O termo ‘será’ contido no § 2º do art. 1.584 não deixa margem a debates periféricos, fixando a presunção relativa de que se houver interesse na guarda compartilhada por um dos ascendentes, será esse o sistema eleito, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. 4. Apenas duas condições podem impedir a aplicação obrigatória da guarda compartilhada, a saber: a) a inexistência de interesse de um dos cônjuges; e b) a incapacidade de um dos genitores de exercer o poder familiar. 5. Os únicos mecanismos admitidos em lei para se afastar a imposição da guarda compartilhada são a suspensão ou a perda do poder familiar, situações que evidenciam a absoluta inaptidão para o exercício da guarda e que exigem, pela relevância da posição jurídica atingida, prévia decretação judicial. 6. A guarda compartilhada não se confunde com a guarda alternada e não demanda custódia física conjunta, tampouco tempo de convívio igualitário dos filhos com os pais, ademais, que, dada sua flexibilidade, esta modalidade de guarda comporta as fórmulas mais diversas para sua implementação concreta, notadamente para o regime de convivência

ou de visitas, a serem fixadas pelo juiz ou por acordo entre s partes em atenção às circunstâncias fáticas de cada família individualmente considerada. 7. É admissível a fixação da guarda compartilhada na hipótese em que os genitores residem em cidades, estados, ou, até mesmo, países diferentes, máxime tendo em vista que, com o avanço tecnológico, é plenamente possível que, à distância, os pais compartilhem a responsabilidade sobre a prole, participando ativamente das decisões acerca da vida dos filhos. 8. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.878.041/SP, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 25.05.2021).

32 PÁEZ, Emelina Santana. *Los procesos de família:* una visión judicial. FERNÁNDEZ, Eduardo Hijas (coord.). 2. ed. Madrid: Colex, 2009. p. 802.

33 ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda compartilhada e visitas: a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, como estabelecido. *Revista Lex do Direito Brasileiro*, São Paulo: Lex, v. 43, p. 148-149, jan.-fev. 2010.

34 "Guarda de menor compartilhada. Impossibilidade. Pais residindo em cidades distintas. Ausência de diálogos e entendimento entre os genitores sobre a educação do filho. Guarda alternada. Inadmissível. Prejuízo à formação do menor. A guarda compartilhada pressupõe a existência de diálogo e consenso entre os genitores sobre a educação do menor. Além disso, guarda compartilhada torna-se utopia quando os pais residem em cidades distintas, pois aludido instituto visa à participação dos genitores no cotidiano do menor, dividindo direitos e obrigações oriundas da guarda. O instituto da guarda alternada não é admissível em nosso direito, porque afronta o princípio basilar do bem-estar do menor, uma vez que compromete a formação da criança, em virtude da instabilidade de seu cotidiano. Recurso desprovido" (Apelação Cível 1.0000.00.328063-3/000, Rel. Des. Lamberto Sant'Anna, j. 11.09.2003).

35 Nesse sentido: "Civil e Processual Civil. Recurso especial. Família. Guarda compartilhada. Dissenso entre os pais. Possibilidade. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso, podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes dos do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). 3. Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequação à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e

desprovido” (REsp 1.417.868/MG (2013/0376914-2), Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.05.2015).

36 “Separação judicial consensual. Guarda compartilhada. Interesse dos menores. Ajuste entre o casal. Possibilidade. Não é a conveniência dos pais que deve orientar a definição da guarda, e sim o interesse do menor. A denominada guarda compartilhada não consiste em transformar o filho em objeto à disposição de cada genitor por certo tempo, devendo ser uma forma harmônica ajustada pelos pais, que permita a ele (filho) desfrutar tanto da companhia paterna como da materna, num regime de visitação bastante amplo e flexível, mas sem perder seus referenciais de moradia. Não traz ela (guarda compartilhada) maior prejuízo para os filhos do que a própria separação dos pais. É imprescindível que exista entre eles (pais) uma relação marcada pela harmonia e pelo respeito, na qual não existam disputas nem conflitos” (TJMG, Apelação Cível 1.0024.03.887697-5/001(1), 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Hyparco Immesi, j. 09.12.2004).

37 OLIVEIRA, J. F. Basílio de. *Guarda compartilhada*. Comentários à Lei n. 11.696/08. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008. p. 58.

38 Nesse sentido decidiu a Desembargadora Denise Volpato, no acórdão 2015.020844-4 da Sexta Câmara de Direito Civil do TJSC, em Apelação Cível julgada em 07.07.2015, constando do voto a seguinte e elucidativa passagem: “Cumpre ressaltar, a aplicação da guarda compartilhada do menor entre os pais não significa, necessariamente, que deverá haver alternância de residências. Cabe aos genitores, de comum acordo, fixar a residência do filho, observando o melhor interesse da criança. Nesse aspecto, imperioso destacar que cabe aos pais, em conjunto, prestar aos filhos os deveres e cuidado inerente ao poder familiar, sendo de bom alvitre para a formação da criança que superem, o mais breve possível, eventuais dificuldades emocionais decorrentes da separação e compactuem (mediante mútuo acordo) a livre visitação preceituada pela guarda compartilhada. Assim, é de ser conferida a guarda compartilhada da criança W.K.B aos pais, devendo ser realizado acompanhamento psicológico regular (de 30 em 30 dias) do núcleo familiar pelo período de ao menos 1 (um) ano no âmbito do Conselho Tutelar do Município de Presidente Getúlio/SC”.

39 SAP, 12ª Barcelona de 16 de maio de 2006. Citada por SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis Zarraluqui. *Marco jurídico paterno-filial en las rupturas de pareja*. Barcelona: Bosch, 2013. p. 721.

40 SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 175.

41 LAROUBA, Maria Elena. Los planes de parentalidade: una herramienta para facilitar el ejercicio de la guarda. In: LASARTE, Carlos (coord.). *Congreso IDADFE 2011*. Patria potestad, guarda y custodia. Madrid: Tecnos, 2014. v. II, p. 290-291.

42 GóMEZ, Fabiola Lathrop. Ob. cit., p. 529-534.

[43] JECKEL, Michele Sanches Barbosa. Guarda compartilhada de animais no divórcio. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex-Magister-IASP, v. 11, p. 129, mar.-abr. 2016.

[44] O STJ já decidiu sobre o tema, garantindo direito de ex-companheiro visitar animal de estimação após dissolução de união estável. Disponível em: <https://bit.ly/2M8LVNo>.

[45] ZWETSCH, Lívia Borges. *Guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da conjugalidade*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 16.

[46] *Idem*, p. 17.

[47] LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo dos. Comentário de decisão. *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, p. 170, maio-jun. 2015.

[48] JECKEL, Michele Sanches Barbosa. Guarda compartilhada de animais no divórcio. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex-Magister-IASP, v. 11, p. 133, mar.-abr. 2016.

[49] LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo dos. Comentário de decisão. *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, p. 174, maio-jun. 2015.

[50] OTERO, Mariano C. *Tenencia y régimen de visitas.* Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 173.

[51] *Idem*, p. 203.

[52] BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: Leud, 1981. p. 119.

[53] HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. *El derecho de visita*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997. p. 21 e 390.

[54] SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2008. p. 77.

[55] "Execução de obrigação de fazer. Visitas. Multa. Tendo o magistrado determinado que em caso de descumprimento do acordo de visitas seria imposta multa à virago e tendo ela, mesmo ciente da decisão, ignorado a determinação, correta se mostra a indenização fixada. Até porque, não trouxe ela nenhum fundamento plausível que faça com que seja elidido o pagamento da multa. Apelo desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70.012.800.207, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

[56] HAYA, Silvia Tamayo. *El estatuto jurídico de los padrastos*: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid: Reus, 2009. p. 189.

[57] TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 282.

[58] PEDROSA, Delia Susana; BOUZA, José María. *(SAP) Síndrome de alienación parental*. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores. Buenos Aires: García Alonso, 2009. p. 9.

[59] *Idem*, p. 10.

[60] *Idem*, p. 136.

61 *Ibidem*, p. 98.

62 “Apelação cível. Ação de alteração de cláusula de visitas proposta pela mãe. Reconvenção para alteração de guarda manejada pelo pai. ‘Conflito de lealdade’ manifestado pelo filho. Proteção ao interesse do infante. A única maneira de libertar o filho das frustrações e neuroses individuais vivenciadas pelos genitores é que estes superem as dificuldades resultantes do fim do casamento e deixem de utilizá-lo como massa de manobra às suas vendetas pessoais ou questões conjugais mal resolvidas. Não comprovadas as acusações mútuas de agressões físicas em relação ao filho, restam claras as agressões emocionais, que somente cessarão a partir do entendimento dos genitores e do ânimo conjunto de criarem ambiente familiar saudável capaz de proporcionar atmosfera neutra para proteger o menino do contexto nocivo do conflito emocionalmente destrutivo que os pais desenvolveram ao longo da demanda. Apelos não providos” (TJRS, Apelação Cível 70.023.556.715, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 14.08.2008).

63 “Ação cautelar. Pedido de visitas assistidas. Providência liminar. 1. Como decorrência do poder familiar, tem o pai não guardião o direito de avistar-se com o filho, acompanhando-lhe a educação e mantendo com ele um vínculo afetivo saudável. 2. Não havendo bom relacionamento entre os genitores e existindo acusações de abuso sexual do pai em relação ao filho e de alienação parental pela mãe, e havendo mera suspeita – ainda não confirmada – de tais fatos, correto o estabelecimento das visitas sem pernoite, mas sem acompanhamento por terceiro. 3. Como os fatos são graves e reclamam cautela, pois mais do que o direito dos genitores, há que se preservar o direito e os interesses da criança, mostra-se necessária a avaliação psiquiátrica e psicológica da criança e dos seus genitores, através de peritos judiciais especializados. Recurso da autora parcialmente provido e recurso do réu desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70063464440, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 25.03.2015).

64 MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 45.

65 *Idem*, p. 46.

66 *Idem*, p. cit.

67 FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental*. Comentários à Lei n. 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 46.

68 MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 47-48.

69 Para Jorge Trindade (*Manual de psicologia jurídica para operadores de Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 202): “O alienador deve ser responsabilizado

perante a justiça civil com a reparação pecuniária do dano causado à personalidade do filho, e perante o juízo criminal por ofensa aos direitos fundamentais da criança, tendo como corolário o princípio da dignidade da pessoa humana, incluindo-se a reparação ao cônjuge alienado".

70 "Processual civil e família. Ação de regulamentação de visitas e revisão de alimentos paternos. Decisão agravada que reduziu o encargo alimentar e fixou visitas paternas desacompanhadas, sob pena de multa. Fortes indícios de alienação parental (Lei 12.318/2010). Melhor interesse da criança que se sobrepõe no caso em apreço. Diferenças entre os genitores que não devem se imiscuir, o quanto seja possível, na esfera emocional da criança. Multa escorreitamente fixada, a fim de salvaguardar o vínculo paterno-filial. Alimentos que merecem ser ajustados, dado que fixados em ínfimo patamar. 1. Ainda que o genitor revele menor capacidade econômica que a genitora, não pode sua contribuição ser tão ínfima, merecendo pequeno ajuste, em sede de alimentos provisórios, em prol da filha de 04 (quatro) anos, cujas necessidades são presumidas e facilmente extrapolam os alimentos fixados. 2. Ante os fortes indícios da prática de atos de alienação parental pela genitora, em tentativas reiteradas de obstaculização das visitas paternas, bem como o notório intento de desprestigiar a imagem do pai, de modo escorreito fixada multa pelo juiz singular. Contudo, deve ser adequado o valor de R$10.000,00 (dez mil reais), para R$5.000,00 (cinco mil reais), a fim de se ajustar à realidade econômica das partes, ao tempo em que garantirá o direito fundamental ao pleno convívio familiar (art. 227, CF/88). 3. Sem ignorar o quão difícil pode ser aos genitores em questões familiares controlar suas emoções, há que se fazer especial esforço, a fim de minimizar as consequências para o filho, já atingido pelo quadro de intensa beligerância. Neste sentido, há que se ter uma conscientização de que ambos os pais prosseguem, ainda que não estejam juntos afetivamente, em um mesmo propósito, que decorre do poder familiar, o de promover o saudável e integral desenvolvimento de filho comum. Recurso conhecido e parcialmente provido" (TJPR, Agravo de Instrumento 1394041-1, 12ª Câmara Cível, Rel. Ivanise Maria Tratz Martins, j. 09.12.2015).

71 "Ação de guarda e responsabilidade. Ausência de intimação do Ministério Público depois da prolação de sentença. Nulidade sanada por manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça. Genitor que após a dissolução de união estável subtrai o filho e muda-se para lugar incerto e não sabido. Citação da mãe após utilização por esta de programas de televisão de alcance nacional com o intuito de reencontrar o filho e de instauração de procedimento de verificação de situação de risco pela Promotora de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Barra Velha. Busca e apreensão da criança e concessão da guarda provisória em favor da genitora. Acervo probatório que indica a prática de alienação parental pelo pai. Estudos sociais e laudo psicológico que demonstram o risco ao menor em caso de concessão da guarda ao genitor, a possibilidade de a genitora exercer a guarda e a vontade do menino de permanecer com a mãe. Prevalência dos interesses do menor. Constituição da República, artigo 227. Estatuto da Criança e do

Adolescente, artigos 5º, 6º, 15, 16, incisos II, IV e V, 17, 18, 19 e 100, inciso XII. Manutenção da guarda deferida em favor da genitora. Determinação, de ofício, para que as visitas pelo pai sejam condicionadas a prévios tratamentos psiquiátrico e psicológico e realizadas de forma gradativa, com acompanhamento psicológico do menor e mediante concordância expressa e pessoal da criança em juízo. Estatuto da Criança e do Adolescente, artigo 129, inciso III. Recurso desprovido" (TJSC, Apelação Cível 2009.044015-3, 2ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 24.08.2010).

72 "Guarda. Alienação parental. Alteração. Cabimento. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie. 4. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda. 5. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70065115008, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 13.07.2015).

73 TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores de Direito*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 207.

74 MANONELLAS, Graciela N. *La responsabilidad penal del padre obstaculizador, Ley 24.270*. Síndrome de alienación parental (SAP). Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005. p. 116.

75 HUSNI, Alicia; RIVAS, María Fernanda. *Familias en litígio*: perspectiva psicosocial. Buenos Aires: LexisNexis, 2008. p. 124.

Capítulo 6

DAS RELAÇÕES DE PARENTESCO

6.1. AS RELAÇÕES FAMILIARES E O PARENTESCO

A família está representada por sua estrutura fundamental, formada pelos vínculos afetivos dos pais e de seus filhos, prescrevendo a Carta Política ser a família a base da sociedade (CF, art. 226), e, portanto, constituindo-se no primeiro núcleo de existência da sociedade. Há diversas espécies de famílias e por isso o termo deve ser designado no plural, para apanhar todos os modelos sociais, consignado o § 4º do artigo 226 da Carta Política, se entender por entidade familiar a comunidade formada por qualquer de seus pais e descendentes. Enrique Varsi Rospigliosi escreve não haver dúvida ser a família hodierna *plural, igualitária, democrática, inclusiva e naturalmente humana*.[1] Por sua vez, o parentesco funda-se na relação de sangue que existe entre duas pessoas, quando uma descende da outra, ou ambas de um tronco ou antepassado comum, na linha reta ou colateral. Já o parentesco por afinidade existe entre uma pessoa que está casada ou foi casada; vive ou viveu em união estável e os consanguíneos de seu marido ou companheiro, ou da sua esposa ou companheira. O artigo 1.593 do Código Civil faz menção ao parentesco por adoção e acrescenta

ainda a expressão “outra origem”, admitindo outras fontes de parentesco, no entender da doutrina e da jurisprudência, quando advindos os vínculos da reprodução artificial e das relações socioafetivas.[2] No Recurso Extraordinário 898.060, o Supremo Tribunal Federal consagrou a paternidade socioafetiva, admitindo a possibilidade, inclusive, de uma pessoa ter pais biológicos e socioafetivos ao mesmo tempo, dando vida jurídica à multiparentalidade. Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, estabelecendo dentre vários outros considerandos, o fato de o RE 898.060/SC do STF reconhecer que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios e, portanto, admitiu o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade, diretamente perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais (Provimento CNJ 63/2017, art. 10), que poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais ou de duas mães no campo *filiação* no assento nascimento (art. 14). Dispondo posteriormente, o Provimento 83/2019, com as alterações que fez aos artigos 10 e 14 do Provimento 63/2017, que o reconhecimento voluntário da socioafetividade paterna ou materna de pessoas acima de 12 anos de idade será autorizada perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais e deve se tratar de um relacionamento socioafetivo estável e socialmente exteriorizado, com a inclusão de somente um ascendente socioafetivo, pois, interessando o acesso de outros, o requerimento deverá ser judicial.

Da *filiação* decorre o parentesco que une um indivíduo aos demais que formam um mesmo grupo pelos vínculos de sangue, cujo liame natural é distinto dos laços de conjunção de uma entidade familiar proveniente do casamento ou da união estável, unindo-se uma pessoa a outra de sexo oposto ao seu, ou do mesmo sexo, com efeitos jurídicos diversos. A filiação nem

sempre advém dos laços sanguíneos, porquanto, reconhece a legislação brasileira o parentesco legal da adoção, enquanto a doutrina e os tribunais, inclusive o STF, fazem referência à filiação socioafetiva. Já em relação ao vínculo do casamento ou de união estável, os cônjuges ou conviventes não são parentes e seu liame é meramente conjugal ou de união estável, podendo ser dissolvido pela morte, mesmo sendo ela presumida, pelo divórcio, ou pela nulidade ou anulação do casamento e pela dissolução da relação de estável convivência.

Também a afinidade ingressa no conceito de parentesco em razão do vínculo criado a partir do casamento ou do companheirismo que une cada um dos cônjuges ou conviventes aos parentes do outro. Não há como desconsiderar a constante evolução por que passam as relações parentais no plano social e jurídico, sendo criados e aceitos novos arranjos familiares com outros personagens e que divergem do tradicional modelo familiar, como ocorre com as denominadas famílias monoparentais, com as famílias reconstituídas, com as famílias homoparentais e com as chamadas famílias simultâneas,[3] cujos vínculos e efeitos jurídicos têm sido reconhecidos por alguns tribunais, enquanto as famílias simultâneas continuam sendo invariavelmente refutadas pelo Superior Tribunal de Justiça,[4] como igualmente se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, na relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, por seis votos a cinco (6x5), em repercussão geral, no sentido de que: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1º do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico brasileiro".[5]

No âmbito do Direito de Família, as relações jurídicas se classificam em *a*) conjugais ou de união estável; *b*) de parentesco, provenientes dos elos em linha vertical ou horizontal; *c*) de afinidade.[6]

Há referência doutrinária meramente ilustrativa à existência do parentesco *espiritual*, sem nenhum reflexo no Direito positivo brasileiro, mas com trânsito no Direito canônico, e que opera entre os padrinhos de batismo e os denominados *afilhados*.[7]

6.2. DESENLACES PARENTAIS

A fonte do parentesco decorre de longo tempo na história da humanidade do fato biológico da geração, resultante dos vínculos de sangue, em descendência direta, quando provêm uma da outra, ou em linha colateral, quando estes laços consanguíneos advêm de um tronco comum. Clóvis Beviláqua dizia que o parentesco da cognação (consanguíneo) vincula pessoas de um mesmo tronco ancestral, como também há parentesco por afinidade na relação que aproxima cada cônjuge dos parentes do outro.[8]

Contudo, as relações parentais sofreram ao longo dos tempos os influxos socioculturais, existindo uma época em que as famílias tinham maior extensão em termos de linhas e graus de parentesco, e ainda antes da Carta Política de 1988, existiam diferenças legais entre parentes legítimos, quando engendrados por um homem e uma mulher validamente casados,[9] e ilegítimos, quando a filiação era gerada fora do matrimônio. Prescrevia o artigo 332 do Código Civil de 1916, distinguindo o parentesco legítimo, quando a filiação procedia do casamento, e ilegítimo, quando não resultasse do matrimônio, conforme adviesse de consanguinidade ou adoção. O artigo 332 do Código Civil de 1916 foi revogado pelo artigo 10 da Lei 8.560/1992, que deu efetivo cumprimento ao artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, no tocante à igualdade da filiação. Nesta cultura da filiação *nupcialista* salvavam-se os filhos legitimados pelo posterior casamento dos pais (*per subsequens matrimonium*), cujo matrimônio subsequente ao nascimento da prole tinha o efeito de reconhecê-la como legítima. Todo o valor social da filiação estava centrado na

proteção especial que o casamento outorgava aos filhos conjugais, por se tratar o matrimônio da única entidade familiar legalmente reconhecida, gerando, em contrapartida, uma exagerada desvantagem à situação dos filhos ilegítimos, em razão da discriminação legal e social, aumentando o risco pelo fracasso dos filhos ilegítimos, como cidadãos socialmente aptos.[10]

Na outra ponta das relações parentais encontram-se os vínculos de parentesco na linha transversal, cujo laço de parentalidade resulta da série de graus entre pessoas que tem uma origem comum, mas sem que descendam umas das outras, e cujos vínculos de parentesco, em um primeiro estágio normativo eram reconhecidos até o décimo grau, sendo reduzido para o sexto grau pelo artigo 331 do Código Civil de 1916.

O parentesco colateral coexistia no direito familista, mas até o sexto grau, e tinha como único efeito jurídico o de dar maior extensão legal aos vínculos familiares, enquanto o direito sucessório não reconhecia efeitos materiais hereditários além do quarto grau de parentesco. O Código Civil de 2002 corrigiu esta distorção e também reduziu os laços de parentesco ao quarto grau, como já ocorria no direito sucessório, igualando os vínculos parentais no Direito de Família com os vínculos hereditários do Direito das Sucessões (CC, arts. 12, parágrafo único, 1.592 e 1.839).

6.3. ESPÉCIES DE FAMÍLIA E RELAÇÕES ATUAIS

As relações familiares vão modificando com muita velocidade, reduzindo--se os vínculos relacionais para um modelo familiar mais restrito, quer derive o parentesco da constituição de uma união estável, do casamento, dos laços naturais duplos, quando, de pai e mãe, ou simples, quando só tem em comum o pai ou a mãe e, por fim, o parentesco da afinidade ou da adoção. A família está encolhendo, tornando-se um fenômeno em extinção aquelas famílias extensas que envolviam pais, tios, irmãos e primos, entre outros agregados.

Um acontecimento a ser considerado nesta mutação da modelagem familiar deriva das novas descobertas e dos avanços das técnicas de reprodução assistida, viabilizando que terceiros estranhos à relação possam ser biologicamente responsáveis pela geração de uma criança, sem assumirem oficialmente o papel parental de ser pai ou mãe, dando vazão à noção da filiação afetiva, que descarta a contribuição genética e valoriza a criação pelo afeto. A filiação afetiva também é consequência do desconhecimento ou da ocultação da identidade do genitor genético, criando-se com exacerbada frequência a dissonância entre o vínculo biológico e a realidade jurídica, subsistindo, ao cabo de tudo, uma tríplice natureza da filiação, em seu caráter natural, afetivo ou jurídico,[11] aduzindo Marco Túlio de Carvalho Rocha, ser a filiação jurídica substancialmente diferente das outras duas, por situar-se no plano da normatividade, e embora todas as classes de filiações tenham seu viés cultural, a filiação jurídica só se justifica se coincidente com o vínculo biológico e socioafetivo.[12]

Restrita ou extensa, a família vem sendo diferenciada por variadas nomenclaturas, conforme sua estrutura de formação. Quando os vínculos são biológicos ela é chamada de: *a*) *família nuclear,* neste caso estabelece limites mais estreitos e definidos de parentalidade; *b*) *família extensa* (ECA, art. 25, parágrafo único), quando inclui graus mais amplos de parentesco, estendendo-se pelo menos para três gerações, em sentido vertical e incluindo os primos na linha horizontal; *c*) a *família de origem* identifica a ascendência da pessoa, a família da qual ela provém, enquanto, *d*) a *família de procriação* designa aquela família que o indivíduo cria com o seu cônjuge ou companheiro. Se os vínculos forem psicossociológicos, a família tem sido diferenciada em *adotiva* e *educadora*. Ainda quanto à sua estrutura, pode ser dividida em *família nuclear intacta, monoparental* ou *reconstituída*. Por fim, a expressão *unidade de convivência* é utilizada para as pessoas que vivem em um mesmo lugar, como irmãos ou amigos e outros graus de parentesco.[13]

Cumpre considerar a pluralidade das formas de constituição das relações de família, adequando-se o Direito na absorção destes novos vínculos familiares, e que são todos eles efetivos destinatários da proteção estatal, quer esta família sobrevenha de um ato solene ou informal, ou de mera convenção social. Não pode ser descartado o importante dado da *desbiologização* da família, em que a filiação socioafetiva tem preponderado sobre vínculos unicamente biológicos e que já se faz presente na adoção judicial, *adoção à brasileira* e na reprodução assistida, a demonstrar que a identidade biológica cede espaço social e jurídico para uma nova base de unidade familiar escorada no valor supremo do afeto em sintonia com o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente.[14]

6.4. CONCEITO DE RELAÇÕES DE PARENTESCO

Interessa ao Estado a sólida organização das famílias e dos vínculos que estas relações produzem em toda estrutura da sociedade, nela se assentando as colunas econômicas e as raízes morais da organização social.[15] A lei regula tanto as relações de parentesco, no seu aspecto mais restrito e pessoal, como disciplina os vínculos mais distantes e que igualmente interessam à ordem social. Os laços de parentesco refletem tanto no ramo do Direito Público como no de Direito Privado, com efeitos jurídicos de ordem pessoal e patrimonial, além de estabelecerem proibições em razão das vinculações parentais. Os direitos processuais consignam normas pertinentes ao parentesco, vedando a ouvida de testemunhas ligadas por laços de parentesco, assim como é causa de recusa como testemunhas no Direito Processual Penal. No Direito Penal, o parentesco entre o autor do delito e a vítima pode ser causa de agravamento ou de isenção da pena quando o crime é cometido contra cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou entre ascendente ou descendente (CP, art. 181, incs. I e II). O Código Penal regula todos aqueles crimes contra a família, como a *bigamia*

(CP, art. 235); *o induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento* (CP, art. 236); *conhecimento prévio de impedimento para o casamento* (CP, art. 237); *simulação de autoridade para celebração de casamento* (CP, art. 238); a *simulação de casamento* (CP, art. 239), tendo sido revogado pela Lei 11.106/2005, o crime de adultério.

No direito administrativo e constitucional existem restrições de parentesco para a ocupação de cargos de administração,[16] e as inelegibilidades eleitorais (CF, art. 14, § 7º). No Direito de Família surgem as proibições de matrimônio entre parentes, e a obrigação de encargo alimentar devido entre os parentes e cônjuges ou conviventes; como também sujeita os filhos menores e por isto incapazes ao *poder familiar*; outorga o direito à tutela ou curatela; o direito de se opor à celebração de casamento. No direito sucessório o parentesco estabelece as classes de herdeiros, que entre os colaterais encerra no quarto grau,[17] como institui o direito de requerer a redução das doações inoficiosas e a impossibilidade de ser testemunha em testamento. Ainda no direito sucessório o parentesco é levado em consideração para regular o direito à legítima, como também regula as causas de exclusão da herança por indignidade ou deserdação.

A influência do êxodo rural e o fato da redução da família a partir da sua concentração nos grandes centros urbanos refletiram no direito sucessório, ao recuar os vínculos de parentesco para o quarto grau, em conformidade com a redação do Decreto-lei 9.461, de 1946, que alterou o artigo 1.612 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 1.839 do Código Civil de 2002.

O conceito de parentesco não está apenas circunscrito ao vínculo existente entre pessoas que descendem de ancestral comum e consanguíneo, mas também o parentesco por afinidade e o parentesco civil oriundo da adoção. Enfim, o parentesco é a relação que vincula entre si pessoas que descendem umas das outras, ou de autor comum, que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro (*afinidade*), ou que se estabelece por ficção

jurídica na adoção.[18] O parentesco por afinidade não concede nenhum direito, como por exemplo, alimentos ou herança *ab intestato*, embora sejam impostas certas limitações, como a proibição de núpcias com os afins em linha reta, sogros(as) e enteados(as) (CC, art. 1.521, inc. II).

Não se confunde o conceito de família com o de parentesco, pois àquela representa o conjunto de pessoas unidas por vínculos jurídicos, sendo a família formada pelos laços conjugais ou de união estável e envolve os pais e filhos, enquanto o parentesco representa o vínculo jurídico existente entre pessoas originadas da consanguinidade, da afinidade ou da adoção.[19]

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama,[20] "no âmbito do Direito de Família as relações jurídicas se classificam em: *a*) relações conjugais – atualmente alcançando também aquelas fundadas no companheirismo; *b*) as relações de parentesco, entre as quais se destacam aquelas relativas à filiação, mas que, no entanto, não se resumem aos liames entre filhos e pais; *c*) e as relações de afinidade".

Para Cecília Grosman e Irene Alcorta,[21] o parentesco é bilateral, pertencendo os indivíduos a duas famílias distintas: a de origem e a de procriação, existindo três classes de parentesco: por consanguinidade, que liga as pessoas que descendem umas das outras, de um antepassado comum, podendo ser em linha reta descendente: filhos, netos, bisnetos e demais descendentes, e em linha reta ascendente: pais, avós, bisavós, tataravós e outros ascendentes. Na linha colateral a relação de parentesco existente é determinada por um ascendente comum, que serve de ponto de referência ou tronco comum; e o parentesco por afinidade, quando a união dos integrantes de um casal se formaliza pelo matrimônio, e no Brasil também por meio da união estável, derivando desse vínculo o parentesco afim, que une cada um dos cônjuges, ou dos unidos estavelmente, com os parentes do outro cônjuge ou convivente. Segundo Arnoldo Wald,[22] o parentesco em certos graus gera impedimentos e incompatibilidades para a celebração do casamento, como efetivamente proíbe o artigo 1.521 do Código Civil, o casamento dos

ascendentes com descendente (inc. I); o dos afins em linha reta (inc. II), mesmo depois de dissolvido o casamento ou a união estável, pois na linha reta a afinidade não se extingue (CC, art. 1.595, § 2º) o casamento do adotante com quem foi cônjuge do adotado e o do adotado com quem o foi do adotante (inc. III); dos irmãos unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive (inc. IV), salvo exame médico de habilitação de casamento entre colaterais de terceiro grau (Decreto-lei 3.200/1941); o casamento do adotado com o filho do adotante (inc. V); o das pessoas casadas (inc. VI) e o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (inc. VII).

6.5. PARENTESCO ATÉ O QUARTO GRAU

A linha reta é ascendente ou descendente, conforme se encare o parentesco, subindo-se da pessoa a seu antepassado ou descendo-se, sem qualquer limitação, e por mais afastadas que estejam as gerações, serão sempre parentes entre si pessoas descendentes umas das outras.[23]

Quanto ao parentesco na linha colateral, também denominada linha transversal ou oblíqua, embora parentes, eles não descendem um do outro, e de acordo com Guilherme Calmon Nogueira da Gama,[24] "diversamente da linha reta, há a limitação do parentesco", porque, pela modificação surgida no artigo 1.592 do Código Civil, em contraposição ao artigo 331 do Código Civil de 1916,[25] os parentes na linha colateral só serão contados até o quarto grau. O parentesco oblíquo varia nas legislações e no Brasil já foi até o décimo grau, sendo reduzido para o sexto grau no artigo 331 do Código Civil de 1916, e para o quarto grau no artigo 1.592 do Código Civil de 2002.

Essa redução de contagem colateral de gerações de parentesco, limitada ao quarto grau, já havia sido alterada em 1946, por força do Decreto-lei 9.461, ao modificar o artigo 1.612 do Código Civil de 1916.

Dessa forma, e por esse efeito, o mérito do legislador do vigente Código Civil está na uniformização dessa redução do grau de parentesco e assim eliminar as divergências e os desencontros remanescentes do artigo 331 do Código Civil de 1916, que referia existir parentesco colateral até o sexto grau, mas sem contrapartida no direito sucessório, aonde o parentesco ia até o quarto grau.

Contudo, ainda remanesce uma curiosa e duvidosa contradição, pois o colateral até o quarto grau pode ser herdeiro direto, embora jamais possa vir a ser devedor de obrigação alimentar, pois esta obrigação de prestar alimentos entre os colaterais não passa do segundo grau de parentesco, conforme o artigo 1.697 do Código Civil, ao ordenar que ausentes ascendentes e descendentes, a obrigação alimentar cabe aos irmãos, assim germanos como unilaterais que se encontram no segundo grau de parentesco.

6.6. CONTAGEM DE GRAUS

A proximidade do parentesco é determinada por meio de linhas e graus, sendo grau de parentesco o vínculo entre dois indivíduos, formado pela geração biológica ou civil (adoção), de modo que, para cada geração se conta um grau. Ou seja, o salto de um parente ao outro imediato, ou a distância que guardam entre si dois parentes, é denominado *grau de parentesco*.[26] Contam-se os graus, tanto na linha reta como na colateral, observando-se o número de gerações, em que cada geração representa um grau. Enfim, grau é a distância existente entre dois parentes e, de acordo com o artigo 1.594 do Código Civil, contam-se na linha reta os graus de parentesco pelo número de gerações, em que cada geração representa um grau, assim, o pai e o filho são parentes em primeiro grau, pois entre eles medeia uma única geração. Já entre avô e neto existem duas gerações, do avô para o filho e deste para o neto, logo, avô e neto são parentes em segundo grau, enquanto o bisavô em relação ao bisneto passa por três gerações, a

saber: do bisavô para o avô, deste para o pai e deste para o bisneto, sendo parentes em linha reta no terceiro grau, indo a contagem na linha reta até o infinito.

Na linha colateral os parentes não descendem uns dos outros, mas de um tronco comum, que é o vínculo de ligação que forma o parentesco, como no exemplo de dois irmãos, parentes colaterais por descenderem do mesmo pai. O vínculo de parentesco consanguíneo tem no ascendente ou *tronco comum* o elo de parentalidade.

Conforme o artigo 1.594 do Código Civil, na linha colateral também se contam os graus pelo número de gerações, mas subindo de um dos parentes até o ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente.

Portanto, são contados os graus pelo número de gerações, subindo-se até o parente comum, por exemplo, o pai, descendo-se depois ao outro parente, por exemplo, o irmão. Dessa forma, os irmãos se encontram em segundo grau de parentesco na linha colateral, porque em primeiro grau se deve subir de um dos filhos ao pai e depois descer do pai até o outro filho, de modo que o grau mais próximo entre os colaterais é o segundo grau existente entre irmãos, inexistindo parentes colaterais em primeiro grau.[27]

Assim sendo, irmãos só são parentes porque têm um pai ou os ascendentes comuns. Consequentemente, o parentesco ascendente (filho, pai) ou descendente (pai, filho) começa do primeiro grau, enquanto o parentesco colateral só principia do segundo grau,[28] não existindo o primeiro grau na linha colateral.

6.6.1 Linhas de parentesco

Existem duas linhas de parentesco, a saber: *a*) a linha reta e a *b*) linha colateral. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes (CC, art. 1.591). Chama-se linha descendente a série de graus ou gerações que unem o tronco comum

com seus filhos, netos e demais descendentes e se chama linha ascendente a série de graus ou gerações que ligam o tronco com seu pai, avô e outros ascendentes. Já na linha colateral os graus se contam igualmente por gerações, remontando desde a pessoa cujo parentesco se quer comprovar até o autor comum, e deste até o outro parente, ou como ordena o artigo 1.592 do Código Civil brasileiro, *são parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.*

Linha significa a vinculação de uma pessoa a um tronco ancestral comum, de forma sucessiva e não interrompida, e parentesco em linha reta é o que se estabelece entre as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes. Como explica Carlos Roberto Gonçalves,[29] sob o prisma de sua ascendência, toda a pessoa tem duas linhas de parentesco: a linha materna, quando o vínculo procede da mãe e a linha paterna quando se origina do pai. Há, portanto, distinção entre a linha paterna e materna, tanto na linha reta como na colateral, podendo as pessoas ser parentes, ao mesmo tempo, na linha paterna e na materna, ou seja, são parentes nas duas linhas, como por exemplo, os irmãos germanos, ou somente são parentes numa ou na outra linha, qual seja, são estas duas pessoas parentes por parte de pai ou por parte da mãe, como sucede com os irmãos unilaterais.

Há parentesco na linha reta ascendente subindo da pessoa para os seus ascendentes, pais, avós, bisavós e assim por diante, e há parentesco na linha reta descendente quando se desce dessa pessoa para os seus descendentes, filhos, netos, bisnetos e assim por diante, sem nenhum limite de grau e por mais afastadas que se encontrem as gerações.

São parentes em linha colateral ou transversal até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra (CC, art. 1.592), por exemplo: dois irmãos, cujo tronco comum é o pai, ou o sobrinho e o tio, cujo ascendente comum é o avô.

Conforme o artigo 1.592 do Código Civil, o parentesco na linha colateral, não se estende além do quarto grau,[30] compatibilizando-se com o direito sucessório do Código Civil de 1916, que já limitava ao quarto grau a vocação hereditária, presumindo a lei que depois desse grau o afastamento já é suficiente para espaçar sentimentos mais próximos de solidariedade e afeição recíprocas, não fornecendo, portanto, bases para se estabelecerem relações de direito, pois na medida do distanciamento do parentesco, vão-se enfraquecendo pouco a pouco os laços daqueles por eles unidos.

6.6.2 Parentesco por afinidade

Afinidade é o laço que une cada um dos cônjuges ou conviventes aos parentes do outro, ou vice-versa, conforme artigo 1.595 do Código Civil brasileiro.

Como explica Pontes de Miranda, "por ser, caracteristicamente, laço entre o homem e os parentes da mulher, ou entre a mulher e os parentes do homem, a afinidade não vai além dessas pessoas, nem as faz *afins* entre si".[31]

A afinidade é uma cópia da consanguinidade, é vínculo meramente fictício, assim, cada cônjuge ou companheiro se alia aos parentes do outro, limitando-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro (CC, art. 1.595, § 1º), portanto, só serão afins os pais, os filhos e os irmãos de cada cônjuge ou companheiro, restringindo-se na linha reta ao genro e à nora, ao sogro e à sogra, ao enteado e à enteada, à madrasta e ao padrasto, e, na linha transversal, ao cunhado e à cunhada.

Na linha transversal o parentesco por afinidade não vai além do segundo grau, existindo tão somente com os irmãos do cônjuge ou companheiro, onde cunhados serão parentes por afinidade.[32] No parentesco por afinidade, oriundo do casamento ou da união estável, em que cada cônjuge ou companheiro torna-se aliado aos parentes do outro pelo vínculo de afinidade (CC, art. 1.595), mesmo existindo tronco ancestral comum, os

graus são contados unicamente por analogia com o parentesco consanguíneo,[33] uma vez que os afins não estão vinculados entre si por relações de sangue.

Em realidade, não há contagem dos graus de parentesco entre os afins porque não descendem uns dos outros e tampouco vêm de um tronco comum.

Nos termos do § 2º do artigo 1.595 do Código Civil, na linha reta o parentesco por afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável, e, portanto, a sogra, o sogro, o enteado e a enteada,[34] a madrasta e o padrasto continuarão sendo parentes por afinidade, não obstante tenha sido dissolvido o casamento ou a união estável que deu origem ao parentesco afim.

O inciso II do artigo 1.521 do Código Civil proíbe, a qualquer tempo, por impedimento absoluto, o casamento dos afins em linha reta, mesmo depois de extinta a entidade familiar (CC, art. 1.595, § 2º), estando, impedidos de casarem o sogro com a nora, a sogra com o genro e o padrasto com a enteada e vice-versa.

Esse impedimento não existe na linha colateral, porque nela cessa a afinidade com a dissolução da entidade familiar, podendo o divorciado ou viúvo casar com a sua ex-cunhada e vice-versa. Sucedendo a nulidade ou a anulação do casamento putativo, os vínculos de afinidade serão reconhecidos.

O artigo 1.561 do Código Civil abre uma exceção da validade para os casamentos contraídos de boa-fé, produzindo os efeitos do matrimônio até o dia da sentença anulatória, e desse modo o casamento gera seus efeitos até ser anulado, e depois de anulado segue mantendo os vínculos de afinidade na linha reta (CC, art. 1.595, § 2º) de um casamento existente até a sua sentença de anulação, e neste caso em especial, desimporta seja a boa-fé unilateral, porque os impedimentos em razão da subsistência dos vínculos de afinidade irradiam os seus efeitos para ambos os cônjuges.

6.7. A MULTIPARENTALIDADE

Carlos Roberto Gonçalves define a multiparentalidade, no fato de o filho possuir dois pais ou mães reconhecidos pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva.35 Contudo, nada impede possa alguém reivindicar a existência de três pais e uma mãe, por exemplo, sendo um deles registral, outro biológico e um terceiro socioafetivo e todos com iguais pretensões de registro de sua paternidade. A escolha reside em admitir ou não, que uma pessoa possa ter duas ou mais mães ou dois ou mais pais, atribuindo todos os efeitos jurídicos desta multifacetada parentalidade.[36] A dupla maternidade ou dupla paternidade surgiu no sistema jurídico brasileiro a partir da adoção conjunta para casais do mesmo sexo,[37] existindo um sem-número de precedentes que acolhem o registro de filiação constando, nas hipóteses de casais homoafetivos, o nome de dois pais ou de duas mães ao invés do registro de pai e mãe, e é formalmente admitida pelos artigos 10 e 14 do Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça, que regulam o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva direto perante o oficial de registro civil das pessoas naturais, sem exceder a mais de dois pais ou de duas mães no campo *filiação* no assento de nascimento. Em 14 de agosto de 2019, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 83 para modificar requisitos na paternidade socioafetiva, alterando alguns dispositivos do Provimento 63/2017 e ordenando que o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais deve exteriorizar um vínculo socioafetivo estável e socialmente visível, demonstrada ao registrador a prova da existência da afetividade por todos os meios de prova em direito admitidos e, se o filho for menor de 18 anos, o reconhecimento da filiação socioafetiva exigirá o seu consentimento, com parecer do Ministério Público, sendo apenas admitida a inclusão de um

ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do lado materno, ficando dependente de tramitação judicial a inclusão de mais de um ascendente.

Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior já se mostravam favoráveis à duplicidade dos vínculos materno ou paterno, principalmente quando um deles for socioafetivo e surgir em complementação do elo biológico ou socioafetivo,[38] sendo perfeitamente compreensível que o par de ascendentes se complete entre um pai e uma mãe, dois pais ou duas mães, mesclando ou não os vínculos biológicos e socioafetivos em situações pontuais julgadas pelos tribunais brasileiros, e que envolvam no mais das vezes hipóteses de fertilização medicamente assistida ou por meio da adoção em relacionamentos homoafetivos. Neste mesmo sentido, pontuava Ana Amélia Ribeiro Sales dizendo que as técnicas de procriação medicamente assistidas e a realidade social já demonstravam que no plano fático a existência de duas mães e um mesmo filho é perfeitamente possível, não podendo o Direito negar a existência dessas situações.[39]

Flávio Tartuce,[40] Carlos Roberto Gonçalves[41] e Christiano Cassettari[42] lembram que o tema adquire igual relevo na questão relativa aos direitos e deveres dos padrastos e madrastas, e citam acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinou o registro de madrasta como mãe civil de enteado, mantida a mãe biológica, que havia falecido por ocasião do parto.[43] Maurício Cavallazzi Póvoas é francamente favorável à multiparentalidade com a manutenção concomitante de um genitor biológico e outro socioafetivo, como poderiam ser dois genitores apenas socioafetivos, não tendo nenhum deles gerado a criança, como no exemplo de um casal homoafetivo masculino em inseminação artificial heteróloga.[44]

Também Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues são partidários da multiparentalidade, que inaugura um novo paradigma do direito parental no ordenamento brasileiro, e que o registro não pode ser óbice para sua efetivação,[45] ao passo que Maria Berenice Dias considera ser

o elemento afeto o identificador das entidades familiares e serve como parâmetro para definir os vínculos parentais. Dessa forma, segundo os autores antes citados, para o reconhecimento de filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas, sendo o direito examinado sob a ótica do filho, admitindo a possibilidade de uma pessoa ter vários pais e todos devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos.[46]

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf vêm com reservas a aplicação indistinta da multiparentalidade, e acrescem que justamente, a dignidade da pessoa humana na filiação socioafetiva é tão irrevogável quanto a biológica, devendo ter o cuidado de não patrimonializar as relações de família.[47]

Cristiano Chaves de Farias refere que o tema exige cuidados e ponderações de ordem prática, pois que se estaria tolerando, por igual a pluri-hereditariedade,[48] porquanto, um filho plúrimo, de vinculações socioafetivas e biológicas estaria habilitado a buscar a herança de cada um dos seus progenitores que viessem a falecer, sendo de todos eles um herdeiro necessário, assim como de cada qual deles seria credor de alimentos e também, como decorrência natural dos vínculos de filiação, deveria acrescer ao seu nome os apelidos de seus pais, que dividiriam entre si a educação do filho, quem teria de se multiplicar para atender à convivência igualitária com cada qual dos seus múltiplos ascendentes e absorver as orientações e diretrizes educativas que variam com a própria pessoa e sua educação e formação pessoal.

A doutrina aderente trabalha com os valores constitucionais da dignidade humana e com o princípio da afetividade, notadamente quando lembrado que a verdade biológica ganhou corpo com a sacralização do DNA, porquanto, antes dos exames genéticos a verdade da filiação era sempre registral, surgindo a filiação socioafetiva ainda em um segundo plano diante da verdade biológica. A pluriparentalidade ou multiparentalidade tem

justamente esta proposta de dar à socioafetividade o mesmo valor conferido à realidade consanguínea, vencendo os obstáculos iniciais deparados com a Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) que não prevê a filiação multiparental, pois consta do seu artigo 54, inc. 7º, que no assento de nascimento deverá fazer parte os nomes e prenomes dos pais, gerando a filiação plúrima, todos os efeitos jurídicos atinentes ao parentesco, ao nome, aos alimentos, à guarda que precisará ter em mira os interesses superiores do menor, as visitas, os direitos sucessórios e, quando houver divergência entre os vários pais, devem eles recorrer ao juiz. Os tribunais têm enfrentado ações sucessórias que bem refletem a monetarização dos relacionamentos familiares, quando filhos socioafetivos investigam a paternidade biológica de pai morto com o intuito da sucessão, o que reputo vetado pela aplicação inversa do parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil e do parágrafo único do artigo 26 do ECA, sendo curioso constatar que estes investigantes da verdade biológica não se vexam de abdicar da sua longa história e trajetória da dinâmica vida socioafetiva para abocanhar uma herança e os tribunais, que estranhamente deferem a procedência ou prevalência da verdade genética em detrimento da realidade socioafetiva, nessas ocasiões, não se recordam da pluriparentalidade, pois só há lugar para um pai ou uma mãe (não está em questão o aspecto moral da pretensão hereditária). Se como admitem alguns civilistas a possibilidade de uma pessoa poder ter vários pais, tirante aquelas situações pontuais, *v.g.*, de filhos de casais homoafetivos, todos os arranjos de filiação serão viáveis, como: 1) dois pais ou duas mães; 2) dois pais e duas mães; 3) dois pais e uma mãe; 4) duas mães e um pai; 5) vários pais e uma mãe; ou 6) várias mães e um pai. Não pode valer apenas a dignidade do filho, pois a dignidade e as razões pertencem a todos, porquanto todos os elos (registral, biológico e socioafetivo) são relevantes, segundo a teoria tridimensional da condição humana, mas o excesso e descontrole pode ser infausto à própria criança ou adolescente.

Quais os limites que devem ser impostos, porquanto a plúrima filiação se tornaria um campo fértil para a habilitação e ingresso do registro de filiação socioafetiva de todos os "pais", que tivessem desenvolvido com a mãe do infante uma convivência estável e construído uma relação de padrasto com o menor?[49] Qual o sentido em admitir uma paternidade dúplice de uma esposa que traiu o marido, teve um filho extraconjugal e trouxe para convívio com o filho (aparentemente conjugal) a figura do pai biológico, fruto da traição, com direito à averbação de seu nome na certidão de nascimento da criança, que passa a ser filho presumido do casamento e filho concomitante do adultério, sendo isto consignado aos olhos de todos na sua certidão de nascimento, causando incontestável constrangimento para os pais matrimoniais? Efetivamente, a filiação multiparental não é solução para todas as hipóteses e para todas as mais livres reivindicações, tanto que o STJ já definiu no REsp 1.333.086/RO que é direito indisponível do menor a escolha de buscar, no futuro, o reconhecimento ou não, do seu vínculo socioafetivo.[50] Deve ser sopesado qual o real proveito da interferência de um segundo progenitor na vida de uma criança que vive sob o abrigo dos seus pais conjugais, chamando o pivô de um adultério para o exercício de paternidade adulterina e colateral, com interferência direta na família que ele invadiu por manter um *affair* com a esposa de outro, a quem engravidou, e agora quer registrar na certidão de nascimento da criança a marca da sua invasão.

A função de pai já é exercida pelo marido da esposa infiel, não cometendo qualquer senso mínimo de justiça dar valor processual à eventual verdade biológica desprezando toda uma relação familiar presente e futura que o filho adulterino criou, por presunção com seus pais conjugais.

A multiparentalidade tem assento indiscutível quando se trata de genitores homoafetivos, mas não encontra abrigo jurídico entre protagonistas antagônicos e de perspectivas colidentes e incompatíveis, impondo a paternidade biológica e a socioafetiva. Em realidade, a multiparentalidade

quando refoge de suas costumeiras hipóteses, não amplia o conceito de família, mas amplia a margem dos conflitos que se criam quando casos reais entram em rota de colisão,[51] existindo limites éticos que não autorizam a reconhecer a sua aplicação ao onerar e sobrecarregar os vínculos familiares preexistentes na vida estática e na vida dinâmica da casa.

María de las Mercedes Ales Uría Acevedo considera factível uma proteção ao progenitor que manifesta uma razoável preocupação pela criança, atuando com a expectativa de um pai e assumindo as responsabilidades de uma paternidade, mas este comprometimento não se encontra nos doadores de sêmen, pois para estes normalmente não existe uma expectativa de formar família, existindo uma tendência de determinar o duplo vínculo de filiação quando exista uma relação homoafetiva de um casal que deseja criar um filho conjuntamente, cujo infante poderá contar com todos os benefícios de possuir dois vínculos ou de duas pessoas sobre as quais recai o poder familiar. E conclui dizendo a autora que, o certo é que esta figura da maternidade ou paternidade conjunta mais atenda aos interesses dos adultos do que a prevalente proteção do menor, sendo inconciliável com a salvaguarda dos direitos e interesses da criança.[52]

O Código Civil e Comercial argentino (Lei 26.994/2014), na última parte do artigo 558, refere que nenhuma pessoa pode ter mais de dois vínculos filiais, qualquer que seja a natureza da filiação, cujo regramento poderia ser de lógica inquestionável, diz Eduardo A. Sambrizzi, citando Augusto Belluscio, não fossem as situações confusas a que tem dado lugar a aplicação das novas regras relativas à procriação assistida,[53] mesmo porque, como se depreende da natureza humana, filhos nascem da junção dos gametos oriundos um do homem e outro proveniente de uma mulher, os pais do nascido e não mais do que dois, mesmo porque, o matrimônio hetero ou homoafetivo só pode ser formado por duas pessoas.[54]

[1] ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de Familia*. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Lima: Gaceta Juridica, 2011. t. I, p. 87.

[2] Enunciado 103 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002: "Art. 1.593. O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho".

E, por seu turno, na III Jornada foi editado o Enunciado 256: "Art. 1.593. A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil".

[3] BANNURA, Jamil A. H. O direito de visitas nas relações socioafetivas contemporâneas. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (coord.). *Parentalidade*: análise psicojurídica. Curitiba: Juruá, 2009. p. 92.

[4] "Recurso Especial. Ação declaratória. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Reconhecimento e dissolução de união estável. Casamento válido. Concomitância. Impossibilidade. Precedentes. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.196.914/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, decisão monocrática, j. 23.09.2010) e "Agravo regimental. Agravo de instrumento. Civil. Direito de família. Uniões estáveis simultâneas. Impossibilidade. Requisitos legais. Equiparação a casamento. Primazia da monogamia. Relações afetivas diversas. Qualificação máxima de concubinato. Recurso desprovido. 1. O Pretório Excelso já se manifestou pela constitucionalidade da convocação de magistrado de instância inferior para, atuando como substituto, compor colegiado de instância superior, inexistindo, na hipótese, qualquer ofensa ao princípio do juiz natural. 2. A via do agravo regimental, na instância especial, não se presta para prequestionamento de dispositivos constitucionais. 3. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos de declaração, se o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que sucintamente. A motivação contrária ao interesse da parte não se traduz em maltrato aos arts. 165, 458 e 535 do CPC. 4. Este Tribunal Superior consagrou o entendimento de ser inadmissível o reconhecimento de uniões estáveis paralelas. Assim, se uma relação afetiva de convivência for caracterizada como união estável, as outras concomitantes, quando muito, poderão ser enquadradas como concubinato (ou sociedade de fato). 5. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no Ag 1.130.816/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), j. 19.08.2010, *DJe* 27.08.2010).

[5] RE 1.045.273/SE, sendo aberta a divergência pelo Ministro Edson Fachin, aludindo se tratar de um caso referente ao Direito Previdenciário e não ao direito civil e de família.

[6] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família e o novo Código Civil.* 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 88.

[7] DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLóN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. v. IV, p. 46.

[8] BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1955. p. 69.

[9] ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martins. *Tratado de Derecho Civil.* Derecho de Familia. 20. ed. Barcelona: Bosch, 1979. t. IV, p. 1.

[10] LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953. v. IV, p. 366.

[11] MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental*. Importância da detecção. Aspectos legais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 19.

[12] ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*. Teoria sociojurídica do Direito de Família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 191-192.

[13] GIMENO, Adelina. *La família:* el desafio de la diversidad. Barcelona: Ariel, 1999. p. 37.

[14] ALDROVANDI, André; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e polifamiliaridade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, v. 34, p. 25, fev.-mar. 2005.

[15] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 6, p. 5.

[16] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar; FREIRE, Rodrigo Cunha Lima; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. XIV, p. 286.

[17] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil.* Direito de Família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 216.

[18] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Max Editor, 1947. v. III, p. 21.

[19] SOLARI, Nestor E. *Código Civil y normas complementarias*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. BUERES, Alberto J. (coord.); HIGTHTON, Elena I. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. t. 1B, p. 740.

[20] GAMA, Guilherme Nogueira da. Ob. cit., p. 86.

[21] GROSMAN, Cecilia P.; ALCORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas*: nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000. p. 143-144.

[22] WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 36.

[23] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5, p. 299.

[24] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: *Direito de Família e o novo Código Civil*. DIAS, Maria Berenice (coord.) e PEREIRA, Rodrigo da Cunha, 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 90.

[25] CC/1916: "Art. 331. São parentes em linha colateral, ou transversal, até o sexto grau, as pessoas que provêm de um só tronco, sem descenderem uma da outra".

CC/2002: "Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra".

[26] PIRES, Jarbas Ferreira. *Das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 8.

[27] PAZOS, René Ramos. *Derecho de Familia.* 6. ed. Chile: Editorial Juridica de Chile, 2007. p. 24.

[28] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Max Editor, 1947. v. III, p. 30.

[29] GONçALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 266.

[30] Conforme o art. 331 do Código Civil de 1916, o parentesco na linha colateral estendia-se até o sexto grau.

[31] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. Rio de Janeiro: Max Editor, 1947. v. III, p. 34.

[32] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 5º v., p. 370.

[33] GONçALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 270.

[34] "Direito de Família. Alimentos. Pedido feito pela enteada. Artigo 1.595 do Código Civil. Existência de parentesco. Legitimidade Passiva. O Código Civil atual considera que as pessoas ligadas por vínculo de afinidade são parentes entre si, o que se evidencia pelo uso da expressão 'parentesco por afinidade', no § 1º de seu artigo 1.595. O artigo 1.694, que trata da obrigação alimentar em virtude do parentesco, não distingue entre parentes consanguíneos e afins. Provimento parcial" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.533394-5/001, Rel. Moreira Diniz, j. 20.10.2005). No mesmo sentido: "Apelação Cível. Direito de família. Alimentos. Demanda proposta pela ex-companheira e por dois filhos dela (enteados do demandado). Sentença fixadora de pensionamento alimentar temporário (um ano – já findo em 26.01.2016) à ex-convivente e à enteada, no patamar de um salário mínimo para cada uma, e, ainda, indeferidora, de outro lado, de pensionamento ao enteado. Apelo dos autores: pleito de exasperação da verba alimentar e do tempo de duração do encargo em relação à ex-companheira, bem como de fixação de

pensionamento em favor do filho dela. Verba provisória fixada à ex-consorte, pela vez primeira, em decisão antecipatória de tutela de mérito, em 27.06.2013, vigendo por aproximadamente dois anos e meio. Prazo razoável para a ex-consorte, mulher jovem, capacitada e hígida física e psicologicamente, reingressar no mercado de trabalho remunerado. Viabilidade em se manter, por outro lado, a assistência alimentícia fixada à enteada, ante o panorama probatório mais alargado, e, por isso, mais rico e detalhado, do que aquele examinado anteriormente em sede dos agravos de instrumento ns. 2013.044735-6 e 2013.045874-4. Enteados que, desde tenra idade (a menina e o menino contando com três e cinco anos de idade, respectivamente), conviveram na nova família formada pela mãe e pelo demandado, por quase dezesseis anos, afeiçoando-se uns (os infantes) ao outro (o padrasto), de modo a caracterizar, com riqueza de detalhes, a denominada paternidade socioafetiva (teoria da posse do estado de filho). Pai biológico, de outro lado, residente, desde o início da união estável, em outro estado da federação (mato grosso), completamente ausente, todo esse tempo, da criação, desenvolvimento e educação dos filhos. Situação diversa, a bem de notar, da conduta do demandado, o qual, desde cedo, preocupou-se com a dignidade, a saúde e principalmente a educação das crianças, viabilizando-lhes, comprovadamente, todas as oportunidades e necessidades ansiadas pelos jovens contemporâneos, inclusive intercâmbio internacional. Assim, ainda que, hoje, tendo alcançado a maioridade civil, é justo que, em decorrência da paternidade socioafetiva, tenha a enteada (porque o enteado já aparentemente formado e com renda própria) direito à conclusão do curso superior a que, igualmente de forma comprovada, dedica-se, inobstante as sentidas dificuldades financeiras decorrentes do fim da convivência marital entre a genitora e o genitor socioafetivo, este, em verdade, ostentando, confessadamente, altíssimo padrão econômico-financeiro de vida. Apelo do demandado: pretensão à extinção do encargo conferido à enteada e a exoneração e/ou diminuição do prazo referente à ex-companheira. Sentença impecável. Recursos dos autores e do demandado conhecidos e desprovidos" (TJSC, Apelação Cível 2015.050506-3, de Rio do Sul, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 17.03.2016).

35 GONçALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 303.

36 "Apelação cível. Ação de afirmação de paternidade biológica. Pai registral. Reconhecimento do vínculo biológico para todos os efeitos. Multiparentalidade. Sentença mantida. 1. O vínculo biológico ficou comprovado pela perícia genética. Assim, reconhecida a paternidade biológica, prospera o pedido do autor, de que esse reconhecimento gere todos os seus efeitos, inclusive os de caráter registral. 2. Tese de repercussão geral fixada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE nº 898.060, no sentido de que 'a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios'. 3. Coexistência de vínculo

socioafetivo que está afirmado tanto no plano fático quanto na esfera registral. Reconhecimento da multiparentalidade. Sentença mantida. Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70082928458, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 08.04.2021).

37 CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. Efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014. p. 152.

38 ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil*: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 358.

39 SALES, Ana Amélia Ribeiro. *União homoafetiva feminina e dupla maternidade*. A possibilidade jurídica de duas mães e um filho ante as técnicas de reprodução humana assistida. Curitiba: Juruá, 2014. p. 71.

40 TARTUCE, Flavio. *Direito Civil*. Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5, p. 433.

41 GONçALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6, p. 302-303.

42 CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. Efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014. p. 161.

43 "Maternidade socioafetiva. Preservação da maternidade biológica. Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família. Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes. A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade ad pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido" (TJSP, Apelação Cível 0006422-26.2011.8.26.0286, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Junior, j. 14.08.2012).

44 PóVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade*. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 79.

45 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 210.

46 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 405-407.

47 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 528-529.

48 FARIAS, Cristiano Chaves de. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 255-256.

49 “1. Agravo de instrumento. Ação de guarda. Falecimento da genitora. Infante sob os cuidados do pai biológico e da companheira. Mãe socioafetiva. Exercício da guarda regular. Posterior separação. Disputa da guarda entre o genitor e a mãe socioafetiva. Preferência do genitor. Ausência de condutas desabonadoras. Estudo social e psicológico conclusivo sobre a capacidade de exercício dos deveres de pai. Princípio do melhor interesse do menor. Regulamentação da guarda unilateral provisória. Recurso provido. 1.1 A guarda dos filhos, nos termos do nosso ordenamento jurídico, é um dever dos pais de assistência educacional, material e moral, decorrente do poder familiar conforme previsão dos artigos 1.630 e 1.638 do Código Civil, a ser cumprido no interesse e em proveito do filho menor, garantindo-lhe a sobrevivência física e o pleno desenvolvimento psíquico, de modo a atender o princípio constitucional de uma vida digna, insculpido no art. 1º, inciso III da Constituição Federal. 1.2 A guarda deve ser concedida em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança, de modo a ser resguardado o seu desenvolvimento como ser humano por completo. 1.3 *In casu*, a criança está sob os cuidados do pai desde o falecimento de sua genitora e, ainda que seja um pai ocupado por estar cursando o último ano do curso de medicina, de acordo com os laudos de estudos sociais apresenta vínculo afetivo com a criança. Ademais, não há elementos que o desabonem, por isso não se mostra adequada a retirada da criança do seio familiar natural” (TJET, Agravo de Instrumento 0004286-47.2020.8.27.2700/TO, 2ª Câmara Cível, Rel. Juiz em Substituição Ricardo Ferreira Leite, j. 21.10.2020).

50 “Recurso Especial. Ação declaratória de inexistência de filiação e anulatória de registro público. Duplo registro de paternidade. Multiparentalidade. Pai socioafetivo. Ausência de manifestação nos autos. Demonstração de interesse em figurar na certidão de nascimento do menor. Inocorrência. Disposição futura de bens. Possibilidade. Dispositivos constitucionais. Análise. Competência do STF. Legislação infraconstitucional não prequestionada. Incidência da Súmula nº 211/STJ. Divergência jurisprudencial não demonstrada nos moldes legais. 1. Cinge-se a controvérsia a verificar a possibilidade de registro de dupla paternidade, requerido unicamente pelo Ministério Público estadual, na certidão de nascimento do menor para assegurar direito futuro de escolha do infante. 2. Esta Corte tem entendimento no sentido de ser possível o duplo registro na certidão de nascimento do filho nos casos de adoção por homoafetivos. Precedente. 3. Infere-se dos autos que o pai socioafetivo não tem interesse em figurar também na certidão de nascimento da criança. Ele poderá, a qualquer tempo, dispor do seu patrimônio, na forma da lei, por testamento ou doação em favor do menor. 4. Não se justifica o pedido do *Parquet* para registro de dupla paternidade quando não demonstrado prejuízo evidente ao interesse do menor. 5. É direito personalíssimo e indisponível do filho buscar, no futuro, o reconhecimento do vínculo socioafetivo. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido” (STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 06.10.2015).

[51] “Negatória de paternidade. Requerente que, após registrar voluntariamente a demandada como sua filha declarando a socioafetividade, postula a revogação do ato, por mero arrependimento. Inadmissibilidade. Ato que é irrevogável. Exegese dos arts. 1609 e 1610 do CC. Reconhecimento de paternidade que somente pode ser anulado se constatado vício de vontade, fraude ou simulação. Precedentes d C. STJ. Inexistência de vícios ou erro registrário. Pedido improcedente. Sentença reformada. Recurso provido” (TJSP, Apelação Cível 1043348-34.2018.8.26.0224, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Antonio Carlos Mathias Coltro).

[52] ACEVEDO, María de las Mercedes Ales Uria. *El derecho a la idenditad en la filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 233-234.

[53] SAMBRIZZI, Eduardo A. *La filiación en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: La Ley, 2016. p. 37.

[54] *Idem*, p. 39-40.

Capítulo 7

DA FILIAÇÃO

7.1. A FILIAÇÃO

O Código Civil recepciona, em seu artigo 1.596, o *princípio da igualdade da filiação*, ao prescrever terem todos os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias, seguindo o texto do artigo 227, § 6º, da Carta Política de 1988, e cuja orientação repete o artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Existia uma clara distinção entre filhos conjugais e extraconjugais, cujas qualificações diferenciadas subsistiram teimosamente em diferentes realidades fáticas ao menos até o advento da Lei 13.112/2015, que permitiu à mulher em igualdade de condições, proceder ao registro de nascimento do filho, dispensando a autorização do pai, eis que até 2015 continuavam sendo privilegiados pela *presunção de paternidade* os filhos do casamento, cujo benefício do registro materno não gozavam os filhos das relações extramatrimoniais, pois estes ainda dependiam do comparecimento do pai no ato registral, ou de seu expresso reconhecimento parental, nos termos do artigo 1.609 do Código Civil. Também existe presunção de paternidade na procriação medicamente

assistida heteróloga, em que o material genético é doado por terceiro, com expressa autorização do marido ou companheiro para que sua esposa ou companheira seja com ele fecundada, nesta hipótese o pai da criança será o marido e não o doador, sobrepondo-se a verdade registral ou socioafetiva sobre a verdade biológica.[1] O Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, do Conselho Nacional de Justiça autoriza o assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida, independentemente de prévia autorização judicial, mediante o comparecimento de ambos os pais, munidos dos documentos exigidos no provimento (art. 16), sendo expressamente vedado ao oficial de registro civil exigir a identificação do doador de material genético como condição para a lavratura do registro de nascimento de criança gerada mediante técnica de reprodução assistida (art. 8º), sobrevindo o Provimento CNJ 83, de 14 de agosto de 2019, que alterou o artigo 10 do Provimento CNJ 63, de 14 de novembro de 2017, para só admitir o reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoas acima de 12 anos, devendo ser atestada pelo registrador a efetiva existência do vínculo afetivo da paternidade ou maternidade socioafetiva mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos, não obstante esse vínculo social e afetivo só devesse realmente ser aceito depois da maioridade civil do filho socioafetivo, quando então, salvo melhor juízo, ele teria suficiente conhecimento de causa para interpretar os efeitos jurídicos e sociais dessa filiação adicional.

A distinção entre filhos legítimos, ilegítimos e legitimados do Código Civil de 1916, externava um conceito em que os filhos legítimos originavam das justas núpcias, e os filhos ilegítimos poderiam vir a ser legitimados se seus pais casassem; enquanto todos os demais filhos cuja origem não vinha do casamento eram considerados ilegítimos e se subdividiam em *naturais*, caso os pais não fossem casados e *espúrios* quando existisse algum impedimento ao matrimônio dos genitores. Os filhos espúrios ainda eram

subdivididos em adulterinos e incestuosos. Adulterinos eram os filhos de pais casados, ainda que só um deles ou mesmo ambos, e incestuosos eram os filhos advindos de uma relação proibida pelo parentesco muito próximo dos pais. O Direito Penal pune relações de abuso sexual intrafamiliar, estupro e outras agressões contra familiares vulneráveis e submissos, contudo a relação incestuosa se dá entre pessoas adultas e que estão concordes com a relação e neste caso não haveria o que punir.[2]

Para Ana Cláudia S. Scalquette, na atualidade, apenas deveria existir a diferenciação entre a filiação *biológica* e a *não biológica*.[3]

7.2. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

Julie Cristine Delinski bem identifica essa nova estrutura da família brasileira que passa a dar maior importância aos laços afetivos, e aduz já não ser suficiente a descendência genética, ou civil, sendo fundamental para a família atual a integração dos pais e filhos por meio do sublime sentimento da afeição. Acresce possuírem a paternidade e a maternidade um significado mais profundo do que a verdade biológica, em que o zelo, o amor filial e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva,[4] um vínculo de filiação construído pelo livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica, até porque a filiação real não é a biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimento cultivados durante a convivência com a criança e o adolescente.

Não obstante a codificação em vigor não reconheça a filiação socioafetiva, inquestionavelmente a jurisprudência dos pretórios brasileiros vem paulatina e reiteradamente prestigiando a prevalência da chamada *posse do estado de filho*, sendo marco deste reconhecimento o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 898.060/SP, relatado pelo Ministro Luiz Fux, resultando na fixação da tese de que: “A paternidade

socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais".

A filiação consanguínea deveria coexistir com o vínculo afetivo, pois com ele se completa a relação parental. Não há como aceitar uma relação de filiação apenas biológica sem ser afetiva, externada quando o filho é acolhido pelos pais que assumem plenamente suas funções inerentes ao poder familiar e reguladas pelos artigos 1.634 e 1.690 do Código Civil.

Mas não deixará de ser genitor aquele ascendente com temperamento mais frio, menos afetuoso e mais distanciado por decorrência de sua personalidade, fruto da construção de seu caráter e do ambiente de desenvolvimento de sua educação e formação familiar, mas que não deixou de se fazer presente na vida, direção, criação e educação do filho.

Em contrapartida, não poderia ser considerado genitor o ascendente biológico da mera concepção, tão só porque forneceu o material genético para o nascimento do filho que nunca desejou criar e pelo qual nunca zelou.

A filiação socioafetiva da *adoção à brasileira* pressupõe o estabelecimento de laços de afeto desenvolvidos entre o que promoveu o registro e a pessoa registrada como filho, sem que necessariamente tenha ciência da veracidade ou falsidade do registro de filiação, pois a filiação socioafetiva se estabelece justamente em função desse elo de afeto desencadeado entre os dois polos de amor de uma filiação que nasceu do coração.[5] Em 17 de novembro de 2017 foi publicado o Provimento 63 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), dispondo sobre a possibilidade de reconhecimento voluntário e averbação da paternidade e maternidade socioafetiva diretamente em cartório, como reflexo do Recurso Extraordinário 898.060/ SP, da relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 21 de setembro de 2016. Posteriormente, a Corregedoria do CNJ publicou o Provimento 83, de 14 de agosto de 2019, e alterou alguns requisitos do

Provimento 63/2017, para permitir o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva somente para pessoas acima de 12 anos, provada a evidência da socioafetividade e com o expresso consentimento do filho menor de 18 anos, com manifestação do Ministério Público e restrição na via extrajudicial para a inclusão de apenas um ascendente socioafetivo.

Entrementes, se a pessoa foi induzida em erro e levada a acreditar se tratasse de seu filho biológico, mas com ele não criara nenhum laço de afeto,[6] não há que ser falado em filiação socioafetiva, como tampouco biológica ou registral, sendo passível de anulação o registro de nascimento de quem o fez na crença equivocada de que o filho realmente era seu.[7]

A desconstituição do registro só poderia ser da iniciativa daquele que teve sua filiação falsamente atribuída, descabendo uma imposição de sanção estatal, em consideração ao princípio do maior interesse da criança. “Assim, ainda que despida de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente”, tutelando a construção de sua identidade e definição de sua personalidade, não havendo como desconstituir uma maternidade de uma pessoa adulta, onde só o processo tramitou durante dezessete anos.[8]

No caminho inverso também concluiu o STJ no REsp 1.328.380/MS ausente a maternidade socioafetiva e que “as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende afeto, clara e inequívoca intenção de ser concebido como pai/mãe daquela criança”.[9]

Ao menos em três passagens, o Código Civil em vigor faz menção indireta à filiação socioafetiva, a começar pelo inciso V do artigo 1.597, quando reconhece a filiação conjugal havida por inseminação artificial heteróloga, portanto, com sêmen de outrem, aceito expressamente pelo marido como sendo seu filho conjugal a prole gerada com material genético doado por terceiro, devendo o esposo consentir inequivocamente para a

fertilização de sua esposa por meio de doação de sêmen, sendo o consorte reconhecido como pai, e não aquele que forneceu anonimamente seu espermatozoide para a fertilização; no artigo 1.603, quando confere absoluta prevalência ao termo de nascimento como prova de filiação, tanto que pelo artigo 1.604 ninguém pode vindicar estado contrário àquele resultante do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro, e nesse sentido a jurisprudência vem construindo a base jurídica da filiação socioafetiva, ao negar a desconstituição das *adoções à brasileira*; e, por fim, no inciso II do artigo 1.605, quando estabelece que a filiação sem termo de nascimento ou em que ele apresente defeito poderá ser demonstrada pela existência de veementes presunções resultantes de fatos já certos, dentre os quais, seguramente, podem ser considerados e valorizados os da *posse de estado de filiação*.

7.3. A DESCONSTITUIÇÃO JUDICIAL DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A paternidade ou maternidade mais importante nasce dos vínculos do tempo e do amor incondicional, e não de uma sentença que declare ser genitor uma pessoa ausente ou já falecida. É como escreve Maria Cristina Frascari:[10] "Invocar apenas critérios genéticos, negando-se a própria natureza humana, que só realiza e constrói em conjunto, em sócio, em amor e desejo – é a valorização um tanto precária, carecedora de reflexões no mundo jurídico e social – em uma visão atual e moderna. O Direito não pode correr este risco – não pode focar sua leitura, somente na conjuntura normativa e codificada – a pós-modernidade clama por medidas mais justas – para filhos, mães e pais. Não se faz justiça sem equilíbrio e equidade. Não se estabelecem direitos coletivos em detrimento dos individuais. Não se geram filhos individualmente – é prática impossível e desconhecida. Não se é pai ou mãe sozinho – não se é filho sem afeto ou amor".

A paternidade ou a maternidade consanguínea podem registrar um elo biológico, mas em nada expressam um vínculo paterno ou materno com os pais doadores do material genético. Verdadeiros pais são aqueles que criam seus dependentes como filhos, com ou sem o registro civil e se também registram a prole, consignam por escrito seu afeto e sua dedicação parental.

Não é suficiente a mera verdade biológica, pois ela deve coexistir com a prevalente verdade afetiva, que a completa com a veracidade registral da filiação.

Como acentua Jacqueline Filgueras Nogueira:[11] "O vínculo de sangue tem um papel definitivamente secundário para a determinação da paternidade; a era da veneração biológica cede espaço a um novo valor que se agiganta: o afeto, porque o relacionamento mais profundo entre pais e filhos transcende os limites biológicos, ele se faz no olhar amoroso, no pegá-lo nos braços, em afagá--lo, em protegê-lo, e este é um vínculo que se cria e não que se determina. A paternidade socioafetiva, sob a noção da posse de estado de filho que ganha abrigo nas mais recentes reformas do direito internacional, não se funda com o nascimento, mas num ato de vontade, que se sedimenta no terreno da afetividade, colocando em xeque tanto a verdade jurídica como a certeza científica, no estabelecimento da filiação".

Portanto, a parentalidade científica só pode ter sentido como relação de filiação quando coincidir com a vinculação afetiva, jamais invertendo esses valores, muito menos se a intenção se traduz em gerar dinheiro no lugar do amor. Guilherme Calmon Nogueira da Gama discorre sobre a filiação afetiva porque nem sempre o "melhor pai ou mãe é aquele que biologicamente ocupa tal lugar, mas a pessoa que exerce tal função, substituindo o vínculo biológico pelo afetivo", e completa, ao explicitar que "tal orientação vem merecendo atenção por parte de vários sistemas jurídicos que reformaram suas legislações em matéria de filiação com a introdução, por exemplo, da noção de posse de estado de filho (...). No Direito brasileiro, com base na noção do melhor interesse da criança, tem-se considerado a prevalência do

critério socioafetivo para fins de assegurar a primazia da tutela à pessoa, no resguardo dos seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar",[12] não obstante o STF, com o julgamento do Recurso Extraordinário 898.060, em que a filiação socioafetiva não impede o reconhecimento concomitante do vínculo baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais, parece querer se inclinar pela possibilidade de cumulação dos vínculos de parentalidade, em óbvio confronto ao Estatuto da Criança e do Adolescente que franquia ao adotado, apenas o direito de conhecer sua origem biológica, mas sem admitir qualquer efeito jurídico patrimonial ou extrapatrimonial, acrescido do fato que o artigo 14 do Provimento 63/2017 do CNJ restringiu o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva a dois pais ou duas mães, ou certamente a um pai e uma mãe no campo *filiação* no assento de nascimento, devendo um dos pais e uma das mães serem registrais, conforme esclareceu a Associação Nacional dos Registradores de Pessoas Naturais em Nota datada de 6 de dezembro de 2017 e nada disso modificou com o Provimento 83/2019.

Parece, enfim, que cresce o movimento pela multiparentalidade, e com a incidência de todos os efeitos jurídicos, não obstante existirem ainda para parte da doutrina, na qual eu me filio, duas espécies de vínculos de filiação ou de parentalidade; onde uma objetiva a instituição do vínculo jurídico da paternidade ou da maternidade com a filiação, cujo provimento judicial acarreta todos os efeitos legais, com o deferimento dos direitos sucessórios, alimentos, se for o caso, e outras implicações pertinentes à personalidade, como o direito ao uso do nome da família de origem e o estabelecimento de novos vínculos parentais, ou seja, é o direito à vida familiar; e existe o direito ao reconhecimento da ascendência genética com matiz constitucional. Esse é o direito à vida íntima, que não se confunde com o direito à vida familiar, porque esse filho socioafetivo já tem família, nome, vínculos, alimentos e herança dos seus pais que sabe serem socioafetivos. Entretanto,

pode querer conhecer seus ascendentes genéticos, apenas reconhecer sua ascendência familiar, anotando Rui Portanova existirem efeitos jurídicos próprios da investigação de paternidade e existem efeitos jurídicos próprios da ação da ancestralidade, pois todos sabem que uma coisa é ser *genitor* e outra coisa é ser *pai*, estando aberta a discussão a partir do Enunciado 622 (Repercussão Geral apreciada no Recurso Extraordinário 898.060/SP) se do ponto de vista material o filho herdará dos dois pais e se estes dois progenitores exercerão o poder familiar, e se o filho terá a obrigação de cuidar dos dois pais na velhice de ambos.[13]

7.4. O EQUÍVOCO DA DESCONSTITUIÇÃO FILIAL PARA FINS SUCESSÓRIOS

Tem sido larga a prática de demandas judiciais buscando a desconstituição *post mortem* da paternidade, ou na via inversa, mas com menor trânsito processual, as ações de declaração da paternidade de filho premorto, ambos os procedimentos judiciais movimentados no propósito de habilitar o investigante como herdeiro no processo de sucessão do pai biológico, no primeiro caso, e do filho enjeitado em vida pelo pai, na segunda hipótese.

A legislação não proíbe o reconhecimento da paternidade posterior ao falecimento do filho, assim como, em tese, não proíbe a desconstituição da paternidade registral cumulada com a investigação da paternidade biológica, depois de falecido o genitor genético.

Toda dúvida é fundada unicamente no conceito ético dessas demandas quando se trata de buscar efeito sucessório, não obstante exista expressa previsão legal (CC, art. 1.609, parágrafo único; ECA, art. 26, parágrafo único) para negar o direito sucessório quando o ascendente só reconhece sua paternidade depois da morte do seu filho. Toda a noção ética está em saber se é moralmente lícito admitir também para mero efeito sucessório a

desconstituição de uma paternidade registral e a concomitante investigação da paternidade biológica do ascendente genético falecido.

Ou se é ético desconstituir a consciente relação de afeto construída durante a longa existência de um genitor registral que sabe não ser seu filho biológico, moldado esse relacionamento na plena convivência afetiva, pela serôdia alegação de o termo de nascimento ser ideologicamente falso.

Qual o sentido ético presente em uma investigação promovida, por vezes, décadas após o assento registral do investigante, quando nenhum contato e nenhuma aproximação exerceu durante a existência do genitor genético, com conhecimento do seu paradeiro, representando uma pessoa completamente estranha ao investigante, permitindo concluir tenha essa pesquisa dos vínculos biológicos *post mortem* uma instância exclusivamente econômica?

Certamente o reconhecimento parental *post mortem* não seria o registro de uma relação de afeto, mas, unicamente, uma *filiação material*, rejeitada expressamente na hipótese do parágrafo único, do artigo 1.609 do Código Civil ou do parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando o pai só quer reconhecer o filho morto, sem ter deixado descendentes, para ser seu herdeiro na classe dos ascendentes na ordem de vocação hereditária.

Razões éticas orientam para o afastamento judicial da vinculação parental, exclusivamente material do elo genético de pai morto, existindo pai registral e socioafetivo; a uma, porque o tardio vínculo biológico não deve prevalecer sobre a paternidade construída na convivência familiar, obra de intensa relação socioafetiva, erguida pelo afeto desenvolvido ao longo dos anos entre pai e filho socioafetivos; a duas, porque negar essa preciosa e pura ligação de vínculos originados do afeto apenas por dinheiro ou bens materiais seria desconsiderar a nova ordem jurídica da dignificação da pessoa justamente em detrimento da matéria; a três, porque o filho socioafetivo, ao investigar a sua ascendência genética depois da morte do

pai biológico, geralmente está desconstituindo a sua ascendência registral e socioafetiva, por vezes de pai registral já falecido, habilitando-se então em duas heranças, de dois pais, o registral, socioafetivo e o biológico, de quem busca a compensação econômica; a quatro, porque a tese do STF de cumulação da filiação biológica com a socioafetiva diferencia os filhos da *adoção à brasileira*, dos filhos da adoção do ECA que é irrevogável e o adotado só tem direito de conhecer a sua origem biológica, mas sem admitir qualquer efeito jurídico patrimonial ou extrapatrimonial; e a cinco, porque na ponderação dos valores deverá, e sempre, prevalecer como *princípio* do sistema jurídico brasileiro o respeito constitucional à dignidade da pessoa humana e digno será preservar os vínculos nascidos do amor. Pelo mesmo caminho ético, mas no sentido inverso, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu ser juridicamente impossível pedido de reconhecimento de paternidade socioafetiva para efeitos meramente patrimoniais, especialmente quando o autor, embora alegue a existência de ascendência paterna socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico.[14]

Repugna ao Direito a possibilidade (CC, art. 1.609, parágrafo único; ECA, art. 26, parágrafo único), de ser recebida herança no reconhecimento paterno de filho morto, como abjeta aos pretórios permitir a desconstituição de registro filial socioafetivo, tal qual repugnam tentativas imorais de adoção entre pessoas adultas, envolvendo idosos sem descendência, sondados para adotarem inescrupulosos herdeiros manipuladores.

Quer a lei evitar possa o interesse pecuniário animar o pai ao cumprimento do dever que deveria exercer quando o filho ainda estava vivo.

Sem deslembrar que o investigante hereditário viveu em outra família, sem nenhuma participação na formatação do patrimônio por ele almejado apenas em nome de ciência biológica e sem esquecer que a origem da herança se encontra essencialmente vinculada à família e à sua interdependência comum, eis que os bens pertencem ao grupo familiar

responsável pela construção desta riqueza, ainda que administrada pelo patriarca, de forma que a herança assegura e recompensa a continuidade e a perenidade da família. E a legítima, ou chamada porção indisponível, apenas representa a assunção de uma propriedade que os herdeiros já tinham antes da morte do autor da herança, como pertencente ao efetivo grupo familiar, o qual, ao seu tempo e modo, arquitetou e preservou como bens da única e concreta família do dia a dia, a qual nunca contou com a presença e solidariedade do investigante de uma paternidade biológica, seja em espírito, seja pelo sacrifício ou por alguma gota de afeto, solidariedade e de amor. A legítima de há muito deixou de ser considerado um direito sagrado e incontestável, como se tivesse um lugar assegurado no topo da legislação civil, a ponto de sempre se sobrepor, inclusive, à liberdade de testar e que obrigatoriamente cede diante de um sistema de legítimas que, por sua vez, está escorado em dois blocos de argumentos: 1) um relativo à proteção da família; 2) o outro naquilo que respeita a uma política econômica e social.[15]

Família não é apenas um dado natural, genético ou biológico, mas também social e cultural. Não por outra razão, o Direito diferencia o reconhecimento da ascendência genética da efetiva relação de filiação, sendo incontroverso que as relações familiares não podem ser subordinadas a interesses meramente patrimoniais, especialmente em casos de filhos adultos, que já possuem e manterão seu verdadeiro pai socioafetivo e registral, mas que apenas buscam uma declaração de paternidade com quem nunca viveram, em uma situação de filiação apenas pelo interesse patrimonial e sem nenhuma coesão e pureza em afetos familiares.

Pugnando pela manutenção dos vínculos de uma filiação socioafetiva, afastando qualquer relação de parentesco biológico, pretendido pesquisar apenas para efeitos materiais, quarenta anos depois de ser adotada à brasileira, disse o Ministro Marco Buzzi em seu voto divergente proferido no REsp 1.167.993/RS, datado de 18 de dezembro de 2012, que: “as relações familiares devem ser respaldadas pela boa-fé, como todas aquelas

que se submetem ao Direito Civil, não sendo crível que uma pessoa, após conviver durante quase meio século na condição de filha de um casal, após a morte desses, compareça em juízo pugnando pela desconsideração de tal vínculo, e 'escolha' pelo vínculo biológico, cujos pais não participaram, na condição de efetivos genitores, durante a sua criação".

Não se apresenta a melhor solução permitir a cumulação de uma filiação biológica em acúmulo à preexistente filiação socioafetiva, quando, claramente, o acréscimo do pai genético respeita apenas a um interesse econômico sobre um patrimônio deixado pelo genitor biológico já falecido, e cuja riqueza o investigante sequer ajudou a construir, merecendo reflexão o Direito argentino, que só admite o registro de dois pais, ao contrário do julgamento proferido pelo STF, no Recurso Extraordinário de Repercussão Geral 898.060/SC, ao admitir a multiparentalidade e, portanto, o acréscimo no registro de um pai social e outro biológico, ao concluir que "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (Enunciado 622).

7.4.1 O direito ao conhecimento das origens genéticas

O direito à identidade genética encontra amparo no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, respeitante à dignidade humana, uma vez que o ponto de partida para o livre-desenvolvimento da personalidade de uma pessoa passa pelo conhecimento de sua ascendência, cuidando-se de um direito inerente à condição humana, imprescritível e irrenunciável e se for preciso confrontar o direito do adulto de preservar sua intimidade e o do filho em conhecer sua origem, nesse juízo de ponderação deve preponderar o superior interesse da criança.[16] Filhos abandonados por seus pais biológicos e criados por terceiros em adoção oficial ou por meio do registro de

complacência, muitas vezes desconhecem seus genitores consanguíneos e têm o direito fundamental de conhecerem sua ascendência biológica.

Na inseminação artificial heteróloga também ocorre o anonimato do genitor biológico e doador do material genético e nos casos de inseminação artificial, as legislações do mesmo modo têm relativizado a possibilidade de ser identificado o doador do material genético, especialmente por motivações de preservação da vida, ou para o conhecimento da identidade hereditária, que permita ao investigante conhecer sua ascendência consanguínea.

Mas, como adverte Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o conhecimento da origem biológica não envolve qualquer possibilidade de retorno à família natural e acrescenta: "Em outros termos: o direito à identidade pessoal deve abranger a historicidade pessoal e, aí inserida a vertente biológica da identidade, sem que seja reconhecido qualquer vínculo parental entre as duas pessoas que, biologicamente, são genitor e gerado, mas que juridicamente nunca tiveram qualquer vínculo de parentesco. O mesmo deve ser dito relativamente à adoção que, nos casos de recém-nascidos, não abrangeu o conhecimento dos pais naturais pela criança adotada que, no futuro, deve ter direito à identidade dos pais naturais diante do exercício do direito à identidade pessoal que, como visto, inclui a historicidade biológica da pessoa sem haver qualquer possibilidade de retorno à família natural, porquanto a adoção é irrevogável".[17]

Esse efeito da irrevogabilidade dos laços de filiação ocorre de modo expresso no instituto da adoção civil, que se faz plena, e pelo *princípio da igualdade entre os filhos* que eterniza o estabelecimento dos vínculos de parentesco entre o adotado e os parentes do adotante, e entre o adotante e os descendentes do adotado (ECA, art. 41). Por essa razão, o falecimento da pessoa adotada exclui os pais biológicos e somente possibilita o chamamento de seus ascendentes adotivos como legalmente sucessíveis (ECA, art. 41, § 2º). Os pais biológicos são totalmente alijados da herança,

por determinar a adoção o rompimento de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (ECA, art. 41).

Como vinham decidindo os tribunais, em nada diferiam uma ação de adoção jurídica da prática desenvolvida pela *adoção à brasileira*, consistente no ato de registrar uma pessoa falsamente como se fosse um filho biológico, fora dos ditames legais da adoção, justamente burlando os cuidados, princípios e pressupostos ordenados na legislação, mas ninguém sustenta em sã consciência, que essa adoção informal não se trate de um gesto de amor. E, se há o sincero desejo de aproximar pelo afeto duas ou mais pessoas em vínculos de filiação não biológica, deveria ser inaceitável qualquer decisão judicial capaz de fazer retornar o filho adotivo aos vínculos naturais de parentesco por motivos econômicos, afigurando-se inconstitucional a parentalidade simultânea acenada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) conforme a tese firmada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 898.060, Enunciado 622, admitindo a coexistência da filiação sociológica com a biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

A Carta Federal pretendeu terminar com qualquer forma de discriminação em termos de filiação, tanto que a adoção passou a ser plena, dispondo o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) que: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios (efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais), desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. Assim, a adoção pelo ECA é irrevogável (ECA, art. 39, § 1º) e atribuirá a condição de filho ao adotado com relação ao adotante, desligando-o de qualquer vínculo com seus pais e parentes,[18] e seguindo rigorosamente a ordem legal de que um filho só pode ter no máximo dois pais, enquanto o artigo 49 do ECA também assegura que a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais, ao passo que o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente admite somente o

direito de o adotado conhecer sua origem biológica, mas sem admitir qualquer efeito jurídico patrimonial ou extrapatrimonial.

Contudo, assim não acontece se a adoção fora *à brasileira*, pois ela não guarda os mesmos efeitos jurídicos que regulamentam a adoção oficial do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deste modo a decisão do STF terminará criando um tratamento diferenciado, pois para a adoção socioafetiva e informal do falso registro, o Supremo Tribunal Federal construiu outra interpretação, ao permitir a cumulação dos vínculos de parentesco, como já procedia o Superior Tribunal de Justiça quando o filho socioafetivo quisesse investigar sua ascendência biológica para efeitos sucessórios e registrais. Embora se trate de dois formatos evidentes de adoção (*à brasileira* e a do ECA) com idêntica assunção de vínculos socioafetivos, pois em nenhuma delas se faz presente o elo biológico, pela Repercussão Geral do STF (RE 898.060/2016), a filiação adotiva do Estatuto da Criança e do Adolescente seguirá irreversível e com direito apenas ao conhecimento da origem do adotado, mas destoando dos efeitos oriundos da *adoção à brasileira*, que será reversível ou cumulativa, pois dependendo do caso concreto o Poder Judiciário irá declarar o liame genético que poderá ser acrescentado da filiação socioafetiva, mesmo que apenas motivada por interesses materiais incidentes sobre um patrimônio que o investigante não ajudou a construir por pertencer de corpo e alma a outra família. Solução judicial que se põe em clara oposição à adoção estatutária, que jamais retomará a ascendência biológica, salvo para conhecer a origem natural da filiação, sem qualquer outro efeito jurídico, como, aliás, deveriam ser todas as classes de adoções, *estatutária* ou *à brasileira*, pois conforme o direito constitucional brasileiro, entre filhos descabe qualquer configuração de discriminação.

7.4.2 Decadência da rejeição

Pertinente, portanto, a aplicabilidade do prazo decadencial do artigo 1.614 do Código Civil de 2002, equivalente ao artigo 362 do Código Civil de 1916, sempre quando existentes pai e mãe registrais, doadores de amor desinteressado, impedindo esse dispositivo de lei, sob todas as formas, possa depois de certo tempo, ser alterada essa realidade social para dar espaço a um clamor material que desdenha o afeto dos pais do coração.

Não há outro destino para a pretensão de investigar a paternidade ou maternidade biológicas, com pedido cumulativo de petição de herança e desconstituição da paternidade ou maternidade registral, e, quando presente precedente vínculo socioafetivo, que não passe pela inevitável declaração da decadência da ação por não ter sido proposta a ação de desconstituição do elo registral nos quatro anos que se seguiram à maioridade do impugnante. Logo, tendo decaído do direito de tentar desconstituir o registro de nascimento onde constam os nomes dos pais do afeto, devem prevalecer os liames socioafetivos, protegidos pela estabilidade jurídica do instituto da decadência.

Ainda que pudesse ser evidenciada a possibilidade de ser investigada a filiação biológica quando preexistente vinculação socioafetiva, essa investigação processual precisa ser limitada aos direitos da personalidade, sem interferir no já existente estado de filiação proveniente da estabilidade fática ou registral dos laços afetuosos, sobremodo quando construídos no cotidiano papel de genitor e prole, pois como refere Rui Portanova, é *lícito espera-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal evite procedências de ações investigatórias abusivas, principalmente naqueles casos em que a parte investigante renuncia à paternidade socioafetiva e/ou que busque unicamente efeitos patrimoniais*.[19]

Como bem ilustra Paulo Lôbo,[20] só podem investigar a paternidade aqueles que não tenham pais, não mais sendo função da investigatória atribuir filiação biológica, porque essa é apenas uma das fontes de filiação. O estado de filiação supõe a convivência familiar, a relação social e afetiva,

proveniente da estabilidade das relações empreendidas com o tempo, amor e dedicação entre pais e filhos. Portanto, soa divorciado do bom senso permitir a pesquisa da origem genética e a desconstituição do genitor registral, movido pelo reles interesse em um quinhão hereditário de um espólio deixado por quem nunca exerceu a função parental e, subitamente é feita *tábula rasa* de uma estável história socioafetiva.

Seria de indagar, como fez o acórdão proveniente da Apelação 70.014.775.159, da Sétima Câmara Cível, se o investigante que tem ascendente socioafetivo deduziria igual ação de reconhecimento de vínculo consanguíneo de genitor morto, se este fosse desprovido de posses.[21]

Neste aspecto pertinente à oportunidade da ação de investigação quando presente pai registral e socioafetivo, Guilherme de Oliveira, atento ao tema e na ideia de evitar a *caça às heranças* e a imprescritibilidade da ação investigatória proposta com o mero intuito de irritar o suposto pai ou de obter proveitos materiais, escreve que:

> "Vale a pena lembrar que o legislador de Macau, apesar de ter uma norma sobre o abuso de direito (art. 326º Cciv Mac) acrescentou à regra da imprescritibilidade (arts. 1677º e 1722º Cciv Mac) um preceito específico que determina a 'ineficácia patrimonial' do estabelecimento do vínculo (art. 1656º Cciv Mac) quando a acção é intentada mais de quinze anos depois do conhecimento dos factos de onde se podia concluir a paternidade e, além disto, quando se mostre que a intenção principal do autor é a obtenção de benefícios patrimoniais. Esta norma parece ser, afinal, uma concretização do princípio do abuso do direito no âmbito do estabelecimento da paternidade: pretende afirmar que o direito de investigar é concebido para constituir o vínculo familiar em todas as suas dimensões, sem omitir as

> consequências patrimoniais que dele decorrem, mas que é ilegítimo desprezar os efeitos pessoais ao ponto de se considerar a paternidade como uma pura vantagem patrimonial, um mero negócio que só se faz quando parece oportuno”.[22]

Tem valor preponderante a realidade do afeto, não havendo como alterar o registro de quem investiga sua parentalidade, embora tenha existido densa convivência afetiva com aqueles que no registro constam como seus pais. Tampouco poderão gerar direito hereditário os vínculos biológicos soterrados pela realidade social criada a partir de um falso registro de filiação, restringindo-se ao direito de investigar apenas a origem biológica para a proteção dos direitos de personalidade, esses sim, indisponíveis, personalíssimos e imprescritíveis, sem precisar desconstituir a ascendência socioafetiva para ceder lugar à cultura do parentesco biológico.[23]

Com a promulgação da Lei 12.010/2009, o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente consagrou no texto de Lei o direito que tem o adotado de conhecer sua origem biológica, bem como o de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes após completar 18 (dezoito) anos, estabelecendo o parágrafo único que o mesmo acesso ao processo de adoção poderá ser deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. É a legislação brasileira afiançando o direito fundamental da criança ou do adolescente conhecer sua origem biológica; de saber a identidade de seus pais, conhecerem a sua ancestralidade, como exercício de um direito inerente à personalidade de quem investiga sua origem genética, sem envolver qualquer vínculo de filiação, subsistindo inalterada a precedente adoção.

7.4.3 Vedação do registro de filho morto para fins patrimoniais

A filiação pode estar determinada pela socioafetividade e pelo registro, e estes vínculos é que devem prevalecer quando visivelmente consolidados pelo transcurso do tempo e pelo fortalecimento dos sentimentos e das relações pessoais, cujos fatos representam a filiação em estreita convivência familiar, justamente edificada pelo tempo e pelo coração, sobressaindo manifestação processual de proteção desta família sem nenhuma ingerência na vida dinâmica construída no curso de toda uma biografia com os pais socioafetivos e registrais, em cujos longos anos, investigantes biológicos sempre estiveram e seguirão desconectados da família do genitor cromossômico, sem nenhuma perspectiva de estabelecimento de comunhão familiar, pois não haverão de estreitar laços especialmente com um pai biológico falecido e deixar de manter os laços de amor e de afeto que sentem, nutrem e seguem em pleno desenvolvimento com relação ao pai registral e socioafetivo que pode ou não ainda estar vivo, mas quem sempre será o pai.

A paternidade adotiva quer advenha da forma estatutária ou da adoção de complacência, não é uma paternidade de segunda classe, assim como a adoção *à brasileira* não pode ser encarada como uma subespécie da adoção legal, especialmente diante dos seus idênticos e nobres propósitos. No caso de conflito entre estes dois valores, são estabelecidas restrições de efeitos jurídicos aos que investigam sua ascendência genética, como expressamente previsto na legislação brasileira, na hipótese da adoção e de cuja solução não se afasta uma adoção de complacência (*adoção à brasileira*).

Nestes dois princípios está fundamentado o direito de conhecer a própria origem, como um dos elementos mais relevantes de identificação de uma pessoa, ao permitir a pesquisa da sua ascendência genética sem conceder qualquer outro efeito jurídico, preservando a relação fática e jurídica do estado de parentesco preexistente. É legítimo o interesse moral

de querer descobrir a origem biológica, mas o *status* de filiação pressupõe uma convivência familiar, em interação social e afetiva, ambos os substratos geradores da estabilidade das relações empreendidas pelo passar do tempo, pois suscitam o amor fraterno e evocam uma dedicação presente entre pais e filhos.

O Código Civil brasileiro (art. 1.609, parágrafo único), assim como do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 26, parágrafo único), rejeitam a perfilhação por interesse material, ordenando seja legalmente recusada qualquer pesquisa genética movida pelo interesse financeiro, como sucede quando um pai quer reconhecer filho morto e que em vida nunca quis registrar, motivado pelo interesse apenas no espólio deixado pelo descendente falecido e com o qual jamais irá exercer qualquer função parental.

Geralmente são legítimos os interesses patrimoniais, contudo, o direito de investigar a parentalidade é concedido para constituir o vínculo familiar em todas as suas dimensões, sem omitir as consequências patrimoniais que dela decorrem, mas se mostra ilegítimo desprezar os efeitos pessoais, a ponto de considerar a paternidade como pura vantagem patrimonial, como um mero negócio que só se faz quando parece oportuno.[24]

A legislação evita que o interesse pecuniário anime o pai ao reconhecimento materialista da paternidade, mas se ele perfilhou o filho falecido em vida, mesmo que apenas por meio de posse de estado de filiação, nada obsta que recolha a herança. É a vedação de cunho moral, porque para o texto da Lei seria antiético um pai reconhecer seu filho já morto e sem descendentes só para receber a herança (e igual propósito aparece no caminho inverso), quando é investigada a ascendência biológica de ascendente preexistindo relação de filiação com genitor registral ou socioafetivo, pois também neste gesto só está contido o propósito material de convocar um segundo genitor, este de vínculo estritamente biológico, destituído de qualquer envolvimento afetivo, sem nenhuma possibilidade ou

intenção de construir um elo de afeto e de convivência que nunca serão apagados perante a verdadeira família socioafetiva.

7.5. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE MOVIDA PELOS NETOS

Prescreve o artigo 1.606 do Código Civil competir exclusivamente ao filho a ação de prova de sua filiação, enquanto viver, passando para os seus herdeiros a continuidade da ação se porventura ele morrer durante a tramitação do processo, salvo se a ação for julgada extinta.[25]

Portanto, somente o filho pode investigar a sua ascendência paterna e se for menor, e enquanto menor, será representado por sua mãe, podendo ser a demanda proposta pelo Ministério Público, em legitimação extraordinária de verificação oficiosa da paternidade (Lei 8.560/1992) e mais os reforços dos Provimentos 16 e 18 do CNJ.

Morrendo o titular da ação de filiação antes de tê-la ajuizado, faltará aos seus sucessores legitimidade para promovê-la, sucedendo, pelo texto da lei, induvidosa carência de qualquer ação de investigação de paternidade promovida por iniciativa dos herdeiros do filho que não quis em vida pesquisar a sua perfilhação.

Não há razão para pré-excluir dos herdeiros netos a pesquisa genética de seu avô, quando o artigo 5º da Constituição Federal informa serem todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e negar o direito de os netos investigarem a origem genética de seu pai que morreu sem ter investigado a sua paternidade seria negar o inescusável *direito à identidade familiar*, atributo personalíssimo e direito inerente ao neto de buscar sua identificação pessoal, social e familiar.

A identidade é a verdade íntima e estrutural do ser humano e diz respeito à sua história, sua biografia e herança que irá depois transmitir para seus sucessores, asseverando Luiz Guilherme Loureiro ser a personalidade o

elemento individualizador da pessoa natural, correspondendo ao conjunto de caracteres próprios dessa pessoa, nos quais se integra o direito à vida, a honra, sua integridade física e moral e toda uma série de atributos que constituem o seu conteúdo natural, merecedor de proteção jurídica.[26]

O apelido de família é inerente aos princípios constitucionais da cidadania, e da dignidade da pessoa humana, não se resumindo a investigação de paternidade à pesquisa meramente biológica do nascimento, sendo direito de qualquer pessoa ter nome, prenome e sobrenome (CC, art. 16), e negá-los ao neto, apenas porque o pai não investigou a sua filiação em vida, seria negar vigência aos mais fundamentais dos direitos da pessoa.

Na sequência vêm os *vínculos de parentesco*, que envolvem direitos de ordem pessoal, moral e material, regulando vínculos e identidade social, restrições conjugais e afetivas, avançando no campo dos alimentos, do direito sucessório, na regulamentação da guarda e das visitas, em garantia da ampla comunicação do genitor não guardião, no caso de separação dos pais, e cujo direito é extensível aos avós, sendo dever dos genitores prepararem seus filhos para a vida familiar, social e profissional.

Também interessa no cômputo do direito sucessório, porque o direito à herança é direito fundamental, assegurado pelo artigo 5º, inciso XXX, da Constituição Federal, não podendo a lei negar os direitos hereditários dos netos.[27]

O *direito ao conhecimento da carga genética* presta-se dentro da investigação biológica para atender a uma necessidade psicológica de quem quer conhecer seus ancestrais, restringindo-se aos efeitos psicológicos, eugênicos e de preservação da vida e da saúde, sem qualquer ingerência ou modificação dos vínculos de parentesco já estabelecidos por adoção ou por elos de afeição.

O direito a alimentos respeita ao prosaico direito à vida, recíproco entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (CC, art. 1.696). Os avós

devem alimentos aos netos no *jus sanguinis*, unificador do agrupamento familiar, devendo os parentes alimentos entre si, de acordo com a própria ordem de vocação hereditária, cuja hierarquia observa a regra geral de os parentes mais próximos afastarem os mais distantes.

O Superior Tribunal de Justiça registra algumas decisões direcionadas a admitir o princípio fundamental da dignidade na investigatória de paternidade avoenga, como procedeu, por exemplo, no REsp 269 do Rio Grande do Sul, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, afirmando que o neto também é portador do seu próprio direito personalíssimo de conhecer a sua origem, reclamar seu nome de família, sua gênese parental, seus alimentos e sua condição social.[28]

O REsp 807.849/RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, datado de 24 de março de 2010, igualmente reconheceu como direito personalíssimo dos netos postularem a declaração judicial de sua relação avoenga, acrescentando que netos e filhos possuem direito de agir, próprio e personalíssimo, e de pleitearem 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, e essa orientação se repetiu no REsp 1.889.495/RS.[29]

7.6. DETERMINAÇÃO DA MATERNIDADE

A maternidade sempre foi evidente e aberta e sempre encontrou seu fundamento nos adágios romanos *partus sequitum ventrem* (o parto segue o ventre) e *mater semper certa est* (a mãe sempre é certa), diante dos fatos objetivos da gravidez e do parto. Apesar do brocardo jurídico da maternidade sempre ser certa, não se trata de princípio universalmente adotado, porquanto, no direito comparado, existem dois sistemas distintos para a determinação da maternidade: *a*) de um lado, aqueles que seguem as

máximas de o parto seguir o ventre e de a mãe sempre ser certa, como ocorre nos países latino-americanos, nórdicos e anglo-saxões; *b*) no outro extremo, aqueles países que dão prevalência ao elemento voluntarista de aceitação ou assunção da filiação, outorgando à mãe o direito de resguardar sua identidade e de desconhecer seu filho (parto anônimo), como ocorre na França, Áustria, Luxemburgo e Itália.[30]

A partir do século XX, a maternidade ganha maior relevo social, explica Guilherme Calmon Nogueira da Gama, especialmente diante das técnicas de reprodução medicamente assistida, que viabilizam dissociar a mulher que deseja procriar e não pode engravidar, e a mulher que se dispõe a gestar o embrião no período da gravidez, para depois dar à luz a criança, abalando dessa forma o brocardo *mater semper certa est*.[31] Nessas circunstâncias a dúvida quanto à maternidade é pertinente quando sabido que nem sempre ela resultará exclusivamente do *fato nascimento*, sobretudo quando as técnicas de inseminação permitem que uma mulher forneça seu óvulo, para que o embrião seja gerado por maternidade de substituição.[32]

O registro do nascimento pode ser feito pelo pai ou pela mãe, sejam eles casados, pela presunção de filiação no casamento (CC, art. 1.597), ou pela presunção extramatrimonial da Lei 13.112/2015, que permite à mulher proceder ao registro de nascimento do filho, em igualdade de condições com o homem, podendo ser prorrogado o prazo de 15 dias por mais 45 dias. Como escreve Conrado Paulino da Rosa, o Provimento 52/2016 do Conselho Nacional de Justiça (revogado pelo Provimento 63/2017 do CNJ e este parcialmente derrogado pelo Provimento 83/2019 do CNJ) facilita o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, inclusive aos havidos por maternidade por substituição.33 De acordo com o Provimento 63/2017, o assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida será inscrito no livro “A”, independentemente de prévia autorização judicial, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou

homoafetivo (Provimento 63/CNJ, art. 16). Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, apresentando o termo referido no artigo 17, inciso III, do Provimento (art. 16, § 1º). Nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento de nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna (art. 16, § 2º), ao contrário da Alemanha, onde ainda é necessário indicar com precisão a mãe e, eventualmente, o pai da criança,[34] e, importante, na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na Declaração de Nascido Vivo (DNV), devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação (art. 17, § 2º).

Na filiação extramatrimonial, a mãe da criança não podia indicar o nome do pai se este não se fizesse presente, ou se não fizesse uma declaração expressa de sua paternidade (CC, art. 1.609), só terminando este tratamento incoerente de a legislação presumir honestas as mulheres do casamento e desonestas as progenitoras extramatrimoniais com o advento da Lei 13.112/2015, e assim, praticamente desaparecem as ações de investigação de paternidade, abrindo, doravante, espaço processual para eventuais ações de impugnação de paternidade, reservadas àqueles homens cujos nomes foram referidos no registro e que contestam sua paternidade. Certamente haverá uma significativa redução nas ações de filiação, pois é de prever que um menor número de pais indicados terá efetivo interesse em contestar um registro de filho que tem fortes presunções de ser seu diante do relacionamento mantido com a mãe da criança, precisando ele se submeter à perícia em DNA. O nascimento se prova com a Declaração de Nascido Vivo (DNV),[35] consistente em formulário padronizado e fornecido pela Secretaria de Vigilância em Saúde, preenchido pelos funcionários das maternidades,[36] e se nascido fora da maternidade, ou de estabelecimento hospitalar, com

certificado médico, a DNV deverá ser preenchida pelo médico responsável, ou com a declaração de duas testemunhas que assistiram o nascimento e que firmem o registro, no caso de parto domiciliar, sem assistência médica, sendo a DNV preenchida pelo Cartório Civil.[37] Quando constar do termo de nascimento a maternidade do filho, a mãe indicada só poderá contestar sua maternidade provando a falsidade do termo ou da declaração (CC, art. 1.608).

7.7. A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE

Embora tenham desaparecido as designações sobre a legitimidade da prole, quando advinda das chamadas *justas núpcias*, atualmente todos os filhos são iguais e naturais, não obstante o Código Civil vigente se reportasse exclusivamente à filiação matrimonial, quando estabeleceu no artigo 1.597 os pressupostos de presunção conjugal da paternidade, no sentido de só reconhecer a presunção de paternidade nas hipóteses expressamente elencadas em cada um dos cinco incisos arrolados no artigo 1.597 do Código Civil, ocasião, então, que nascendo um filho na constância do casamento essa prole era presumida por lei, como fruto do matrimônio, e o registro civil da criança podia ser feito por iniciativa da mãe, querendo, bastando provar seu casamento.

Não existia dispositivo idêntico para presumir a paternidade dos filhos da união estável ou de qualquer relação extraconjugal, muito embora a convivência estável, em especial, esteja constitucionalmente classificada como uma entidade familiar (CF, art. 226, § 3º; CC, art. 1.723), e a razão da ausência de presunção de filiação na união estável estaria no fato de não ser obrigatória a coabitação, logo, não haveria certeza da paternidade, não obstante, o STJ, em voto relatado pelo Ministro Massami Uyeda, no REsp 1.194.059/SP,[38] tenha estendido para os filhos da união estável a presunção de paternidade.[39] Da mesma forma, não eram presumidos como filhos

aqueles gerados da relação entre pessoas solteiras e divorciadas, ou das pessoas formalmente separadas, ou cujos casamentos foram julgados nulos ou foram anulados, e ainda as pessoas viúvas há pelo menos trezentos dias subsequentes à dissolução da sua sociedade conjugal (CC, art. 1.597, inc. II). Entretanto, a Lei 13.112/2015 permite que a mulher, casada ou não, em igualdade de condições, registre isolada ou em conjunto, o nascimento do filho, no que vai de encontro ao artigo 17, inciso III, do Provimento CNJ 63/2017, que reclama para fins de assento de nascimento de filho havido por técnicas de reprodução assistida, no caso de não comparecerem ambos os pais, a apresentação da certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

7.8. A PRESUNÇÃO *PATER IS EST*

O Código Civil enumera no artigo 1.597 as hipóteses de presunção de filiação de prole concebida na constância da relação conjugal, muito embora, diante dos avanços da ciência genética em estabelecer a certeza absoluta na exclusão da paternidade em uma quase certeza na afirmação da paternidade, na ordem de até 99,99%, pouca importância deveria ser atribuída a essa presunção quando contestada pelos meios científicos de identificação genética, uma vez respeitados os prazos de impugnação e ponderadas as dissensões doutrinárias e jurisprudenciais sobre a prescrição, decadência ou imprescritibilidade da impugnação de paternidade, que sequer poderia constar em um regramento civil que contrariava frontalmente a igualdade dos filhos, e nenhuma importância deve ser atualmente atribuída à presunção de paternidade do artigo 1.597 do Código Civil, depois do advento da Lei 13.112/2015, que permite a todas as mulheres, casadas ou solteiras registrarem seus filhos e indicarem no ato do registro o nome do pai, restando incoerente e irrelevante atentar para prazos de convivência e de nascimento, como tampouco importa a existência do casamento, pois toda

e qualquer mulher que tenha dado à luz, pode indicar no assento do nascimento o nome do pai desta criança, enterrando definitivamente a figura jurídica da presunção de paternidade oriunda apenas do casamento, que representava um tratamento inferior ao das demais relações.

Os instrumentos científicos de pesquisa da realidade biológica podem ser pacificamente acionados em caso de dúvida acerca da paternidade quando impugnados pelo pai indicado no registro de nascimento pela mãe que deu à luz a criança.

7.9. A FECUNDAÇÃO ASSISTIDA

As técnicas de reprodução assistida são avanços biotecnológicos criados para contornar os problemas de esterilidade e solucionar alguns de infertilidade.[40] O verdadeiro impulso da ciência no avanço da inseminação artificial surgiu na década de 1940, com o congelamento do sêmen, porque até então ela só era possível com a convocação do doador um pouco antes da coleta fresca do esperma e sua imediata introdução no colo uterino.

A inseminação artificial se produz à margem da relação sexual e busca a fecundação, surgida da união do espermatozoide e do óvulo sem a existência do ato sexual.[41] A inseminação e a fecundação são etapas distintas e, embora seja utilizada a expressão *artificial*, em realidade a fecundação será sempre um processo da natureza, apenas estimulada pela ciência por meio de um artifício instrumental para, posteriormente gerar a fecundação.

A *reprodução artificial* é considerada *homóloga* quando, para efeito de presunção da paternidade é realizada com sêmen do próprio marido ou companheiro e *heteróloga* quando utiliza o esperma de um doador, obtido através de um banco de sêmen.

A fecundação *in vitro* supõe a união do óvulo e do espermatozoide em um laboratório altamente equipado e especializado e seu êxito foi

definitivamente coroado com o nascimento em 1978, na Inglaterra, de Louise Brown.

A reprodução artificial também será homóloga quando forem empregados os embriões excedentários, porque não teriam sido usados quando o marido ou convivente ainda era vivo, ocorrendo o processo de fecundação com a sua utilização depois de sua morte.[42] O Código Civil nada refere sobre os embriões que sobram depois de bem-sucedida a fecundação artificial e o casal não tem mais interesse na concepção futura de outros filhos, considerando que os descartes dos embriões excedentes constituiriam vida humana e que por isto teriam ou não direito ao seu livre-desenvolvimento.

Qual o destino destes embriões excedentes, sua destruição, doação a outros casais, uso para estudos científicos? Enfim, colocam-se inúmeros questionamentos éticos e problemas de profundas dúvidas e divergências que não foram e nem poderiam ser cogitadas pelo Código Civil, até porque seguem os estudos sobre todas estas intrincadas questões que surgem acerca da inseminação artificial.

No Brasil apenas existem as recomendações éticas da Resolução 2.294/2021, quando no inciso V, item 3, preconiza que devam os pacientes expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. O rejeite e a destruição dos embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes, ou se no mesmo período forem abandonados, conforme itens 4º e 5° do inciso V da Resolução 2.294/2021, do Conselho Federal de Medicina, sempre mediante autorização judicial, e pela Lei de Biossegurança, que foi alvo de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 3.510), junto ao Supremo Tribunal Federal e julgada improcedente, por considerar aquela Corte, por seis votos

a cinco, que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

É *heteróloga* a inseminação artificial que utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro. Entretanto, a cessão de material genético tanto pode implicar produto biológico do homem (espermatozoide), como da mulher (óvulos).[43] O esperma do doador é, de regra, armazenado em banco de sêmen, passando por rotineira verificação de sua qualidade, havendo sigilo sobre a identidade do doador, mas fornecidos os dados respeitantes ao seu porte físico, suas características morfológicas, como o grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos, cujas informações são cruciais aos donatários.

O Código Civil não exige a autorização escrita; entrementes, conforme a Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, será sempre obrigatório o consentimento informado das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida, mediante o preenchimento e a assinatura de formulário especial autorizando a inseminação artificial, assumindo o compromisso de registro civil da criança pelos pacientes e contando sempre com a aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, no caso de cessão temporária do útero.

O marido, ao aceitar a inseminação heteróloga de sua esposa, ou o parceiro em sua companheira, não tem o direito de negar a paternidade, e quem não autorizou o nascimento do filho medicamente assistido deverá promover imediatamente uma ação negatória de paternidade genética,[44] antes de ser consolidada uma paternidade afetiva, como deflui do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, diante da admissão indireta da filiação socioafetiva, quando o marido reconhece como seu o filho de um doador anônimo, e, no caso de reprodução assistida *post mortem*, disse a Quarta Turma do STJ, no REsp 1.918.421/SP, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em julgamento datado de 8 de junho de 2021, ser necessária

autorização expressa e incontestável do falecido para utilização dos embriões excedentários, a ser feita por testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

7.9.1 A mãe de substituição

Como explica Eliana Cristine da Silva,[45] "esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero materno não permite o desenvolvimento normal do zigoto ou quando a gravidez apresenta um risco para a mãe".

Existem duas modalidades de mães de substituição, ou de útero de substituição, sendo uma delas considerada *mãe portadora*, porque apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima, na chamada ovodoação, e a *mãe de substituição*, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido ou companheiro da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz à criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos. Nessa hipótese em que a própria *mãe de aluguel* aporta o óvulo, conclui María Carcaba Fernández, ocorre uma clara situação de inseminação artificial heteróloga com doador conhecido.[46]

A Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina proíbe o caráter lucrativo ou comercial da gestação por mãe substituta, embora a modalidade seja mais conhecida como *barriga de aluguel*, assim como o CFM também estipulou que devem as doadoras de útero pertencer à família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até o quarto grau, e deve ter ao menos um filho, sendo que os demais casos estão sujeitos à avaliação e à autorização do Conselho Regional de Medicina, devendo a doação temporária do útero se fazer de forma gratuita (RCFM 2.294/2021, item 2,

VII).[47] Alguns Conselhos Regionais de Medicina, como o de São Paulo, vêm autorizando a substituição uterina por doadoras que não sejam necessariamente parentes da mãe biológica, até porque existem hipóteses nas quais a autora do projeto maternal nem ao menos é doadora do óvulo, que provém de terceiro,[48] como por igual juízes no Rio Grande do Sul têm aceitado que amigas próximas doem seu útero temporariamente, lembrando que pelo Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo (DNV) (art. 17, inciso III, § 1º).

A filiação proveniente da reprodução humana com útero de substituição é outorgada pelo ideal de parentalidade, e no Brasil é unicamente regulado pela Resolução 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina, que admite a doação de ovos, recomendada nos casos de idade avançada, pobre resposta ovariana, má qualidade ovocitária, sucessivas falhas em ciclos prévios de fertilização *in vitro* (FIV), endometriose avançada, abortos de repetição de causa desconhecida, entre outros, significando a ovodoação uma ajuda inestimável às mulheres que não podem produzir por si próprias, óvulos, ou que perderam a possibilidade de transmitir seu capital genético.[49]

Com a utilização da técnica de útero de substituição a verdade jurídica da presunção *mater semper certa est* deixou de ser absoluta, em razão dos avanços extraordinários da biotecnologia, para admitir a dúvida entre a parturiente e a mãe intencional, independente de ter contribuído com seu óvulo.[50] Segundo Karina Nunes Fritz, também o legislador alemão rompeu o princípio milenar de que a filiação materna decorre sempre da origem genética, dado que uma mulher pode parir a criança, ainda que dela não proceda a carga genética, mas ressalva que, de acordo com o BGH (Bundesgerichtshof – Superior Tribunal Federal alemão), os genitores devem ser de gêneros distintos.[51]

A formação de uma família ingressa no campo do direito fundamental da pessoa humana e de seu projeto parental, tanto que o planejamento

familiar está inserido no § 7º do artigo 226 da Constituição Federal e na Lei 9.263/1996, não olvidando ser a família a célula da sociedade, com especial proteção estatal, conforme artigo 226 da Carta Federal, e sendo a procriação um direito subjetivo de cada um, tem o Estado o dever de assegurar o direito de acesso a qualquer técnica de reprodução assistida a casais hetero e homoafetivos e transgêneros (Resolução 2.294/2021), homens ou mulheres que assim desejarem, ou que não possam reproduzir naturalmente.[52]

E o desejo de formar família pode ser atendido com o uso das técnicas de reprodução assistida, sendo certo que o Direito não pode interferir na esfera mais íntima da pessoa para ditar de que forma ela terá um filho, pois o projeto parental é individual e compõe o conteúdo da personalidade de cada um,[53] e o artigo 227 da Carta Federal é o berço dos direitos fundamentais do menor, ao lhe assegurar, por meio da família, da sociedade e do Estado, dentre vários outros, o direito à convivência familiar, além de colocar a criança e o adolescente a salvo de toda forma de negligência, discriminação, crueldade ou de opressão.

Diante das técnicas de procriação assistida, pai e mãe serão aqueles que expressaram sua vontade de procriar e que tomaram as medidas necessárias para que sua vontade parental fosse concebida e gestada com a ajuda altruísta e desinteressada de uma *mãe gestacional*, podendo ocorrer ou não, a doação anônima de óvulo (Resolução 2.294/2021 do CFM, seção IV, 2), mas será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com ressalva para situações especiais, por motivação médica, cuja hipótese permite sejam fornecidas informações sobre os doadores, mas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a) (Resolução 2.294/2021 do CFM, seção IV, 4).

Segundo Nora Lloveras e Marcelo Salomón, a filiação materna derivada do uso da fecundação extracorpórea não pode ser resolvida com o mesmo critério aplicado à procriação natural, porquanto, a maternidade deve

ser atribuída à pessoa que teve a vontade de ter o filho e assumiu a condição de mãe, ainda que tenha empregado para a fecundação um óvulo alheio.[54]

Conforme María Victoria Famá, acaso não fosse priorizada a vontade procriacional nos vínculos de filiação, todo o sistema de fertilização assistida heteróloga seria inviável, pois ninguém doaria seu material genético sabendo que a qualquer momento lhe poderiam atribuir a paternidade ou maternidade e nenhum casal se submeteria à fertilização assistida, temendo que no futuro um desconhecido pudesse reclamar o vínculo de filiação. A instabilidade jurídica e afetiva que se produziria é de palmar constatação, denotando a importância do acolhimento da *teoria da vontade procriacional no campo da reprodução humana assistida*, a cuja manifestação de vontade são atribuídos os mesmos efeitos jurídicos do reconhecimento.[55]

7.10. A IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE

O Código Civil admite duas hipóteses de impugnação da paternidade; a primeira delas relacionada ao artigo 1.601 do Código Civil, ao conferir legitimidade ao marido para contestar, a qualquer tempo, a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível, como na via inversa era imprescritível o reconhecimento do estado de filiação, de acordo com o artigo 27 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).[56]

O esposo ou o próprio companheiro (Lei 13.112/2015) podem impugnar a paternidade que lhes foi atribuída se, por exemplo, provarem sua impotência para gerar, à época da concepção (CC, art. 1.599), não ilidindo a paternidade a mera impotência instrumental, decorrente da incapacidade para a prática do ato sexual, haja vista a hipótese de a concepção ser proveniente de inseminação artificial realizada com a coleta laboratorial de sêmen. Os filhos do impugnante e bem assim seus demais descendentes não

têm legitimidade para contestarem a paternidade,[57] se em vida o indigitado pai não contestou a ação, isso porque os descendentes só têm o direito de prosseguirem na ação (CC, art. 1.601, parágrafo único),[58] e se o processo iniciado pelo indigitado pai for extinto por sua inércia em vida, seus herdeiros não poderão reativar a ação.

Uma vez realizado o registro, não há como impugná-lo, salvo provando erro ou falsidade do registro de nascimento, conforme artigo 1.604 do Código Civil, porquanto a filiação é provada pelo assento do nascimento no Registro Civil, tornando público o vínculo paterno e irrevogável o registro, mesmo ele não expressando a verdade biológica, mas estará proclamando uma verdade sociológica, e por conta disso os pretórios têm negado a nulidade do registro e mantido os vínculos parentais do afeto quando o pai registral pretenda impugnar o registro, assim como será irrevogável o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva, somente podendo ser desconstituída pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação (art. 10, § 1º do Provimento CNJ 63/2017).

Homens que não desejam filhos costumam negar a paternidade sob a alegação de esterilidade por cirurgia deliberada de vasectomia, porque já possuem filhos e nessa quadra da vida só almejam companhia. Contudo, a esterilidade não elide plenamente a paternidade, haja vista a possibilidade de reversão dos seus efeitos, seja por fatores naturais, seja pela intervenção médica, com o restabelecimento da capacidade de procriar.

O homem também pode provar o adultério de sua mulher, que teria engravidado da relação sexual com terceiro,[59] ou sua conduta desonrosa, sem nenhum efeito prático no juízo do divórcio, porque se submeteu à inseminação artificial heteróloga sem a sua expressa autorização e assim contestar sua paternidade.

Embora o Código Civil não tenha colacionado a possibilidade de ser contestada a paternidade na separação de fato, evidente essa hipótese, e bastante comum, não havendo como sujeitar a presunção de paternidade no

curso de uma incontestável separação fática, muito menos diante das apuradas técnicas de perícia genética das impressões digitais do DNA. A separação de fato põe fim ao principal elemento conducente da presunção de paternidade, que é a coabitação dos pais, que por seu turno, implica inferir na exclusividade do débito conjugal dos esposos, contudo, cessando a convivência, cessa também a presunção de filiação matrimonial.

A segunda e última hipótese codificada de impugnação da paternidade é a do artigo 1.614 do Código Civil, ao conferir ao filho menor o direito de impugnar o seu reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à sua maioridade, ou à emancipação.[60]

O prazo de quatro anos, contudo, não se compatibiliza com a imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade regulada pelo artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo a ótica constitucional afirmada por Gustavo Tepedino, porque as ações de estado são imprescritíveis, e expressam a busca processual dos direitos de personalidade, e, desse modo, "a pessoa humana poderá, a qualquer tempo, ajuizar ação de impugnação da paternidade, de molde a cancelar a presunção legal e mediante a ação de investigação de paternidade – que poderá ser cumulada à ação negatória – determinar o vínculo biológico de filiação".[61]

Não obstante sejam imprescritíveis[62] os direitos de personalidade, não podem e nem devem ser imprescritíveis os direitos patrimoniais dessa relação biológica.

Portanto, não soa ético e tampouco jurídico possa uma pessoa querer desconstituir sua filiação sociológica para reconhecer judicialmente a filiação genética de um pai que sempre soube ser seu ascendente, mas cujo vínculo de parentesco nunca quis pesquisar, a não ser depois do falecimento de seu genitor biológico e com o propósito único de buscar uma recompensa patrimonial.

Essa restrição de caráter patrimonial está prevista no parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil e no parágrafo único do artigo 26 do ECA,

por cujo dispositivo o legislador procurou "preservar o ato de reconhecimento de qualquer influência cúpida",[63] e evitar pudessem interesses pecuniários motivar póstumas perfilhações, a serem evitadas em qualquer direção, para negar efeitos exclusivamente sucessórios ao pai que quer perfilhar filho morto (CC, art. 1.609, parágrafo único e ECA, art. 26, parágrafo único) e, por analogia, negar direitos sucessórios do filho *adotado à brasileira* por genitor afetivo e que quer desconstituir judicialmente a sua paternidade socioafetiva por pura ambição hereditária, despertada pelo decesso de seu genitor biológico.

A imprescritibilidade tem por propósito assegurar um pai, e não uma segunda herança paterna ou a herança de dois pais, de modo que severas censuras deitam sobre a imprescritibilidade da contestação da paternidade e os deletérios efeitos causados com o desmantelamento processual da unidade familiar diante da permissão legal de ser imprescritível a contestação da paternidade, mesmo após décadas de harmônica relação de perfilhação afetiva.[64]

A impugnação da paternidade precisará ser mais bem construída na evolução do Direito de Família e ser sustentada só em fatores capazes de justificar ponderadamente a exclusão do estado de filiação socioafetiva, usualmente porque o pai acreditava se tratar de seu filho biológico e, portanto, fora induzido a erro, e, ademais, sempre teve escasso contato pessoal com o filho meramente registral, como nesse sentido já vêm demonstrando os pretórios brasileiros, ao negarem a desconstituição do registro civil apenas pela inexistência de origem biológica na filiação quando presentes sólidos laços de convivência e afetividade.[65]

7.11. PROVA DA FILIAÇÃO

A filiação é demonstrada pela certidão do termo de nascimento assentado no Registro Civil[66] (CC, art. 1.603), até prova em contrário,

resultante de erro ou falsidade do registro, devendo ser desconstituída, como prescreve o artigo 1.604 do Código Civil, ao vetar seja reivindicado estado contrário àquele proveniente do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro, ou diante da sentença transitada em julgado, que tenha provido ação de impugnação ou de contestação de parentalidade.

Contudo, a certidão do termo de nascimento não é a única prova da filiação, factível de ser demonstrada por qualquer outro modo admissível em direito, conforme artigo 1.605 do Código Civil, *quando houver começo de prova por escrito, proveniente dos pais, conjunta ou separadamente* (art. 1.605, inc. I); e quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos (art. 1.605, inc. II), cujas disposições regulam a *posse de estado de filho*, antes regulamentada pelo artigo 347 do Código Civil de 1916.

A posse de estado de filho não foi definida no Código Civil em vigor, mas suas linhas de identificação surgem da redação do artigo 1.605 do Código Civil, devendo estar presente para a sua concreta afirmação a notoriedade deste estado de filho, no sentido de ser visível a percepção da filiação; sua continuidade, com manifesta exteriorização de estabilidade, não podendo gerar, sob qualquer aspecto, equívocos acerca da filiação.[67]

7.12. PRINCÍPIO DE PROVA E INTIMAÇÃO PESSOAL PARA EXAME DE DNA

O exame em DNA é extremamente útil, mas não é o único meio de prova do nexo de procriação, pois existem outros fatores que podem colocar em evidência a existência ou inexistência do vínculo de filiação. A Lei 12.004, de 29 de julho de 2009, acrescentou o artigo 2º-A à Lei 8.560/1992, no sentido de admitir na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, como hábeis para comprovar a verdade dos fatos,[68] cujo texto era totalmente dispensável, porque repete dispositivo processual (CPC, art. 369), mas acresce um parágrafo único, no

qual aduz que a recusa do réu à submissão ao exame de código genético – DNA, só irá gerar a presunção da paternidade na apreciação em conjunto com o contexto probatório, havendo se pronunciado o STJ no sentido de que inclusive terceiros que possam fornecer material genético para a realização de exame de DNA ficam sujeitos às mesmas diretrizes de cooperação e submissão sob presunção de filiação pela injustificada recusa[69] e como nesta direção também foi editada a Lei 14.138/2021, que acrescentou o § 2º ao artigo 2º-A da Lei 8.560/1992, para permitir que, em sede de ação de investigação de paternidade, a realização do exame de pareamento do código genético (DNA) em parentes consanguíneos do suposto pai, preferindo-se os de grau mais próximo aos mais distantes, importante a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

Em realidade, a Lei 12.004/2009 coloca um importante freio na sacralização descomedida que recaia sobre o exame em DNA, que era realizado como "prova única, como prova máxima, maravilhosa e essencial, aparecendo como panaceia para resolver todos os males, superar todas as questões e dificuldades. O resultado do laboratório, entretanto, não pode ser confundido com cartola de mágico, de onde saltam todas as coisas e pulam todas as respostas".[70] Efetivamente, a perícia genética não podia mais seguir soberana, ignorando e dispensando os clássicos meios processuais de prova.[71]

A Lei 12.004/2009 traz mais luzes à noção já preexistente de que a presunção pela recusa ao exame em DNA não é absoluta, e sim relativa, consoante deflui dos termos da Súmula 301 do STJ,[72] cujo enunciado já deixava antever que a recusa poderia ceder diante de eventual prova em contrário, só que na prática judiciária estava difícil realizar a prova em contrário quando toda e qualquer ação investigatória de filiação, de um modo especial nas de verificação do vínculo paterno, invariavelmente, o primeiro ato judicial, muitas vezes mesmo antes da contestação, era o de

inquirir o investigado se aceitava ou não se sujeitar ao exame em DNA, sob o raciocínio de que seria do seu maior interesse a realização dessa prova pericial, já que com a perícia pode provar com 100% de acerto que não é o progenitor da paternidade que lhe é atribuída. Há registro de situações processuais nas quais, inclusive, os juízes concluíram ser irrelevante a intimação pessoal do investigado para a realização do exame em DNA, porquanto, tampouco na Súmula 301 do STJ e muito menos na Lei 12.004/2009, existiria qualquer exigência no sentido de ser imprescindível a intimação pessoal da parte, que assim poderia ser convocada indiretamente para o exame genético, mediante o chamamento de seus advogados, que teriam dessa forma, o ônus de sofrerem os efeitos profissionais da presunção. Por evidente que a intimação da parte para tão importante ato como o de se submeter à perícia genética como um dos meios de prova da filiação não pode ser realizada na pessoa do advogado do investigado,[73] posto que não se trata de ação a ser praticada pelo advogado, mas de ato personalíssimo da própria parte, que é o sujeito da intimação, conforme dispõe o artigo 269 do Código de Processo Civil. O advogado é intimado para promover os atos processuais, não para decidir em nome do cliente se ele irá ou não se sujeitar ao exame em DNA, tal qual o mesmo cliente deve ser pessoalmente intimado para prestar depoimento pessoal, sob pena de confissão. Ora, se a pena de confissão só será aplicada se o depoente como parte for pessoalmente intimado, com muito maior razão deve ser pessoalmente intimado o investigado para dizer se fará o exame em DNA, sob pena de ser presumida a sua paternidade, evidentemente que dentro de um contexto probatório, como a confissão também seria apreciada dentro desse mesmo conjunto probatório. Negar a intimação pessoal do investigado para que decida pessoalmente se quer ou não realizar a perícia genética é negar direito fundamental da parte, cerceando-lhe o mais amplo e irrestrito direito de defesa, é negar o direito de ação.[74]

7.13. A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE PELA RECUSA

Para os pretórios brasileiros, a recusa imotivada do investigado em submeter-se ao teste em DNA representa forte indício da paternidade, capaz de conduzir à procedência da demanda por presunção absoluta, alcançando 100% de certeza, tão só pelo comportamento omissivo do investigado,[75] e não mais apenas em razão do comportamento do indigitado pai, como também diante da recusa dos seus parentes consanguíneos, se o suposto pai houver falecido ou não existir notícia de seu paradeiro, preferindo os de grau mais próximo aos mais distantes, importando a recusa em presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório (Lei 14.138/2021, que acrescentou o § 2º ao art. 2º-A da Lei 8.560/1992).

Mesmo antes do advento do atual Código Civil brasileiro, já era consenso da jurisprudência e da doutrina nacional importar na presunção de paternidade a negativa do investigado em submeter-se às provas biológicas, somada a negativa a outras provas, autorizando o juiz a sentenciar contra o investigado, à semelhança de uma confissão ficta.

Para Maria Christina de Almeida tão só a recusa não significa reconhecer a procedência da investigatória, sem nenhum outro dado de prova, apenas calcada na negativa do investigado.[76] Deve, sim, prevalecer a extrema cautela diante desse impulso processual de ordenar a imediata realização da perícia em DNA. Tal resistência não passa de um indício[77] a ser apreciado pelo julgador no exame conjunto das provas, unindo ao que ademais foi apurado na demanda a despeito da coincidência temporal das relações sexuais com a concepção; assim como a existência de caracteres antropológicos entre o acionado e o investigante, dentre outra interminável e ampla sede probatória, valorizando e apreciando a prova judicial no seu conjunto, para, sob esse prisma, sim, ser realmente capaz de permitir ao julgador associar o ato de recusa ao exame, como sério indício de paternidade, tudo tendo sido posto em confronto com os demais meios

probatórios amplamente oportunizados às partes.[78] O Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 301[79] e com isso consolidou a prática jurisprudencial de presunção *juris tantum* de paternidade pela simples recusa do indigitado pai submeter-se ao exame de DNA, e assim, infelizmente o STJ terminou por sacralizar o absolutismo do valor jurídico da verdade biológica, como sendo uma prova conclusiva.

A recusa nem sempre será indício de admissão de paternidade, como comodamente sugere a Súmula 301 do STJ e cuja falha parece ter sido corrigida com a edição da Lei 12.004, de 29 de julho de 2009, que acrescentou o artigo 2º-A à Lei 8.560/1992 e cujo § 1º estabelece deva a presunção da paternidade, quando gerada da recusa em se submeter ao exame de código genético ser apreciada em conjunto com o restante do contexto probatório.

7.14. O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO

O reconhecimento da paternidade no Direito brasileiro é voluntário ou compulsório, operando-se o modo espontâneo pelas formas expostas pelo artigo 1.609 do Código Civil de 2002, sem a mesma extensão na codificação revogada no concernente ao reconhecimento voluntário da paternidade extramatrimonial. Em razão do Tema 622 de Repercussão Geral apreciado no Recurso Extraordinário 898.060/SP admitindo a paternidade ou a maternidade socioafetiva, que não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento 63/2017, cujo artigo 10 autorizava o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais, sendo alterado pelo Provimento 83/2019 do CNJ, que restringiu o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade para pessoas acima de 12 anos e com o seu expresso consentimento, devendo ser uma

paternidade ou maternidade socioafetiva estável e socialmente exteriorizada, competindo ao registrador atestar a sua existência mediante apuração objetiva por intermédio da verificação de elementos concretos indicados no artigo 10-A do Provimento CNJ 63/2017, com a redação que lhe deu o Provimento CNJ 83/2019.

A Lei 8.560/1992 introduziu no Brasil a averiguação oficiosa da paternidade e conferiu legitimidade processual ativa ao Ministério Público para proposição da ação de investigação de paternidade, além de ampliar as maneiras de reconhecimento espontâneo da perfilhação do pai.

A Lei 8.560/1992 não entra em rota de colisão com a codificação civil brasileira, mas antes uma e outra se complementam, porque a função precípua da lei de averiguação oficiosa da paternidade foi a de incentivar o pronto reconhecimento voluntário da perfilhação, e só num segundo momento impulsionar a ação judicial de investigação compulsória da paternidade, inclusive com a legitimação processual ativa do Ministério Público. Isso porque muitos nascimentos terminavam registrados apenas em nome da mãe, omissa no ajuizamento da investigatória de paternidade, e assim agia pelos mais diferentes motivos, privando o filho do registro paterno e causando previsíveis traumas psicológicos, dificuldades e frustrações.

Com a averiguação oficiosa, o oficial do Registro Civil fica obrigado a remeter ao juiz a certidão integral do registro, e se tiver coletado os dados, também com o nome, prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação de paternidade. É procedimento de cunho administrativo, encarregando a Justiça da pesquisa parental e não mais apenas condicionado à vontade e iniciativa da mãe, cujo interesse nem sempre aflorava no sentido de atrelar na certidão do filho também a identidade do pai do descendente.

Mas nem sempre será possível ao oficial do Registro colher a identidade e qualificação do suposto pai, ou apenas apurar alguns informes incompletos, seja porque esses dados a pessoa que fez o registro não

possui,[80] ou porque preferiu omitir do oficial as informações e frustrar a verificação oficiosa.

Tem o oficial de Registro Civil o dever de remeter ao juiz a certidão integral do registro contendo apenas o estabelecimento da maternidade e, presentes os elementos suficientes para a propositura da ação, tem o Ministério Público a obrigação de ajuizar a demanda de averiguação da paternidade, isso se nos trinta dias contados da sua notificação judicial, o decantado pai não comparecer, ou, comparecendo, negar a alegada paternidade.[81]

A ação de investigação de paternidade é promovida em nome da instituição do Ministério Público, atuando no polo ativo da relação jurídico-processual, e não como mero representante do incapaz, como substituto processual, a tanto autorizado pelo § 4º do artigo 2º da Lei 8.560/1992,[82] nada impedindo a quem tenha legítimo interesse, como no caso da genitora do menor, de também intentar a investigação com o objetivo de obter o reconhecimento da paternidade (art. 2º, § 5º, da Lei 8.560/1992).

7.14.1 Outras formas de reconhecimento voluntário da paternidade

Como prescreve o artigo 1.607 do Código Civil, os filhos havidos fora do casamento devem ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, mas, para que o assento de nascimento contenha a identificação do pai e da mãe, devem promover o registro em conjunto ou separadamente, podendo ser feito esse reconhecimento comparecendo diretamente no registro do nascimento (CC, art. 1.609, inc. I); por escritura pública ou escrito particular, que fica arquivado em cartório (CC, art. 1.609, inc. II); por testamento, ainda que incidentalmente manifestado (CC, art. 1.609, inc. III); e por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que

o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (CC, art. 1.609, inc. IV).

O reconhecimento do filho pode ser feito a qualquer tempo, mesmo antes do seu nascimento, durante a vida deste ou até depois de sua morte, com as ressalvas do parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil, para o qual há restrições para efeitos sucessórios, quando este reconhecimento de filho já falecido só ocorre para fins claramente patrimoniais, coibindo esse reconhecimento o parágrafo único do artigo 1.609, e o parágrafo único do artigo 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente, salvo que o perfilhado tenha deixado descendentes, porque então serão estes os seus herdeiros, pela ordem de vocação hereditária do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.

7.14.2 Reconhecimento de filho maior e de filho menor

É condição legal para o reconhecimento de filho maior de idade o consentimento deste para a perfilhação, podendo o menor impugnar o reconhecimento nos quatro anos seguintes à maioridade, ou à emancipação (CC, art. 1.614). O ato de perfilhação deve externar uma relação de duas vias e expressar a verdade biológica, quando não for proveniente de uma relação de filiação adotiva ou socioafetiva, como comumente acontece na chamada *adoção à brasileira*, na qual o filho de outrem é registrado como próprio pelo cônjuge ou parceiro da mãe do perfilhado. Essa criança ou adolescente tem o direito de impugnar a sua paternidade, no prazo decadencial dos quatro anos que se seguirem à sua maioridade, ou à emancipação, o que não o impede de se opor ao seu reconhecimento antes, mas deverá ser judicialmente representado, se tiver menos de dezesseis anos, e assistido após esta idade e antes de atingir os dezoito anos de idade, ou ser emancipado, não se deslembrando que o Superior Tribunal de Justiça reiteradamente vem afirmando se tratar de um direito personalíssimo e imprescritível do filho impugnar a sua paternidade.[83]

7.15. AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO

Uma vez realizado o registro civil de reconhecimento, o seu conteúdo é havido por verdadeiro e opera contra todos, não havendo como modificar a verdade constante do registro civil de nascimento, salvo reste ajuizada ação para anular, reformar ou desconstituir o que consta do assento, sucedendo o mesmo caminho judicial para quem pretender desconstituir reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade socioafetiva realizada perante o oficial de registro civil das pessoas naturais (art. 10, § 1º, CNJ, Provimento 63/2017, com as alterações do Provimento 83/2019).

Prescreve o artigo 1.610 do Código Civil a irrevogabilidade do reconhecimento, mesmo quando realizado por testamento, como de resto não pode ser desconstituído por acordo dos progenitores. Ao pai é reservada ação para impugnar a paternidade dos filhos nascidos durante o matrimônio ou fora dele, sendo tal ação imprescritível (CC, art. 1.601), e por cujo ato a pessoa indicada como progenitor ataca a presunção legal que lhe atribui a paternidade oriunda do casamento ou da Lei 13.112/2015.

Aplicam-se as regras concernentes aos vícios da vontade, por se tratar de um ato jurídico que deve ser livre e voluntário, mas o erro deve ser escusável, justificável e não consequência da própria negligência daquele que alega o vício. Nesse caso, quando um filho é fruto de uma relação ocasional, o erro de quem registrou o rebento como seu não se mostra justificado, porque o homem tem o dever de ser cauteloso e buscar os elementos que lhe permitam corroborar sua paternidade, como também não pode alegar vício de vontade o indivíduo que sabe que sua mulher manteve plúrimas relações sexuais no período da concepção, ou seja, não pode alegar erro a pessoa que tinha sobradas dúvidas sobre a sua paternidade e nada fez para se acercar e elucidar suas incertezas. A paternidade é uma questão de confiança, sendo razoável deduzi-la em um contexto fático de estabilidade e exclusividade relacional, lembrando ainda María Victoria Famá,[84] “que o mero fato de alguém haver mantido relações sexuais durante a época da

concepção da criança pode induzir qualquer pessoa a acreditar-se progenitor (...) de sorte que, diante das circunstâncias afetivas que rodeiam o reconhecimento de um filho, o erro será inescusável somente na medida em que obrou com culpa grave, mas não quando ocorreu uma mera negligência justificada pelas circunstâncias fáticas que rodearam o ato".

É ônus incondicional do autor da anulatória comprovar a veracidade insofismável da falsidade do registro civil de nascimento, especialmente quando for considerada a natural carga de presunção de verdade imanente ao registro, cuja desconstituição pende da prova inconteste de se tratar de uma inverdade real.

A grande controvérsia fica por conta da conveniência em proceder à anulação do falso reconhecimento procedido por erro, por coação, ou por não corresponder à verdade, principalmente quando já se estabeleceu para o descendente uma relação socioafetiva de filiação, optando os tribunais por negar a anulação do registro e por reconhecer como válida e jurídica a filiação sociológica.

7.15.1 Perícia em DNA

A informação genética de todos os organismos vivos está contida em uma substância química denominada ácido desoxirribonucleico (DNA). O DNA é uma larga molécula que forma uma dupla hélice, sendo o material encarregado de armazenar e transmitir a informação genética.

O DNA funciona como uma marca registrada da herança genética das pessoas e sua tecnologia é considerada o maior avanço na área judicial desde o advento das impressões digitais,[85] presentes em todos os indivíduos. Cada ser vivo tem uma aparência física que corresponde a uma única composição genética, existindo uma única exceção, a dos gêmeos univitelinos, que possuem, a princípio, 100% de seu DNA igual, de modo

que a possibilidade de encontrar duas pessoas geneticamente iguais é de um para seis bilhões, correspondente à população do planeta.[86]

Todo o ser humano possui duas formas de cada gene, uma que recebe por ocasião da sua fecundação, 50% de sua informação genética da sua mãe e 50% de origem paterna, sendo que o compartilhamento destes genes ou alelos entre a criança e o investigado permite estabelecer o vínculo de filiação, ou, se os alelos não forem compartilhados entre a criança e o investigado, admite excluir com certeza incontroversa a filiação biológica.

O DNA pode ser obtido de qualquer célula, como o sangue, a saliva, o cabelo, sêmen e os ossos e as técnicas de seu isolamento são bastante semelhantes àquelas empregadas para qualquer tipo de célula ou amostra que se queira investigar. Entretanto, a qualidade do DNA obtido dependerá da antiguidade do material e do seu estado de conservação.[87]

A perícia em DNA permite atingir a probabilidade de paternidade ou de maternidade em até 99,99%. Para melhor compreender estes percentuais, calha tomar por empréstimo o interessante exemplo, colacionado por José Acácio Arruda e Kleber Simônio Parreira,[88] de uma investigação de paternidade de uma mãe *X* que indica o homem *Y* como pai de seu filho – "Feito o teste de ADN (DNA), o homem *Y* não é excluído da paternidade e o índice combinado indica uma probabilidade de paternidade de 1:500.000, ou seja, em cada quinhentos mil homens, existe um que pode ser o pai. Nesse caso, e em outros semelhantes, somos levados a pensar que, como na população geral há outros homens que podem ser o pai, o resultado é uma verdade relativa. Porém, se atentarmos para as condições específicas do caso, veremos que não é assim. Ocorre que a possibilidade de a mulher ter apontado falsamente qualquer um dos outros possíveis pais é remotíssima, já que ela, entre 1.000.000 de homens, teria de ter escolhido justamente um dos dois únicos que poderiam ser o pai sem saber que o exame de ADN confirmaria sua escolha. Para ela acertar a indicação entre 1.000.000 de homens há uma razão prévia: ela sabe com qual homem se relacionou

sexualmente na ocasião da concepção. Para ela apontar dentre esses 1.000.000 de homens o segundo que poderia ser o pai conforme o exame de ADN, mas na verdade não é, equivaleria a acertar na loteria".

Com efeito, a possibilidade de que os indivíduos sem vínculo biológico entre si compartam um mesmo padrão de bandas é menor que a relação de 1 a 100.000.000.000, fator que permite inferir o alto grau de certeza que apresentam as técnicas de investigação da filiação, alcançando atualmente o índice de 99,99%. O valor final da prova é um resultado compreendido entre 0 (que não é o pai) e 1 (que é o pai). Habitualmente, o valor é próximo a 1, expressado pela porcentagem (100%); e este máximo de 100% não é alcançado, sendo apenas uma tendência, apresentando a perícia um quadro em que 99,99% é o máximo e a paternidade é praticamente provada; e entre 99 a 99,73% a paternidade é altamente provável; de 95% a 99% a paternidade é muito provável; de 90% a 95% a paternidade é provável; de 80% a 90% há indícios de paternidade; de 50% a 80% há uma zona de indeterminação; de 10% a 50% a paternidade é duvidosa; de 5% a 10% a paternidade é muito improvável; de 0,27% a 1 a paternidade é altamente improvável e menor de 0,27% a paternidade é excluída.[89]

Desse modo o índice de probabilidade alcança percentual tão elevado, porque, ainda que tecnicamente pudessem existir em níveis percentuais bastante reduzidos outros indivíduos com os mesmos sinais genéticos do investigado, estes não foram apontados, porque, provavelmente desconhecidos da mãe do investigante e porque com ela não mantiveram relações, tanto que ela apontou na investigatória o parceiro com o qual justamente manteve o congresso sexual.[90]

7.16. EFEITOS DA SENTENÇA

O primeiro dos efeitos da sentença de procedência da ação de investigação do estado de filiação é o de buscar a declaração oficial do estado de filho (CC, art. 1.616), porquanto, embora alguém possa ser filho nos planos biológico e afetivo, sentindo-se inclusive perfilhado pela *posse de estado*, a ausência do registro formal da condição de rebento impede a irradiação jurídica dos direitos e dos deveres emanados dos vínculos expressos e oficiais da assunção do estado de filho.

O ato judicial de reconhecimento é de natureza meramente declaratória, porque apenas declara um vínculo biológico surgido com a concepção, e para os efeitos jurídicos retroativos à data do nascimento do investigante,[91] como pode uma sentença na atualidade, declarar a ocorrência de uma filiação socioafetiva.

A declaração judicial do estado de filiação gera efeitos na esfera social e registral, com o acréscimo dos nomes do ascendente judicialmente investigado e dos seus pais, os avós do investigante, cujo patronímico será averbado no assento de nascimento do investigante, aperfeiçoando os vínculos faltantes de parentesco (Lei 6.015/1973, art. 102, n. 4, e Lei 8.560/1992, art. 2º, § 3º).

No âmbito jurídico emanam efeitos materiais, como o direito aos alimentos, também com efeito retroativo à data da citação (STJ, Súmula 277), além dos efeitos resultantes da ordem sucessória, se o investigado já era falecido, podendo ser cumulada a ação de investigação do estado de filho com petição de herança regulamentada pelos artigos 1.824 a 1.828 do Código Civil, salvo a hipótese de prescrição da herança.

Assume o genitor investigado o poder familiar, não obstante prescreva o artigo 1.616 do Código Civil a possibilidade de o juiz ordenar ao filho judicialmente reconhecido se crie e eduque fora da companhia dos pais, ou daquele que lhe contestou essa qualidade, se assim concluir o julgador possa resultar em maior benefício para os interesses precípuos do menor, ao

verificar não lhe ser salutar ficar na guarda e custódia dos pais ou daquele que recusou a sua ascendência e só foi vencido por uma decisão judicial.

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo,[92] a sentença de improcedência da ação de investigação de filiação, seja por falta de provas, ou se por algum motivo não se tenha apreciado o mérito da demanda, não faz coisa julgada e pode ser reapreciada em outra ação investigatória.

7.16.1 Dos alimentos na investigatória

Os alimentos são essenciais à vida; é direito sagrado e fundamental para a subsistência do alimentando, incapaz de obter, por si, o necessário para o seu sustento, e depende daqueles aos quais está vinculado por relação de parentesco, de casamento ou de união estável, isso quando o crédito alimentar não decorrer de uma obrigação contratual.

A Lei 8.560/1992 regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, e estabelece no seu artigo 7º que a sentença de primeiro grau que reconhecer a paternidade também deverá fixar os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite, entendendo como provisionais os alimentos arbitrados em caráter provisório pelo juiz da investigatória, enquanto se processa a demanda para o investigante receber uma pensão capaz de lhe assegurar a subsistência no transcorrer da ação de investigação de paternidade.

Os alimentos retroagem também na investigação de paternidade à data da citação, nos precisos termos do artigo 13, § 2º, da Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968), observando não ter a paternidade surgido da sentença, mas da concepção e do nascimento com vida do investigante, tendo a sentença carga declaratória, e não constitutiva, porque ela já existia no mundo dos fatos, apenas padecia do reconhecimento voluntário, cuja omissão provocou o reconhecimento judicial da paternidade.

Embora a ação de investigação de paternidade deva ser promovida pela regra geral do foro do domicílio do réu, a sua cumulação com alimentos desloca a competência para o foro do domicílio do alimentando, como consagrado pela Súmula 1 do STJ e assim ementada: "O foro do domicílio ou da residência do alimentando é o competente para a ação de investigação de paternidade, quando cumulada com a de alimentos". E nessa toada restou mais uma vez consolidado, dessa feita pela Súmula 383 do STJ, que reforçou o privilégio de foro do menor com a seguinte ementa: "A competência para processar e julgar as ações conexas de interesse de menor é, em princípio, do foro do domicílio do detentor da sua guarda".

O motivo do deslocamento da competência, como explica Belmiro Pedro Welter,[93] "pressupõe que o alimentando é a parte mais fraca economicamente, merecendo essa facilidade na propositura da ação. Não se trata de competência absoluta, mas apenas de um privilégio de caráter relativo em relação ao alimentando, razão pela qual ele pode preferir propor a ação no domicílio do alimentante".

7.17. A COISA JULGADA NA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Uma sentença quando já não mais está sujeita a recurso, porque passou em julgado, constitui para as partes uma presunção de verdade, conquanto possa até não representar a verdade ou toda a verdade.

Há coisa julgada formal quando o processo já não comporta mais nenhum recurso, tornando-se definitiva a palavra do julgador, não mais existindo espaço processual para discutir o que já foi decidido.

Ao passo que a coisa julgada material impede que a relação de direito material ferida entre as mesmas partes seja decidida no mesmo processo ou em outro processo, pelo mesmo ou por outro juiz ou tribunal.[94]

Pelo prisma da política processual, a coisa julgada foi concebida com o objetivo de evitar a perduração das situações indefinidas, indesejáveis na vida social, pois comprometedora da sua própria segurança.[95]

E se não houvesse a coisa julgada, qualquer juiz poderia recusar-se a reconhecer a eficácia da sentença cuja injustiça tenha apurado e, por isso, decidir o caso concreto diversamente.[96]

Contudo, com o advento dos modernos exames genéticos, associado ao fato de não existirem duas pessoas com igual sequência de DNA em todo o mundo, à exceção dos gêmeos univitelinos possuidores de idêntico padrão de DNA, as perícias genéticas têm provocado verdadeira revolução nos meios jurídicos, por ser possível, cientificamente, alcançar nas ações de investigação ou de negativa de paternidade e filiação a verdade real, e não mais apenas a verdade formal, pelo fato de as perícias genéticas atingirem como prova de inclusão o percentual de 99,99% e 100% no caso de exclusão da filiação.

Na ponderação dos valores constitucionais entre a coisa julgada e a verdade biológica demonstrada pelo exame do ácido desoxirribonucleico, estabeleceu-se a discussão acerca da relativização da coisa julgada nas ações de filiação, afirmando Cristiano Chaves de Farias[97] que a *igualdade* e a *dignidade da pessoa humana* também têm sede constitucional e nesse conflito de normas da mesma hierarquia prevalece a garantia ao reconhecimento da filiação.

No entanto, as posições firmadas não são pacíficas e tampouco unânimes, asseverando Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina[98] representar a coisa julgada um princípio constitucional da segurança jurídica, voltado a proporcionar estabilidade e previsibilidade aos atos do Estado, não podendo o impasse “ser resolvido pelo *sacrifício* de um dos valores (ou princípios) em favor do outro (isto é, direito ao reconhecimento da paternidade *versus* coisa julgada), mas em um

compromisso, de modo a que se assegurem, com o máximo de otimização possível, os dois valores assegurados em nível constitucional".

Por fim, para os adeptos da relativização da coisa julgada, só irá ocorrer, no âmbito das ações de investigação e de contestação da paternidade e de maternidade, se no processo tiverem sido produzidas todas as provas permitidas em lei, notadamente o exame genético de DNA, tendo em conta a prevalência do princípio da dignidade humana. Dessa forma não farão coisa julgada as ações investigatórias ou contestatórias de filiação nas quais não foram produzidas todas as provas, sobretudo diante da ausência do exame genético, por todas as razões apontáveis (inexistência da técnica, falta de recursos, recusa justificada ou injustificada ao exame, falsidade da prova realizada).[99]

Ainda está longe do consenso a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade ou maternidade, quando não foram precedidas de exame pericial em DNA, seja porque na época não existia a técnica da perícia em DNA, ou se ela já era conhecida e acessível e mesmo assim não foi realizada, porque ninguém a requereu, tampouco o juiz a determinou de ofício, ou ele entendeu desnecessária a prova pericial, dividindo-se as opiniões dos juristas e dos tribunais.[100] Em 14 de maio de 2008, o STJ, no REsp 706.987/SP,[101] proclamou por maioria, por sua Segunda Seção, na relatoria do Ministro Ari Pargendler, a extinção de ação de investigação de paternidade pela existência de coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada, preservando assim o instituto jurídico da coisa julgada.

Contudo, no âmbito atual das ações de investigação ou de negação da paternidade e assim também nas demandas de pesquisa eventual do vínculo de maternidade, é preciso atenuar os princípios regentes do instituto da coisa julgada.

Tendo a ciência dos marcadores genéticos atingido altos níveis de certeza e de 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 dessas ações, que procuram a semente exata de sua criação,[102] ressalvada, no entanto, eventual perfilhação socioafetiva, quando a pesquisa genética só terá sentido, cabimento e extensão para efeitos de conhecimento da origem do investigante.

Essa transcendental importância quanto ao direito fundamental à busca da identidade genética, como emanação do direito de personalidade foi alvo do Recurso Extraordinário 363.889-DF, do qual foi relator o Ministro José Antonio Dias Toffoli, reconhecendo, por maioria de votos, a repercussão geral na matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, "quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova". Diz a ementa "deva ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo". E conclui o aresto "que não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável".[103]

[1] LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2011. p. 23.

[2] WUNDER, Michael. Muss Geschwisterliebe strafbar sein? *Deutsch Perfekt*, Spottlight Verlag, p. 23, jan. 2015.

[3] SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 43.

[4] DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 19.

[5] "Apelação Cível. Família. Ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos. 1. Não pode a parte autora, com 23 anos de idade, pretender 'alterar o seu registro de nascimento' para nele incluir um 'novo pai', na medida em que o registro de nascimento só admite alteração quando efetivado com vício de consentimento, situação que em nenhum momento restou evidenciada. 2. A afetividade que prevalece é aquela entre a parte autora e seu pai, este entendido como aquele que sempre o foi, o pai registral. 3. A parte autora, durante toda sua vida, teve apenas um pai, o registral, não podendo a verdade biológica, certamente fundada em benefício patrimonial, até com a conivência do pai registral, sobrepor-se à verdade real. Recurso provido, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70.028.543.247, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado de Souza, j. 15.04.2009). Ainda: "Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Paternidade registral e biológica. Direito à identidade biológica. O reconhecimento da paternidade genética e socioafetiva é um direito da personalidade. Em se tratando de pedido de investigação de paternidade biológica, o vínculo de afeto entre a investigante e o pai registral não pode afastar os direitos decorrentes da filiação, sob pena de violar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Ainda, em recente decisão, o e. STF decidiu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais. Apelação cível desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70070607965, 7ª Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 26.10.2016).

[6] "Civil. Processual civil. Ação negatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos. Erro substancial no registro civil configurado. Filhos concebidos na constância de vínculo conjugal com posterior descoberta, por exame de DNA, da ausência de vínculo biológico em relação aos filhos. Presunção de erro quando ausente dúvida séria ou razoável acerca do desconhecimento da inexistência de vínculo genético. Erro substancial no registro civil que não exclui a necessidade de investigação dos vínculos socioafetivos. Longa convivência entre pais e filhos que deve ser sopesada com a superveniente ausência de socioafetividade por longo período, em decorrência do rompimento abrupto e definitivo da relação paterno-filial. Paternidade sociafetiva ficcional de parte a parte. Impossibilidade. Necessidade de aderência das relações jurídicas às relações humanas e sociais. 1. Ação proposta em 30/10/2013. Recurso especial interposto em 22/09/2016 e atribuído à Relatora em 21/05/2018. 2. O propósito recursal é

definir se o genitor biológico foi induzido em erro ao tempo do registro civil de sua prole e se, a despeito da configuração da relação paterno-filial sociafetiva por longo período, é admissível o desfazimento do vínculo registral na hipótese de ruptura superveniente dos vínculos afetivos. 3. É admissível presumir que os filhos concebidos na constância de um vínculo conjugal estável foram registrados pelo genitor convicto de que realmente existiria vínculo de natureza genética com a prole e, portanto, em situação de erro substancial, especialmente na hipótese em que não se suscitam dúvidas sérias ou razoáveis acerca do desconhecimento da inexistência de relação biológica pelo genitor ao tempo da realização do registro civil. 4. Mesmo quando configurado o erro substancial no registro civil, é relevante investigar a eventual existência de vínculos socioafetivos entre o genitor e a prole, na medida em que a inexistência de vínculo paterno-filial de natureza biológica deve, por vezes, ceder à existência de vínculo paterno-filial de índole socioafetiva. Precedente. 5. Hipótese em que, conquanto tenha havido um longo período de convivência e de relação filial-socioafetiva entre as partes, é incontroverso o fato de que, após a realização do exame de DNA, todos os laços mantidos entre pai registral e filhas foram abrupta e definitivamente rompidos, situação que igualmente se mantém pelo longo período de 06 anos, situação em que a manutenção da paternidade registral com todos os seus consectários legais (alimentos, dever de cuidado, criação e educação, guarda, representação judicial ou extrajudicial, etc.) seria um ato unicamente ficcional diante da realidade. 6. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 1.741.849/SP, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 20.10.2020).

7 "Agravo interno. Exoneração liminar de alimentos. Adequação. O agravado registrou o agravante como filho, pensando ser o pai biológico dele. Logo, em tese, não se deu adoção à brasileira, pois isso só ocorre quando quem registra sabe não ser o pai. A inicial da ação exoneratória veio acompanhada de exame de DNA realizado extrajudicialmente, afastando a existência de liame biológico. E a alegação de inexistência de paternidade socioafetiva, ao menor por ora é incontroversa. Nesse contexto, é adequada a exoneração liminar dos alimentos. Negaram provimento" (TJRS, Agravo Interno 70.019.453.836, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 10.05.2007).

8 STJ, REsp 1.000.356/SP, 3ª Turma, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, j. 07.06.2010.

9 STJ, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.10.2014.

10 FRASCARI, Maria Cristina. Paternidade responsável X paternidade afetiva. *Temas polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p. 78.

11 NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói:* o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001. p. 85.

12 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 482-483.

13 PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 185-187.

14 “Apelação Cível. Ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva. Efeitos meramente patrimoniais. Ausência de interesse do autor em ver desconstituída a paternidade registral. Impossibilidade jurídica do pedido. Considerando que o autor, embora alegue a existência de paternidade socioafetiva, não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível, na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais. Impossibilidade jurídica do pedido reconhecida de ofício. Processo extinto. Recurso prejudicado” (TJRS, Apelação Cível 70.027.112.192, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 02.04.2009).

15 RAMOS, Carlos Pérez. La autonomia de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar. In: RUIZ, Leonor Aguilar; GUAJARDO-FAJARDO, José Luis Arjona; MANSILLA, Guillermo Cerdeira Bravo de (coord.). *Autonomia privada, família y herencia en el Siglo XXI*. Cuestiones actuales y soluciones de futuro. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014. p. 110.

16 GOZZO, Débora. O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética, In: DIAS, Maria Berenice (org.). *Direito das famílias*: contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: RT – IBDFAM, 2009. p. 437-439.

17 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 907.

18 “Apelação Cível. Investigação de paternidade. Indigitado pai biológico já falecido. Recusa dos sucessores em submeterem-se ao exame de DNA. Impossibilidade, no caso, de haver efeitos patrimoniais e registrais decorrentes da paternidade biológica. Demandante que foi regularmente adotada. Não obstante seja possibilitado à apelante deduzir pedido de investigação de parentalidade para que tenha conhecimento acerca de sua origem genética, à luz das disposições constitucionais e infraconstitucionais que tratam acerca do reconhecimento do estado de filiação, não se pode ignorar que, no caso, esta pretensão teria cunho meramente declaratório para tal fim, dela não decorrendo qualquer outra consequência, tendo em vista que a adoção formalmente válida e hígida da investigante por casal já falecido representa óbice às repercussões na esfera registral e na esfera patrimonial de eventual declaração de paternidade biológica. Negaram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 70060367521, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 16.10.2014).

19 PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva*. Ob. cit., p. 189.

20 LÔBO, Paulo. *Direito Civil*: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240.

21 “Apelação Cível. Ação de reconhecimento de maternidade socioafetiva cumulada com petição de herança. Filho de criação. Inviabilidade da pretensão. A relação socioafetiva serve para preservar uma filiação juridicamente já constituída, **modo voluntário**, pelo registro (que define, no plano jurídico, a existência do laço – CC, art. 1.603), jamais sendo suficiente para constituí-la de modo forçado, à revelia da vontade do genitor. Dar tamanha extensão à parentalidade socioafetiva, resultará, por certo, não em proteção

aos interesses de crianças e adolescentes, mas, ao contrário, em desserviço a eles, pois, se consolidada tal tese, ninguém mais correrá o risco de tomar uma criança em guarda, com receio de mais adiante se ver réu de uma investigatória de paternidade ou maternidade. É bom ter os olhos bem abertos, para não se deixar tomar pela bem-intencionada, mas ingênua ilusão de que em tais situações se estará preservando o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o que invariavelmente se encontra por trás de pretensões da espécie aqui deduzida nada mais é do que o reles interesse patrimonial. É de indagar se o apelado deduziria este pleito se a falecida guardiã fosse pessoa desprovida de posses! Proveram, por maioria" (Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.06.2006).

22 OLIVEIRA, Guilherme de. Caducidade nas acções de investigação. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 57.

23 DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 127.

24 REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 211.

25 "Art. 1.606. A ação de prova de filiação compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, se ele morrer menor ou incapaz. Parágrafo único. Se iniciada a ação pelo filho, os herdeiros poderão continuá-la, salvo se julgado extinto o processo".

26 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2011. p. 39.

27 "Apelação Cível. Suspensão do processo. Ação rescisória. Não se suspende o processo cuja matéria é afeta de outro, no qual pende rescisória, e que, todavia, não guarda com o primeiro igualdade de partes, de objetos ou de causa de pedir. Prefacial rejeitada por maioria. Ação de investigação de paternidade. Legitimidade de netos para buscar declaração de existência de relação jurídica que implique direito sucessório. Embora a natureza personalíssima da investigatória de paternidade, não se pode vedar a netos que se valham de pleito indenizatório, como é do artigo 4º do CPC, para obter declaração de existência de relação jurídica que acarrete direito sucessório. Apelo provido por maioria" (TJRS, Apelação Cível 595.118.571, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Waldemar Luiz de Freitas Filho, j. 03.04.1996).

28 "Processual Civil. Investigação de paternidade. Ação declaratória. Relação avoenga. I. Conquanto sabido ser a investigação de paternidade do artigo 363 do Código Civil ação personalíssima, admissível a ação declaratória para que diga o Judiciário existir ou não a relação material de parentesco com o suposto avô que, como testemunha, firmou na certidão de nascimentos dos autores a declaração que fizera seu pai ser este, em verdade seu avô, caminho que lhes apontara o Supremo Tribunal Federal quando, excluídos do inventário, julgou o recurso que interpuseram. II. Recurso conhecido e

provido” (STJ, REsp 269, 3ª Turma, Rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 03.04.1990. *RSTJ*, v. 40, p. 231).

29 “Recurso especial. Civil. Família. Omissão. Ausência. Ação declaratória de relação avoenga. Possibilidade de anulação de registro de nascimento de genitor premorto. Prequestionamento. Ausência. Herdeiros de genitor premorto. Legitimidade. Existência de anterior paternidade registral ou socioafetiva. Irrelevância. Aplicação do entendimento fixado no REsp. 807.849/RJ” (STJ, REsp 1.889.495/RS, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 27.04.2021).

30 FAMÁ, María Victoria. *La filiación*: régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 31.

31 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 486-487.

32 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. Direito da filiação. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. v. II, t. I, p. 59.

33 ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 279.

34 FRITZ, Karina Nunes. *Jurisprudência comentada dos tribunais alemães*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 61.

35 A Lei 12.662, de 5 de junho de 2012, assegura validade nacional à Declaração de Nascido Vivo – DNV, regula sua expedição, altera a Lei 6.015/1973 e dá outras providências.

36 SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro civil das pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006. p. 58.

37 LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2011. p. 61. realidade, aplicar-se-á o adágio romano *da mihi factum dado tibi jus*. II. O ordenamento jurídico pátrio reconhece como entidade familiar, a união estável entre pessoas (*ut* ADPF n. 132/ RJ, Rel. Min. Ayres Brito, *DJe* de 14.10.2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (art. 1.723 do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência de guarda, sustento e educação de filhos (art. 1.724 do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725 do Código Civil). III. A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito. IV. Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência

sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V. Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. VI. Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável. VII. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.194.059/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 06.11.2012).

38 "Recurso Especial. *Nomen Iuris*. Demanda. Princípio romano *da mihi factum dado tibi jus*. Aplicação. União estável. Entidade familiar. Reconhecimento do ordenamento jurídico. Requisitos. Convivência pública, contínua e duradoura. Objetivo de constituir família. Deveres. Assistência, guarda, sustento, educação dos filhos, lealdade e respeito. Artigo 1.597, do Código Civil. Presunção de concepção dos filhos na constância do casamento. Aplicação ao instituto da união estável. Necessidade. Esfera de proteção. Pai companheiro. Falecimento 239 (duzentos e trinta e nove dias) após o nascimento de sua filha. Paternidade. Declaração. Necessidade. Recurso Especial provido. I. Desimporta o *nomen iuris* dado à demanda pois, na

39 Na mesma linha: "Apelação Cível. Negatória de paternidade. União estável. Falecimento do autor no curso do processo. Legitimidade dos ascendentes do autor falecido para suceder o autor no processo. Ação negatória e união estável. Apesar do Artigo 1601 do Código Civil, falar em 'marido', a jurisprudência admite, desde há muito tempo, sem qualquer divergência, interpretação extensiva para acolher a ação negatória de paternidade clássica (ou autêntica) também em caso de união estável. Assim: 'Estabelecido que a união estável é entidade familiar, a ela se estende a mesma presunção de filiação dos nascidos durante a convivência, sendo cabível a ação para afastá-la, por analogia com o que acontece quando existe o casamento'. (Recurso Especial nº 440.394/RS Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior) prosseguimento da ação por herdeiros. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação (Parágrafo único do Artigo 1601 do Código Civil). Mas esse direito foi exercido em vida pelo pai registral, que veio a falecer no curso do processo. Caso em que os avós paternos no registro de nascimento do réu têm legitimidade para suceder o autor falecido no processo. Deram provimento. Sentença desconstituída" (TJRS, Apelação Cível 70070886775, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 15.12.2016).

40 FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 52.

41 FÉRNANDEZ, Maria Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995. p. 15.

42 LOTUFO, Renan. Separação e divórcio no ordenamento jurídico brasileiro e comparado. *Apud* LOTUFO, Maria Alice Zaratin. *Curso avançado de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: RT, 2002. v. 5, p. 190.

43 ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. 2. ed. Lima: Jurista Editores, 2010. p. 244.

44 WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 235.

45 SILVA, Eliane Cristine da. Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (coord.). *Temas polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003. p. 252.

46 FERNÁNDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995. p. 168.

47 *Idem*, p. 253 e 279.

48 Conforme IBDFAM. *Útero de substituição e as novas repercussões jurídicas*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org/novosite/imprensa/noticias-do-ibdfam/detalhe/4897>. Acesso em: 11 out. 2012.

49 CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana*: ética e Direito. Campina: Edicamp, 2003. p. 105.

50 FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 42.

51 FRITZ, Karina Nunes. *Jurisprudência comentada dos tribunais alemães*. Indaiatuba: Foco, 2021. p. 62.

52 *Idem*, p. 58.

53 *Ibidem*, p. 122.

54 LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009. p. 197.

55 FAMÁ, María Victoria. *La filiación*: régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 427.

56 ECA: “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

57 “Apelação Cível. Família. Negatória de paternidade e anulação de registro civil. Ilegitimidade ativa da sucessão. Direito personalíssimo do pai registral. Herdeiros que não podem ajuizar ação visando à declaração de negatória de paternidade, assumida voluntariamente pelo falecido, mesmo conhecedor da inexistência de paternidade

biológica. Ausência de demonstração de indução à erro ou coação capaz de macular o ato jurídico perfeito e acabado realizado pelo *de cujus*. Sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa, que deve ser mantida. Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70044946069, 7ª Câmara Cível, Rel. Roberto Carvalho Fraga, j. 16.05.2012).

58 "Registro Civil. Duplicidade de registro. Falsa declaração de paternidade. Substituição processual. A viúva do autor da ação de nulidade do registro civil, no qual teria havido falsa declaração de paternidade, pode prosseguir na ação depois do falecimento do marido. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 142.202/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, *DJU* 27.11.2000).

59 "Civil. Processual civil. Ação negatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos. Erro substancial no Registro Civil configurado. Filhos concebidos na constância de vínculo conjugal com posterior descoberta, por exame de DNA, da ausência de vínculo biológico em relação aos filhos. Presunção de erro quando ausente dúvida séria ou razoável acerca do desconhecimento da inexistência de vínculo genético. Erro substancial no Registro Civil que não exclui a necessidade de investigação dos vínculos socioafetivos. Longa convivência entre pai e filhos que deve ser sopesada com a superveniente ausência de socioafetividade por longo período, em decorrência do rompimento abrupto e definitivo da relação paterno-filial. Paternidade socioafetiva ficcional de parte aparte. Impossibilidade. Necessidade de aderência das relações jurídicas às relações humanas e sociais. 1. Ação proposta em 30/10/2013. Recurso especial interposto em 22/09/2016 e atribuído à Relatora em 21/05/2018. 2. O propósito recursal é definir se o genitor biológico foi induzido em erro ao tempo do registro civil de sua prole e se, a despeito da configuração da relação paterno-filial socioafetiva por longo período, é admissível o desfazimento do vínculo registral na hipótese de ruptura superveniente dos vínculos afetivos. 3. É admissível presumir que os filhos concebidos na constância de um vínculo conjugal estável foram registrados pelo genitor convicto de que realmente existiria vínculo de natureza genética com a prole e, portanto, em situação de erro substancial, especialmente na hipótese em que não se suscitam dúvidas sérias ou razoáveis acerca do desconhecimento da inexistência de relação biológica pelo genitor ao tempo da realização do registro civil. 4. Mesmo quando configurado o erro substancial no registro civil, é relevante investigar a eventual existência de vínculos socioafetivos entre o genitor e a prole, na medida em que a inexistência de vínculo paterno-filial de natureza biológica deve, por vezes, ceder à existência de vínculo paterno-filial de índole socioafetiva. Precedente. 5. Hipótese em que, conquanto tenha havido um longo período de convivência e de relação filial socioafetiva entre as partes, é incontroverso o fato de que, após a realização do exame de DNA, todos os laços mantidos entre pai registral e filhas foram abrupta e definitivamente rompidos, situação que igualmente se mantém por longo período de mais de 06 anos, situação em que a manutenção da paternidade registral com todos os seus consectários legais (alimentos,

dever de cuidado, criação e educação, guarda, representação judicial ou extrajudicial, etc.) seria um ato unicamente ficcional diante da realidade. 6. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 1.741.849/SP, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 20.10.2020).

60 "Agravo Regimental no agravo em Recurso Especial. Investigação de paternidade. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. Julgamento monocrático. Art. 557 do CPC. Eventual ofensa. Posterior decisão do órgão colegiado. Superação. Paternidade socioafetiva. Impedimento para o reconhecimento da paternidade biológica. Não ocorrência. Ação proposta pela filha. Agravo não provido. 1. Não se constata violação ao art. 535 do CPC quando a col. Corte de origem dirime, fundamentadamente, todas as questões que lhe foram submetidas. Havendo manifestação expressa acerca dos temas necessários à integral solução da lide, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte, fica afastada qualquer omissão, contradição ou obscuridade. 2. Nos termos da pacífica compreensão do col. Superior Tribunal de Justiça, a alegação de ofensa ao art. 557 do Código de Processo Civil fica superada por ocasião do julgamento do agravo interno pelo órgão colegiado, o qual teve a oportunidade de reapreciar a irresignação do ora recorrente, confirmando, entretanto, a decisão tomada de forma monocrática. 3. A existência de relação socioafetiva com o pai registral não impede o reconhecimento dos vínculos biológicos quando a investigação de paternidade é demandada por iniciativa da própria filha, uma vez que a pretensão deduzida fundamenta-se no direito personalíssimo, indisponível e imprescritível de conhecimento do estado biológico de filiação, consubstanciado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no AREsp 347.160/GO, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 16.06.2015, *DJe* 03.08.2015).

61 TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 457.

62 O STJ tem se inclinado pela imprescritibilidade da investigação de paternidade e consequente revogação do art. 362 do CC/1916 (equivalente ao art. 1.614 do CC/2002): "Civil. Investigação de paternidade. Ação proposta por quem, legitimado pelo casamento daqueles que, no registro de nascimento, aparecem como seus genitores, quer a declaração de que o pai é outrem. Inaplicabilidade do artigo 178, § 9º, inciso VI, e do artigo 362 do Código Civil. Prescrição afastada. Embargos de divergência rejeitados" (STJ, REsp 237.553/RO, 2ª Seção, por maioria, Rel. do acórdão Min. Ari Pargendler, j. 12.02.2003). "Civil. Agravo regimental. Direito de família. Investigação de paternidade. Imprescritibilidade da pretensão. 1. Esta Corte preconiza que se o autor pleiteia a investigação de sua paternidade, a pretensão é imprescritível, estando subsumido no pedido principal o cancelamento do registro anterior, como decorrência lógica da procedência daquela ação. 2. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1.422.611/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.09.2014, *DJe* 05.09.2014).

63 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 6. ed. atual. por Lucia Maria Teixeira Ferreira. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 348.

64 O texto que se intitula Art. 1.601, de João Baptista Villela, consta dos Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM – Del Rey, 2002. p. 70-84.

65 "Apelação Cível. Ação negatória de paternidade. União estável. Nascimento de filho. Realização de exame de DNA. Exclusão da paternidade biológica. Irrelevância. Convivência por longo período com o infante. Relação socioafetiva firmada. Sentença reformada. Recurso provido'. A paternidade e a maternidade têm um significado mais profundo do que a verdade biológica, em que o zelo, o amor filial e a natural dedicação ao filho revelam uma verdade afetiva, um vínculo de filiação construído pelo livre-desejo de atuar em interação entre pai, mãe e filho do coração, formando verdadeiros laços de afeto, nem sempre presentes na filiação biológica, até porque a filiação real não é biológica, e sim cultural, fruto dos vínculos e das relações de sentimentos cultivados durante a convivência com a criança e o adolescente' (MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 471). Atualmente, o sucesso da ação negatória de paternidade depende do preenchimento dos seguintes requisitos indissociáveis: a comprovação da inexistência da origem biológica e a não constituição de relação socioafetiva.' Recurso provido" (TJSC, Apelação Cível 2013.064003-1, 3ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Fernando Carioni, j. 06.12.2013).

66 O registro civil da pessoa natural está regulado pelo art. 54 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973).

67 FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil.* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVIII, p. 109.

68 "Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. § 1º. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA gerará presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório".

69 "Civil. Processo civil. Investigação de paternidade. Reclamação. Acórdão do STJ que determinou investigação exauriente sobre fraude em exame de DNA. Sentença que, com base no mesmo documento já examinado pela Corte, concluiu pela prevalência de coisa julgada anteriormente formada e que havia sido afastada pelo STJ. Ofensa à decisão proferida pela Corte. Recusa tácita ao fornecimento de material genético pelo herdeiro e por terceiros. Sentença que afasta a incidência da Súmula 301/STJ. Erro de julgamento. Inaplicabilidade do entendimento sumular que depende, de igual modo, do exaurimento da atividade instrutória. Adoção de medidas indutivas, coercitivas e mandamentais ao herdeiro que se nega a fornecer material biológico. Possibilidade, quando inaplicável desde logo o entendimento da Súmula 301/STF ou quando verificada postura anticooperativa que resulte em prejuízo ao pretenso filho. Adoção das medidas indutivas,

coercitivas e mandamentais a terceiros que igualmente se recusam a fornecer material biológico. Possibilidade. Legitimação processual *ad actum.* Observância do contraditório e, por analogia, do procedimento aplicável à exibição de documento ou coisa em poder de terceiro. (...) 5. Aplicam-se aos terceiros que possam fornecer material genético para a realização do novo exame de DNA as mesmas diretrizes anteriormente formuladas, pois, a despeito de não serem legitimados passivos para responder à ação investigatória (legitimação *ad processum*), são eles legitimados para a prática de determinados e específicos atos processuais (legitimação *ad actum*), observando-se, por analogia, o procedimento em contraditório delineado nos art. 401 a 404, do novo CPC, que, inclusive, preveem a possibilidade de adoção de medidas indutivas, coercitivas, sub--rogatórias ou mandamentais ao terceiro que se encontra na posse de documento ou coisa que deva ser exibida" (STJ, Reclamação 37.521/SP, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 13.05.2020).

70 VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*: DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 387.

71 "Direito de Família e Processual Civil. Recurso Especial. Investigação de Paternidade. Exame de DNA. Ausência Injustificada do Réu. Presunção de Paternidade. Falta de Provas Indiciárias. 1. 'Apesar da Súmula n. 301/STJ ter feito referência à presunção *juris tantum* de paternidade na hipótese de recusa do investigado em se submeter ao exame de DNA, os precedentes jurisprudenciais que sustentaram o entendimento sumulado definem que esta circunstância não desonera o autor de comprovar, minimamente, por meio de provas indiciárias a existência de relacionamento íntimo entre a mãe e o suposto pai' (STJ. Terceira Turma. REsp. n. 692.242/MG, Relatora: Min.ª Nancy Andrighi. *DJ*, 12.09.2005) ..." (STJ, REsp 1.068.836/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 18.03.2010).

72 Súmula 301 do STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

73 "Apelação Cível. Recurso adesivo. Ação de investigação de paternidade. Exame de DNA. Ausência de intimação pessoal do investigado. Agravo retido. Evidenciado nos autos que o investigado não foi intimado pessoalmente para comparecer às perícias designadas, cumpre desconstituir a sentença e designar nova data para o exame de DNA. Agravo retido provido. Deram provimento ao agravo retido para desconstituir a sentença. Prejudicados o apelo e o recurso adesivo" (TJRS, Apelação Cível 0063437230, 8ª Câmara Cível, Rel. Alzir Felippe Schmitz, j. 07.05.2015).

74 Argumentos levantados pelo advogado, Dr. Marcos Taunay, no Agravo de Instrumento 0.028.496-88.2010.8.19.0000, interposto perante a 20ª Câmara Cível do TJRJ.

75 "Investigação de paternidade. Prova hematológica. Recusa. Presunção de veracidade. Prova testemunhal. Procedência do pedido. Inconformismo do réu. Desprovimento do recurso. Recusando-se o investigado a se submeter ao teste do DNA, milita, contra ele,

a presunção de veracidade dos fatos alegados pela investigante, mormente, na hipótese em exame, em que restou demonstrado o namoro com a mãe desta e a existência de semelhança física notável. Ação de Investigação de Paternidade" (TJRJ, Apelação Cível 1.342/1996 (Reg. 060896), 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Nilton Mondego. j. 15.05.1996).

76 ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA*: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 136.

77 "Civil e Processual. Agravo regimental no recurso especial. Investigação de paternidade. Recusa ao teste de DNA. Presunção de paternidade. Súmula 301 do STJ. Ausência de elementos que derrubam a presunção. Reexame. Súmula 7 do STJ. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada no STJ e da Súmula 301, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade. 2. 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Verbete nº 7/STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1.081.828/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 18.08.2015, *DJe* 26.08.2015).

78 Nesse sentido o Embargo Infringente 45.967/1998, da Segunda Câmara Cível do TJ/DF, julgado em 17 de dezembro de 1998, sendo Relator o Des. João Timóteo: "Investigação de paternidade. Negativa de existência de relações sexuais e recusa do investigado ao exame de DNA. Prova testemunhal e indícios insuficientes. Improcedência do pedido. Por mais que mereçam credibilidade as alegações da parte autora na ação de investigação de paternidade, haja vista que a versão apresentada é coerente e tem grande chance de ser verdadeira, tem ela o ônus de prová-las satisfatoriamente. Restando provado que não houve qualquer relacionamento afetivo entre a genitora da criança e o suposto pai, nem mesmo os três encontros sexuais entre eles, dos quais há apenas fracos indícios, julga-se improcedente o pedido de reconhecimento da paternidade, não podendo a recusa do suposto pai, de submeter-se a exame do DNA, por si, ser interpretada com verdade absoluta de modo a influir decisivamente no processo de modo favorável à autora, pois se constitui num indício a mais a ser considerado no contexto".

79 Súmula 301 do STJ: "Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade".

80 Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos): "Art. 59 (...) não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar (...)".

Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos): "Art. 52. São obrigados a fazer a declaração de nascimento: o pai ou a mãe, isoladamente ou em conjunto, observado o disposto no § 2º do art. 54; (...); no impedimento de ambos, o parente mais próximo, sendo maior (...); em falta ou impedimento do parente referido no número anterior, os administradores de hospitais ou os médicos e parteiras, que tiverem assistido o parto; pessoa idônea da casa em que ocorrer, sendo fora da residência da mãe, e, finalmente, as pessoas encarregadas da guarda do menor".

81 CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e investigação de paternidade no Direito brasileiro*: teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: RT, 2001. p. 61-63.

82 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Declaração e investigação de paternidade*: o papel do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996. p. 51.

83 REsp 939.818/RS; REsp 595.942/MG; REsp 714.969/MS e REsp 987.987/SP.

84 FAMÁ, María Victoria. *La filiación*: régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 574.

85 RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade*: manual prático do DNA. Curitiba: Juruá, 1998. p. 8.

86 RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade* – DNA como meio de prova da filiação, aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 312.

87 FAMÁ, María Victoria. *La filiación*: régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 267.

88 ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 188-189.

89 FAMÁ, María Victoria. *La filiación*: régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009. p. 270.

90 "É claro que a prova pericial, como aliás, praticamente todas as provas, máxime a prova testemunhal, nunca ou muito dificilmente pode revestir-se daquele grau de certeza absoluta num plano lógico formal, bastando trazer a convicção de certeza ao espírito do julgador. Dir-se-á que aqui o juízo de probabilidade foi da ordem de 98%, e que, portanto, sempre restaria, em favor do demandado, uma margem de 2%. Acontece que estes 2% de cidadãos que tecnicamente poderiam também apresentar os mesmos sinais genéticos do investigado não mantinham relações com a mãe do investigante, relações estas demonstradas, ainda que com eventuais falhas tão encontradiças na prova testemunhal, pelos depoimentos a que também faz referência o venerando acórdão" (*RSTJ* 29/322). Voto indicado em nota de rodapé 31, por ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 191.

91 Há interessante julgamento da Sétima Câmara Cível do TJRS, oriundo da Apelação Cível 70.012.915.062, datada de 09.11.2005, e relatada pela Des.ª Maria Berenice Dias, concedendo alimentos desde a concepção, quando o genitor tinha ciência da gravidez e recusou-se a reconhecer o filho.

92 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI, p. 140.

93 WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família*: questões controvertidas. Porto Alegre: Síntese, 2000. p. 231.

94 SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV, p. 460.

95 GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

96 GRINOVER, Ada Pellegrini, em notas à obra LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 52-53.

97 FARIAS, Cristiano Chaves de. *Relativização da coisa julgada, enfoque crítico*. DIDIER JR., Fredie (coord.). Salvador: JusPodivm, 2004. p. 82.

98 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003. p. 197-198.

99 "Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade c/c alimentos. Possibilidade de aplicação da teoria da relativização da coisa julgada. Sentença anterior de improcedência baseada na falta de provas acerca da paternidade. Exame de DNA ulterior reconhecendo a probabilidade da paternidade imputada em 99,9999%. Afastamento da coisa julgada. Decisão desconstituída. Diante da certeza que dimana do exame científico pelo sistema DNA, reconhecida tanto na doutrina como na jurisprudência, não há como manter, em sede de ação investigatória de paternidade, uma verdade jurídica em detrimento de uma verdade científica. O que se deve prestigiar é a verdadeira paternidade, refutando a manutenção de decisões judiciais que aberram contra o bom senso e contra a natureza da existência humana, chancelando verdadeiras imoralidades, que atuam no âmbito da personalidade humana, com reflexos no direito sucessório, além de outras formas de obrigações, dentre elas a alimentar. Se o fim supremo do Direito é a paz social, será impossível a obtenção de tal desiderato com base numa verdade jurídica falsa, contrária a uma prevalente verdade biológica, tudo em homenagem ao que se convencionou chamar de coisa julgada, ainda que proclamando uma gritante injustiça" (TJSC, Apelação Cível 2011.012985-4, Câmara Especial Regional de Chapecó, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 26.07.2011).

100 De um lado o REsp 107.248/Goiás: "Ação de negativa de paternidade. Exame pelo DNA posterior ao processo de investigação de paternidade. Coisa julgada. 1. Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada que confere ao processo judicial força para garantir a convivência social, dirimindo os conflitos existentes. Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora. Ela assegura que o exercício da jurisdição completa-se com o último julgado, que se torna inatingível, insuscetível de modificação. E a sabedoria do Código é revelada pelas amplas possibilidades recursais e, até mesmo, pela abertura da via rescisória naqueles casos precisos que estão elencados no art. 485. 2. Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão

transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3ª Turma, Unânime, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 07.05.1998).

Por seu turno, o REsp 226.436/PR tem esta ementa: "Processo Civil. Investigação de paternidade. Repetição de ação anteriormente ajuizada, que teve seu pedido julgado improcedente por falta de provas. Coisa julgada. Mitigação. Doutrina. Precedentes. Direito de Família. Evolução. Recurso acolhido. I – Não excluída expressamente a paternidade do investigado na primitiva ação de investigação de paternidade, diante da precariedade da prova e da ausência de indícios suficientes a caracterizar tanto a paternidade como a sua negativa, e considerando que, quando do ajuizamento da primeira ação, o exame pelo DNA ainda não era disponível e nem havia notoriedade a seu respeito, admite-se o ajuizamento de ação investigatória, ainda que tenha sido aforada uma anterior com sentença julgando improcedente o pedido. II – Nos termos da orientação da Turma, 'sempre recomendável a realização de perícia para investigação genética (HLA e DNA), porque permite ao julgador um juízo de fortíssima probabilidade, senão de certeza' na composição do conflito. Ademais, o progresso da ciência jurídica, em matéria de prova, está na substituição da verdade ficta pela real. III – A coisa julgada, em se tratando de ações de estado, como no caso de investigação de paternidade, deve ser interpretada *modus in rebus*. Nas palavras de respeitável e avançada doutrina, quando estudiosos hoje se aprofundam no reestudo do instituto, na busca sobretudo da realização do processo justo, 'a coisa julgada existe como criação necessária à segurança prática das relações jurídicas e as dificuldades que se opõem à sua ruptura se explicam pela mesmíssima razão. Não se pode olvidar, todavia, que numa sociedade de homens livres a Justiça tem de estar acima da segurança, porque sem Justiça não há liberdade'. IV – Este Tribunal tem buscado, em sua jurisprudência, firmar posições que atendam aos fins sociais do processo e às exigências do bem comum" (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.06.2001).

101 "Processo Civil. Investigação de paternidade. Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (*exame de DNA*) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada. Recurso especial conhecido e provido".

102 MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade* – DNA como meio de prova da filiação. Aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 303.

103 STF, Recurso Extraordinário 363.889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.06.2011.

Capítulo 8

DA ADOÇÃO

8.1. A ADOÇÃO E O CÓDIGO CIVIL

Desde o advento da Constituição Federal, depois, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, depois com a promulgação da Lei 12.010/2009, e, mais tarde, com a edição da Lei 13.509/2017, o instituto da adoção sofreu profundas e consistentes alterações na legislação brasileira, passando a proteger integralmente o infante e, finalmente, a inseri-lo no ventre de uma família substituta, se malgrados os esforços na manutenção e sua reintegração na família natural ou extensa, senão ao menos em programa de *apadrinhamento*, fazendo desaparecer definitivamente as variações adotivas que cuidavam de discriminar o infante, com sua adoção simples, e não integral, como se o afeto pudesse merecer gradação protegida por lei.

Existem duas espécies de adoção: a primeira delas prevista pela Lei 8.069, de 1990 (ECA), para os menores de dezoito anos, e a segunda regulada pelo Código Civil e endereçada aos nascituros e aos maiores de dezoito anos, por meio de procedimento judicial de jurisdição voluntária, desaparecendo a modelagem da escritura pública exigida pelo artigo 375 do revogado Código Civil de 1916, convivendo ambas ao lado da *adoção à*

brasileira ou *adoção de complacência* e pela qual alguém registra filho de outrem como se fosse seu.

O artigo 1.619 do Código Civil estatui depender a adoção de maiores de dezoito anos da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, afastando, como visto, a adoção por escritura pública e avocando o procedimento de jurisdição voluntária regulado pelo Código de Processo Civil no Capítulo XV (arts. 719 a 770), dependendo de sentença judicial, estando a intervenção do Poder Público em conformidade com o § 5º do artigo 227 da CF,[1] muito embora o *caput* da disposição constitucional faça referência à intervenção do Poder Público apenas para assegurar os interesses fundantes da *criança* e do *adolescente*, não incluindo o maior de dezoito anos, o qual não necessitaria da intervenção do Estado como juiz para o processo de adoção, não obstante a atuação do tabelião não deixe de representar uma intervenção do Poder Público.

8.2. NATUREZA JURÍDICA DA ADOÇÃO

Estabelece o § 5º do artigo 227 da Constituição Federal que a adoção deva ser assistida pelo Poder Público, o qual, na forma da lei, estabelecerá casos e condições de sua efetivação; e, embora dite as regras para adoção por parte de estrangeiros, ressalta a disposição constitucional quanto ao seu caráter eminentemente institucional, adequando-se nesse contexto a manifestação feita por Carlos Roberto Gonçalves,[2] quando aduz que "a adoção não mais estampa o caráter contratualista de outrora, como ato praticado entre adotante e adotando", porque, ao contrário do passado, as regras aplicáveis à adoção, na atualidade, são ditadas pelo Poder Público.

8.3. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS

O instituto da adoção tem atravessado os séculos e integrado a história de todos os povos, tendo sua origem, em sua versão mais remota, o

propósito de perpetuar o culto doméstico dos antepassados e dessa forma evitar a desgraça representada pela morte do chefe da família sem descendentes.

A sistematização do instituto, elucida Artur Marques da Silva Filho,[3] teve início entre os povos orientais, prevendo as leis, como pressupostos da adoção, tivesse o adotado conhecimento do proveito das cerimônias religiosas e a importância de sua atribuição, tendo sido localizados dispositivos insertos no Código de Hamurabi acerca da indissolubilidade da adoção.

Em Atenas, prossegue Artur Marques, a adoção dependia da intervenção do juiz e, efetivada, rompia os vínculos com a família natural, podendo o ato ser revogado por ingratidão; contudo, não se distanciando da fisionomia religiosa em assegurar a continuação do culto doméstico, não se mostrando de certo modo diferente do instituto em Roma, em que a religião tinha forte influência sobre a família, cometendo ao *pater* prestar as honras e dar continuação às tradições dos antepassados.

Conforme Antônio Chaves,[4] "o *pater familias* não podia morrer sem o seu sucessor, a quem ficaria o encargo de perpetuar-lhe o nome, evitar-lhe a extinção da família e, sobretudo, de continuar-lhe o culto doméstico".

Na Idade Média a adoção perdeu força e sequer se permitia ao adotado herdar o título nobiliárquico, o qual só era transmitido pelo direito sanguíneo, passando depois a restringir, inclusive, o direito sucessório entre o adotado e o adotante. Sobreviveu, entretanto, uma versão mais ética e cristã da adoção, como mostra Antônio Chaves, buscando dar filhos aos que a natureza negou a concepção. Um dos motivos apontados para a queda dos vínculos de adoção decorreu da própria substituição da base religiosa do Direito Romano pelo surgimento da família cristã. Também refletiu a influência contrária da Igreja à adoção, porque a constituição de um herdeiro adotivo prejudicava as doações pós-óbito, deixadas pelos ricos senhores feudais que morriam sem deixar descendentes.[5]

A adoção teria ressurgido com as reformas sociais da Revolução Francesa e, por consequência, com o advento do Código de Napoleão e deste para os demais códigos que nele buscaram a sua inspiração.

Conta Artur Marques da Silva Filho[6] ter a adoção retomado seu impulso com o surgimento da Primeira Guerra Mundial, diante do súbito e elevado índice de orfandade estabelecido pelas baixas parentais causadas pelas batalhas.

No Brasil, a adoção ganha sistematização com o advento do Código Civil de 1916; contudo, com fortes resistências e restrições, não faltou quem advogasse a eliminação deste instituto. Os reflexos desta resistência se fizeram claramente presentes no caráter rígido e fechado do instituto da adoção, como anota Artur Marques da Silva Filho,[7] pelo fato de o Código Civil de 1916 exigir tivesse o adotante, no mínimo, cinquenta anos de idade e uma diferença de dezoito anos de idade entre ele e o adotado.

Logo ficou claro ser um forte entrave para o incremento do instituto da adoção exigir a idade mínima de cinquenta anos para o candidato à adoção, surgindo movimentos para encetar modificações legais buscando motivar a prática da adoção.

Precursora desse movimento, a ex-Ministra da Educação Ester Figueiredo Ferraz liderou iniciativa de conscientização chamando a atenção quanto à imprestabilidade do instituto da adoção ao exigir a idade mínima de cinquenta anos do adotante, surgindo desse esforço conjunto, incluindo eminentes políticos, a promulgação da Lei 3.133, de 8 de maio de 1957, que introduziu sete importantes modificações no regime da adoção; dentre essas mudanças se operou a redução da idade mínima de 30 anos do adotante e não mais 50 anos, e também eliminando a exigência de inexistência de prole conjugal, afora a redução para dezesseis anos como sendo a idade necessária de diferença entre o adotante e o adotando.

8.4. A LEI NACIONAL DA ADOÇÃO

A Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, à época denominada nova Lei da Adoção alterou e aprimorou inúmeros dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil, que tratavam da adoção em uma desnecessária sobreposição de dispositivos de lei. O propósito desta lei foi o de priorizar o acolhimento e a manutenção da criança e do adolescente em seu convívio familiar, com sua família biológica, desde que reflita o melhor interesse do infante, e só deferir a adoção, ou sua colocação em família substituta como solução excepcional. Esse é inclusive, o espírito do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao prescrever que "É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral". Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é ainda obrigatório que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, devendo sua colocação familiar ocorrer, prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia (ECA, art. 28, § 6º, incs. I, II e III). Quer a Lei assegurar a convivência da criança e do adolescente em sua família natural, não se constituindo a falta ou carência de recursos materiais em motivo para a perda ou suspensão do poder familiar, devendo então, ser essa família incluída em serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção (ECA, art. 23), evitando que o infante permaneça em instituições de acolhimento, daí também surgindo o programa de acolhimento institucional ou familiar através da figura do *apadrinhamento* (art. 19-B do ECA, acrescido pela Lei 13.509/2017). A Lei Nacional da Adoção amplia o conceito de família, para identificar a família *extensa* ou *ampliada*. Assegura ao adotado o direito fundamental ao conhecimento de sua origem (ECA, art. 48) e obriga ao estágio de convivência, só dispensando sua prática se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante pelo

prazo máximo de 90 (noventa) dias suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo (ECA, art. 46, § 1º), podendo ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária (ECA, art. 46, § 2º-A). Importante observar que a guarda deve ser legal, pois a simples guarda de fato não autoriza a dispensa da realização do estágio de convivência, sendo obrigatório um estágio mínimo de 30 dias e no máximo, 45 dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária, a ser cumprido no território nacional, para o caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País (ECA, art. 46, § 3º). A Lei Nacional da Adoção incluiu relevantes modificações nos artigos 50 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente no tocante à adoção por brasileiros e estrangeiros residentes no exterior. A Lei 12.010/2009 criou os cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes e de pessoas ou casais habilitados para a adoção (ECA, art. 50, § 5º) e criou cadastro distinto para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros estaduais e nacional, ou seja, a adoção internacional só será possível se não existirem candidatos no Brasil.

8.4.1 Princípio da prevalência em família

Consta como fundamental direito da criança e do adolescente e agora também do jovem (EC 65/2010), assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal, garantir ao infante a convivência familiar e comunitária, como já ordenava a Convenção dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, ao estabelecer que a criança deva crescer no seio de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade.

A Lei Nacional da Adoção tornou, portanto, mais rigoroso o procedimento de adoção, pois prioriza e sempre, a retomada da convivência familiar e comunitária, em ambiente livre de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (ECA, art. 19), transformando-se a adoção na última alternativa dentre as políticas públicas a serem tomadas no propósito de atender aos melhores interesses da criança e do adolescente.

Por meio da Lei 12.955, de 5 de fevereiro de 2014, foi acrescido o § 9º ao artigo 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente, para estabelecer prioridade de tramitação aos processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica.

8.4.2 Do acolhimento familiar e institucional

O acolhimento familiar trata de uma medida em sintonia com a Convenção dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, e em cujo preâmbulo consta o reconhecimento de que todo o infante, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão e intenta diminuir o número de crianças e adolescentes que permanecem acolhidas pelo Estado em instituições públicas. Dentro dessa política de prevalência da família natural surgida com o advento da Lei Nacional da Adoção, dispõe o § 3º do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente que o infante deverá preferencialmente, ser mantido ou reintegrado em sua família, em detrimento de qualquer outra providência legal, devendo a família ser incluída em programas de orientação e auxílio previstos no próprio Estatuto (ECA, art. 23, art. 101, *caput*; e art. 129, *caput* e incs. I a IV). Havendo necessidade de afastamento da criança ou do adolescente de sua família natural, o infante será encaminhado temporariamente para programas de acolhimento familiar e institucional, que, ao lado da guarda e da tutela, mantêm a criança e o adolescente a salvo de riscos provenientes de sua

família natural que é alvo de uma reestruturação institucional. O procedimento de inclusão em programa de acolhimento familiar ou institucional familiar é regulamentado pelos incisos VII e VIII do artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo medidas emergenciais tomadas para a proteção de vítimas de violência ou de abuso sexual e para evitar os maus-tratos ou opressão impostos pelos pais ou responsável, em conformidade com o artigo 130 do ECA, estabelecendo o parágrafo único deste artigo que da medida cautelar de afastamento do agressor da moradia comum também constará a fixação provisória dos alimentos de que necessitam a criança ou o adolescente dependentes do agressor. A preferência é pelo acolhimento familiar em detrimento do acolhimento institucional, pois o relacionamento e a iteratividade serão induvidosamente mais fortes, significativas e relevantes em um ambiente familiar do que a criança ou o adolescente permanecer em um abrigo repleto de crianças igualmente necessitadas de especial atenção.

O programa de acolhimento familiar é uma medida protetiva a ser aplicada exclusivamente pelo juiz da Vara da Infância e da Juventude (ECA, art. 101, VIII), pelo qual a criança ou adolescente é retirado da guarda de sua família de origem e entregue a uma pessoa singular ou a uma família, denominada *família acolhedora*, previamente cadastrada no programa de acolhimento familiar, habilitada para o resguardo, e encarregada de oferecer carinho e cuidados especiais ao assistido,[8] em caráter provisório, até que passe a situação de risco e este possa retornar ao convívio de sua família natural.

O acolhimento institucional (ECA, art. 101, inc. VII) decorre da manutenção da criança ou adolescente em uma entidade de atendimento pública ou privada, ordenando o artigo 19, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente que a permanência da criança ou adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de dois anos, salvo

comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

Ao lado destas medidas, a Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017, dentro da política de acolhimento institucional ou familiar criou o programa de *apadrinhamento*, que consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro, sendo que pessoas jurídicas ou pessoas físicas podem apadrinhar (ECA, art. 19-B).

8.4.3 Da família natural

A família natural é aquela comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes (ECA, art. 25) e que a Constituição Federal protege como entidade familiar constituída pelo casamento civil, pela união estável e ainda a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, denominada família monoparental (CF, art. 226, §§ 1º a 4º). A filosofia do Estatuto está justamente na essencialidade e importância da família natural para o sadio crescimento e desenvolvimento da criança e do adolescente, razão pela qual todos os iniciais esforços despendidos são no sentido de propiciar a recolocação ou a manutenção da criança e do adolescente em sua família natural, composta pelos pais e irmãos ou por um dos pais e filhos. É sobre essa família natural que recai a preferência legal para a criação da criança ou do adolescente, sendo excepcionais as hipóteses de colocação em família substituta (ECA, art. 19).

8.4.4 A família extensa

O conceito de família foi ampliado no Estatuto da Criança e do Adolescente a partir da Lei 12.010/2009, pois o julgamento de família natural não compreendia os grupos familiares formados por avós e netos,

tios e sobrinhos. Conforme o parágrafo único do artigo 25 do Estatuto, a família extensa ou ampliada se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, pois é formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.[9] É antes de qualquer coisa a consagração legal da relevância da socioafetividade nas relações de filiação, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente identifica vínculos seguros de afeto e de afinidade para decidir pela permanência de uma criança ou adolescente na sua própria família e com isso diminuindo o impacto negativo da subtração da criança ou adolescente dos seus laços de consanguinidade. Afeto e afinidade são os pilares da verdadeira relação de filiação, porque, entre manter a criança ou adolescente em uma família substituta ou adotiva, no lugar de sua família extensa, formada por parentes próximos que integram o conceito de *grande família* ou *família estendida*, sempre será a atitude indicada para preservar os naturais vínculos parentais que interagem com reais sentimentos de amor e dedicação. É o Estatuto ampliando e regulando a evidência que a realidade não cansa de desmentir, no sentido de não se restringir a noção de família ao restrito campo da família do casamento, da união estável, também denominada informal, e da monoparental, porquanto muito mais ricas e extensas as formas possíveis de organização familiar.

8.4.5 Destituição do poder familiar

O poder familiar é uma prerrogativa dos pais e um dever que eles também têm, de manter seus filhos menores sob sua guarda, sustento e educação, caben-do-lhes ainda, no interesse dos filhos, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais (ECA, art. 22). O poder familiar já representou no passado a noção pura e simples de autoridade exclusivamente paterna, e atualmente, o poder familiar externa uma incumbência que têm os pais de criar e educar seus filhos e tê-los em sua companhia e guarda, prover sua alimentação, representá--los até os 16 anos

de vida e assisti-los após essa idade, nos atos que forem partes, suprindo-lhes o consentimento, exigir-lhes obediência, respeito e os serviços próprios da idade (CC, art. 1.634). Estabelece a Constituição Federal de 1988 um sistema de titularidade dual e exercício conjunto do poder familiar, sejam ou não casados os pais. Presentemente são reconhecidas as uniões fáticas ou conjugais entre pessoas do mesmo sexo, não havendo como afirmar na atualidade que marido e mulher são iguais em direitos e deveres, mas, unicamente, que cônjuges ou conviventes gozam dos mesmos direitos e têm as mesmas atribuições em relação aos seus filhos advindos de adoção ou como ocorre diante da possibilidade da filiação oriunda de reprodução assistida.[10]

De acordo com Maria Clara Sottomayor, "a criança, pela sua fragilidade, carece de uma proteção especial, sendo aconselhável que pais e filhos não sejam colocados em posições antagônicas, mas numa relação de compreensão recíproca e de interdependência. A própria lei reconhece que a relação de filiação é estabelecida não só no interesse dos filhos, mas também no interesse dos pais, estabelecendo entre pais e filhos deveres recíprocos de auxílio, assistência e respeito".[11]

Por último, o artigo 227 da Constituição Federal consigna ser dever não só da família, compreendendo os pais e todas as diferentes modalidades da noção plúrima de entidade familiar, mas também da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem (EC 65/2010), 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 ou opressão.

Faltando os pais com suas funções parentais de zelo, guarda, formação, criação e educação de sua prole, regula o artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente o decreto de perda ou suspensão do poder familiar pelo

descumprimento dos deveres ordenados no artigo 22 do ECA. O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar, pode ser proposto pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse, e está regulado pelos artigos 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e diante das hipóteses reguladas pelo artigo 1.638 do Código Civil, com o acréscimo do inciso V, colacionado pela Lei 13.509/2017, sendo, no entanto, incontroverso, que a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar (ECA, art. 23). Posteriormente foi editada a Lei 13.715/2018 que alterou a redação do artigo 1.638 do Código Civil para acrescer um parágrafo único para condenar com a perda do poder familiar aquele progenitor que praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, ou b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; ou daquele progenitor que praticar contra o filho, filha ou outro descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, ou b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão.

8.4.6 Colocação em família substituta

A colocação da criança ou adolescente em família substituta se dá por três diferentes modalidades: *a*) guarda; *b*) tutela; ou *c*) adoção (ECA, art. 28) e sua execução só irá ocorrer se efetivamente for impossível manter a criança ou o adolescente, mesmo que momentaneamente, com sua família natural. A colocação de criança ou adolescente em família substituta é medida de proteção para afastar o infante de uma situação de risco de lesão

a seus fundamentais direitos, pela ação ou omissão de seus pais. É medida a ser aplicada para a proteção do petiz, independentemente de sua situação jurídica, podendo ser acautelados os interesses do menor com as medidas provisórias de guarda ou de tutela, porquanto a adoção depende da inexistência ou destituição do poder familiar, sendo imprescindível cumular, quando for o caso, o pedido de adoção com o de destituição do poder familiar, anotando Guilherme Freire de Melo Barros ser firme o posicionamento do STJ quanto à necessidade dos adotantes cumularem os dois pedidos, sob pena de caracterização de falta de condição da ação, consistente na impossibilidade jurídica do pedido.[12] Contudo, havendo a anuência dos genitores ou do responsável legal, a colocação da criança ou adolescente em família substituta é procedimento de jurisdição voluntária,[13] somente sendo utilizado o processo contencioso quando não houver a concordância dos pais, sendo indispensável a intervenção judicial para qualquer uma das duas hipóteses.

Determina o § 1º do artigo 28 do Estatuto que, havendo possibilidade, a criança ou o adolescente deve ser ouvido por equipe interprofissional e sua opinião deverá ser devidamente considerada nos procedimentos de colocação em família substituta. A equipe interprofissional, formada usualmente por assistentes sociais e psicólogos, tem a tarefa de assessorar a Justiça da Infância e da Juventude (ECA, art. 150), e a incumbência de fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e de desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, prevenção e outros serviços próprios de suas atribuições voltadas a auxiliar na tomada das inúmeras decisões judiciais acerca do destino e proteção integral dos infantes (ECA, art. 151).

Tratando-se de adolescente, a partir dos doze anos de idade (ECA, art. 2º), será necessário seu consentimento, colhido em audiência (ECA, art. 28, § 2º), para sua colocação em família substituta, pois deve ser ouvido a respeito de seu destino e deve dizer o que pensa acerca das pessoas

responsáveis por sua guarda, tutela ou adoção, exercendo o direito fundamental de expressar livremente a sua opinião sobre tema de seu mais profundo interesse.

Para a apreciação do pedido de colocação em família substituta deverá ser levado em linha de consideração o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade do infante com os integrantes do núcleo familiar de destino, a fim de evitar ou minorar as consequências provenientes da medida. O parágrafo único do artigo 25 do Estatuto da Criança e do Adolescente já expressava igual preocupação com relação aos vínculos de afinidade e de afetividade, que podem ser considerados como sendo os elementos fundamentais e indispensáveis ao maior êxito de uma saudável vinculação de filiação. Consequentemente, será preferível colocar a pessoa em desenvolvimento sob os cuidados de um tio, quando igualmente presentes os vínculos de afinidade e afetividade, ao invés de um estranho.

O § 4º do artigo 28 do Estatuto determina que os irmãos sejam colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, evitando sua separação, pois certamente já sofreram com o afastamento de seus pais, salvo para a hipótese de comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a excepcionalidade de solução diversa, procurando em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais. Dessa forma, ainda que não consigam os irmãos permanecerem juntos em uma mesma família substituta, deve ser buscada alguma forma de manutenção do contato entre os irmãos para evitar a perda do vínculo fraternal.

A colocação da criança ou adolescente em família substituta será precedida de sua gradativa preparação e posterior acompanhamento por equipe interprofissional (ECA, art. 28, § 5º). Em se tratando de criança ou adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, é obrigatório (ECA, art. 28, § 6º), que sejam consideradas e respeitadas sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições,

bem como suas instituições, desde que não sejam incompatíveis com seus direitos fundamentais (inc. I); que a colocação familiar ocorra prioritariamente no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia (inc. II); haja a intervenção do órgão federal responsável pela política indigenista (FUNAI) e de antropólogos (no caso de criança ou adolescente proveniente de comunidade remanescente de quilombo), perante a equipe interprofissional ou multidisciplinar que irá acompanhar o caso (inc. III).

Em nenhuma hipótese será deferida colocação em família substituta a pessoa que revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida ou não ofereça ambiente familiar adequado (ECA, art. 29) e nesse aspecto é fundamental o trabalho da equipe interprofissional de apoio da Justiça da Infância e da Juventude.

As três modalidades de colocação em família substituta estão identificadas, em primeiro plano, pela guarda, que obriga a 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 (ECA, art. 33). A guarda regulariza a posse de fato da criança e do adolescente e tem o caráter provisório, enquanto se encaminha a reintegração do infante com a reestruturação de sua família natural ou se inviável a recuperação dos laços com a família natural ou extensa, que se encaminhe para a adoção. A guarda de terceiros não implica em destituição do poder familiar dos pais da criança ou adolescente, mas unicamente transfere para terceiro sua posse física e o dever de zelar pela integridade física e psíquica do infante. A guarda só tem o propósito de retirar a criança ou o adolescente de uma situação de risco em sua família de origem, tendo desaparecido a figura da guarda com a finalidade meramente previdenciária ou assistencial, entretanto, quando realmente presente a situação de risco típica da medida de guarda legal, a criança ou adolescente adquire a condição de dependente de seus guardiões, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários (ECA, art. 33, § 3º).

A guarda familiar prefere à guarda institucional, pois é aconselhável fique o infante sob o abrigo de um ambiente doméstico em detrimento de seu acolhimento em uma instituição (ECA, art. 34, § 1º). A guarda pode ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial, ouvido o Ministério Público (ECA, art. 35).

A segunda modalidade de colocação em família substituta é a tutela, prevista nos artigos 1.728 a 1.766 do Código Civil, e que confere a posse de fato da criança e do adolescente e o direito de representação a ser exercido pelo tutor, sucedendo nesse caso a destituição do poder familiar que é incompatível com o instituto da tutela (ECA, art. 36). O exercício da tutela é próprio para crianças e adolescentes detentores de bens.

Por fim, e como medida excepcional e irrevogável, surge a modalidade da adoção, à qual deve se recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou na extensa, na forma do art. 25 do Estatuto (ECA, art. 39).

8.4.6.1. Cadastro de adoção

O artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a manutenção em cada comarca ou foro regional, como também a implementação, de cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas e de pessoas ou casais habilitados à adoção (ECA, art. 50, e § 5º). Ao passo que a Lei 12.127, de 17 de dezembro de 2009, cria o Cadastro Nacional de Crianças e Adolescentes Desaparecidos e cujo desaparecimento tenha sido registrado em órgão de segurança pública federal ou estadual.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 190, de 1º de abril de 2014, dispondo sobre a implantação do Cadastro Nacional de adoção, para possibilitar a inclusão dos pretendentes estrangeiros habilitados nos tribunais, havendo subcadastro distinto para os interessados domiciliados no exterior, ocorrendo a consulta ou a convocação de interessados inscritos no

subcadastro, somente depois de malogradas as tentativas de inserção em família substituta nacional para candidatos credenciados no Brasil.

Os cadastros de adoção, tanto para inscrição de crianças ou adolescentes habilitados para adoção como de pessoas ou casais habilitados para adotarem, deverão seguir a ordem cronológica de inscrição e o artigo 197-E do Estatuto reafirma não só a obrigatoriedade da inscrição dos candidatos à adoção e o rigor a ser observado pela autoridade judiciária na restrição da ordem de inscrição, salvo quando, atento ao princípio dos melhores interesses do infante, se façam presentes as hipóteses previstas nos incisos I, II e III do § 13 do artigo 50 do ECA. E como observa Sávio Bittencourt, "se uma criança tem características que demonstrem a inconveniência da adoção pelo primeiro habilitado da lista, em função de incompatibilidade entre o perfil da criança e do interessado, deve ele ser preterido, entregando-se a criança aos cuidados de outro habilitado cadastrado".[14] Por fim, salutar e revolucionário o espírito renovado pela Lei 12.010/2009 ao alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente e realçar e priorizar, também para efeitos de adoção, sobrepondo-se ao rigor de uma listagem de inscrição, quando em benefício da criança ou do adolescente se fazem presentes antecipadamente os elos de afetividade e afinidade (ECA, art. 50, § 13, inc. III), ficando justamente em segundo plano o prévio cadastro de candidato à adoção quando o pretendente à adoção já detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação dos referidos laços de afinidade e afetividade, consagrando o presente dispositivo de lei a institucionalização da filiação socioafetiva.

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 289, de 14 de agosto de 2019, que trata do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), que engloba os cadastros municipal, estadual e nacional de pretendentes à adoção, o que permite maior controle das filas dos habilitados, de forma que, se não há disponibilidade de adoção no

Município, o sistema integrado permite que a busca seja feita no Estado e, na sequência, nas outras unidades da Federação, acelerando o processo de adoção.

8.5. REQUISITOS PARA A ADOÇÃO: IDADE

O Código Civil, em sintonia com a redução da maioridade civil para 18 anos (art. 4º, inc. I), e atento à edição da Lei 12.010/2009, que conferiu nova redação ao artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece que podem adotar os maiores de dezoito anos de idade.

A adoção só por uma pessoa é denominada *unilateral*, a qual se configura pelo vínculo de filiação com um único ascendente, podendo ocorrer nas seguintes hipóteses: *a*) quando do registro de nascimento constar apenas o nome do pai ou da mãe, prescindindo nesse caso, da concordância daquele genitor que permanece com o elo parental; *b*) quando do registro de nascimento constarem ambos os genitores, dependendo a adoção da destituição do poder familiar dos pais; *c*) quando o cônjuge ou atual companheiro adota em decorrência do falecimento do pai ou da mãe, abstraindo nessa hipótese o consentimento do genitor sobrevivente.[15] Sendo os adotantes casados ou vivendo em união estável, devem comprovar a estabilidade da entidade familiar (ECA, art. 42, § 2º), para que a adoção bilateral tenha curso e o casal possa adotar em conjunto. Na adoção conjunta realizada por pais divorciados ou ex-companheiros, o § 5º do artigo 42 do Estatuto reclama a prova do efetivo benefício ao adotando, devendo ser assegurada, prioritariamente, a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 do Código Civil, para a hipótese de adoção conjunta (ECA, art. 42, § 5º).

A adoção tem como requisitos subjetivos: *a*) a idoneidade do adotando; *b*) a manifesta vontade de exercer efetivo vínculo de filiação; *c*) resultar em reais vantagens para o adotando (ECA, art. 43). Como requisitos objetivos

são elencados: *a*) a idade mínima de 18 anos (ECA, art. 42); *b*) o consentimento dos pais e do adotando, que será dispensado no caso de os pais serem desconhecidos ou destituídos do poder familiar e, se o adotando contar com 12 anos completos, deverá manifestar sua concordância com a adoção (ECA, art. 45, § 2º); *c*) a realização de estágio de convivência; *d*) e o prévio cadastramento, dispensada a realização do estágio de convivência na hipótese do § 1º do artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ocorrendo a adoção pelo casal, cada um dos adotantes, cônjuges ou companheiros, deve ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado (ECA, art. 42, § 3º), sendo que esta exigência de diferença mínima de dezesseis anos de idade entre o adotante e o adotado tem a função de espelhar uma real relação parental, imitando o máximo possível a natureza, porque, se fosse permitida a adoção com diferenças menores de idade, acabariam surgindo adoções revelando certamente liames de irmandade, e não de paternidade ou de maternidade, sendo essencial que no vínculo de ascendente e filho subsista essa hierarquia cronológica para construir no tempo e pelo tempo a experiência e distância necessárias para criar e educar social e afetivamente um filho, e não um irmão, contudo, o Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a diferença etária mínima no REsp 1.785.754/RS em razão da socioafetividade de um padrasto que tinha a adotanda como se fosse a sua própria filha.[16]

A estabilidade do relacionamento de um casal, como pressuposto para a adoção bilateral, nem sempre se conta pelo tempo de convivência dos cônjuges e conviventes, mas, principalmente, em decorrência da maturidade deste casal e este amadurecimento melhora com a idade, embora não lhe seja determinante. A estabilidade do vínculo familiar, portanto, independe do tempo de duração da união, porque interessa a qualidade, e não a sua quantidade temporal, pois certamente encontraríamos uniões longevas, contudo, profundamente instáveis e vice-versa, importando, para a construção de laços sadios de filiação, exatamente a segurança e

estabilidade deste domicílio substituto como um lar estável, uma relação sólida que realmente atenda aos melhores interesses do adotado, sobretudo quando se trata de adotar menor de idade.

O certo é que as adoções são permitidas mesmo quando um par se encontra em processo formal de ruptura, não havendo razões ponderáveis para impedir a adoção entre casais em início de relacionamento, se for concluído por estudos técnicos se tratar de cônjuges ou conviventes em inequívoca constância relacional, cuja estabilidade não mais se conta, ou se presume pelo tempo de duração da relação afetiva, devendo ser verificada singular e casuisticamente, segundo as circunstâncias e modo de convivência de cada par afetivo, pesquisando o juiz, com o auxílio de assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras, as evidências que demonstrem uma efetiva e duradoura vida em comum.

8.5.1 Consentimento do cônjuge

O pressuposto para a adoção bilateral é a existência de uma entidade familiar configurada pelo casamento ou pela união estável, entre um homem e uma mulher (CF, art. 226, §§ 3º e 4º; CC, arts. 1.514, 1.517, 1.565 e 1.723) ou entre homoafetivos (desde o julgamento pelo STF da ADPF 132 e da ADI 4.277). Assim, não é possível, por exemplo, a adoção por dois irmãos ou duas irmãs.

Até o julgamento pelo STF da ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 132 e da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 4.277, também não era admitida a adoção por um casal homoafetivo, não obstante a jurisprudência e a doutrina viessem reconhecendo essa possibilidade, como decidira o STJ (REsp 889.852-RS) e o próprio STF (RE 61.526). Atualmente, encontra-se definitivamente reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo e, seja por meio da união estável ou pelo

casamento, com isto, desaparece qualquer impedimento que possa, de forma lúcida e coerente, impedir a adoção por casais homoafetivos.

Adoção pode ser singular ou conjunta e, uma vez presentes os pressupostos da diferença de idade e da idade mínima, podem adotar as pessoas solteiras, viúvas, separadas judicialmente ou divorciadas, como podem adotar individualmente as pessoas casadas ou unidas estavelmente, independentemente do consentimento de seu parceiro conjugal ou afetivo, por mais complexa transpareça a relação de adoção no plano dos fatos, a partir do ingresso no lar familiar da pessoa adotada por um dos parceiros.

O artigo 43 do ECA somente autoriza a adoção quando ela apresentar reais vantagens para o adotando e se fundar em motivos legítimos, não parecendo possa ser deferida a adoção quando os fatos acenam para uma convivência hostil, especialmente considerando ser essencial para o filho adotivo encontrar um lar estável, em ambiente de afeto, se possível com um par de adotantes.

O artigo 42, § 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, admite a adoção conjunta por casais divorciados ou legalmente separados, contanto acordem sobre a guarda e o regime de visitas dos filhos adotandos, e desde que o estágio de convivência tenha iniciado na constância da sociedade conjugal.

Busca a Lei garantir a conclusão do processo de adoção iniciado na constância do matrimônio, quando o estágio de convivência também já dera início, conforme previsto pelo artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente; e assim prevê a Lei, no propósito de evitar outra frustração do adotando, no sentido de criar nova expectativa de integrar uma família e participar de um futuro lar, sem risco de o intercorrente divórcio dos candidatos à adoção elidir a pretensão de adotarem, apenas exigindo a Lei que os adotantes acordem sobre a guarda e a regulamentação das visitas do filho adotivo.

Estende-se também aos ex-companheiros a possibilidade de adoção conjunta e de sua conclusão se suceder à dissolução da estável união, conquanto tenham iniciado o estágio de convivência ainda na constância da união estável (ECA, art. 42, § 4º).[17]

No entanto, o estágio de convivência pode ser dispensado se o adotando em qualquer idade, já estiver na companhia do adotante, e por tempo suficiente para permitir avaliar da conveniência da constituição do vínculo (ECA, art. 46, § 1º).

Causaria imensurável dano à criança ou ao adolescente se já vivesse na companhia dos pretendentes à adoção, e fosse obrigado a romper os vínculos criados com os candidatos à sua adoção, já estruturados os relacionamentos afetivos, apenas porque os adotantes romperam seus laços de amor, não obstante mantenham íntegras as relações de afeto para com o adotando.

8.6. ADOÇÃO POR AVÓS

A adoção por avós foi textualmente proibida pelo § 1º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo dispositivo também proibiu a adoção por irmãos do adotando.

A adoção por avós tem sido alvo de inúmeras dissensões, embora na vida prática seja bastante comum deparar com crianças e adolescentes sendo criados, educados a mantidos por seus avós, por absoluta omissão dos pais, ou quando os genitores falecem. O Estatuto adotou a lógica de que não tinha o menor sentido um filho ser adotado por seus avós e se tornar irmão de sua mãe ou de seu pai biológico, até porque, os vínculos de parentesco já existem em segundo grau na linha reta descendente dos avós para com o seu neto.

Adriana Kruchin Hirschfeld[18] aponta outros motivos ensejadores da proibição, estes, fundados em argumentos de ordem genética e de respeito ao Direito de Família, embora haja divisão de opiniões, alguns olhando sob o

prisma econômico, outros sob o aspecto ideológico. Conclui destacando a perspectiva material no âmbito do direito sucessório, pois ao adotar um neto o avô o estará igualando à condição de coerdeiro de seu próprio genitor.

Outro propósito financeiro da adoção de neto por avós decorre do propósito de torná-lo dependente previdenciário, com vistas à assistência médica e securitária, em particular nos casos da pensão de militar, usualmente transmitida às filhas mulheres, cujo benefício em um passado mais distante não perdiam mesmo quando casavam.[19]

A adoção por um avô, além de ensejar a confusão familiar do neto transmudado em irmão de seu pai ou de sua mãe, nada modifica em referência à principal função do instituto da adoção, de criar laços afetivos, porque esses vínculos de afeto já existem entre avós e netos, e tampouco com o propósito de formar uma família substituta a quem não a tem, circunstância igualmente inocorrente no caso dos netos adotados por avós. O tema não está nada pacificado, existindo interpretação em direção oposta à proibição, em decisão do STJ tomada à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, conforme o Recurso Especial 76.712, de 16 de dezembro de 1996, relatado pelo Ministro Waldemar Zveiter, em que ressalta a antinomia surgida no exame do artigo 6º da Lei 8.069/1990[20] em confronto com o artigo 42, § 1º, do mesmo diploma, ao deixar ao exclusivo arbítrio do decisor permitir a adoção por avós, quando, no caso concreto, inexiste qualquer interesse material a motivar o ato de adoção.[21] Já nos pretórios estaduais segue sendo vetada a adoção por avós.[22] Contudo, o Superior Tribunal de Justiça abriu uma exceção no REsp 1.587.477/SC, mitigando a proibição legal quando os avós e pretensos adotantes já exerciam, com exclusividade, as funções de mãe e pai do neto desde o seu nascimento.[23] A proibição de adoção pelos avós se estende aos maiores e capazes, cujo processo de adoção segue sendo regulado pelo Código Civil, e cujo artigo 1.619, alterado pela Lei 12.010/2009, manda aplicar as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente.

8.7. ADOÇÃO POR IRMÃOS DO ADOTANDO

As mesmas causas da proibição de adoção por avós servem para impedir a adoção pelos irmãos, com os quais já existe uma relação de parentesco, conforme expressa proibição contida no artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O tema também não é pacífico, porque a jurisprudência tem admitido que um tio possa adotar o seu sobrinho, pois não existe nenhuma vedação legal neste sentido, haja vista o tio ser parente colateral de terceiro grau, e a proibição da lei está restrita aos ascendentes e aos irmãos do adotando, não se estendendo o impedimento aos parentes colaterais,[24] e nesse sentido se manifesta Maria Berenice Dias ao afirmar não existir qualquer empecilho para a adoção entre colaterais de terceiro e quarto grau.[25]

Antonio Cezar Lima da Fonseca está entre aqueles que se posicionam contrários à adoção entre colaterais e, inclusive, identifica razões de ordem econômica vetando a adoção por irmãos, porque se fosse permitida a adoção, seria afetada a legítima do filho como herdeiro necessário de seu pai,[26] pois a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios (ECA, art. 41).

Paulo Luiz Netto Lôbo[27] defende a total incompatibilidade na pretensão de adoção por irmãos, com o instituto da adoção, “pois o adotado na hipótese de irmão confundiria a relação de parentesco tão próximo (irmão e filho, ao mesmo tempo)”.[28]

8.8. CONSENTIMENTO DOS PAIS, DO REPRESENTANTE E DO ADOTANDO

Estabelece o artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente depender a adoção do consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância do adotando, se ele contar mais de doze anos, conforme estabelece o § 2º do mesmo dispositivo, só sendo

dispensado, pelo § 1º, o consentimento em relação à criança ou adolescente, cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar.

O consentimento dos pais é requisito fundamental da adoção, salvo tenham sido judicialmente destituídos do poder familiar, porque não há como pretender adotar quem mantém intocáveis seus vínculos parentais, à exceção da hipótese prevista no § 1º do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando admite a adoção por cônjuge ou companheiro do filho do outro, ou seja, quando o adotante é cônjuge ou companheiro do genitor do adotando, como também permite o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça o reconhecimento voluntário em cartório (Registro Civil das Pessoas Naturais) da paternidade ou maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade (art. 10), desde que observados os termos do Provimento 83/2019 do Conselho Nacional de Justiça, dando nova redação aos artigos 10 e 14 do Provimento CNJ 63/2017, exigindo paternidade e maternidade socioafetiva estável e socialmente exteriorizada atestada pelo registrador e aplicável somente para pessoas acima de 12 anos, sendo somente permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado materno ou paterno, pois que para a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá ser judicial.

Na hipótese de adoção dos maiores de dezoito anos fica dispensado o consentimento dos pais, pelo fato de os filhos não mais se encontrarem sob o poder familiar, e para os maiores de 12 anos de idade a lei exige a concordância do adotando.

Subsistem, portanto, duas manifestações de consentimento para a concretização da adoção, uma respeitante à concordância dos pais ou representantes do infante, e, se este já conta com doze anos de idade ou mais, também é necessária a anuência do adotando ao vínculo de adoção, só sendo dispensado o consentimento na hipótese do § 1º do artigo 45 do Estatuto da

Criança e do Adolescente, em sendo desconhecidos os pais ou se eles foram destituídos do poder familiar.

Mesmo sendo desconhecidos ou destituídos os pais do poder familiar, sempre será preciso colher a manifestação de vontade do menor com doze anos de idade ou mais, e em qualquer hipótese a adoção só será admitida se resultar em efetivo benefício para o adotando (ECA, art. 43). A contrário senso, seria impensável pudesse o decisor negar a adoção diante do não consentimento do tutor, considerando ser escopo do instituto da filiação a aplicação intransigente do princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente, inclusive em sede de adoção.

8.9. ADOÇÃO DO FILHO DO OUTRO POR UM DOS CÔNJUGES OU COMPANHEIROS

O § 1º do artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, prevê a adoção pelo cônjuge ou companheiro do filho do outro parceiro, cuja entidade familiar pode ou não decorrer do casamento civil ou de fato, cuidando o dispositivo sob comento, da adoção singular, e reconhecendo Silmara Juny Chinelato29 três hipóteses de sua ocorrência, sem prejuízo da opção do reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva diretamente nos ofícios de registro civil das pessoas naturais para pessoas maiores de 12 anos (art. 10 do Provimento CNJ 63/2017 com a redação do Provimento CNJ 83/2019):

a) A primeira delas quando no assento de nascimento só consta o nome da mãe ou do pai biológico ou adotivo, podendo o cônjuge, ou, ainda, o companheiro ou companheira do ascendente, cujo nome figura no registro de nascimento, requerer a adoção, a qual dependerá exclusivamente da concordância deste genitor cujo patronímico já consta do registro e, logicamente, se o adotando contar com idade igual

ou superior a doze anos, também do seu consentimento pessoal (ECA, art. 45, § 2º), além de ser comprovada a relevância da adoção para o adotando (ECA, art. 43).

b) A segunda hipótese é a do registro de ambos os pais, ficando o deferimento da adoção condicionado à perda do poder familiar pelo outro ascendente, conforme previsto pelos artigos 22 e 24 da Lei 8.069/1990 e pelos artigos 1.634, 1.635, inciso V, e 1.638 do Código Civil, sempre sendo considerados os superiores interesses do adotando.

c) Por fim, a terceira hipótese prevê a morte do ascendente, regulada pelo inciso I do artigo 1.635 do Código Civil, como causa de extinção do poder familiar, sendo suficiente neste caso, para efeitos de adoção unilateral pelo novo cônjuge ou companheiro, o consentimento do genitor supérstite, não sendo olvidados os demais pressupostos intrínsecos, como o da concordância do infante com doze anos de idade ou mais e a constatação de o ato de adoção atender aos interesses superiores do adotando.

8.10. ADOÇÃO POR TUTOR OU CURADOR

A adoção pode ser realizada pelo tutor, no caso de menores, ou pelo curador, quando se trate de maiores incapazes ou de nascituro; contudo, prescreve o artigo 44 do Estatuto da Criança e do Adolescente só ser admitida a adoção depois de prestadas e aprovadas as contas de sua administração como tutor do pupilo ou como curador do curatelado.

A necessidade de o tutor ou o curador renderem as contas de seu tutelado ou curatelado na adoção reside na circunstância da formação do vínculo de parentesco, e esse vínculo, por sua vez, faz irradiar o exercício do poder familiar, tendo em vista a adoção atribuir a condição de filho

(ECA, art. 41), com a consequente dispensa da prestação de contas por serem os pais usufrutuários dos bens dos filhos (CC, art. 1.689, inc. I). Como os pais têm a administração e o usufruto dos bens dos filhos menores (CC, art. 1.689), ficando dispensados de prestarem contas dos bens e créditos de seus filhos, cujo privilégio restaria estendido à relação de filiação surgida do eventual deferimento da adoção do tutelado por seu tutor, e esse fato permitiria, por seu turno, perpetuar ocasional fraude material surgida durante o exercício da tutela ou da curatela, passível de ser dissimulada pela adoção, se não fosse exigida a prévia rendição de contas do tutor e do curador transmudando em pai adotivo e alcançando a condição de parente.

8.11. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*

Adoção *intuitu personae* é aquela em que os pais dão consentimento para a adoção em relação a determinada pessoa, identificada como pessoa certa ou para um casal específico, estando presentes os demais pressupostos para a adoção.

Portanto, os pais biológicos intervêm nessa modalidade de adoção, concorrendo para a escolha da família adotante, porque essa aproximação entre os pais biológicos e os adotantes já vinha sucedendo, provavelmente, durante todo o período da gestação, ou porque mantinham vínculos de amizade e confiança com os adotantes indicados.

O magistrado não fica vinculado à indicação desses pais adotivos, dependendo dos estudos sociais a serem empreendidos para verificação da existência de condições por parte dos candidatos que não integraram o cadastro das crianças e adolescentes passíveis de adoção e o cadastro das pessoas que desejam adotar, mantidos em cada Comarca e Juízo da Vara da Infância (ECA, art. 50),[30] além dos cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção (ECA, art. 50, § 5º).

Entretanto, há uma cega obediência ao cumprimento da lista de preferência do cadastro de candidatos à adoção mantido pela autoridade judiciária em cada Comarca ou foro regional (ECA, art. 50), a ponto de existirem pessoas que, em silêncio e sorrateiramente, à margem da legislação mantêm sob sua guarda de fato recém-nascidos que lhes foram confiados por gestantes que não desejaram criar os filhos a que deram à luz, para deixar que o tempo os vincule por uma relação intransponível de socioafetividade. O exacerbado rigor da lei brasileira em seguir à risca uma lista de pessoas inscritas previamente como candidatas à adoção, em completo e inexplicável detrimento de escolhas conscientes realizadas por gestantes que entregam seus filhos a pais que conhecem e nos quais confiam que o filho enjeitado terá o carinho, os cuidados, o afeto, a proteção e as oportunidades materiais que a mãe biológica não teve, não pode ou não quis dar ao filho por ela gestado. Este rigor na ordem de chamada das pessoas inscritas das pessoas interessadas em adotar cede lugar e assegura prioridade a que estiver interessado em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos (ECA, art. 50, § 15, acrescido pela Lei 13.509/2017).

São frequentes as ocorrências de *adoções à brasileira*, ou de simples acolhimento de uma criança entregue a casal que não integra o cadastro de candidatos à adoção, ou que dele constam distanciados da ordem de eleição.

A Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010/2009) passou a permitir o deferimento da adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil, não cadastrado previamente, quando oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e de afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé, ou qualquer uma das situações previstas nos artigos 237 e 238 do ECA (conforme ECA, art. 50, § 13, inc. I). Contudo, a dispensa excepcional do prévio cadastramento

na *fila de adoção*, não exonera da comprovação de que o candidato preenche todos os requisitos subjetivos e objetivos necessários à adoção, e que não está presente nenhum impedimento ao deferimento da medida (ECA, art. 50, § 14).

Por sua vez, o § 2º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente já previa a guarda excepcional, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável. Dessa forma, terceiros eventualmente poderiam deter a guarda de infante, diante das peculiaridades do caso em concreto, em que, evidentemente, presentes os vínculos prévios de afinidade e afetividade, assim como terceiros, pessoas físicas ou jurídicas podem participar de programa de *apadrinhamento* (ECA, art. 19-B).

8.12. ADOÇÃO POR DIVORCIADOS

O § 4º do artigo 42 do ECA disciplina a adoção por pessoas divorciadas. Casais ou conviventes com filhos biológicos não são impedidos de se divorciarem, ou dissolverem mesmo que apenas de fato a sua sociedade afetiva diante da existência de prole, como se fosse um natural obstáculo ao processo de divórcio, tanto que esses pares afetivos simplesmente estabelecem o regime de guarda e de visitação dos filhos, e essa é a mesma exigência para os casais divorciandos concluírem seu processo de adoção conjunta, mesmo já divorciados, apenas aportando acordo sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal (ECA, art. 42, § 4º), pois nessa fase se principia o contato com o adotado e o término do processo de adoção não frustra as expectativas da criança ou do adolescente em relação à sua colocação em família substituta, mas desde que também seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e de afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a

excepcionalidade da concessão, pois se o adotando não tem nenhuma afinidade e qualquer relação afetiva com o divorciado que não exercerá a guarda física da criança, não faz sentido deferir uma adoção bilateral de um casal divorciado e que deixou de representar uma unidade familiar. O § 5º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente assegura a guarda compartilhada, nos termos dos artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, não se escusando os divorciados de demonstrarem que ela trará efetivo benefício ao adotando, o que, evidentemente, reclama a existência de uma saudável comunicação entre o par divorciado, para que troquem informações pertinentes aos filhos por ambos adotados.

8.13. ADOÇÃO PÓSTUMA

A adoção *post mortem* é concedida após a morte do adotante, desde que ele tenha manifestado, inequivocamente,[31] a sua vontade de adotar. A adoção póstuma está prevista no § 6º do artigo 42 da Lei 8.069/1990, condicionada à preexistência de um processo de adoção que deveria estar em curso quando do óbito do adotante, ou que reste inequivocadamente demonstrado que o falecido tencionava adotar o infante. É medida destinada a beneficiar o adotando, notadamente quando se trata de criança ou de adolescente, e impedir pudesse a superveniência do falecimento do adotante frustrar a adoção pela morte prematura deste no curso do processo, quando normalmente já são estabelecidos laços de afetividade e não remanesciam dúvidas quanto ao desejo do adotante em estabelecer ligamentos de adoção só interrompidos em razão de seu decesso, podendo, evidentemente, ser encontrada a prova da efetiva intenção de adotar na pesquisa dos mesmos elementos relacionados à filiação socioafetiva, independentemente de haver iniciado o processo de adoção antes da morte do adotante, porquanto, por vezes, comparecendo ao Juízo da Infância e da Juventude para tomar a guarda judicial de um menor, firmando *termo de compromisso de guarda e*

responsabilidade justamente como ponto de partida do processo de adoção que não se efetivou pela prematura morte do adotante.[32]

A adoção *post mortem* é efetivada como uma exceção à regra, cujos efeitos da sentença retroagem ao momento da morte do adotante, e destarte assegura todos os vínculos originados da adoção, inclusive com relação ao direito sucessório do adotando. Usualmente os efeitos da adoção só se operam depois do trânsito em julgado da sentença constitutiva da adoção, mas, por exceção, como visto, na hipótese de falecimento do adotante no curso do processo de adoção, a sentença terá efeito *ex tunc*, retroativo à data do óbito, e não à data da sentença.

A finalidade da adoção póstuma atende, portanto, ao princípio supremo dos melhores interesses da criança e do adolescente, porque ameniza a fatalidade que seria dupla, no caso de morte do adotante, se também fosse cancelada a adoção.

8.14. ADOÇÃO POR ESTRANGEIRO

A adoção internacional tem assento constitucional, e será assistida pelo Poder Público na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por estrangeiro (CF, art. 227, § 5º). A adoção por estrangeiro é tratada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), por meio dos artigos 46, § 3º, 3º-A, 5º, 50, §§ 6º e 10, 51 e 52, observados os procedimentos previstos nos artigos 165 a 170 do ECA, com as alterações introduzidas pela Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, Lei 13.059, de 22 de novembro de 2017, e também pela Convenção de Haia, no referente à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção, aprovada em 29 de maio de 1993 (Decreto Legislativo 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgado pelo Decreto 3.087, de 21 de junho de 1999).

A esses diplomas se reporta o artigo 51, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos textos de lei preexistentes aludem à adoção

internacional[33] e que foram justamente ratificados pelo Brasil, por meio do Decreto 3.087/1999.

A adoção internacional não conta com a unânime aprovação da comunidade jurídica, havendo aqueles que a condenam pelas mais diferentes razões, muitas vezes ligadas ao envio de crianças ou adolescentes para o exterior para a exploração da prostituição infantojuvenil; para serem utilizados em trabalhos forçados e em produções pornográficas.[34] Tampouco escapa a ideia do tráfico ilegal de menores pelo largo expediente de registrar como próprio filho de outrem, com a criminosa falsidade ideológica, popularizada como "adoção à brasileira", sem esquecer das denúncias sobre a comercialização de órgãos, todas essas circunstâncias relacionadas com a má resolução das chagas sociais brasileiras, pois o Brasil estaria exportando um problema social a ser internamente resolvido.

Conforme artigo 31 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a colocação em família substituta estrangeira constitui medida excepcional,[35] somente admissível na modalidade de adoção, e em caráter subsidiário, pois o inciso I do § 1º do artigo 51 do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei 13.059/2017 defere a adoção internacional se a colocação em família adotiva for a solução adequada ao caso, e que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil com perfil compatível com a criança ou adolescente, após consulta dos cadastros indicados no artigo 50, §§ 5º e 6º, do ECA (art. 51, § 1º, II), sendo direito do adotando permanecer em seu país, em suas raízes.

Só depois de esgotadas todas as possibilidades de manutenção dos vínculos parentais do infante com seus pais biológicos, ou de experimentadas todas as tentativas de colocação em família residente no Brasil, cogita a legislação da adoção por estrangeiros.

Na adoção transnacional os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros (ECA, art. 51, § 2º). Os requisitos de adoção transnacional são em maior número em comparação aos pressupostos da adoção nacional. Os candidatos à adoção internacional devem atender às compatibilidades de natureza econômica, moral, comportamental, social, ética do artigo 29, vencidos todos os pressupostos e observadas todas as exigências dos artigos 46, § 3º; 3º-A, 5º, 50, §§ 6º e 10; 51, 52 e ainda, os artigos 52-A a 52-D, que tratam dos requisitos obrigatórios para a adoção internacional, todos da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

Assim, os estrangeiros candidatos à adoção ou brasileiros residentes no exterior habilitados à adoção devem formular pedido à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, ou seja, onde mantém sua residência habitual (ECA, art. 52, inc. I).

Em conformidade com o § 3º do artigo 46 do ECA, em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e no máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. O estágio de convivência respeita a um período pelo qual a posse da criança ou o adolescente a ser adotado é mantida com o pretendente à adoção ou com o casal candidato à adoção para efeitos de adaptação. Na prática, o adotando fica sob a responsabilidade do adotante, em uma custódia precária, monitorado por uma equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, encarregada de apresentar um laudo fundamentado acerca da conveniência do deferimento da medida (ECA, art. 46, §§ 3º e 4º).

8.15. ADOÇÃO DE NASCITURO

O artigo 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente excluiu a adoção do nascituro em seu texto, ao consignar que "a adoção depende do consentimento dos pais ou do consentimento legal do adotando", não podendo o nascituro ser considerado pessoa, porque a personalidade civil do homem só começa com o nascimento com vida (CC, art. 2º), porque não há como adotar uma criatura que ainda não nasceu,[36] e que não se sabe se irá nascer com vida, com qual aspecto e se com saúde.

Conforme Maria Regina Fay de Azambuja,[37] a adoção do nascituro não encontra suporte na Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, e adotada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 63, de 19 de abril de 1995, referente à adoção internacional, ao mencionar em seu artigo 4º, *c*, n. 4, a necessidade de "as autoridades competentes do estado de origem assegurarem-se de que *o consentimento da mãe, quando exigido, tenha sido manifestado após o nascimento da criança*".

Sérgio Gischkow Pereira é favorável à adoção do nascituro, pois, se o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil se omitem, deve ser feita uma interpretação sistemática do Direito de Família, inclusive considerando que: "1º) o nascituro pode receber doação: artigo 542; 2º) o nascituro pode ser reconhecido: artigo 1.609, parágrafo único; 3º) o nascituro pode receber herança: artigo 1.798; 4º) o nascituro pode ajuizar ação de investigação de paternidade e de alimentos: *RJTJRS*, 104/418 e *Revista de Direito Civil*, 68/181; 5º) a primeira parte do artigo 2º do Código Civil não pode ser tomada isoladamente, com desconsideração da segunda parte; de que adiantaria pôr a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, se, não se permitindo a adoção, pudesse se frustrar o pagamento de alimentos para o mesmo, salvando sua vida, ou, pelo menos, evitando que nascesse com retardamento mental, em face da desnutrição?; 6º) não é razoável que a dignidade humana não atinja os nascituros, como se não fossem seres humanos".[38] Para reforçar a tese de reconhecimento dos direitos do nascituro sobreveio a Lei 11.804, de 5 de maio de 2008, com o

estabelecimento dos *alimentos gravídicos*, que doutrina e jurisprudência já admitiam, reconhecendo o direito de alimentos ao nascituro, embora determine ser da mãe a titularidade da ação, e não do nascituro, a lei guarda o mérito de reconhecer a necessidade de assistência de quem, estando por nascer, não pode esperar nascer com vida para ser credor de alimentos, apenas porque durante sua gestação não teria personalidade, que estaria condicionada a nascer com vida para pertencer ao mundo. Tampouco foi diferente a orientação de proteção à gestante, ordenada pelos artigos 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao destacar ser a criança e o adolescente credores de proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, sendo assegurado, igualmente, por meio do SUS, o atendimento pré e perinatal.

A personalidade civil é a qualidade legalmente protegida da pessoa, natural ou jurídica, a fim de que lhe sejam atribuídos direitos e obrigações.[39] Personalidade e capacidade devem ser separadas uma da outra, e embora o nascimento tenha fundamental importância jurídica, o nascituro não deixa de existir como pessoa e nem deixa de ser relevante para o Direito antes de nascer,[40] porque a lei atribui personalidade ao nascituro, tal qual todo ser humano goza de personalidade própria, única, exclusiva, apesar de para o nascituro, só a partir do nascimento com vida se estabelecer sua capacidade de exercício de direitos.

Desde que o óvulo é fecundado pelo espermatozoide está determinada a individualidade genética de um novo ser, detentor de um código genético único e distinto dos demais,[41] sendo a pessoa pré-nascida titular dos direitos de personalidade de maior relevância, como o direito de viver; o direito à identidade pessoal e genética; o direito à integridade genética e física, assim como tem direito de nascer e de não ser vítima de manipulação ou perturbação genética.[42]

A maior demonstração disso está na possibilidade de o nascituro ser titular de direitos subjetivos antes do seu nascimento, como no caso de doação ou de sucessão, o que significa considerar a existência de uma personalidade jurídica desde a concepção e que só será desconsiderada se não nascer com vida. O pré--nascido tem personalidade jurídica desde a concepção e essa só se extingue com a morte, sendo retroativamente desconsiderada sua personalidade se morrer antes de nascer.

A existência da personalidade jurídica deve ser compreendida ao concepturo, chamado de nascituro, porque presente no ventre de uma mulher, que pode ser sua genitora ou outra mulher, ou apenas como embrião de laboratório em estágio de desenvolvimento em proveta.

Mesmo o embrião desenvolvido em laboratório é considerado indivíduo em formação da espécie humana e possui todos os atributos da existência humana, sendo merecedor dos bens jurídicos fundamentais, como o direito à vida, à integridade corporal e à dignidade humana.[43] Portanto, todo ser humano concebido é detentor de personalidade e, assim, sujeito de direitos, cuja capacidade de exercício está condicionada ao seu nascimento com vida, mas o direito protege o ser humano e o direito objetivo não pode desconsiderar os direitos do concepturo, que são postos a salvo pela lei, inclusive com certas medidas cautelares e de precaução, exatamente para a conservação dos direitos que ele pode vir a adquirir definitivamente se nascer com vida e, se é titular de expectativas de direito condicionadas ao seu nascimento com vida, também sua adoção pode restar condicionada ao seu nascimento com vida.

8.16. ADOÇÃO À BRASILEIRA

A *adoção à brasileira* não é instituto regulado pelo Direito brasileiro, sendo fruto da prática axiológica, com respaldo doutrinário e jurisprudencial, decorrente da paternidade ou maternidade socioafetiva,

criada pelas pessoas que se declaram perante o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais como genitor ou genitora de filho biológico de outrem.

São as perfilhações de complacência, adotadas com frequência e suportadas por uma espécie de tradição popular de respeito ao afeto como valor jurídico na construção de um vínculo social de filiação. Não há, realmente, como distinguir um ato de adoção jurídica da denominada *adoção à brasileira*, consistente no registro direto da pessoa, como se fosse filho biológico, posto que uma e outra refletem um desejo de aproximação afetiva entre duas pessoas, e neste posicionamento o filho adotivo (de fato ou de direito) em nada diverge da filiação natural.[44]

Inquestionavelmente, a burocracia pertinente aos processos de adoção tem sua alta parcela de responsabilidade na corriqueira prática dos falsos registros de filiação, feitos de forma direta, como se a relação fosse efetivamente biológica, mas que encobrem uma relação meramente registral. Posteriormente, quando os tribunais são confrontados para se pronunciarem sobre essas *adoções à brasileira*, por arrependimento do adotante, que finalizou sua relação sentimental com a mãe do filho que ele registrou, ou por interesses hereditários do adotado, ao renegar sua filiação de afeto em busca de uma filiação biológica do ascendente falecido, invariavelmente os pretórios têm convalidado os liames civis sustentados na afetividade dessa relação,[45] e negando a revogação da perfilhação socioafetiva e registral (CC, art. 1.604), tal qual é irreversível a própria adoção (ECA, art. 39, § 1º), não obstante seja direito do adotado conhecer sua origem biológica e se quiser, obter informações a partir do acesso ao seu processo de adoção (ECA, art. 48), mesmo que não tenha atingido os 18 anos de idade (ECA, art. 48, parágrafo único).

O direito ao conhecimento da origem genética do adotado respeita ao direito constitucional da dignidade humana da pessoa, sem qualquer outro efeito jurídico sobre as relações de parentesco, mas apenas uma investigatória de filiação que atente ao direito da personalidade de qualquer

pessoa que queira conhecer sua ascendência biológica, tendo, no entanto, repercussão no campo dos impedimentos matrimoniais que permanecem em relação à família natural após a adoção,[46] sendo que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento parcial do Recurso Extraordinário (RE) 898.060 anunciou a tese de a paternidade socioafetiva não impedir o reconhecimento concomitante da parentalidade biológica.

8.17. ADOÇÃO DE EMBRIÕES

Entre a opção de destruição dos embriões excedentes ou a sua disposição para investigações científicas, a doação desses embriões sobrantes acarreta o menor número de problemas éticos quando realizados em favor de uma mulher ou de um casal estéril, justamente por salvaguardar a vida humana do embrião, devendo a doação ocorrer em caráter gratuito, formal, secreto e irrevogável, à exceção da hipótese de uma infertilidade superveniente dos doadores, quando eles próprios necessitarem a devolução dos embriões doados, sendo nesse caso admitida a revogação da doação.[47]

A Constituição Federal proíbe a comercialização de órgãos, tecidos ou substâncias humanas (art. 199, § 4º). Sérgio Abdalla Semião[48] diz ser sempre presumida a doação e quem não quiser doar órgãos humanos deverá declarar expressamente não ser doador. O Direito brasileiro não proíbe a doação de embriões para a finalidade de procriação humana assistida, cuja prática proporciona uma oportunidade aos pais impedidos de ter filhos naturais, podendo ser beneficiados pela doação do embrião criopreservado.

Em decorrência da Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), a princípio, todo e qualquer embrião pode ser encaminhado para adoção, escrevendo Alexandre Lescura do Nascimento possam os genitores que não queiram promover o nascimento de seus embriões, não os desejando como efetivos filhos, eles têm a opção da *adoção embrionária*.[49] Haveria delito na hipótese de venda de embriões, não sendo aceito o caráter oneroso, lucrativo

ou comercial da doação, embora observe Miguel Ángel Soto Lamadrid a possibilidade de reembolso das despesas efetuadas pelo doador, com o ressarcimento do tempo e dos inconvenientes por ele sofridos, como devem ser compensados gastos causados pela perda de ingressos financeiros com a paralisação das atividades profissionais do doador; e, embora tais ressarcimentos pudessem encobrir uma comercialização disfarçada dos embriões, não há como ser exigido do doador o sacrifício de suportar os custos e prejuízos profissionais, porque há limites na solidariedade humana, e o ato de doação dos embriões não chega a esse extremo.[50]

Segundo Miguel Ángel Soto Lamadrid, a doação de embriões excedentes deve ser comparada ao instituto da adoção, e identificada com a tendência legítima de as pessoas terem filhos, diante da ausência concreta de danos, porque no gesto de acolher os embriões doados, que ao contrário seriam descartados ou disponibilizados para experiências científicas, estão as expectativas de amor e de proteção para este novo ser, desejado por casais estéreis, e embora existam crianças salvas do aborto, muitas delas não foram salvas do abandono afetivo.[51]

Na Espanha, a Lei 35, de 22 de novembro de 1988, que trata das técnicas de reprodução assistida, autoriza a doação de embrião para casais unidos de direito ou de fato, iniciando-se os vínculos de filiação com a mãe a partir da gestação, para, posteriormente, ser estendidos ao marido diante da presunção da paternidade oriunda do matrimônio, ou do voluntário reconhecimento, assim como a legislação espanhola admite, embora com menor frequência no mundo dos fatos, possa também ser receptora da doação de embriões uma mulher sem relação conjugal ou de fato.[52]

Inegavelmente, uma vez facilitada a doação de embriões para adoção por outros casais, seria uma relevante solução para reduzir os problemas éticos e sociais provenientes da acumulação de embriões congelados,[53] cuja prática encontra respaldo na Resolução do Conselho Federal de Medicina 2.294/2021, em seu item IV, que trata da doação de gametas ou embriões.

8.18. A ADOÇÃO POR HOMOAFETIVOS

Ainda que o sistema legal brasileiro não imponha qualquer proibição de adoção por pessoa solteira que se declare homossexual,[54] o § 2º do artigo 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente infligia claros entraves à adoção por casais homoafetivos, porquanto condicionava a adoção conjunta à existência de casamento ou de união estável e toda a legislação vigente, até o advento do célebre pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132 e na ADI 4.277 conduzia ao entendimento de só reconhecer o casamento e a união estável entre pessoas de sexos distintos. A decisão do STF reconheceu como entidade familiar com igualdade de direitos a união homoafetiva, quando presentes os requisitos legais do artigo 1.723 do Código Civil, e, como toda união estável pode ser convertida em casamento, nada impede que casais homoafetivos possam civilmente casar, regulamentado o matrimônio homoafetivo pela Resolução 175, de 14 de maio de 2013, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Tais obstáculos eram motivados por evidente discriminação social à orientação sexual dos homossexuais, sob o argumento de a referência familiar originar de casais heterossexuais, e, portanto, a adoção por casais homoafetivos, de infantes em desenvolvimento psíquico, intelectual e emocional retiraria dos adotandos a natural identidade de comportamento, só podendo ser reconhecidas as figuras ascendentes de paternidade e maternidade, e não a possibilidade de duas paternidades ou de duas maternidades, como se critérios como aptidão para amar, educar e desenvolver uma vida familiar econômica e afetivamente estável não fossem valores que se sobrepussessem sobre qualquer forma de discriminação. Isso sem considerar que a Resolução 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia veda qualquer forma de discriminação dos psicólogos com relação aos homossexuais e aduz que a homossexualidade não configura doença, desvio ou distorção.[55]

Não obstante as dificuldades impostas, reiterados pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência vinham se manifestando em prol da adoção por casais homoafetivos, observando ser foco da adoção o princípio dos melhores interesses da criança e do adolescente, ao qual se associa o da igualdade das pessoas, devendo ser afastado qualquer viés de discriminação sobre a orientação sexual do adotante, porque as relações entre marido e mulher ou entre conviventes de sexos opostos não são as únicas formas de organização familiar, como terminou consagrando o STF.

As uniões homoafetivas são uma realidade social e cuja existência jurídica já vinha sendo admitida pela jurisprudência e doutrina, em suas expressões máximas perante o STJ e o STF, e sua regulamentação em países tão próximos ou mais distantes, terminam mostrando quão preconceituoso se mostra etiquetar como fator de risco uma família composta por um casal homoafetivo.[56] No Brasil, o Provimento 63, de 14 de novembro de 2017, da Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ, estabelece que, nas hipóteses de filhos de casais homoafetivos, o assento do nascimento deverá ser adequado para que constem os nomes dos ascendentes, sem haver qualquer distinção quanto à ascendência paterna ou materna (art. 16, § 2º), permitindo que tenha o filho, no caso do Provimento 63/2017, oriundo seu nascimento de reprodução assistida, uma dupla maternidade ou paternidade, dependendo se trata de um casal de mulheres ou de homens, valendo, evidentemente, a mesma regra para a adoção por casais homoafetivos.

Para Maria Berenice Dias não há como excluir o direito à adoção pela preferência sexual do adotante sem infringir o sagrado cânone do respeito à dignidade humana, vedando qualquer forma de desigualdade e discriminação, e que, antes de pretender imitar a natureza, o instituto da adoção é uma ficção jurídica, tão distanciada da verdade como o são todas aquelas situações corriqueiras de filhos criados sem o registro paterno, divergindo do modelo ideal de filiação,[57] ou seja, dificuldades também podem ser encontradas em filhos criados por entidades monoparentais e nem

por isso a criança educada com a presença de um único genitor tem problemas psicológicos no desenvolvimento de sua identidade sexual, e tampouco a sociedade discrimina essa prole ou deixa de reconhecer nesse arranjo natural uma efetiva entidade familiar (CF, art. 226, § 4º).

Sabidamente a prole não mais deriva unicamente da relação sexual, sendo possível procriar em laboratório, com o uso de modernas tecnologias reprodutivas dispensando o ato sexual, não sendo ignorado que mulheres lésbicas se valem da inseminação artificial para ter filhos de doadores anônimos e que homossexuais fazem uso de úteros alugados para sua realização paterno-filial, sendo que a própria Resolução CFM 2.294/2021 permite o uso de técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos e transgêneros (item II, n. 2). A filiação não é apenas exercida por vínculos de sangue e tampouco é a principal, pois antes dos laços sanguíneos deve se fazer presente o envolvimento afetivo e o desejo nato de querer ser pai ou mãe, no exercício cotidiano da função parental, e esta independe do vínculo genético, mas somente da sincera e desejada construção de alianças afetivas, como independe da opção sexual de quem adota.

A jurisprudência brasileira já vinha paulatinamente acolhendo a adoção por casais homoafetivos,[58] tanto que o Superior Tribunal de Justiça, por sua Quarta Turma, sendo Relator do REsp 889.852/RS, o Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27 de abril de 2010, reconheceu a legalidade da adoção de crianças por um casal homoafetivo,[59] sendo prioridade absoluta da criança e do adolescente o direito à convivência familiar e não à origem genética, porquanto a filiação é prevalentemente afetiva e não biológica, revelando-se hipócrita a proibição de adoção pelo par homoafetivo, embora não haja nenhuma vedação pela adoção por uma única pessoa homoafetiva,[60] onde termina perdendo a criança que é adotada apenas em nome de um dos integrantes do par homoafetivo, embora no cotidiano real acabe convivendo com os dois, mas destituído das garantias legais.

Em julgamento da Terceira Turma do STJ, no REsp 1.281.093-SP, da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, datado de 18 de dezembro de 2012, disse a julgadora que a plena equiparação das uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF, trouxe como resultado a ampliação do leque de possibilidades de adoção, tornando legalmente viável a adoção por casal homoafetivo,[61] e na esteira dessa orientação resultou o Provimento 63/2017, da Corregedoria Nacional de Justiça, dispondo sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, inclusive por casais homoafetivos, com analógica aplicação para as adoções por esses pares.

8.19. EFEITOS PESSOAIS DA ADOÇÃO

A adoção provoca efeitos pessoais com reflexos nas relações de parentesco constituídas entre o adotado e o adotante, ao se criar uma relação de poder familiar no caso de adotado infante ou incapaz, e a geração de direitos e deveres próprios da condição parental de ascendente e filho.

A adoção rompe os vínculos parentais com a família natural, à exceção dos impedimentos para o casamento (ECA, art. 41) e se estabelece nova relação de parentesco entre o adotante e os descendentes do adotado, seus filhos e netos, que passam também a ser parentes do adotante, muito embora os pais e demais ascendentes do adotado não se tornem parentes do adotante, assim como os irmãos biológicos do adotado deixam de ser seus parentes, embora mantida a vedação do incesto.

E, por fim, os ascendentes do adotante se tornam parentes do adotado, como de igual os colaterais do adotante se tornam parentes do adotado, a exemplo do irmão do adotante que se torna tio do adotado e o pai do adotante que se torna avô do adotado.[62]

Não obstante a adoção cancele todos os vínculos de parentesco com a família de origem do adotado, mantém os impedimentos matrimoniais do

artigo 1.521, incisos I, III e V, do Código Civil, por razões eugênicas de proteção da prole e de ordem moral, considerando o consenso universal de aversão às ligações incestuosas.

Trata-se de impedimento absoluto e imprescritível, porque jamais se extinguem e vigem para toda a vida, podendo ser alegados a qualquer tempo e por qualquer interessado, inclusive pelo Ministério Público, importando na nulidade do casamento contraído com infração aos impedimentos absolutos, ocorrendo uma ampliação das proibições de incesto na adoção com o acréscimo dos familiares do adotante ao rol de parentesco do adotado, o qual conserva os impedimentos com os seus antigos parentes biológicos.

8.19.1 Nome

Com a adoção o adotado assume o nome do adotante, como prescreve o artigo 47, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, podendo determinar a modificação de seu prenome, se for infante, a pedido do adotante ou do adotado.

O nome de família do adotado é alterado, ocorrendo uma ruptura com o seu passado, cujo prenome também pode ser alterado mediante pedido expresso, firmado por ele ou pelo adotante, devendo o juiz decidir acerca dessa possibilidade, de modo a não perder por completo parte de sua identidade,[63] e no caso de a modificação do prenome ser requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 do ECA e que respeita a ouvir o infante se já contar com doze anos completos (ECA, art. 47, § 6º).

Por outro lado, como a adoção realmente busca imitar a natureza, quando o infante adotado ainda é pequeno, de tenra idade e, por isso, ainda não tem qualquer compreensão da vida, e sequer domínio da fala, nada de mais grave se apresenta com a possibilidade de alteração do prenome da criança adotada, especialmente porque oportuniza ao adotante, e,

sobremodo, se for um casal adotando em conjunto, dar ao filho o nome idealizado para a sua prole natural.

8.19.2 A adoção e o poder familiar

A adoção gera o vínculo definitivo de parentesco entre o adotante e o adotado, sendo designado como *parentesco civil*, em contraponto ao parentesco consanguíneo, e nisto terminam as diferenças, não havendo qualquer discriminação entre uma e outra filiação (CF, art. 227, § 6º).

De acordo com o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção atribui a situação de filho ao adotado e o desliga de todos os vínculos com os pais e parentes consanguíneos, à exceção dos impedimentos para o casamento.

Transitada em julgada a sentença de adoção, sua inscrição é procedida por mandado judicial no registro de nascimento, sendo consignados os nomes dos adotantes como pais, sem qualquer referência à origem da adoção e bem assim os nomes dos avós, pais dos adotantes, cancelando o registro original do adotado, e vedada qualquer referência acerca da origem da adoção, para que fique no esquecimento a ascendência biológica, porque a adoção faz desaparecer os vínculos do adotado para com os seus parentes naturais e assim também deveria ser na *adoção à brasileira*, em qualquer direção, seja do ponto de vista do adotante como do adotado, não podendo nenhum deles romper os vínculos de filiação nascidos do registro e da socioafetividade.

O artigo 1.635, inciso IV, do Código Civil reforça os laços perenes da adoção, ao ordenar a extinção do poder familiar pelo ato de adoção, isso porque transcorre uma sucessão legal dos vínculos de sangue para os liames estabelecidos com a adoção, formando um inquebrantável elo paterno-filial entre adotante e adotado, e sendo ordenados com a adoção os mesmos direitos e as mesmas obrigações presentes na filiação natural.

Os efeitos pessoais e patrimoniais da adoção surgem somente com o trânsito em julgado da sentença, exceto no caso da adoção *post mortem*, de efeito retroativo à data do óbito, como obtempera o artigo 47, § 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A adoção constitui relação de parentesco com o adotante, este se torna pai ou mãe do adotado, e se integram todos os direitos e deveres inerentes ao estado de filiação, incluso os vínculos do poder familiar em se tratando de adoção de infante.

Também os filhos do adotado serão parentes do adotante, seus netos, bisnetos e assim por diante, mas não serão parentes dos irmãos biológicos do adotado, pois para com estes a adoção rompeu os vínculos de parentesco, subsistindo tão somente a proibição das relações incestuosas.

Por fim, os parentes do adotante em linha reta (pais e avós etc.) e bem assim os seus parentes colaterais (irmãos e tios etc.) passam a ser parentes do adotado.

8.19.3 Efeitos patrimoniais da adoção

Os efeitos de ordem patrimonial da adoção dizem respeito ao direito aos alimentos, que é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros (CC, art. 1.696) e ao direito sucessório (CC, art. 1.829, inc. I).

8.19.3.1. Alimentos

Os alimentos também são devidos na filiação adotiva e nem poderia ser diferente, porque a prestação alimentar é consequência natural dos vínculos parentais, e o artigo 1.694 do Código Civil autoriza os parentes a pedirem uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição, enquanto o artigo 1.696 do Código Civil

prescreve ser recíproco o direito alimentar entre pais e filhos, abstraída qualquer forma de discriminação quanto à filiação.

Esse direito alimentar toma a feição de *dever* de alimentos dos pais adotantes para com os filhos adotivos, enquanto presente o *poder familiar*, e se transmuda em *obrigação* de alimentos quando os filhos, mesmo adotivos, atingem a maioridade cronológica e sua capacidade civil, e dessa forma ficam fora do *poder familiar*,[64] já tendo decidido o STJ que a adoção não libera os pais biológicos.[65]

8.19.3.2. Direito sucessório

Também no direito sucessório há efeitos de ordem patrimonial da adoção, porque o filho adotivo herda em igualdade de condições com os filhos de sangue, diante da paridade da filiação ordenada pelo artigo 227, § 6º, da Carta Política de 1988.

Não é outra a conclusão extraída de igual modo do artigo 41, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao prescrever que as relações de parentesco na adoção se estendem a todos os quadrantes de vinculação, quer na linha reta ascendente e descendente, quer na linha colateral, rompendo-se os vínculos do adotado para com os seus pais consanguíneos, sendo recíproco o direito sucessório.

Consequentemente, o filho adotivo concorre na herança como concorrem os demais filhos naturais ou adotivos do sucedido, conforme a ordem de vocação hereditária do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, tal qual o ascendente adotante herdaria na hipótese de o filho adotivo falecer em primeiro lugar.

Nenhuma exceção ou qualquer forma de discriminação pode haver entre os filhos consanguíneos e os da adoção, porque todos eles só podem ser excluídos da sucessão quando presentes as hipóteses legais de indignidade ou de deserdação, ficando evidentemente aberta a hipótese

consolidada após o Enunciado 622 do STF acerca da multiparentalidade, permitindo o reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva com registro direto no Ofício de Registro Civil das Pessoas Naturais a partir dos 12 anos de idade e prova da efetiva socioafetividade (Provimento 63/2017 do CNJ).

8.19.4 Irrevogabilidade da adoção

São plenos e irreversíveis os efeitos da adoção, como inquestionavelmente estabelece o artigo 41 do ECA, mas cuja irrevogabilidade é imprescindível para assegurar a estabilidade dos vínculos de filiação, não obstante tenha o Superior Tribunal de Justiça admitido a reversão da adoção e condenado os adotantes a repararem os danos morais causados à criança, diante do risco acentuado de insucesso da adoção, perante a notória diferença geracional de adotantes em avançada idade, gerando direito à indenização do adotando (REsp 1.698.728/MS).[66]

O parentesco com o adotante não se dissolve nem com a sua morte, como deixa claro o artigo 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A adoção desliga definitivamente o adotado de seus pais consanguíneos, sendo vedada a desconstituição da adoção, porque ela desliga o adotado da sua família de origem (ECA, art. 41), e o poder familiar se extingue com a adoção.

Tratando a adoção de imitar a natureza, não faria sentido estabelecer discriminadamente normas para fazer cessar o vínculo de adoção com a morte do adotante, como se o ascendente deixasse de ser mãe ou pai em razão de sua extinção física, voltando o adotado a ser filho de quem nunca exerceu de fato essa função parental, tanto que foi destituído do poder familiar e deu azo ao processo de adoção.

Contudo, depois do julgamento parcial do Recurso Extraordinário 898.060 pelo STF, assim não acontecerá se a adoção for *à brasileira*, pois

ela não guarda os mesmos efeitos jurídicos que regulamentam a adoção estatutária. Criou-se, ao que tudo aparenta um tratamento diferenciado, pois para a adoção socioafetiva e informal, do falso registro, o Supremo Tribunal Federal construiu outra interpretação, ao permitir a cumulação dos vínculos de parentesco, existindo, entretanto, precedente do STJ que admite a revogação da adoção diante do risco acentuado de insucesso da adoção (REsp 1.698.728/MS).

---

1 CF: “Art. 227. (...) § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros”.

2 GONçALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI, p. 329.

3 SILVA FILHO, Artur Marques da. Da adoção. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil*: homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.230.

4 CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983. p. 27.

5 COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 44.

6 SILVA FILHO, Artur Marques da. Da adoção. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil*: homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 1.233.

7 *Idem*, p. 1.235.

8 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção* – Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei n. 12.003 e Lei n. 12.004. São Paulo: RT, 2009. p. 152.

9 “Recurso especial. Ação de adoção personalíssima. Instância ordinária que extinguiu o pedido sem julgamento do mérito, por considerar inexistir parentesco entre pretensos adotantes e adotado e burla ao Cadastro Nacional de Adoção. O Tribunal *a quo* confirmou a decisão recorrida e manteve os adotantes habilitados junto ao cadastro. Menor colocado em estágio de convivência em família substituta no curso do procedimento. Insurgência dos pretendentes à adoção intrafamiliar e do casal. Terceiro prejudicado (família substituta). Cinge-se a controvérsia em aferir a possibilidade de adoção personalíssima intrafamiliar por parentes por afinidade, sem desprezar a

circunstância da convivência da criança com a família postulante à adoção. 1. A Constituição Federal de 1988 rompeu com os paradigmas clássicos de família consagrada pelo casamento e admitiu a existência e a consequente regulação jurídica de outras modalidades de núcleos familiares (monoparental, informal, afetivo), diante das garantias de liberdade, pluralidade e fraternidade que permeiam as conformações familiares, sempre com foco na dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico. 2. O conceito de 'família' adotado pelo ECA é amplo, abarcando tanto a família natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) como a extensa/ampliada (aquela constituída por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade), sendo a *affectio familiae* o alicerce jurídico imaterial que pontifica o relacionamento entre os seus membros, essa constituída pelo afeto e afinidade, que por serem elementos basilares do Direito das Famílias hodierno devem ser evocados na interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesses das crianças e adolescentes. 3. Conforme explicitamente estabelecido no artigo 19 do ECA, é direito da criança a sua criação e educação no seio familiar, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral e assegure convivência com os seus, sendo a colocação em família substituta excepcional. 4. O legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança, não promoveu qualquer limitação (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto. 5. Em razão do novo conceito de família – plural e eudemonista – não se pode, sob pena de desprestigiar todo o sistema de proteção e manutenção no seio familiar amplo preconizado pelo ECA, restringir o parentesco para aquele especificado na lei civil, a qual considera o parente até o quarto grau. Isso porque, se a própria Lei 8.069/90, lei especial e, portanto, prevalente em casos dessa jaez, estabelece no § 1º do artigo 42 que 'não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando', a única outra categoria de parente próximo supostamente considerado pelo ditame civilista capacitado legalmente à adoção a fim de que o adotando permanecesse vinculado à sua 'família' seriam os tios consanguíneos (irmãos dos pais biológicos), o que afastaria por completo a possibilidade dos tios colaterais e por afinidade (cunhados), tios-avós (tios dos pais biológicos), primos em qualquer grau, e outros tantos 'parentes' considerados membros da família ampliada, plural, extensa e, inclusive, afetiva, muitas vezes sem qualquer grau de parentalidade como são exemplos padrinhos e madrinhas, adotarem, o que seria um contrassenso, isto é, conclusão que iria na contramão de todo o sistema jurídico protetivo de salvaguarda do melhor interesse de crianças e adolescente. 6. Em hipóteses como a tratada no caso, critérios absolutamente rígidos previstos na lei não podem preponderar, notadamente quando em foco o interesse pela prevalência do bem estar, da vida com dignidade do menor, recordando-se, a esse propósito, que no caso *sub judice*, além dos

pretensos adotantes estarem devidamente habilitados junto ao Cadastro Nacional de Adoção, são parentes colaterais por afinidade do menor (...) tios da mãe biológica do infante, que é filha da irmã de sua cunhada' e não há sequer notícias, nos autos, de que membros familiares mais próximos tenham demonstrado interesse no acolhimento familiar dessa criança. 7. Ademais, nos termos da jurisprudência do STJ, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC nº 468.691/ SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, *DJe* de 11/3/2019). 8. Recurso especial provido para determinar o processamento da ação personalíssima intrafamiliar. Agravo interno manejado pelo casal terceiro (família substituta) desprovido" (STJ, REsp 1.911.099/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 29.06.2021).

10 SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2001. p. 14.

11 SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Exercício do poder paternal.* Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. p. 20-21.

12 BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente.* 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 56.

13 ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 328.

14 BITTENCOURT, Sávio. *A nova Lei de Adoção*: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 131.

15 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção* – Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei n. 12.003 e Lei n. 12.004. São Paulo: RT, 2009. p. 43-44.

16 "Recurso especial. Direito de família. Processual civil e civil. Adoção. Maior. Art. 42, § 3º, do ECA (Lei nº 8.069/1990). Idade. Diferença mínima. Flexibilização. Possibilidade. Socioafetividade. Instrução probatória. Imprescindibilidade. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. A diferença etária mínima de 16 (dezesseis) anos entre adotante e adotado é requisito legal para a adoção (art. 42, § 3º, do ECA), parâmetro legal que pode ser flexibilizado à luz do princípio da socioafetividade. 3. O reconhecimento de relação filial por meio da adoção pressupõe a maturidade emocional para a assunção do poder familiar, a ser avaliada no caso concreto. 4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.785.754/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 08.10.2019).

17 Texto proposto pelo Projeto de Lei 7.312/2002: "Art. 1.622. (...) Parágrafo único. Os divorciados, os judicialmente separados e os 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 ou da união estável".

18 HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção pelos avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*. Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 6.

19 *Idem*, p. 7.

20 ECA: "Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento".

21 HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção pelos avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*. Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 15.

22 "Adoção por avós. Adotando maior. Impossibilidade. Incidência do artigo 42, § 1º, do ECA. Não havendo, a partir do novo Código Civil, mais nenhuma possibilidade de questionar possíveis diferenças de efeitos entre a adoção de maiores e de infantes, não há margem também para dúvida acerca da aplicação da adoção de maiores da vedação do artigo 42, § 1º, do ECA, que dispõe acerca da impossibilidade de os avós adotarem os netos. Acolheram" (TJRS, Embargos Infringentes 70.005.635.594, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 11.04.2003).

"Adoção. Pedido formulado por avós. Vedação legal contida no artigo 42, § 2º, do ECA (Lei n. 8.060/1990). Ilegitimidade ativa *ad causam.* Impossibilidade. Tratando-se de pedido de adoção formulado por avós, deve-se aplicar a norma do artigo 42, § 2º, do ECA, que contém vedação expressa a respeito dessa adoção, sendo desimportante saber se tal norma foi ou não recepcionada pelo novo Código Civil, tendo em vista a especificidade da Lei n. 8.060/1990 em relação à disciplina da matéria, mesmo porque referido Código se manteve silente acerca da questão, não podendo esse silêncio ser interpretado como permissivo ao pedido. Assim, deve-se manter a sentença que indeferiu a inicial por ilegitimidade ativa dos requerentes, bem como por impossibilidade jurídica do pedido" (TJMG, Apelação Cível 1.0693.03.018261-4/001, 6ª Câmara Cível, *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese, n. 28, p. 139, fev.-mar.). "Apelação Cível. Adoção por ascendente. Avó. Expressa vedação legal. Impossibilidade jurídica do pedido. Processo extinto sem resolução de mérito. Considerando a expressa vedação contida no art. 42, § 1º, do ECA, merece mantida a decisão, inexistindo previsão que permita a adoção da neta pelos avós, cujo vínculo parental existe desde o nascimento da menor. Apelação cível desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70069758027, 7ª Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 31.08.2016).

23 "Recurso especial. Adoção de menor pleiteada pela avó paterna e seu companheiro (avô por afinidade). Mitigação da vedação prevista no § 1º do artigo 42 do ECA. Possibilidade.

1. A Constituição da República de 1988 consagrou a doutrina da proteção integral e prioritária das crianças e dos adolescentes, segundo a qual tais 'pessoas em desenvolvimento' devem receber total amparo e proteção das normas jurídicas, da doutrina, jurisprudência, enfim de todo o sistema jurídico. 2. Em cumprimento ao comando constitucional, sobreveio a Lei 8.069/90 reconhecida internacionalmente como um dos textos normativos mais avançados do mundo –, que adotou a doutrina da proteção integral e prioritária como vetor hermenêutico para aplicação de suas normas jurídicas, a qual, sabidamente, guarda relação com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que significa a opção por medidas que, concretamente, venham a preservar sua saúde mental, estrutura emocional e convívio social. 3. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente tem por escopo salvaguardar 'uma decisão judicial do maniqueismo ou do dogmatismo da regra, que traz sempre consigo a ideia do tudo ou nada' (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de direito de família e sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 588/589). 4. É certo que o § 1º do artigo 42 do ECA estabeleceu, como regra, a impossibilidade da adoção dos netos pelos avós, a fim de evitar inversões e confusões (tumulto) nas relações familiares – em decorrência da alteração dos graus de parentesco –, bem como a utilização do instituto com finalidade meramente patrimonial. 5. Nada obstante, sem descurar do relevante escopo social da norma proibitiva da chamada adoção avoenga, revela-se cabida sua mitigação excepcional quando: (i) o pretenso adotado seja menor de idade; (ii) os avós (pretensos adotantes) exerçam, com exclusividade, as funções de mãe e pai do neto desde o seu nascimento; (iii) a parentalidade socioafetiva tenha sido devidamente atestada por estudo psicossocial; (iv) o adotando reconheça os – adotantes como seus genitores e seu pai (ou sua mãe) como irmão; (v) inexista conflito familiar a respeito da adoção; (vi) não se constate perigo de confusão mental e emocional a ser gerada no adotando; (vii) não se funde a pretensão de adoção em motivos ilegítimos, a exemplo da predominância de interesses econômicos; e (viii) a adoção apresente reais vantagens para o adotando. Precedentes da Terceira Turma. 6. Na hipótese dos autos, consoante devidamente delineado pelo Tribunal de origem: (i) cuida-se de pedido de adoção de criança nascida em 17.3.2012, contando, atualmente, com sete anos de idade; (ii) a pretensão é deduzida por sua avó paterna e seu avô por afinidade (companheiro da avó há mais de trinta anos); (iii) os adotantes detém a guarda do adotando desde o seu décimo dia de vida, exercendo, com exclusividade, as funções de mãe e pai da criança; (iv) a mãe biológica padece com o vício de drogas, encontrando-se presa em razão da prática do crime de tráfico de entorpecentes, não tendo contato com o filho desde sua tenra idade; (v) há estudo psicossocial nos autos, atestando a parentalidade socioafetiva entre os adotantes e o adotando; (vi) o lar construído pelos adotantes reúne as condições necessárias ao pleno desenvolvimento do menor; (vii) o adotante reconhece os autores como seus genitores e seu pai (filho da avó/adotante) como irmão; (viii) inexiste conflito familiar a respeito da adoção, contra qual se insurge apenas o Ministério Público estadual (ora recorrente); (ix) o menor encontra-se perfeitamente adaptado à relação de filiação de

fato com seus avós; (x) a pretensão de adoção funda-se em motivo mais que legítimo, qual seja, desvincular a criança da família materna, notoriamente envolvida em criminalidade na comarca apontada, o que já resultou nos homicídios de seu irmão biológico de apenas nove anos de idade e de primos adolescentes na guerra do tráfico de entorpecentes; e (xi) a adoção apresenta reais vantagens para o adotando, que poderá se ver livre de crimes de delinquentes rivais de seus parentes maternos. 7. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.587.477/SC, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 10.03.2020).

24 "Apelação Cível. Ação de adoção. Adoção de sobrinho por tio. Possibilidade jurídica. Pais biológicos desaparecidos. Desnecessidade de consentimento dos representantes legais do infante. Idoneidade financeira e social por adotantes. 1 – É juridicamente possível a adoção do sobrinho pelo tio, haja vista não ser este considerado ascendente daquele, detendo apenas parentesco colateral. 2 – Nos termos do artigo 1.624 do Código Civil em vigor [artigo revogado pela Lei 12.010/2009] não há necessidade do consentimento do representante legal do adotando quando seus pais estão desaparecidos. 3 – Atestada a idoneidade financeira e social dos adotantes, tanto por meio do relatório expedido pelo Conselho Tutelar dos Direitos da Criança e do Adolescente quanto pela oitiva de testemunhas, é de se lhes conceder a adoção vindicada. Recurso conhecido e provido" (TJGO, Apelação Cível 2005.00.57225-3, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rogério Arédio Ferreira).

25 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 485.

26 FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O Código Civil e o novo Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 104.

27 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI, p. 148.

28 "Adoção. Proibição de irmão adotar irmão. Adotado maior. Impossibilidade. Incidência do artigo 42, § 1º, do ECA. Não havendo, a partir do novo Código Civil, mais nenhuma diferença de tratamento entre a adoção de maiores e infantes, aplica-se à adoção de maiores a vedação constante do artigo 42, § 1º, do ECA, que dispõe acerca da impossibilidade de os irmãos adotarem irmãos. Apelo desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70.011.788.858, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. 11.08.2005).

29 CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18, p. 204.

30 "Apelação Cível. Adoção. Tendo a genitora da infante entregue sua filha em adoção a um casal determinado (adoção *intuitu personae*), não se pode desconsiderar tal vontade, em razão da existência de listagem de casais cadastrados para adotar. A lista serve para organizar a ordem de preferência na adoção de crianças e adolescentes, não podendo ser mais importante que o ato de adoção em si. Desproveram. Unânime" (TJRS,

Apelação Cível 70.006.597.223, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13.08.2003). “Apelação Cível. ECA. Destituição do poder familiar e adoção. Prevalência do interesse do menor. Verificada situação de abandono em sentido amplo por ambos os genitores desde o nascimento. Impossibilidade de manter a guarda com a família extensa. Convivência com os guardiões de fato consolidada há mais de 07 (sete) anos. Estabelecimento de fortes vínculos afetivos entre o menor e os pretendentes à sua adoção. Precedentes. Sentença confirmada. Situação de fato em que o menor foi entregue aos cuidados dos autores logo após o seu nascimento por iniciativa da mãe biológica, que não apresenta condições de cumprir os deveres decorrentes do poder familiar, assim como o pai, não havendo prova nos autos de alteração positiva dessa situação no curso do processo. Inviabilidade de manutenção da guarda pela família extensa, dadas as circunstâncias que ilustram o caso concreto. O menino está inserido na família guardiã há mais de 07 (sete) anos, desenvolvendo referência parental com os demandantes que apresentam plenas condições de manter os cuidados de que ele necessita, assumindo os deveres do poder familiar, razão pela qual a adoção *intuitu personae*, excepcionalmente, deve ser consolidada. Apelo desprovido” (TJRS, Apelação Cível 70065514135, 7ª Câmara Cível, Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 24.02.2016).

31 “Adoção Póstuma. Prova inequívoca. O reconhecimento da filiação na certidão de batismo, a que se conjugam outros elementos de prova, demonstra a inequívoca intenção de adotar, o que pode ser declarado ainda que ao tempo da morte não tenha tido início o procedimento para a formalização da adoção. Procedência da ação proposta pela mulher para que fosse decretada em nome dela e do marido premorto a adoção de menino criado pelo casal desde os primeiros dias de vida. Interpretação extensiva do artigo 42, § 5º, do ECA. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 457.635/PB, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior).

32 “Direito civil e processual civil. Adoção póstuma. Manifestação inequívoca da vontade do adotante. Laço de afetividade. Demonstração. Vedado revolvimento de fatos e provas. 1. A adoção póstuma é albergada pelo direito brasileiro, nos termos do art. 42, § 6º, do ECA, na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. 2. Para as adoções *post mortem*, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do *de cujus* em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do adotando como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. 3. Em situações excepcionais, em que demonstrada a inequívoca vontade em adotar, diante da longa relação de afetividade, pode ser deferida adoção póstuma ainda que o adotante venha a falecer antes de iniciado o processo de adoção. 4. Se o Tribunal de origem, ao analisar o acervo de fatos e provas existente no processo, concluiu pela inequívoca ocorrência da manifestação do propósito de adotar, bem como pela preexistência de laço de afetividade a envolver o adotado e o adotante, repousa sobre a questão o óbice do vedado revolvimento fático e probatório do processo em sede

de recurso especial. 5. Recurso especial conhecido e não provido" (REsp 1.326.728/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.08.2013, *DJe* 27.02.2014).

33 PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 141.

34 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 199.

35 "Adoção internacional. Cadastro central de adotantes. Necessidade de sua consulta. Questão de fato não impugnada. A adoção por estrangeiros é medida excepcional que, além dos cuidados próprios que merece, deve ser deferida somente depois de esgotados os meios para a adoção por brasileiros. Existindo no Estado de São Paulo o Cadastro Central de Adotantes, impõe-se ao juiz consultá-lo antes de deferir a adoção internacional. Situação de fato da criança, que persiste há mais de dois anos, a recomendar a manutenção do *status quo*. Recurso não conhecido, por esta última razão" (STJ, REsp 196.406/SP, 4ª Turma, Unânime, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 09.03.1999).

36 PUSSI, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 378.

37 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Adoção: um ato de amor. *Direito de Família & interdisciplinaridade*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 171.

38 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família*: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 121.

39 FERRARO, Valkíria A. Lopes; LEAL JÚNIOR, João Carlos; SANOMYA, Renata Mayumi. Da utilização de células-tronco embrionárias em período de descarte: o conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul: Notadez, v. 392, p. 78, jul. 2010.

40 VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 106.

41 LAMADRID, Miguel Angel Soto. *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 162.

42 *Idem*, p. 108.

43 Para lograr a gravidez da mulher mediante a implantação do embrião obtido *in vitro*, são fecundados vários óvulos que dão lugar a outros tantos embriões, para intentar a implantação de vários deles em distintas ocasiões, porque não é fácil obter sucesso da gravidez na primeira tentativa. Por isso não é nada infrequente de sobrarem alguns embriões, uma vez obtida a gravidez (CASABONA, Carlos María Romeo. *El derecho y la bioética ante los limites de la vida humana*. Madrid: Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, 1994. p. 390).

[44] “Negatória de paternidade cumulada com exoneração de alimentos. Honorários advocatícios. Adequação. 1. O ato de reconhecimento de filho é irrevogável (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do CCB). 2. A anulação do registro civil, para ser admitida, deve ser sobejamente demonstrada como decorrente de vício do ato jurídico (coação, erro, dolo, simulação ou fraude), não podendo ser alegada apenas a falsidade das informações constantes no documento, pois a prova coligida aos autos demonstrou que houve uma adoção à brasileira, sendo o adotado tido como filho pelo falecido. 3. Em que pese o distanciamento entre a verdade real e a biológica, o acolhimento do pleito anulatório não se justifica quando o ato jurídico de registro de filho não padece de vício e quando ficou claro que a relação parental já perdura á quase seis décadas. 4. Inexistência de prova do vício induz à improcedência da ação. 5. Fica mantida a fixação dos honorários quando atende as diretrizes legais, levando em conta o trabalho desenvolvido pelo profissional e o conteúdo econômico do processo. Inteligência do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC. Recurso desprovido” (TJRS, Apelação Cível 70062861315, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 18.12.2014).“Embargos infringentes. Ação negatória de paternidade. Registro de nascimento efetuado voluntariamente. Inexistência de prova robusta da ocorrência de qualquer vício de consentimento. O reconhecimento do filho no registro de nascimento é irrevogável, a teor do disposto no art. 1.609 do Código Civil. A anulação do ato somente é admitida quando demonstrada a existência de coação, erro, dolo, simulação ou fraude, o que não se verificou na espécie. Prevalência do voto minoritário. Embargos infringentes acolhidos. Unânime” (Segredo de Justiça) (TJRS, Embargos Infringentes 70061782462, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Jorge Luís Dall’Agnol, j. 31.10.2014).

[45] “Apelação Cível. Ação negatória de paternidade. Adoção à brasileira. Se o autor ao registrar a ré como sua filha sabia que ela não era sua filha biológica, operou-se a denominada adoção à brasileira, que é irrevogável. Apelação desprovida, por maioria, vencido o relator” (TJRS, Apelação Cível 70.003.476.488, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade).

[46] ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 203.

[47] FERNÁNDEZ, Maria Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995. p. 158-159.

[48] SEMIãO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 185.

[49] NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. *Adoção embrionária*. Curitiba: Editora CRV, 2012. p. 104.

[50] LAMADRID, Miguel Ángel Soto. *Biogenética, filiación y delito*. Buenos Aires: Astrea, 1990. p. 314.

[51] *Idem*, p. cit.

52 FERNÁNDEZ, María Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995. p. 163.

53 ABELLÁN, Fernando. *Selección genética de embriones*: entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 93.

54 GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 146.

55 ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 186.

56 PEREA, José Manuel de Torres. *Interés del menor y Derecho de Familia*: una perspectiva multidisciplinar. Madrid: Iustel, 2009. p. 229.

57 DIAS, Maria Berenice. *União homossexual*: o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 95-96.

58 "Apelação Cível. Adoção. Casal formado por duas pessoas de mesmo sexo. Possibilidade. Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes. Negaram provimento unânime" (TJRS, Apelação Cível 70.013.801.592, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 05.04.2006).

59 Narra o voto a seguinte passagem: "*b*) o segundo, em um viés jurídico, é o fato de inexistir expressa previsão legal permitindo a inclusão, como adotante, do nome da companheira do mesmo sexo nos registros de nascimentos das crianças, nos quais antes constava apenas o nome da companheira que primeiro havia adotado. 5.1. Nesse particular, é bem de ver que a lacuna não pode ser óbice à proteção, pelo Estado, dos direitos das crianças e adolescentes – direitos estes que, por sua vez, são assegurados expressamente em lei. O artigo 1º da Lei n. 12.010/2009 prevê a 'garantia do direito à convivência familiar a todas e crianças e adolescentes', devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor. Com efeito, em se tratando de adoção de crianças, há vários interesses envolvidos – daqueles que pretendem adotar, dos menores, do Ministério Público, da sociedade em geral. Todavia, mister observar a imprescindibilidade da prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque está em jogo o próprio direito de filiação, do qual decorrem as mais diversas consequências que

refletem por toda a vida de qualquer indivíduo. Por isso mesmo, a matéria relativa à possibilidade de adoção de menores por casais homossexuais vincula-se obrigatoriamente à necessidade de verificar qual é a melhor solução a ser dada para a proteção dos direitos das crianças, pois são questões indissociáveis entre si. É o que se depreende do artigo 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente: Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

60 Extraído do voto da Des.ª Maria Berenice Dias, na Apelação Cível 70.013.801.592, da Sétima Câmara Cível do TJRS, cuja ementa consta na nota *supra*.

61 "Civil. Processual civil. Recurso especial. União homoafetiva. Pedido de adoção unilateral. Possibilidade. Análise sobre a existência de vantagens para a adotanda. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral – que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexista um vínculo biológico, e o adotante queira se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança –, mas que se aplica também à adoção conjunta – onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se submete à norma-princípio fixada no art. 43 do ECA, segundo a qual 'a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando'. VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas '(...) têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo'. (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em *status*

jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva – ou aqueles que têm disforia de gênero – aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor – aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção – e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico – tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.281.093/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 18.12.2012).

62 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI, p. 182.

63 DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série leituras jurídicas. São Paulo: Atlas, 2005. v. 28, p. 70.

64 A despeito da diferença entre dever e obrigação de alimentos, veja-se o artigo intitulado Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios, de MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 195-216.

65 STJ, REsp 1.698.728/MS, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 04.05.2021: "(...) 11- Mesmo quando houver a destituição do poder familiar, não há correlatamente a desobrigação de prestação de assistência material ao filho, uma vez que a destituição do poder familiar apenas retira dos pais o poder que lhes é conferido para gerir a vida da prole, mas, ao revés, não rompe o vínculo de parentesco".

66 "Civil. Processual civil. Direito de Família. Adoção. Destituição do poder familiar e abandono afetivo. Cabimento. Exame das específicas circunstâncias fática da hipótese. Criança em idade avançada e pais adotivos idosos. Ausência de vedação legal que deve ser compatibilizada com o risco acentuado de insucesso da adoção. Notória diferença geracional. Necessidade de cuidados especiais e diferenciados. Provável ausência de disposição ou preparação dos pais. Ato de adoção de criança em avançada idade que, conquanto louvável e nobre, deve ser norteado pela ponderação, convicção e razão. Consequências graves aos adotantes e ao adotado. Papel do Estado e do Ministério Público no processo de adoção. Controle do ímpeto dos adotantes. Zelo pela racionalidade e eficiência da política pública de adoção. Falhas das etapas de verificação da aptidão dos pais adotivos e de controle do benefício da adoção. Fato que não elimina a responsabilidade civil dos pais que praticaram atos concretos e eficazes de devolução da filha adotada ao acolhimento. Condenação dos adotantes a reparar os danos morais

causados à criança. Possibilidade. Culpa configurada. Impossibilidade de exclusão da responsabilidade civil. Valor dos danos morais. Fixação em valor módico. Observância do contexto fático. Equilíbrio do direito à indenização e do grau de culpa dos pais, sem comprometer a eficácia da política pública. Destituição do poder familiar. Condenação dos pais destituídos a pagar alimentos. Possibilidade. Rompimento do poder de gestão da vida do filho, mas não do vínculo de parentesco. Maioridade civil da filha. Fato novo relevante. Retorno do processo ao Tribunal com determinação de conversão em diligência. Observância do binômio necessidade da alimentada e possibilidade dos alimentantes" (STJ, REsp 1.698.728/MS, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 04.05.2021).

Capítulo 9

DO PODER FAMILIAR

9.1. FUNÇÃO

A expressão *pátrio poder* induzia à noção de um poder do pai sobre os filhos, afigurando-se incoerente com a igualdade dos cônjuges, indo de encontro à doutrina da proteção integral dos filhos como sujeitos de direitos, daí evoluindo para a denominação de *poder familiar*, a traduzir uma noção de autoridade pessoal e patrimonial dos pais na condução dos prioritários interesses dos filhos, embora melhor exemplo advém do tratamento direcionado pelo Direito argentino de atribuir aos pais responsabilidades e não apenas poder, pois os filhos, diante dos novos conceitos constitucionais, são pessoas que participam ativamente neste processo de sua educação e, de acordo com cada etapa de sua evolução, passando pais e filhos a interagirem.[1]

Também para Maria Clara Sottomayor, a palavra *poder* significa posse, domínio e hierarquia, estando, portanto, em contradição com a noção hodierna de família participativa e democrática, escorada na igualdade entre os seus membros, todos sintonizados em uma colaboração mútua, de auxílio e respeito, preferindo a autora outras expressões, como *responsabilidade*

parental ou *cuidado parental*, por expressarem uma noção de compromisso diário dos pais para com as necessidades físicas, emocionais e intelectuais dos filhos.[2]

Daí a correção da natureza jurídica do poder paternal expressada na lição de Maria Clara Sottomayor ao atribuir uma concepção personalista ao instituto jurídico, em que a criança, não só se torna sujeito de direito e titular de relações jurídicas, mas é vista como uma *pessoa* dotada de sentimentos, necessidades e emoções, cujo espaço necessário ao exercício de sua autonomia e para a sua autodeterminação é reconhecido e respeitado.[3]

O poder familiar tem como foco constitucional os melhores interesses da criança e do adolescente, e não mais a supremacia da vontade do pai, chefe da sociedade familiar.

9.2. NATUREZA JURÍDICA

A origem do poder familiar está na razão natural de os filhos necessitarem da proteção e dos cuidados de seus pais, com absoluta dependência com o seu nascimento e reduzindo essa intensidade na medida de seu crescimento, desligando-se os filhos da potestade dos pais quando atingem a capacidade cronológica com a maioridade civil, ou por meio da sua emancipação pelos progenitores ou pelo juiz no caso de tutela e para tanto ouvido o tutor (CC, art. 5º, parágrafo único).

Conforme Jorge Adolfo Mazzinghi, o filho precisa da proteção e dos cuidados de seus pais, porque necessita ser alimentado e educado pelos progenitores, e ele nasce indefeso e dependente, e assim permanece durante muito tempo, impedido de atender diretamente às suas necessidades pessoais.[4]

Estão submetidos ao poder familiar tanto os filhos naturais, oriundos ou não do casamento, ou quando resultantes de outra origem, aqui subentendidos os socioafetivos (CC, art. 1.593); como os adotivos, enquanto menores de

dezoito anos (CC, arts. 5º e 1.630), figurando em seu contexto um conjunto de direitos e de deveres recíprocos.

Existe um conjunto de direitos e de deveres que interage no propósito de atribuir aos pais uma função de bem se desempenharem no exercício do seu poder familiar, valendo-se da sintonia de seus deveres e dos seus direitos como pais, na tarefa de bem administrarem a pessoa e os bens de sua prole, com vistas a alcançarem a integral e estável formação dos seus filhos.

9.3. TITULARIDADE DO PODER FAMILIAR

A igualdade dos cônjuges na chefia da sociedade conjugal, cujo primado deve ser estendido aos companheiros da união estável, e a qualquer outra entidade familiar, só foi legalmente consagrada com a promulgação do artigo 226, § 5º, da Carta Política de 1988.[5] Depois secundado pelo artigo 21 do ECA, e, na sequência, pelo artigo 1.631 do Código Civil, ao prescrever ser dos pais o poder familiar durante o casamento e a união estável, exercendo um deles, com exclusividade, o poder sobre os filhos somente na falta ou impedimento do outro, e, se entre eles houver divergência, será assegurado a qualquer dos pais recorrer ao juiz para solução do desacordo (CC, art. 1.631, parágrafo único).

Tampouco a separação dos pais inibe o exercício do poder familiar do genitor destituído da guarda física dos filhos (CC, arts. 1.632 e 1.636), só não exercendo o poder familiar quem não reconheceu seu filho (CC, art. 1.633), mas porque não consta do registro do menor a ascendência paterna ou materna, pendente do devido reconhecimento espontâneo ou judicial.

Com a separação dos pais termina o ascendente guardião chamando para si as decisões mais imediatas da vida dos filhos sob a sua custódia fática ou legal, e ficando para os pais decidirem em conjunto as questões de maior porte e relevância, e essa é uma realidade que não tem como ser

negada, pois em situações de ruptura deve permanecer a cotitularidade e o coexercício do poder familiar, sendo esse o objetivo concreto da guarda compartilhada jurídica e que não se confunde com a nova guarda compartilhada física de divisão equilibrada do tempo de permanência dos filhos com o pai e com a mãe, inclusive como forma de reduzir e até eliminar o espaço muitas vezes utilizado como instrumento de vingança e de chantagem contra o ex-parceiro, em atitudes passionais decorrentes de suas frustrações afetivas, em que o filho sempre é o único e verdadeiro prejudicado, proporcionando esta atitude graves abalos na formação psíquica da prole, alcunhada a prática como Síndrome da Alienação Parental (SAP), e que deve ser enfrentada pelos mecanismos previstos na Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010.[6]

É comum deparar com o exercício unitário da custódia da prole, normalmente destinada à mãe, determinando o juiz, aos pais, um convênio meramente regulador das visitas do ascendente sem a guarda, e a Lei 11.698, de 13 de junho de 2008, ao instituir a guarda compartilhada, buscava sanar, até onde fosse possível, esta lacuna existente no exercício do poder familiar de pais separados, muito embora a jurisprudência viesse recusando a instituição compulsória da custódia compartilhada, só reconhecendo ser factível quando requerida pelo consenso dos genitores que estão apartados entre si,[7] não obstante iniciasse a jurisprudência, inclusive do STJ, como sucedeu no REsp 1.251.000-MG, na voz da Ministra Nancy Andrighi, por impor coativamente o exercício da guarda compartilhada entre pais conflitantes e na esteira deste julgamento paradigmático também se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais.[8] O temário relacionado à guarda compartilhada física, de divisão de tempo, não foi apreciado pela jurisprudência nacional antes do advento da Lei 13.058/2014, pois somente esta segunda Lei da Guarda Compartilhada tratou de reescrever o § 2º do artigo 1.583 do Código Civil, para estabelecer que na guarda compartilhada o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada

com a mãe e com o pai, contudo sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses prioritários dos filhos, ao passo que a *guarda compartilhada jurídica*, pura e relativa ao compartilhamento do exercício do poder familiar, sequer precisaria ser judicialmente declarada, como acontece na Alemanha, por exemplo, porquanto é direito inerente aos pais, que não se altera com a separação, divórcio ou dissolução da união estável dos genitores (CC, arts. 1.579, 1.588, 1.632 e 1.636).

9.4. CONTEÚDO DO PODER FAMILIAR

O conteúdo do poder familiar encontra sua gênese no artigo 229 da Constituição Federal, ao prescrever como deveres inerentes aos pais os de assistirem, criarem e educarem os filhos menores, nisso sendo secundado pelo artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando estabelece ser incumbência dos pais o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Por sua vez, o artigo 1.634 do Código Civil impõe aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: "I – dirigir-lhes a criação e 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 sobrevivo 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".

Sob o aspecto educativo merece realce a Lei 12.013, de 6 de agosto de 2009, que altera o artigo 12 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para determinar às instituições de ensino a obrigatoriedade no envio de informações escolares aos pais, conviventes ou não com seus filhos, porquanto, só dessa forma podem os pais não guardiães exercer firme fiscalização acerca da educação da prole comum que ficou sob a custódia do outro genitor.

A maioridade civil não obsta de os filhos prosseguirem como credores de alimentos, só não mais pelo poder familiar, e com a presunção absoluta de necessidade dos alimentos, mas, doravante, gerando uma obrigação condicional de alimentos, decorrente da relação de parentesco e da permanência da necessidade alimentar, provavelmente porque estudam na busca do preparo profissional, só ficando os pais desobrigados de prover o sustento dos filhos e de assumir as despesas relativas à sua segurança, saúde e educação na medida em que a prole esteja em condições de suportar aqueles encargos, pelo produto do seu trabalho ou de outros rendimentos (CC português, art. 1.879).

O dever de educar importa em preparar o filho para o exercício futuro da sua independência pessoal, qualificando-o para a vida profissional, com conhecimentos teóricos, práticos, formais e informais, todos eles imprescindíveis para a boa formação física, mental, moral e espiritual, referida pelo artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Crescem os filhos com o aprendizado formal, compreendendo o desenvolvimento intelectual, pessoal e o ensino escolar (ECA, art. 53), sem desconsiderar a fundamental importância da formação passada pelos pais na sua função de educarem seus filhos para o enfrentamento da vida, repassando seus ideários de vida, de ética, valores morais, sociais e afetivos, com as correções de desvios porventura surgidos durante a caminhada para a maturidade e boa formação humana.

É dever dos pais ter os filhos sob a sua companhia e guarda, pois eles dependem da presença, vigília, proteção e contínua orientação dos genitores, porque exsurge dessa diuturna convivência a natural troca de experiências, sentimentos, informações e, sobremodo, a partilha de afeto, não sendo apenas suficiente a presença física dos pais, mas essencial que bem desempenhem suas funções parentais, logrando proporcionar aos filhos sua proteção e integral formação, sempre com mira nos melhores interesses da criança e do adolescente, elegendo consecutivamente aquilo que resultar mais conveniente para a prole. Estando os pais separados, nem por conta deste fato pode o ascendente não guardião se descurar do seu dever de participar efetivamente da vida afetiva e sentimental de seu filho, pois mesmo nas circunstâncias de desordem familiar o genitor não guardião segue como titular de um direito a uma adequada comunicação com sua prole e o direito de supervisionar sua educação, e ocorrendo de os pais se omitirem deste fundamental ditame da consciência e da natureza, mesmo pudesse o genitor ausente estar ofertando estrutura moral em visitas espaçadas, ainda assim implicará assumir a responsabilidade por irreparáveis efeitos negativos porventura surgidos na vida dos filhos, com repercussão por toda a sua existência e com nefastos sintomas na vida funcional da prole, lembrando José Fernando Simão ser dos pais a responsabilidade pelos atos de seus filhos menores (CC, art. 932, inc. I).[9]

É dos pais o direito de concederem ao filho menor de idade consentimento para o casamento (CC, art. 1.517), sendo eles os representantes legais dos filhos menores e incapazes enquanto não atingirem a maioridade civil aos dezoito anos completos, a idade nupcial excepcional sucede aos 16 anos, dependendo do consentimento de seus pais, e prevendo o artigo 1.519 do Código Civil o suprimento judicial da injusta denegação do consentimento por ambos os genitores. Surgindo divergência apenas entre os pais, a discordância poderá ser suprida por demanda judicial, da qual

qualquer dos pais recorre com espeque nos artigos 1.517, parágrafo único, e 1.631, parágrafo único, do Código Civil.

Dentre as funções do exercício do poder familiar consta a prerrogativa de escolher quem deva tomar conta dos filhos menores no caso de morte dos pais, nome-ando-lhes tutor na ocorrência de falecimento de ambos os genitores. A nomeação de tutor pode ser feita por meio de testamento ou documento autêntico, ou seja, escrito público ou particular, cuja autoria possa ser assegurada, só valendo a nomeação se o outro genitor não sobreviver, ou se sobrevivo não puder exercer o poder familiar.

9.4.1 A representação dos filhos

A representação dos filhos nas ações de sua vida civil, e assim também a sua assistência quando adquirem relativa capacidade, é consequência natural da sua inexperiência pessoal, porque ainda imaturos precisam da intervenção dos pais para a validade do ato, a fim de não sofrerem quaisquer prejuízos com a vilania de pessoas menos escrupulosas.

Entrementes, existem alguns atos que, por sua absoluta pessoalidade, são praticados pelos filhos sem a assistência dos pais e nem por isso são nulos ou ineficazes, como o ato de testar aos dezesseis anos (CC, art. 1.860, parágrafo único); votar a partir dessa mesma idade (CF, art. 14, § 1º, *c*); servir como testemunha (CPC, art. 447, § 1º, inc. III); e o de requerer a nomeação de curador à lide quando seus interesses colidirem com os dos pais (CC, art. 1.692; CPC, art. 72, inc. I).

Quando separados os genitores, é muito comum deparar com atos de ingerência do ascendente não guardião, que usa de sua influência sobre o amor e a dependência afetiva do seu filho, para inibi-lo de firmar procuração sob a assistência do seu genitor guardião e assim boicotar a cobrança do seu crédito alimentar. À luz dessas evidências afigura-se um grande equívoco exigir na ação de execução das pensões impagas firmem os

filhos relativamente incapazes a procuração judicial em abono à assistência do genitor guardião. Isso porque abusa do direito da prole o pai que constrange seu filho credor de alimentos a não firmar a procuração necessária à execução de alimentos movimentada por seu guardião, sob a ameaça de perder o "amor" do ascendente devedor da pensão alimentícia,[10] sendo sábio o Direito argentino, no artigo 662 do vigente Código Civil e Comercial, quando atribui ao progenitor que convive com o filho maior de idade legitimidade para obter a contribuição devida pelo outro genitor alimentante até que complete vinte e um anos (21).

9.4.2 Poder familiar e trabalho

Podem os pais exigir dos filhos obediência, respeito e serviços próprios de sua idade e condição, submetendo-se o menor à disciplina do lar, com a assunção das tarefas a ele postas por seus progenitores, com vistas a forjar seu caráter, neste mister dos pais de educarem os filhos para a vida, cuidando de lhes mostrar os limites do certo e do errado, do bem e do mal, tudo com vistas ao caráter educativo e de proteção, sempre na busca da integral formação do descendente.

Já foi direito dos pais e até mesmo dos educadores nas escolas castigarem fisicamente os filhos ou alunos, como procedimento integrado na tarefa de bem educar crianças e adolescentes, desde que os agravos físicos fossem moderados. Esses castigos podem ser no sentido de proibir determinados comportamentos ou privilégios, não mais admitem o corretivo físico, pois sujeita à perda do poder familiar, especialmente depois da edição da Lei 13.010, de 26 de junho de 2014, inicialmente denominada *Lei da Palmada* e também chamada de *Lei Menino Bernardo*, em homenagem ao menino Bernardo Boldrini assassinado no interior do Estado do Rio Grande do Sul, pela qual o castigo físico, tanto moderado como imoderado, é considerado ilícito e que os filhos sejam educados por meio do diálogo e da

compreensão, e não pelo exemplo da opressão física, que, certamente foi a lição aprendida pelos pais agressores.

Paulo Lôbo considera "incompatível com a Constituição, principalmente em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, e art. 227), a exploração da vulnerabilidade dos filhos menores para submetê-los a 'serviços impróprios de sua idade e condição', além de consistir em abuso (art. 227, § 4º)".[11] A Lei da Palmada acrescentou ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) os artigos 18-A, 18-B e 70-A, todos direcionados a estabelecer o direito de a criança e de o adolescente serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel e degradante, e sua aprovação foi extremamente contraditória, pois havia quem opinasse pelo princípio da mínima intervenção estatal, concernindo a cada família optar pelo modelo de educação a ser adotado, já existindo o Estatuto da Criança e Adolescente em proteção do menor, especialmente o artigo 18 do ECA externando ser dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, lembrando, ainda, que o artigo 130 do ECA permite o afastamento compulsório e liminar do agressor da moradia comum, constando da medida cautelar a fixação provisória dos alimentos de que necessite a criança ou o adolescente dependente dele (com a redação atribuída pela Lei 12.415/2011).

No entanto, continua sendo prática atual a ajuda dos filhos nas tarefas caseiras ou produtivas, sem remuneração pelos pais, especialmente nas camadas sociais menos favorecidas, porque representam importante auxílio na economia doméstica, tratando-se de abuso dos pais submeterem a criança e o adolescente a ofícios impróprios para a sua idade e condição, assim como quando os retiram do estudo fundamental para ajudar no trabalho, em detrimento da sua formação escolar mínima e obrigatória. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) proíbe, em seu artigo 403, o trabalho fora do lar

de menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a contar dos seus 14 anos de idade (CF, art. 7º, inc. XXXIII), assim como veta o trabalho noturno do menor de dezoito anos de idade.

9.4.3 Do usufruto dos bens dos filhos

Prescreve o inciso I do artigo 1.689 do Código Civil, que os pais são usufrutuários dos bens dos filhos enquanto exercerem o poder familiar. O usufruto dos pais é o direito que a lei concede aos progenitores de usar e gozar dos bens que compõem o patrimônio pessoal dos seus filhos, e de perceberem os frutos e as rendas que tais bens produzam, devendo os pais, primordialmente, utilizarem esses recursos para o cumprimento dos deveres e direitos provenientes do poder familiar, cumprindo as obrigações previstas no artigo 1.634 do Código Civil, pois prevalecem os superiores interesses dos filhos e de seu amparo e proteção até sua maioridade. O usufruto dos bens dos filhos é conferido em igualdade de condições aos pais que estejam na autoridade do poder familiar de sua prole, sejam eles casados, conviventes ou solteiros e contém em sua essência uma forma de compensação aos progenitores pela ajuda prestada aos filhos, como uma contribuição pela boa marcha e unidade da família. Esclarece Denise Damo Comel que o usufruto dos pais sobre os bens dos filhos, proveniente da autoridade de seu poder familiar não se confunde com a regra do usufruto como direito real, tratando-se de um Direito de Família, de caráter especial, e, por isso, não está sujeito às formalidades de constituição do usufruto ou à prestação de contas.[12] De acordo com o inciso II do artigo 1.693 do Código Civil, excluem-se do usufruto dos pais os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos.

9.4.4 Da administração dos bens dos filhos

A administração pelos pais dos bens dos filhos está regulada pelo inciso II do artigo 1.689 do Código Civil e é exercida em conjunto pelos pais enquanto menores seus filhos em decorrência do poder familiar, poder que já foi exclusivamente do pai que detinha o pátrio poder até o advento do princípio da igualdade entre homens e mulheres com a promulgação da Constituição Federal em 1988, e destarte, a igualdade na chefia familiar, como assinalado ao seu tempo e modo no artigo 1.566, inciso IV, do Código Civil, instituindo o dever mútuo de guarda, sustento e educação dos filhos. Na atualidade não há dúvidas pertencer a ambos os progenitores a administração dos bens dos filhos, com as ressalvas dos artigos 1.691 e 1.693 do Código Civil, e se um genitor é afastado do poder familiar, a chefia dos bens vincula-se ao outro ascendente. A gestão conjunta não impede que os pais convencionem delegar a administração a um dos progenitores, embora essa convenção não exonere o consentimento do outro genitor para os atos de direção, conforme expõe o parágrafo único do artigo 1.690 do Código Civil, ao ordenar decidam os pais em comum, as questões relativas aos seus filhos e aos seus bens. Havendo divergência, qualquer um deles poderá recorrer ao juiz para a necessária solução. Estando os pais separados, ainda assim a gestão e o usufruto dos bens dos filhos são conjuntos, sendo preciso reconhecer que eventual falta de diálogo e de comunicação dos pais irá dificultar a administração dos bens dos infantes, pois a experiência mostra que o tráfico dos negócios exige decisões rápidas para o bom manejo dos interesses econômicos do menor,[13] não sendo aconselhável que as rápidas decisões sejam substituídas por morosas demandas judiciais nas quais os pais irão buscar no juiz que acumula uma gama incontrolável de tarefas e responsabilidades a última palavra, que normalmente virá com muito atraso, e que por falta de harmonia os genitores não foram capazes de solver e de alcançar.

Os poderes de gestão não envolvem os de disposição dos bens, sendo vedado aos pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos,

tampouco 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 (CC, art. 1.691). Ocorrendo algum ato indevido de disposição dos bens dos filhos menores, dentre aqueles previstos no artigo 1.691 do Código Civil, evidencia-se um caso de administração ineficaz dos pais, sendo que: os filhos (inc. I); os herdeiros (inc. II) ou o representante legal (inc. III), têm legitimidade para pleitear a declaração de nulidade dos atos (CC, art. 1.691, parágrafo único). Eventual alienação ou constituição de direito real sobre os bens dos filhos requer pedido de ambos os genitores e autorização judicial, cuja vênia poderá ser deferida se resultar em efetivo benefício aos interesses patrimoniais do filho menor e não emancipado. Embora os pais não sejam obrigados a prestar contas aos filhos relativamente à administração de seu patrimônio, não estão isentos de circunstancial reparação de danos e prejuízos causados com fraude ao patrimônio de seus infantes.

A administração dos pais compreende todos os bens dos filhos, com exceção daqueles declinados no artigo 1.693 do Código Civil, cujo inciso I ordena sejam excluídos do usufruto e da administração dos pais os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento.

O inciso II do artigo 1.693 do Código Civil exclui do usufruto dos pais os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos. Cuida-se de filho relativamente capaz e apto para a emancipação por concessão dos pais; pelo casamento; pelo exercício de emprego público efetivo; pela colação de grau em curso de ensino superior; pelo estabelecimento civil ou comercial; e pela existência de relação de emprego, desde que tenha economia própria (CC, art. 5º, parágrafo único).

Com relação ao inciso III do artigo 1.693 do Código Civil, são excluídos do usufruto e da administração dos pais os bens doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais, e essa

é uma preocupação muito presente entre pais divorciados, ou separados de fato, e que não confiam na serenidade, honestidade ou na capacidade de administração do ex-cônjuge ou ex-companheiro, e temem pela sua sobrevida, porque doentes terminais ou muito idosos, decidindo doarem em vida ou por testamento, bens que ficarão sob a livre-administração de seus filhos, sem a intervenção da administração e do usufruto do outro ascendente.

O inciso IV do artigo 1.693 do Código Civil afasta do usufruto e da administração os bens que aos filhos couberem na herança, quando seus pais forem excluídos da sucessão por ato de indignidade ou de deserdação, devidamente reconhecidos em ação judicial declaratória transitada em julgado. Igual disposição consta do parágrafo único do artigo 1.816 do Código Civil e tem por escopo impedir que, direta ou indiretamente, possa aquele que foi afastado da sucessão por indignidade ou por deserdação, administrar e usufruir dos bens do ofendido, uma vez que os efeitos da exclusão são pessoais e o excluído da sucessão não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens (CC, art. 1.816).

Sempre que no cumprimento do poder familiar os interesses dos pais colidirem com os do filho, a requerimento deste ou do Ministério Público, e mesmo de ofício, dentro do poder geral de cautela que tem, o magistrado deverá nomear um curador especial (CC, art. 1.692), porque o poder familiar é exercido no interesse da prole, e não no dos pais, e quando demonstrado efetivo conflito de interesses entre os filhos e ambos os genitores. Caso a colidência se manifeste somente em relação a um dos pais, o outro seguirá sendo o seu representante legal.

9.5. EXTINÇÃO DO PODER FAMILIAR

De acordo com o artigo 1.635 do Código Civil, são causas de extinção do poder familiar a morte dos pais ou do filho (inc. I), este como fator natural de extinção do poder familiar, apenas em relação ao genitor falecido e subsistindo o poder familiar quanto ao ascendente sobrevivente. Na eventualidade do óbito do filho, o encargo desaparece, agora em consequência do decesso do menor tutelado, pois nas duas hipóteses a morte extingue a titularidade dos direitos e das obrigações das pessoas (CC, art. 6º).

Também é causa de extinção do poder familiar a emancipação do filho, a ser concedida conforme o artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil, a ser realizada por instrumento público pelos pais, ou pelo tutor, mediante requerimento e homologação judicial.[14] A emancipação é irrevogável, e deve ser outorgada por ambos os pais, em decorrência da completa paridade dos sexos, só sendo reduzida à pessoa de um dos genitores quando o outro já é falecido, foi destituído do poder familiar, ou quando inexistente o registro de um dos ascendentes.

O casamento também emancipa, não retornando à condição de menor sobrevindo sua viuvez, ou o divórcio, enquanto a nulidade e a anulação do casamento importam no retorno à condição de menor, eis que em ambos os institutos o casamento é invalidado.

Por igual o exercício de emprego público efetivo também é causa de emancipação; a colação de grau em curso de ensino superior; e pelo estabelecimento de atividade civil e comercial, indicando a casa ou o lugar onde a pessoa se estabelece, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Com a maioridade aos dezoito anos completos cessa o poder familiar, ficando a pessoa habilitada à prática de todos os atos da vida civil (CC, art. 5º).

A adoção é causa de extinção do poder familiar em relação aos progenitores biológicos, mas os pais precisam concordar com a renúncia ao seu poder familiar, salvo tenham deles sido destituídos, criando com a adoção um novo liame de poder familiar entre o adotante e o adotado, se for menor, contudo, estranhamente este poder familiar não se extingue na hipótese da *adoção à brasileira*, como pode ser inferido da tese oriunda do Recurso Extraordinário 898.060, do STF, de a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impedir o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, aceitando assim a multiparentalidade que não existe na adoção estatutária, que jamais restabelece os vínculos biológicos.

A hipótese prevista no inciso V do artigo 1.635 do Código Civil implica a perda do poder familiar por ato judicial do pai ou da mãe (CC, art. 1.638) que castigar imoderadamente o filho (I); deixar o filho em abandono (II); praticar atos contrários à moral e aos bons costumes (III); incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (IV), cujo inciso retrata as hipóteses do abuso de autoridade dos pais, quando faltam aos deveres inerentes à sua função parental[15] ou quando arruínam os bens dos filhos e por fim, sendo este último inciso introduzido pela Lei 13.509/2017, como causa adicional da perda do poder familiar, (V), entregar de forma irregular o filho a terceiro para fins de adoção.

Deixar o filho em abandono é privar a prole da convivência familiar e dos cuidados inerentes aos pais de zelarem pela formação moral e material dos seus dependentes. É direito fundamental da criança e do adolescente usufruir da convivência familiar e comunitária, não merecendo ser abandonado material, emocional e psicologicamente, podendo ser privado do poder familiar o genitor que abandona moral e materialmente seu filho, além de responder pelos crimes de abandono material[16] (CP, art. 244), abandono intelectual (CP, art. 246), abandono moral (CP, art. 247), abandono de incapaz (CP, art. 133), e abandono de recém-nascido (CP, art. 134).

Pela prática de atos contrários à moral e aos bons costumes, calham os ensinamentos colacionados por Carlos Roberto Gonçalves[17] de ser o lar a primeira escola dos filhos e onde eles formam a sua personalidade, devendo os pais ter todo o cuidado e a inquestionável obrigação de manter uma postura digna e honrada, na qual a sua prole irá se espelhar, pois das atitudes dos genitores os filhos tiram os seus próprios exemplos, bastando a convivência para o bom ou mau aprendizado.

Assim, o uso imoderado de bebidas alcoólicas,[18] ou de drogas e entorpecentes, os abusos físicos ou sexuais e as agressões morais e pessoais para com os filhos, parceiro ou cônjuge, ou mesmo para com terceiros, são mostras aziagas de uma prática condenável e de nenhuma contribuição para a sadia formação do sujeito criado em ambiente desintegrado, disfuncional, depravado ou de reprovável comportamento, a vulnerar a integridade moral e psíquica da prole.

Também se sujeita à extinção do poder familiar o genitor que reiteradamente incidir em alguma das faltas previstas no artigo 1.637 do Código Civil, cominadas com a suspensão judicial do poder familiar, provenientes do abuso da autoridade parental, faltando o progenitor com os deveres próprios do exercício de seu poder familiar, cujo centro de interesses é o bem-estar do menor, não agindo com correção o pai ou a mãe que arruinar os bens dos filhos.

Por último, em 24 de setembro, foi editada a Lei 13.715/2018 que alterou a redação do artigo 1.638 do Código Civil para acrescer um parágrafo único para condenar com a perda do poder familiar aquele progenitor que praticar contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, ou b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão; ou daquele progenitor que praticar contra o filho, filha ou outro

descendente: a) homicídio, feminicídio ou lesão corporal de natureza grave ou seguida de morte, quando se tratar de crime doloso envolvendo violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher, ou b) estupro ou outro crime contra a dignidade sexual sujeito à pena de reclusão. Porém, nem todas as causas de suspensão, mesmo quando reiteradamente violadas, são de molde a importar na implacável extinção do poder familiar (CC, art. 1.635, inc. V, c/c art. 1.638, inc. IV), porque em algumas delas a medida se apresentaria desproporcional, diante do grave efeito representado pela perda do poder parental,[19] pois, como bem adverte o artigo 1.636 do Código Civil, o novo casamento ou o estabelecimento de outra relação pela eleição da mútua e estável convivência não é motivo de *per si* para a perda do poder familiar sobre os filhos do relacionamento anterior.

9.6. A SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR

A suspensão do poder familiar tem previsão no artigo 1.637 do Código Civil, nas hipóteses de abuso de autoridade do pai, ou da mãe, faltando eles aos deveres inerentes ao seu ofício parental ou arruinando os bens dos filhos.

Na sequência do prescrito pelo parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil, também é causa de suspensão do exercício do poder familiar o pai ou a mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Porém, a suspensão não é a medida finalística do dispositivo sob exame, mas tão somente uma das soluções judiciais, porque ao julgador é facultado tomar a decisão que melhor entender pela segurança do menor e de seus bens, nas hipóteses de abuso de autoridade e ruína de seus bens, a tanto acionado por requerimento de algum parente ou por iniciativa do Ministério Público.

Os pais têm o dever constitucional (CF, art. 227) de impedirem sejam seus filhos submetidos a quaisquer atos de discriminação, exploração, violência, crueldade ou opressão, não importando de onde partam as ameaças, sobretudo quando os desmandos justamente advêm daqueles que devem naturalmente zelar pela prole. As medidas a serem aplicadas pelo juiz no interesse de evitar possam os filhos sofrerem abusos ou ruína em seus bens pessoais serão casuísticas, podendo ser aplicada multa pecuniária pelas *astreintes* previstas no artigo 536, § 1º, do CPC.

O preceito cominatório não tem em mira compor o ressarcimento dos prejuízos, mas sim obter, coercitivamente, o cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer fungível ou infungível. Busca atuar diretamente sobre a vontade da pessoa obrigada, estimulando a execução específica da sua obrigação, porque toda a condenação só pode produzir efeitos se acatada pelo devedor. Assim, dentro do amplo raio de ação da jurisdição familista, podem os juízes impor sanções pecuniárias, inclusive progressivas, como medidas de exceção, como, por exemplo, aplicar pesada multa ao ascendente guardião que inibe o exercício do direito de visitas do outro genitor, em notória prática de abuso do direito de comunicação do filho em relação ao seu ascendente não guardião.[20]

Os motivos geradores da intervenção judicial para a adoção de posições processuais de salvaguarda dos interesses do menor não se limitam às hipóteses elencadas no *caput* do artigo 1.637 do Código Civil, de abuso de autoridade; de falta aos deveres paternos em que negligenciam ou se omitem ao regular cumprimento de suas atribuições, ou pertinente à ruína ou dilapidação dos bens dos filhos; existindo na casuística jurisprudencial um sem-número de situações fáticas com risco de exposição à vida, à saúde, ao lazer, à profissionalização, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária dos filhos, assim como fatos capazes de submetê-los a atos de discriminação, exploração, violência, crueldade e

opressão, abalando, fundo, direitos fundamentais dos menores, postos sob a proteção do poder familiar.

A suspensão é temporária e perdura enquanto se apresenta efetivamente necessária, sendo muito frequente a sua aplicação judicial nas disputas sobre o sagrado direito de convivência, quando o genitor guardião, por mera vindita, procura obstruir a convivência do outro progenitor, tratando o Judiciário de alterar a guarda, como também de suspender o poder familiar quando constatar uma infausta ascendência do pai ou da mãe sobre o indefeso dependente, verdadeiro clima de transferência de responsabilidade e uma desmedida e covarde cobrança de dever de lealdade, aterrorizando o inocente filho pelas faltas que nunca causou.

Uma vez cessada a causa, retoma o ascendente o poder familiar, necessitando se submeter a uma avaliação psiquiátrica a bem da higidez psíquica e do futuro da criança ou do adolescente, podendo até ser compelido judicialmente à avaliação ou a uma terapia pela imposição de *astreintes*.

Por fim, a suspensão do poder familiar por condenação em sentença irrecorrível de que trata o parágrafo único do artigo 1.637 do Código Civil respeitando à sentença criminal condenatória, transitada em julgado, cominada a pena privativa de liberdade superior a dois anos, não mais podendo, portanto, estar sujeita a recurso.

A disposição de direito material teve em mira a incompatibilidade do exercício do poder familiar pelo genitor criminalmente condenado, não parecendo ao legislador do Código Civil em vigor estivesse o ascendente apto a exercer a sua função parental enquanto não saldasse sua dívida para com a sociedade. A Lei 12.962, de 8 de abril de 2014, pôs fim a esta verdadeira anomalia legal, ao estabelecer no § 2º do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a “condenação criminal do pai ou da mãe não implicará a destituição do poder familiar, exceto na hipótese de condenação por crime doloso sujeito à pena de reclusão, contra o próprio filho ou filha”.

E essa mesma Lei 12.962/2014 ordena no § 4º do artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que "será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial".

Por fim, a carência de recursos não é causa de suspensão ou perda do poder familiar (ECA, art. 23), devendo a pessoa ser incluída em programas oficiais de auxílio, como prescreve o § 1º do citado dispositivo.[21]

---

1 MIZRAHI, Mauricio Luis. *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Astrea, 2016. p. 241.

2 SOTTOMAYOR, Maria Clara. A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. v. I, p. 133-134.

3 SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Exercício do poder paternal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003. p. 19.

4 MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de Familia.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981. t. II, p. 412.

5 CF: "Art. 226. (...) § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

6 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698/2008. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (org.). *Leituras complementares de Direito Civil*: direito das famílias. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 304.

7 Acórdão do STJ, datado de 10.05.2016, oriundo da Terceira Turma e relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha reafirmou esta mesma conclusão: "Civil e processual civil. Recurso Especial. Família. Guarda compartilhada. Dissenso entre os pais. Possibilidade. 1. A guarda compartilhada deve ser buscada no exercício do poder familiar entre pais separados, mesmo que demande deles reestruturações, concessões e adequações diversas para que os filhos possam usufruir, durante a formação, do ideal psicológico de duplo referencial (precedente). 2. Em atenção ao melhor interesse do menor, mesmo na ausência de consenso dos pais, a guarda compartilhada deve ser aplicada, cabendo ao Judiciário a imposição das atribuições de cada um. Contudo, essa regra cede quando os desentendimentos dos pais ultrapassarem o mero dissenso,

podendo resvalar, em razão da imaturidade de ambos e da atenção aos próprios interesses antes do menor, em prejuízo de sua formação e saudável desenvolvimento (art. 1.586 do CC/2002). Tratando o direito de família de aspectos que envolvem sentimentos profundos e muitas vezes desarmoniosos, deve-se cuidar da aplicação das teses ao caso concreto, pois não pode haver solução estanque já que as questões demandam flexibilidade e adequada à hipótese concreta apresentada para solução judicial. 4. Recurso especial conhecido e provido".

8 "Apelação cível. Família. Guarda compartilhada. Imposição do encargo alimentar em desfavor da genitora. Decisão *extra petita*. Sentença cassada em parte. Melhor interesse da criança. Domicílio na residência paterna. Poder familiar de ambos os pais. Contribuição moral e emocional para a formação da criança. Concedida a guarda compartilhada, com a fixação de domicílio na residência paterna, de se decotar qualquer condenação da genitora à prestação de alimentos, pena de julgamento *extra petita*. Na esteira do entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça, a guarda conjunta deve prevalecer, ainda que não haja consenso entre as partes, quando atenda ao melhor interesse da criança, até porque o regime compartilhado não retira de nenhum dos genitores o dever de contribuir moral e emocionalmente para o desenvolvimento do filho, decorrente, por óbvio, do poder familiar. Recomendável, ainda, que se prestigiem as impressões diretas do juízo da instância de origem, preservando-se a situação de fato consolidada, em benefício, no caso presente, da rotina da infante sob os cuidados da avó paterna, já que ambos os genitores aquiescem com a visitação livre" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.11.121406-0/0001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Versiani Penna, j. 06.12.2013).

9 SIMãO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 140.

10 "Apelação Cível. Execução de alimentos. Maioridade do alimentando no curso da ação. Legitimidade da representante legal. A genitora do alimentando/credor tem legitimidade para cobrar a dívida de alimentos relativamente às pensões vencidas durante a menoridade do filho. Apelação parcialmente provida" (TJRS, Apelação Cível 70.025.228.743, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 30.10.2008). "Agravo de instrumento. Ação de execução de alimentos. Maioridade da alimentada no curso da demanda. Legitimidade da genitora para prosseguir com a execução. A genitora é parte legítima para executar os alimentos devidos à filha enquanto menor de idade, uma vez que no período de inadimplemento arcou com o sustento desta sozinha. Ademais, o perdão da dívida configuraria a premiação do alimentante inadimplente e o seu enriquecimento ilícito, situação que não pode obter a guarida do Poder Judiciário. Deram provimento ao agravo de instrumento" (TJRS, Agravo de Instrumento 70044493732, 8ª Câmara Cível, Rel. Alzir Felippe Schmitz, j. 24.11.2011).

11 LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey,

2003. p. 186-187.

12 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 142.

13 LLOVERAS, Nora. *Patria potestad y filiación*. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 254.

14 “Recurso especial. Civil. Contrato de gestão de carreira e de agenciamento de jogador profissional de futebol. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Hipótese de emancipação legal caracterizada. Relação empregatícia. Art. 5º, parágrafo único, V, do CC. Desnecessidade de autorização judicial. Aferição da validade dos contratos à luz do art. 1.691 do CC. Impossibilidade. Filho emancipado. Aplicação da Lei Pelé. Descabimento. Ato jurídico perfeito. Contrato de gerenciamento de carreira. Atleta profissional menor de dezoito anos. Validade. Recurso especial de Traffic Talentos e Marketing Esportivo Ltda. – EPP e Frederico Augusto Andrade Pena provido e recurso especial de GR2 Gestão e Marketing Ltda. e Gabriel Martinez Massa parcialmente provido” (STJ, REsp 1.871.102/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 02.03.2021).

15 “Apelação Cível. ECA. Destituição do poder familiar. Abandono da genitora. Infante em situação de risco e vulnerabilidade. A destituição do poder familiar é cabível, por meio de decisão judicial, após procedimento em que garantido o contraditório, nas hipóteses de: (1) descumprimento injustificado, pelo genitor, dos deveres de sustento, guarda e educação do filho menor, bem como das obrigações de cumprir e fazer cumprir eventuais determinações judiciais; (2) genitor castigar imoderadamente o filho; (3) genitor deixar o filho em abandono; (4) genitor praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; (5) genitor incidir, reiteradamente, nas faltas que autorizam a suspensão do poder familiar (abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a ele inerentes ou arruinando os bens dos filhos). No caso em tela, verifica-se que a apelante incorreu em, pelo menos, duas das hipóteses justificadoras da destituição do poder familiar: descumprir injustificadamente seus deveres de sustento, guarda e educação das filhas, negligenciando os cuidados necessários ao seu saudável e pleno desenvolvimento, e deixar as filhas em abandono. Impositiva, por isso, a destituição do poder familiar. Negaram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 70071724397, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 15.12.2016).

16 “Apelação criminal. Art. 244, *caput*, na forma do art. 70, ambos do Código Penal. Existência do fato e autoria comprovadas. Édito condenatório mantido. Demonstrada a existência do fato-abandono material (pelo relato da vítima, corroborado pelas testemunhas), e recaindo a autoria sobre a pessoa do acusado (embora tenha negado o fato, confirmou que não proveu o sustento do filho), descabe sustentar insuficiência probatória para fins condenatórios. Sentença confirmada. Apelação desprovida” (TJRS, Apelação Crime 70071231401, 5ª Câmara Criminal, Rel. Lizete Andreis Sebben, j. 15.12.2016).

17 GONçALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI, p. 374.

18 "Pátrio Poder. Destituição. Menores em Estado de Abandono. Presença dos Requisitos Ensejadores da Solução Extrema. Fatos Comprovados. Decisão Confirmada. 1. Demonstrado o estado de abandono em que se encontravam as crianças, e que os pais biológicos, em virtude do alcoolismo e da falta de estrutura familiar, não têm condições de exercer o poder familiar com responsabilidade, sua destituição é imperativo legal. 2. A inserção da criança e do adolescente institucionalizado no seio da família natural, preservando-se os laços familiares, é alvo primário e prioritário a ser atingido pela Justiça da Infância e da Juventude. Revelando-se, todavia, a toda evidência, a incapacidade dos genitores de exercerem os direitos e deveres inerentes ao pátrio poder, não se pode, sob pena de, ao procurar-se proteger os direitos dos pais, causar dano irremediável à criança ou adolescente ao retardar-lhe indevidamente o gozo do direito de ser criado e educado em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária" (TJPR, Apelação Cível 153.358-0, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Accácio Cambi, j. 18.05.2004). *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 25, p. 113, ago.-set. 2004.

19 COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: RT, 2003. p. 291.

20 Sobre as *astreintes* no Direito de Família *vide* MADALENO, Rolf. A tutela cominatória no Direito de Família. In: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. *Família e cidadania no novo CCB e a* vacatio legis. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002. p. 553.

21 ECA: "Art. 23. A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do poder familiar". "Poder familiar. Destituição. Inadmissibilidade. Falta ou carência de recursos materiais que não é suficiente para a adoção da medida. Imaturidade anterior para assumir a maternidade que não deve ser usada contra a mãe, mormente se existe entre a criança e a genitora natural vínculo afetivo" (*RT* 783/258).

Capítulo 10

DO DIREITO PATRIMONIAL

10.1. DO REGIME DE BENS E SUA NATUREZA JURÍDICA

O matrimônio e bem assim a união estável determinam a existência de diversos efeitos patrimoniais, tanto em relação aos cônjuges e conviventes como deles para com terceiros. Na sociedade conjugal os bens adquiridos durante o casamento são de propriedade exclusiva do cônjuge que os adquiriu e assim seguirá enquanto perdurar o matrimônio, sem que o outro consorte tenha qualquer direito de propriedade sobre esses bens; entretanto, em razão do regime de comunidade de bens o proprietário sofre restrições ou limites no seu direito de disposição, necessitando da outorga de seu parceiro para a alienação ou disposição do bem imóvel na constância do consórcio. Sucedendo a dissolução do casamento ou da união estável, qualquer dos cônjuges ou conviventes tem o direito e este é um efeito imediato, de requerer a partilha dos bens comuns, sobre os quais tinha apenas uma expectativa de direito durante o desenrolar do matrimônio. A sociedade conjugal e também a união estável não têm personalidade jurídica e tampouco uma administração própria, pois nelas cada cônjuge ou

convivente tem os bens em seu próprio nome, não havendo como compará-las a uma sociedade empresária, esta sim, dotada de personalidade jurídica, posto que a sociedade afetiva se ressente de alguns insuperáveis obstáculos: *a*) não tem capital social; *b*) não tem fins lucrativos e *c*) carece de capacidade para estar em juízo; *d*) os patrimônios não são distintos do de seus membros; *e*) não é titular de direitos e de obrigações diante de terceiros; *f*) não conta com nenhum dos atributos da personalidade jurídica: nome, domicílio, nacionalidade.[1]

A situação jurídica dos bens conjugais é obra das mais distintas opiniões, havendo quem identifique um condomínio por metades sobre os bens conjugais móveis, imóveis, ou créditos igualmente comuns, mas em realidade, de condomínio não se trata porque os bens seguem registrados em nome daquele cônjuge ou convivente que os adquiriu. Há quem sustente se tratar a sociedade conjugal de um patrimônio de afetação, unido por um vínculo de direito, que se encontra ordenado pela finalidade de tornar concreta a divisão dos bens comuns com a dissolução do casamento. Críticas também deitam sobre tal natureza jurídica, dentre outros motivos, pela inexistência de um passivo específico da sociedade, pois o patrimônio de afetação é uma universalidade jurídica que se caracteriza pela fungibilidade dos bens que integram o seu patrimônio e pela preferência dos credores para as dívidas de seu passivo, mas esta segunda característica não está presente no patrimônio matrimonial, tanto que cada cônjuge responde pelas dívidas com seus próprios bens.[2] A sociedade conjugal não tem personalidade própria diante dos cônjuges nem perante terceiros e todos os conflitos se resolvem reconhecendo direitos e atribuindo obrigações a cada um dos cônjuges ou conviventes, de forma que, cônjuges e conviventes como representantes de uma sociedade afetiva arrostam em virtude de sua vida em comum as responsabilidades próprias de uma sociedade conjugal que assume obrigações para com seus credores e enfrenta despesas para a manutenção da casa e dos filhos e eventual aquisição de bens.

Os noivos e conviventes devem tratar dos seus futuros interesses econômicos e precisam exercer densa e intensamente esta liberdade de negociação a despeito do regime matrimonial, mesmo porque, o modelo atual de relacionamento afetivo suscita novas responsabilidades e novos efeitos jurídicos para o reconhecimento de uma sociedade de afeto que já não mais depende de sua solene e formal constituição.[3]

10.2. PRINCÍPIOS GERAIS

Com o casamento, os cônjuges assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros responsáveis pelos encargos da família, uma responsabilidade solidária, que não é limitada ao matrimônio, mas extensível à união estável.

Fabiana Domingues Cardoso aponta para três primordiais princípios inerentes aos regimes de bens: *a*) o da variedade de regimes; *b*) o da liberdade convencional e; *c*) o da mutabilidade controlada.[4] A variação dos regimes permite aos cônjuges ou conviventes não apenas escolher dentre os quatro regimes primários de bens em vigor no Brasil (comunhão parcial de bens, comunhão universal; separação total de bens e participação final nos aquestos), mas podendo mesclar esses regimes, e dessa forma personalizar as suas necessidades e pretensões,[5] desde que suas cláusulas não contravenham disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655). Dentro desse princípio de variedade de regimes matrimoniais está implícito o princípio da liberdade de escolha, qual seja o de os cônjuges e conviventes convencionarem acerca do regime que melhor lhes aprouver, mas essa liberdade de escolha precisa ser exercida no casamento por meio de um pacto antenupcial, ou de um contrato particular ou uma escritura pública de convivência no caso da união estável (CC, art. 1.725). São impostos certos limites e restrições à liberdade convencional, a começar pelo artigo 1.641 do Código Civil, que obriga à adoção do regime da separação de bens para

aqueles que casarem sem a observância das causas suspensivas (CC, art. 1.641, inc. I); para os maiores de setenta anos (CC, art. 1.641, inc. II, alterado pela Lei 12.344/2010); e para todos aqueles que dependerem de suprimento judicial para casar (CC, art. 1.641, inc. III). Também surgem limites quando o texto legislativo declara nula convenção pré-nupcial contrária à literal disposição de lei (CC, art. 1.655).

A alteração do regime de bens no curso do casamento deve ser judicialmente monitorada, em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados direitos de terceiros (CC, art. 1.639, § 2º). Também é possível alterar o regime de bens nas hipóteses dos incisos I e III do artigo 1.641 do Código Civil, quando a lei impõe a adoção do regime obrigatório da separação de bens, com exceção do inciso II, que limita aos setenta anos incompletos a livre-eleição do regime matrimonial (Lei 12.344/2010, que alterou o inc. II do art. 1.641 do CC).

A família constituída deve atender suas despesas diuturnas de alimentação e se tem filhos, deve acrescentar os custeios naturais do exercício do poder familiar, que englobam a alimentação, estudo, saúde, vestuário da prole, assim como despesas precisam ser enfrentadas para a subsistência do próprio casal, sem desconsiderar os compromissos financeiros e as obrigações materiais contraídas com terceiros ao largo da vida conjugal.

Para fazer frente ao sustento da família ou exclusivamente da entidade conjugal ou da comunidade afetiva estável, encarregada de satisfazer seus encargos financeiros, devem os cônjuges e conviventes contar com os seus rendimentos na proporção do esforço de cada um, ou podem seus atores criar um patrimônio acomodado ao uso e às necessidades de sustento da composição familiar. E para dar resposta aos compromissos financeiros do casamento é necessário arbitrar um sistema que permita conhecer com transparência as regras econômicas da relação conjugal, sabendo de antemão

como cada intérprete conjugal vai contribuir com aportes financeiros, com seu precedente patrimônio, ou exclusivamente com o seu esforço e dedicação pessoal para a satisfação das necessidades do casal.

A moderna organização conjugal econômica está firmada, basicamente, em dois conceitos: o de separação e o de comunidade de bens, existindo nesta última espécie duas variantes a incluir ou excluir bens com origem anterior ao casamento. A comunidade de bens se caracteriza pela formação de uma massa de bens, que se divide entre os cônjuges ou seus sucessores com a dissolução do matrimônio ou da união estável. Implica em uma unidade de interesses dos esposos que se associam na boa ventura ou desventura deste patrimônio durante o casamento. Essa comunidade pode ser universal, quando compreende todos os bens, ou parcial, quando se restringe a certos bens. Existe ainda o regime de participação, que se caracteriza pelo fato de que durante o casamento, cada um dos cônjuges tem a livre-disposição de suas propriedades, como se fosse um regime de separação de bens, porém, advindo a separação se outorga a um deles um crédito para igualar seus patrimônios em função do aumento patrimonial verificado na constância da sociedade afetiva. Na comunidade de bens, a liquidação se dá pela divisão do acervo patrimonial e a identidade de participação é liquidada mediante a entrega de uma soma em dinheiro que poderá ser paga com bens, sendo que na partilha de quotas de empresa será realizada perícia contábil, em apuração de haveres, devendo ser considerado o patrimônio líquido da sociedade no momento em que ocorreu a separação fática do casal e paga a meação do cônjuge que não consta do quadro social, o que dele se retira, em dinheiro ou por meio de bens da empresa, ou oriundos da meação do cônjuge empresário e que compensem o montante da sua participação societária, estabelecendo o parágrafo único do artigo 600 do Código de Processo Civil, no Capítulo que trata da ação de dissolução parcial de sociedade, que “o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a

apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio".

No regime de separação de bens cada cônjuge ou convivente conserva a propriedade, administração e gozo dos bens que leva para a sociedade afetiva ou que adquire depois, e responde exclusivamente por suas dívidas.[6]

10.3. CLASSIFICAÇÃO DOS REGIMES DE BENS

O Código Civil regula quatro diferentes regimes matrimoniais de bens, basicamente divididos em três modelos fundamentais: *a*) regime de separação de bens, em que cada componente da sociedade afetiva conserva a propriedade dos bens que possuía ao se casar, e daqueles adquiridos durante o matrimônio, ficando responsável por sua administração e respondendo isoladamente pelas dívidas por ele contraídas, nada se comunicando com o outro parceiro, seja em relação aos bens pessoais de cada um e existentes antes do casamento, assim também no tocante aos adquiridos na constância do relacionamento, permanecendo a titularidade em nome do cônjuge adquirente do bem; *b*) regime de comunidade universal de bens, em que todos os bens se tornam comuns e se dividem por igual, sem considerar a sua origem, se adquiridos antes ou durante o casamento, passando a pertencerem por metade a cada um dos cônjuges; *c*) por fim, o regime misto de comunidade dos bens entre os cônjuges ou conviventes, de participação apenas dos aquestos adquiridos na constância do casamento, em que se verificam três distintas massas de bens: os do marido, os da esposa e os bens comuns adquiridos durante o relacionamento conjugal.

Os regimes de bens podem ser classificados de acordo com a base normativa em: *a*) imperativos; *b*) livres; e *c*) convencionais. São imperativos quando a lei impõe, como acontece no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao regime legal ou obrigatório de bens, consoante as três situações referidas no artigo 1.641 do Código Civil, nas quais é determinado o regime

da separação de bens para aquelas pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas da sua celebração (inc. I); da pessoa maior de setenta anos (inc. II e Lei 12.344/2010); e dos que dependerem, para casar, de suprimento judicial (inc. III). No regime impositivo os esposos e, curiosamente, a regra só tem eficácia jurídica para o casamento e não para a união estável,[7] não têm possibilidade de escolher livremente seu regime matrimonial de bens, pois lhes é infligida a adoção da separação de bens, afastando qualquer possibilidade de ser lavrado algum pacto antenupcial para a adoção de qualquer regime distinto ou mesclado, salvo queiram reforçar por meio do pacto antenupcial o também convencionado regime da separação de bens e dessa forma evitar a eventual aplicação da Súmula 377 do STF. Tampouco no silêncio do casal seria aplicado o regime da comunhão parcial de bens (CC, art. 1.640). Não obstante essa regra rígida de imposição de um regime de separação de bens, nas hipóteses dos incisos I e III do artigo 1.641 do Código Civil, vencidos os obstáculos legais que obrigaram o estabelecimento da separação de bens, é facultada aos cônjuges alterar o regime obrigatório de separação de bens, nos termos do § 2º do artigo 1.639 do Código Civil, à exceção do inciso II, porque a restrição pactícia decorrente do limite de idade não tem como ser superada pela intervenção dos cônjuges.

Os regimes de bens também são classificados de acordo com as suas regras de mutabilidade ou de imutabilidade, sendo mutáveis (CC, art. 1.639, § 1º) e imutáveis (CC, art. 1.641), embora ao tempo de vigência do Código Civil de 1916 os regimes não fossem simplesmente matrimoniais ou nupciais, e sim *antenupciais*, porque firmados antes do casamento e uma vez celebrado o matrimônio eram irrevogáveis (CC/1916, art. 230). Nos regimes impositivos existem os de livre-eleição dos noivos ou conviventes, dentre as opções legais para adoção por convenção escrita, devendo os nubentes adotá-la por escritura pública de pacto antenupcial (CC, arts. 1.639 e 1.653) e podendo os conviventes optar pela escritura pública ou por contrato

particular (CC, art. 1.725). Nos regimes livres, eventual silêncio dos cônjuges e conviventes implica a adoção do regime da comunhão parcial (CC, art. 1.640).

Contraentes e conviventes têm liberdade na escolha do regime de bens, podendo inclusive mesclar os diferentes tipos de regimes, desde que não restrinjam direitos e tampouco dissimulem qualquer forma de fraude à lei ou aos direitos de terceiros (CC, art. 1.655).

10.4. O PACTO ANTENUPCIAL

Podem os nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular por meio de um pacto antenupcial o regime que lhes aprouver, embora existam casos na lei vigente (CC, art. 1.641, incs. I, II e III),[8] impondo a adoção do regime obrigatório da separação de bens.[9]

Não havendo convenção antenupcial, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará entre os cônjuges o regime da comunhão parcial (CC, art. 1.640).

Para Débora Gozzo, o pacto antenupcial "é um negócio jurídico de direito de família",[10] isso porque, como observa João Andrades Carvalho, "não se trata de uma liberdade sem limites, ou de um desmesurado direito de agir. Há um espaço legal que não pode ser invadido nem desrespeitado pelos nubentes".[11]

De acordo com Fabiana Domingues Cardoso, para uma corrente doutrinária não está vedada a inclusão de disposições extrapatrimoniais no pacto antenupcial, que também se presta para celebrar convenções de cunho interpessoal, ou vinculadas às responsabilidades paterno-filiais,[12] e vê com muita simpatia a possibilidade de ampliação do conteúdo do pacto antenupcial como um instrumento eficiente para prevenção de conflitos entre os cônjuges.[13] Contundente exemplo de conteúdo imaterial dos contratos pactícios pode ser encontrado naquelas disposições destinadas a regular a convivência conjugal, pactuando os cônjuges dispensar a coabitação dentre

um dos diversos deveres conjugais previstos no artigo 1.566 do Código Civil (em especial no inc. II), não se afigurando esta cláusula pactícia nula e contrária à literal disposição legal, se, por exemplo, os consortes mantêm dois domicílios, ou simplesmente não tencionam dividir o mesmo teto, não se mostrando adequado que pessoa de direito público ou de direito privado interfira na autonomia privada dos consortes (CC, art. 1.513) e lhes negue a direito de estipularem habitações distintas, devendo ser lembrado que não há exigência de coabitação na união estável. Com efeito, no pacto antenupcial o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia privada, podendo os nubentes contratar acerca do regime que melhor entendam dever dispor sobre as relações patrimoniais de seu casamento, constituindo-se em verdadeira exceção à regra da indisponibilidade dos direitos de família, cujos preceitos são compostos de normas cogentes e, "portanto, insuscetíveis de serem derrogadas pela convenção entre particulares".[14]

Entretanto, não é absoluta a autonomia privada do contrato antenupcial, e não apenas em decorrência da nulidade da convenção, ou de qualquer cláusula que contravenha disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655), mas, também, porque o pacto antenupcial não perde o seu caráter institucional, uma vez que as partes contratantes não podem modificá-lo sem a intervenção judicial, em pedido devidamente justificado (CC, art. 1.639, § 2º), e tampouco podem dissolvê-lo sem a ruptura da sociedade conjugal, sendo reduzida a esfera da vontade humana e controlada a autonomia dos contraentes na convenção matrimonial, pois os pactuantes podem mesclar os regimes existentes e até criar um novo regime, mas é proibido atentar "contra a ordem pública, os bons costumes, a função social tanto da propriedade como dos contratos, a boa-fé e outros princípios do direito de família"[15] (CC, art. 1.655).

Neste prisma, seriam ineficazes quaisquer cláusulas ou contratos matrimoniais admitindo a infidelidade conjugal, ou dispensando os principais deveres conjugais, como o da mútua assistência; o sustento, a

guarda e a educação dos filhos; o dever de respeito e o da mútua consideração (CC, art. 1.566) como seriam de nenhuma eficácia os ajustes pactícios proibindo a mulher de assumir a direção do casamento quando o marido estivesse em local afastado do domicílio nupcial, ou alterando a ordem de vocação hereditária,[16] e, portanto, o direito sucessório concorrente do cônjuge sobrevivente (CC, art. 1.829, incs. I, II e III) e até mesmo estabelecendo indenização entre os cônjuges no caso de divórcio, dado sua natureza penal ser estranha aos contratos antenupciais.

Contudo, será nulo o contrato pactício se não for formalizado por meio de escritura pública, como prescreve o artigo 1.653 do Código Civil, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.

Sem regramento paralelo, o artigo 1.654 do Código Civil vincula a eficácia do pacto antenupcial realizado por menor não emancipado à aprovação de seu representante legal, salvante as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Portanto, o artigo 1.654 do Código Civil exige que nas convenções matrimoniais celebradas por menores de idade concorram seus pais, seu tutor ou curador, cuja omissão quanto ao assentimento torna nula a convenção, mas sua nulidade é relativa, posto possa o ato ser confirmado pelos representantes do menor. Pelo sistema do Código Civil de 1916, mulheres menores de 16 anos e homens menores de 18 anos (CC, art. 183, inc. XII) só podiam se casar com o expresso consentimento de seus pais,[17] sendo-lhes imposto o regime obrigatório da separação de bens, mas transformado em comunhão parcial por influxo da Súmula 377 do STF.

Exemplo mais emblemático da injustiça na imposição do regime obrigatório da separação de bens decorre dos três incisos do artigo 1.641 do Código Civil, ao retirar a autonomia privada das pessoas que contraírem casamento com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento (CC, art. 1.523); ou da pessoa maior de 70 (setenta) anos (Lei

12.344/2010); e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

A idade núbil acontece aos 16 (dezesseis) anos, sendo exigida para o casamento a autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais (CC, art. 1.517), sendo expressamente proibido o casamento de menores de 16 anos em concordância com a Lei 13.811/2019, que conferiu nova redação ao artigo 1.520 do Código Civil, de modo a suprimir as exceções legais ao casamento infantil, tornando proibido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil.

Ora, aos mínimos 16 (dezesseis) anos, os nubentes, de regra, não possuem patrimônio algum e, muito pelo contrário, normalmente só irão adquirir bens no correr de suas núpcias e seguramente com o esforço comum; e, no entanto, deparam com essa inexplicável proibição de elegerem livremente o seu regime matrimonial, notadamente se para casarem precisaram de autorização judicial evidentemente consentida. E se o juiz consentiu o mais importante, a permissão para o casamento, abjeta a inútil imposição de um regime compulsório de separação de bens, permitindo recair sobre o cônjuge, a cujo nome não estão associadas as aquisições, o seu injusto empobrecimento, porque o patrimônio comprado com o esforço comum durante a sociedade conjugal só irá pertencer ao consorte que o tem registrado em seu nome pessoal.

Não há dúvida alguma de que as pessoas declinadas nos incisos I e III do artigo 1.641 do Código Civil, depois do casamento podem alterar o regime imposto de obrigatória separação de bens, uma vez superadas as causas suspensivas (inc. I), ou suprida a vênia judicial (inc. III), conforme admite em parte, Luiz Felipe Brasil Santos na hipótese da adoção obrigatória do regime da separação de bens de casamento celebrado com infração a causa suspensiva (CC, art. 1.523), vindo mais tarde, no correr do matrimônio, a desaparecer a causa suspensiva, como no exemplo do divorciado que posteriormente formaliza a partilha dos bens de seu

precedente casamento, cessando assim a causa suspensiva por circunstância superveniente, não subsistindo qualquer prejuízo a terceiro ou ao outro cônjuge,[18] como também concluiu a III Jornada STJ em dezembro de 2004 por meio do Enunciado 262.[19]

O Enunciado 377 do STF já havia afastado do sistema legal brasileiro o regime coercitivo da completa separação de bens, cujo único efeito era o de desamparar o consorte desafortunado do amealhamento em seu nome, das riquezas materiais da sua paritária sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado efetiva contribuição na formação moral e espiritual do casamento e no crescimento econômico-financeiro de seu parceiro, e se torna mais uma vez tarefa dos julgadores e jurisconsultos reescreverem a lúcida trajetória da Súmula 377 do STF,[20] cujo enunciado segue em plena vigência como instrumento eficaz de repúdio ao enriquecimento sem causa e de notória aplicação nos regimes obrigatórios de separação de bens.

Também sem nenhum dispositivo paralelo, o artigo 1.656 do Código Civil permite convencionar a livre disposição dos bens imóveis particulares, quando os contraentes optarem pelo contrato antenupcial do regime de participação final nos aquestos, constituindo-se em uma porta aberta para a fraude na partilha conjugal.

Por fim, o artigo 1.657 do Código Civil regulamenta a necessária publicidade do contrato antenupcial perante terceiros, como já estabelecia o artigo 261 do Código Civil de 1916, ao ordenar a sua inscrição no Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

Como lembra Débora Gozo,[21] a Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), no seu artigo 167, inciso I, n. 12, disciplina a matéria complementada pela Lei 4.726, de 13 de julho de 1965, prescrevendo o artigo 37, inciso III, n. 1, o arquivamento do pacto antenupcial na Junta Comercial competente quando os nubentes forem empresários (CC, art. 979).[22]

10.5. ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Uma das mais significativas mudanças trazidas com o Código Civil de 2002, diz respeito à possibilidade de ser alterado o regime de bens no curso da relação conjugal, como prescreve o artigo 1.639, § 2º, em pedido judicial motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros, não sendo necessário promover a relação discriminada dos bens dos cônjuges.[23]

A imutabilidade do regime de bens prescrita pelo Código Civil (CC/1916, art. 230) sempre teve em mira as eventuais influências e solicitações das quais eram passíveis as frágeis mulheres, muito mais dedicadas às tarefas domésticas, a cujos temores escreveu Caio Mário da Silva Pereira[24] que, se fosse possível mudar o regime de bens na constância do casamento, isto poderia conduzir um dos consortes a alterar o regime econômico do matrimônio, com grave risco para os próprios créditos e provável prejuízo para os terceiros.

Eventuais credores que tinham na meação de uma comunhão universal, ou mesmo na partilha apenas dos aquestos, a expectativa de recebimento do seu crédito poderiam ver frustrada a quitação de seus haveres pela maliciosa migração dos cônjuges para o regime da completa separação de bens.

Sílvio de Salvo Venosa[25] enfatiza ter sido erigido o princípio da imutabilidade do regime de bens como garantia aos próprios cônjuges, e para resguardo ao direito de terceiros. Ressalva apenas o entendimento de a irrevogabilidade do regime tender, em regra, a proteger a mulher casada, pois em outra esfera cultural brasileira a mulher era tida como dotada de menor experiência no trato das riquezas econômicas do casamento, quase sempre administradas pelo marido.

Por certo, convencido pela argumentação jurídica defendida principalmente por Orlando Gomes,[26] com o advento do Código Civil o legislador brasileiro abandonou o princípio da imutabilidade do regime de bens.

Já em 1984 questionava Orlando Gomes quais razões ainda poderiam justificar a manutenção da imutabilidade do regime patrimonial, quando a própria lei punha à escolha dos noivos diversos regimes matrimoniais e não os impedia de mesclarem disposições próprias de cada um dos regimes. Aconselhava, apenas, fossem adotadas as devidas cautelas, subordinando a mudança do regime à autorização judicial, por requerimento de ambos os cônjuges, os quais deveriam justificar a pretensão, e verificando o juiz a plausibilidade do deferimento, cuidando apenas para terceiros não serem prejudicados, e ressalvando essa hipótese em qualquer caso, com a ampla publicidade da sentença, a ser transcrita no registro próprio.

Considerando a igualdade dos cônjuges e dos sexos, consagrada pela Carta Política de 1988, soaria herege aduzir em tempos de globalização, com absoluta identidade de capacidade e de compreensão dos casais, ainda pudesse um dos consortes, apenas por seu gênero sexual, ser considerado mais frágil, mais ingênuo e com menor tirocínio mental em relação ao seu parceiro conjugal. Por esse prisma, desacolhe a moderna doutrina a defesa intransigente da imutabilidade do regime de bens, devendo homem e mulher gozarem da livre-autonomia privada e decidirem acerca da mudança incidental do estatuto patrimonial de seus bens, sem seguir o legislador presumindo possa um deles querer abusar da fraqueza do outro. O pensamento subjacente do princípio da imutabilidade do regime matrimonial estaria em evitar enriquecimentos injustificados derivados da ascendência psicológica de um cônjuge sobre o outro.

Enfim, todas as cautelas advertidas por Orlando Gomes foram consideradas no § 2º do artigo 1.639 do Código Civil, ao exigir autorização judicial por requerimento conjunto, e apurada a procedência das razões invocadas, ressalvados os direitos de terceiros. Preocupado com os direitos de terceiros, algumas corregedorias de tribunais brasileiros, ou juízes interpretando à risca o § 2º do artigo 1.639 do Código Civil, ordenam a publicação de editais que imprimam a devida publicidade à mudança

incidental do regime de bens, visando justamente resguardar direitos de terceiros,[27] quando não determinam em obrigação adicional, a juntada pelos cônjuges, de certidões negativas de dívidas fiscais, municipais, estaduais, federais e de qualquer outra natureza, incluso certidões de ofícios de protestos de títulos e documentos, dos cônjuges como pessoas físicas, ou como participantes de empresas que integrem como sócios, anexando certidão da Junta Comercial para comprovar que não pertencem às sociedades empresárias e que tampouco estão financeiramente comprometidos com credores em geral. Contudo, já está consolidado pela jurisprudência não existir qualquer receio quanto a possíveis prejuízos que possam ser causados a terceiros detentores de direitos oponíveis ao casal, uma vez que seus direitos estão expressamente ressalvados no próprio dispositivo legal que autoriza a mudança do regime de bens. Inexiste qualquer necessidade de profunda averiguação acerca da existência de dívidas dos cônjuges, porquanto a futura alteração do regime de bens só produzirá efeitos futuros (*ex nunc*),[28] posteriores à alteração do regime matrimonial, aduzindo Silvio Rodrigues que os terceiros são absolutamente estranhos ao processo de mudança do regime matrimonial e que tampouco serão atingidos pela alteração.[29]

De acordo com o Código Civil brasileiro a alteração do regime matrimonial será sempre judicial, pouco importando a existência de precedente pacto, porque a sentença deferitória da modificação do regime conjugal deverá ser averbada no Cartório de Registro de Imóveis,[30] sendo logicamente dispensada a escritura pública por ser ela substituída pela sentença judicial, não existindo qualquer possibilidade de os cônjuges pretenderem alterar seu primitivo regime de bens por mera escritura pública lavrada em tabelionato, embora assim seja possível na alteração do contrato patrimonial firmado entre conviventes, ao contrário do direito civil argentino, cujo artigo 449 do CCC admite a modificação do regime de bens mediante escritura pública, mas somente depois de um ano de aplicação do

regime patrimonial, convencional ou legal, como por escritura pública devem ser realizadas as convenções antenupciais argentinas (CCC, art. 448).

10.6. TEMOR DE FRAUDE NA MUDANÇA DO REGIME DE BENS

Os cônjuges nunca estiveram a salvo da fraude ou do engodo em qualquer regime de mutabilidade ou no sistema da imutabilidade do regime matrimonial. Acerca da fraude patrimonial entre cônjuges e conviventes, escrevem Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede que: "quem outrora mereceu juras de amor, torna-se vítima, sem que perceba. O outro se embrenha em atos desonestos, ilícitos e, quiçá, criminosos. Prepara-se para *sair em vantagem*. O ambiente dessa peleja é o patrimônio comum dos cônjuges. É assustadoramente comum ver-se que a partilha dos bens é maculada pela iniciativa de um dos cônjuges ou conviventes que, preparando-se com antecedência, criou mecanismos para fraudar a partilha dos bens".[31]

Por sinal, doutrina e jurisprudência nunca proibiram a partilha desigual dos bens conjugais, ao permitirem, em cotidiana prática, pudesse um consorte doar ao outro, se quisesse, toda a sua metade conjugal, apenas devendo pagar o imposto de reposição pelo excesso de meação. Para evitar o temor da fraude, seria muito mais adequado a lei vetar qualquer modificação do regime de bens capaz de importar em uma restrição ou renúncia de direitos, como a substituição de um regime de comunhão parcial ou universal de bens, para vertê-las em completa e retroativa separação total de bens, quando já existiam bens comuns ao casal, mas cuja injusta retroação vinha sendo amplamente admitida pela jurisprudência, notadamente para as relações de união estável, ou pelo menos deve ser procedida a partilha dos bens hauridos até a homologação judicial do pedido consensual de alteração do regime de comunidade de bens para o de separação de bens.

Essa é uma preocupação bastante presente e de tormentosa repercussão diante da possibilidade de adotar por pacto antenupcial o regime convencional de separação total de bens, firmado pelo casal convivente ao converter a sua precedente união estável em casamento e estendendo a incomunicabilidade de seu patrimônio para o período relativo à precedente união estável.

Cuida-se da retroatividade das disposições estabelecidas no pacto antenupcial quando convertida a precedente união estável em casamento ou mesmo na hipótese de simplesmente firmarem contrato de convivência, convencionando efeitos pretéritos para selar com o regime da incomunicabilidade, também, as aquisições procedidas desde o começo da união.

Deve haver redobrada cautela na mutabilidade intercorrente do regime de bens pelo intérprete da lei, tendo o julgador a tarefa de apurar acerca da viabilidade dessa alteração do regime de bens dos cônjuges ou conviventes, porque o deferimento pode abrir as portas do abuso do direito deitado sobre a inevitável fraqueza do cônjuge ainda tomado pela cegueira da paixão.[32]

Se um homem e uma mulher, vivendo em união estável, resolvem celebrar um contrato de separação de bens, esta avença não pode incidir sobre os bens já considerados comuns em razão do relacionamento passado, só podendo refletir sobre o patrimônio futuro, mas nunca atingindo o acervo preexistente, fruto do esforço comum já despendido, especialmente quando segue hígida a mesma união, pouco importando sigam vivendo como conviventes, ou tenham optado por converter sua união estável em casamento, nos termos do artigo 1.726 do Código Civil.

A conclusão mais evidente desta injustiça é a própria continuação do relacionamento, só vindo a reforçar a noção de comunhão de bens e de interesses, tanto que continuam a levar juntos a vida[33] e se a relação afetiva não sofreu qualquer solução de continuidade e seguem os conviventes inabaláveis em sua convivência, os direitos entre eles já adquiridos não

podem ser modificados, devendo antes promoverem a liquidação do patrimônio comum pregresso, com a efetiva partilha dos bens amealhados durante o primeiro período da união, sob pena de restar escancarada a burla e com ela o enriquecimento indevido. Esta polêmica acerca do termo inicial dos efeitos da alteração do regime de bens do casamento e da união estável, se *ex nunc*, ou seja, se retroativo à data do trânsito em julgado da decisão judicial que alterou o regime de bens, ou *ex tunc*, com retroação à data do casamento, foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.300.036/ MT, na Terceira Turma em acórdão relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino e julgado em 13 de maio de 2014, constando no corpo do voto do relator a inclinação pelo efeito *ex nunc*, tomando como termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial de alteração do regime de bens, respeitando os efeitos do ato jurídico perfeito celebrado sob a égide do Código Civil de 1916 e preservando os interesses de terceiros, que poderiam ser surpreendidos com uma alteração no regime de bens do casamento.[34]

Nada justificaria dissolver uma sociedade afetiva de divisão de aquestos e começar imediatamente outra nova relação com o mesmo parceiro, em que um deles renuncia indiretamente à sua meação sobre bens já adquiridos com o *status* de comuns. A hipótese instiga a promover a prévia liquidação dos bens da primeira relação, porque esse contrato que não admite adquirir bens imóveis senão por escritura de doação do parceiro ou por compra e venda não pode admitir a renúncia unilateral aos bens de seu presumido condomínio, até porque é princípio consagrado no Direito de a renúncia ser sempre expressa,[35] nunca presumida pela simples alteração contratual de um regime de comunicação de bens em outro de total separação.

Sob o risco de convalidar a fraude, toda a modificação de um regime econômico de comunicação de bens idealizado para restringir direitos pressupõe a prévia liquidação do regime anterior e a correlata divisão do

patrimônio amealhado e comunicável, pela aplicação automática à união estável do regime da comunhão parcial, quando ausente precedente contrato escrito.[36]

Por evidente, não quer a lei o enriquecimento sem causa, como deixam claros os artigos 884 e 885 do Código Civil.[37] Se bem visto, a renúncia de direitos requer menção expressa, por escritura pública ou por termo nos autos de um divórcio ou de dissolução de uma união estável. A renúncia indireta dos bens, dissimulada em contrato escrito de convivência, idealizado para afastar a presunção de comunhão parcial dos aquestos, deve ser rejeitada por seu infausto efeito de enriquecer sem justa causa apenas o companheiro beneficiado pela abdicação do outro, e por resultar em ato contrário à moral e ao direito, ao permitir restrições de ordem material com efeito retroativo e de renúncia indireta.

Apagar acordos tácitos de comunhão parcial justamente quando a lei presume a comunicação dos bens pela inércia contratual dos conviventes, para depois permitir a renúncia desses bens por simples contrato, no mais das vezes surgido do desgaste da relação, se constitui em um meio de empobrecer um dos parceiros em benefício do outro.

E se convencionam dissolver uma entidade familiar para formatar outra de regime restritivo de bens, não obstante permaneçam em cena os mesmos protagonistas da peça original, esta primeira sociedade que sequer se dissolve, mas apenas troca de titulação patrimonial para dar lugar a um novo regime de restrição de direitos, deve ser obrigada a promover a prévia liquidação do acervo já construído em nome do casal convivente.

Se quer a lei no ato de mutabilidade do regime de bens preservar os direitos e interesses de terceiros,[38] não pode ter sido desejo do legislador prejudicar o meeiro da relação afetiva em tempos de Estado Democrático de Direito, de igualdade e dignidade humana, como se existisse algum espaço para restrições e dissensões de direitos apenas consagrando a sempre odiosa fraude à meação.

10.7. DO REGIME OBRIGATÓRIO DA SEPARAÇÃO DE BENS

O artigo 1.641 do Código Civil reedita a velha e surrada fórmula de punir com a adoção obrigatória do regime da separação de bens pessoas que se amam, mas contraíram casamento com a inobservância das causas suspensivas de sua celebração (CC, art. 1.641, inc. I, c/c art. 1.523).

De acordo com o artigo 1.523 do Código Civil não devem casar as pessoas referidas nos incisos I, II, III e IV, sob pena de lhes ser impingido o regime obrigatório da separação de bens no casamento (CC, art. 1.641, inc. I).

Verifica-se nessa disposição de ressalva às hipóteses do regime obrigatório de separação de bens um notório retrocesso do codificador, quando simplesmente ressuscita o punitivo regime legal ou obrigatório da separação de bens, quando violado algum dos impedimentos matrimoniais, como no caso do casamento dos dependentes de suprimento judicial (CC, art. 1.641, inc. III).

A Súmula 377 do STF já havia afastado do sistema legal brasileiro o regime coercitivo da completa separação de bens, cujo único efeito era o de desamparar o consorte que não teve a fortuna de amealhar em seu nome as riquezas materiais da sociedade conjugal, não obstante tivesse prestado contribuição integral para a formação moral e espiritual e para o crescimento econômico-financeiro de seu parceiro e da entidade familiar.

São disposições imprestáveis, porque em nada interferem na vida econômica do casal; basta verificar o fato de o parágrafo único do artigo 1.523 do Código Civil admitir aos nubentes solicitarem ao juiz não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas, provando a inexistência de prejuízo para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para o tutelado ou curatelado (incs. I, III e IV); e na hipótese do inciso II a nubente deverá provar o nascimento de filho, ou a inexistência de gravidez, na fluência do prazo.

Na hipótese do inciso III do artigo 1.523 do Código Civil, o legislador se contradiz à vista do disposto no artigo 1.581 do mesmo Diploma e do parágrafo único do artigo 731 do CPC, os quais, modificando a exigência constante do revogado artigo 31 da Lei do Divórcio, passaram a dispensar a partilha de bens no divórcio, não fazendo sentido impor o regime obrigatório da separação para quando o divorciado quiser recasar, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens de suas núpcias precedentes, especialmente depois da Emenda Constitucional 66/2010, que suprimiu a exigência do prazo para a concessão do divórcio e eliminou o processo de conversão da separação em divórcio.

Perde força o argumento de ser necessária a partilha dos bens do nubente divorciado que queira recasar, quando o único pressuposto ao recasamento é o estado civil de divorciado, não impondo o artigo 1.581 do Código Civil nem o parágrafo único do artigo 731 do Código de Processo Civil a execução prévia da partilha, assim como o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal dispõe ser dissolvido o casamento pelo divórcio, sem condicionar à prévia ou concomitante divisão dos bens conjugais, antes, permite sem ressalvas sua postergação para outro momento processual (CC, art. 1.581; CPC, art. 731, parágrafo único).

Precedente paradigma jurisprudencial já deveria ter servido para inspirar o legislador a partir do voto proferido pelo então desembargador Cézar Peluso, ao afastar, por flagrante ofensa à dignidade humana, a incidência do regime legal da separação de bens, previsto pelo artigo 258, parágrafo único, inciso III, do Código Civil de 1916,[39] correspondente ao artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

Por fim, antes do advento da Lei 13.811/2019, que proibiu o casamento daqueles sem a idade núbil dos 16 (dezesseis) anos, e que dependiam de autorização judicial para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal,[40] ou cujo matrimônio decorria de gravidez (CC, art. 1.520). Embora revogados os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, não

mais sendo extinta a punibilidade criminal pelo casamento da vítima com o agressor ou dela com um terceiro, subsistia a hipótese de suprimento judicial para eventual interesse pelo casamento entre vítima e agressor e, nessa eventualidade, incidia a imposição do regime legal de separação de bens como prevenção contra possível cobiça, hipótese que terminou afastada com a redação atribuída ao artigo 1.520 do Código Civil pela Lei 13.811/2019, que suprimiu as exceções legais ao casamento infantil, e proibiu, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil.

Com essa medida a lei procura evitar vinculação conjugal forjada com o espírito materialista, em uma aproximação de mero interesse financeiro, ao ordenar o casamento pelo regime legal da separação de bens, e, no entanto, se adotassem o regime da comunhão parcial, partilhariam exclusivamente os bens amealhados na constância do matrimônio, cujo relacionamento pode muito bem se estabilizar e gerar patrimônio proveniente da mútua participação.

O Código Civil não informa se os cônjuges matrimoniados por suprimento judicial, poderão alterar o regime de bens (CC, art. 1.639, § 2º) quando atingirem a maioridade, mas a resposta deve ser afirmativa, como vem se inclinando a doutrina e jurisprudência, e o Enunciado 262 da III Jornada de Direito Civil do STJ em relação aos incisos I e III, ademais, mostra-se inútil a cautela do inciso III do artigo 1.641 do Código Civil, porque a incomunicabilidade dos bens só teria vigência e eficiência durante a menoridade do cônjuge, sucedendo a sua emancipação legal pelo artigo 5º, inciso II, do Código Civil.

E se não pudessem alterar seu estatuto patrimonial, e tampouco fosse aplicável a Súmula 377 do STF, o cônjuge inicialmente assediado por interesses econômicos não participaria do eventual patrimônio amealhado por seu consorte na constância do casamento.

Melhor solução sempre seria autorizar a adoção do regime da comunhão limitada de bens, com a divisão dos aquestos, como ordena a

Súmula 377 do STF ao inibir o enriquecimento sem causa e, principalmente, ao deixar de ofender a dignidade da pessoa humana.

10.8. DO REGIME LEGAL DE BENS

Regime legal de bens é aquele ao qual o Código dá preferência.[41] Na falta de manifestação dos cônjuges na escolha por um determinado regime de bens, dentre os previstos por lei, ou sendo nulo o pacto, ou vindo a ser anulado, irá prevalecer o regime de comunhão parcial.

Desde o advento da Lei do Divórcio em 1977, alterando o artigo 258 do Código Civil de 1916, o regime legal tem sido o da comunhão limitada de bens, conforme determinado pelo artigo 258, com a redação que lhe deu em 1977 a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977).

Antes da Lei 6.515/1977 prevalecia o regime legal da comunhão universal de bens, estabelecendo a comunicação de todo o conjunto patrimonial dos cônjuges, tanto dos aprestos quanto dos aquestos, com forte influência religiosa sobre o casamento civil e, segundo, ainda, as convenções sociais e morais da época, contraído para se perpetuar durante toda a existência física dos cônjuges.

A mesma regra vem reprisada no artigo 1.640 do vigente Código Civil, ao estabelecer o regime legal da comunhão parcial de bens na falta de convenção dos nubentes ou sendo ela nula ou ineficaz.

Dividem os esposos o produto econômico de sua sociedade nupcial, sem misturarem riquezas advindas de suas famílias de origem, e para cuja aquisição não teve o novel nubente o menor concurso na construção destes aprestos. Vivem-se novos tempos e diferentes realidades, em um mundo de paridade de direitos e obrigações, sendo importante ter em conta que o aspecto sentimental do relacionamento não mais possui aquela força e o efeito que tinha no passado, quando o matrimônio era compartilhado para toda a existência do cônjuge, prevalecendo um espírito de permanência e um

sentimento muito forte de culpa e de frustração, acaso fracassasse o projeto matrimonial. Na atualidade os casamentos são celebrados sobre outra perspectiva temporal e a evolução da legislação matrimonial acompanha essas mudanças, como sucede com o divórcio direto e único, estabelecendo-se em regra, dois diferentes regimes, sendo um deles denominado legal e envolve a comunhão parcial ou restringida dos bens amealhados durante o casamento, e o outro de separação de bens, existindo vantagens e desvantagens na eleição de cada um destes estatutos patrimoniais.

Quando só um dos cônjuges desempenha uma atividade econômica, ou a profissão do outro consorte implica num ingresso financeiro escasso, o regime da comunhão parcial beneficiará o parceiro que não realiza trabalho, sendo ao final do matrimônio dividido todo o patrimônio amealhado no casamento. Aqui se está diante da principal característica dos regimes de participação, que é a solidariedade familiar, em que um dos cônjuges se dedica ao trabalho externo e o outro envida seus esforços na relação familiar, nos cuidados com os filhos e com a infraestrutura do lar.

10.8.1 Bens de caráter próprio

Não fazem parte da sociedade conjugal ou da união estável desenvolvida no regime de comunhão parcial os bens classificados como próprios de um e do outro cônjuge, ao passo que integram o patrimônio comum as aquisições e rendimentos realizados a partir da celebração do casamento, menos as exceções do artigo 1.659 do Código Civil a serem adiante examinadas. É relevante diferenciar os bens próprios daqueles considerados comuns, porquanto somente estes últimos serão partilhados com a dissolução da entidade familiar e a liquidação do acervo pertencente à sociedade afetiva. São privativos aqueles bens cuja titularidade corresponderia a um cônjuge antes de contrair matrimônio, ou antes, de constituir o regime de comunhão parcial, os que adquirem durante o

casamento a título lucrativo e os adquiridos em substituição de um bem privativo. São chamados de bens particulares de caráter *primário* aqueles que constituem o patrimônio inicial da pessoa, anteriores à produção de qualquer bem conjugal ou construído durante a união estável.

Em conformidade com o artigo 1.659 do Código Civil serão próprios os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares (inc. II); as obrigações anteriores ao casamento (inc. III); as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo tenham revertido em proveito do casal (inc. IV); os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão (inc. V); os proventos do trabalho de cada cônjuge (inc. VI) e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (inc. VII).

Não devem ser considerados como sendo bens comuns os que forem adquiridos após a efetiva e irreversível separação de fato do casal, porquanto a separação fática interrompe o caráter comunitário dos bens que deverão ser havidos como exclusivos daquele cônjuge ou convivente que os adquiriu sem o concurso material ou imaterial de seu parceiro, muito embora para Rafael Calmon Rangel a mancomunhão não encontra fim na separação fática, sendo plausível, por exemplo, a promoção de ação de prestação de contas acerca da administração isolada dos bens comuns e não partilhados, como decidiu o STJ, no REsp 1.300.250/SP, em 27 de março de 2012, na relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.[42]

Identificam-se como próprios e excluídos da comunhão os bens que cada cônjuge ou convivente possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar (CC, art. 1.659, inc. I). São, portanto, considerados bens particulares aqueles que os esposos levam para o matrimônio e os que sobrevierem com o casamento em virtude de doação, herança, ou os sub-rogados em seu lugar. Bens próprios serão móveis, imóveis e créditos adquiridos antes do consórcio, ou mesmo com posterioridade, mas provenientes de doação ou

herança, sem caráter oneroso, ou que tenham resultado de uma causa anterior à celebração das núpcias, como a usucapião aquisitiva, cuja posse prescricional sucedeu antes do casamento, ou um contrato particular de compra e venda de bem imóvel cujo preço foi integralmente quitado antes do matrimônio. Embora o contrato particular de compra e venda de bem imóvel quitado não seja hábil para transferência do domínio, dá direito a exigir seja outorgada a escritura para perfectibilizar a propriedade de aquisição efetuada durante as núpcias. A valorização natural dos bens particulares e daqueles adquiridos por sub-rogação real, que acontece quando um novo bem entra no lugar de outro bem de caráter particular, também são tidos como bens próprios e incomunicáveis. Mas se apenas uma parte do bem foi adquirido e pago antes do casamento, existindo parcelas do preço que se venceram na constância do matrimônio, sendo pagas com as economias conjugais, será próprio apenas o preço proporcional pago em período precedente ao consórcio nupcial.[43] No entanto, se o dinheiro utilizado para pagar as prestações pertencia exclusivamente ao titular do bem, então esta propriedade segue com o caráter de próprio, personalíssimo e incomunicável.[44] Também serão próprios os frutos vencidos antes do casamento, mas percebidos com posterioridade ao matrimônio.

10.8.2 Bens de caráter comum

O regime de comunicação patrimonial presume a concorrência dos cônjuges em desenvolver um esforço matrimonial solidário, que empreendem para levar à frente os propósitos do casamento e a viabilizar a aquisição dos bens e das riquezas necessárias para a subsistência e conforto da família constituída. Essa presunção não admite prova em contrário, e pouco importa tenha um dos cônjuges vertido uma contribuição econômica e o outro se dedicado às tarefas da casa e dos filhos.[45]

Como indicação de caráter geral, pode ser dito que são bens comuns os benefícios gerados pela atividade dos cônjuges ou pelo patrimônio privado e aquesto, assim como os bens que substituam a um e outro.[46]

Ficam excluídos da comunhão os bens declinados nos artigos 1.659 e 1.668 do Código Civil, para os regimes da comunhão parcial e comunhão universal, respectivamente, e no regime de participação final nos aquestos, conforme os artigos 1.672 e 1.674 do Código Civil, estão excluídos da comunhão os bens adquiridos a título gratuito; por sucessão ou liberalidade e os que em seu lugar se sub-rogarem, tornando-se comuns os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, cujas ressalvas constantes dos incisos VI e VII do artigo 1.659 e inciso V do artigo 1.668 do Código Civil não constaram no regime de participação final nos aquestos. Enfim, serão comuns todos aqueles bens que por exclusão não forem próprios.

10.9. REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL

O regime da comunhão restrita, limitada ou parcial de bens é o regime oficial do Código Civil para o casamento e para a união estável (art. 1.640 e art. 1.725), quando ausente, ineficaz, nulo ou anulado o pacto antenupcial ou o contrato de convivência, e nesse regime formam-se três massas de bens: os bens de um cônjuge/convivente, os bens do outro cônjuge/convivente e os bens comuns de ambos. Com as núpcias ou a instituição da união estável comunicam-se os bens comuns, ficando excluídos da comunhão parcial, quando findo o casamento ou a união estável, os bens ressalvados pelos artigos 1.659 e 1.661 do Código Civil.

É excluída da comunicabilidade a massa de bens já pertencente a cada cônjuge ou convivente ao tempo do matrimônio ou da constituição da união estável e os que lhe sobrevierem na constância do casamento ou da mútua

convivência, por doação, sucessão ou os sub-rogados em seu lugar (CC, art. 1.659, inc. I).

Dessa forma são incomunicáveis os bens aprestos, cuja aquisição ou propriedade antecede ao relacionamento afetivo, e qualquer bem recebido por um dos consortes, mesmo durante o casamento, por doação ou herança, como tampouco se comunicam os bens que nestes se sub-rogarem, como acontece quando o cônjuge vende um bem incomunicável e com o produto desta venda adquire outro de igual valor, e este novo bem adquirido por sub-rogação total do preço ou da permuta também não se comunica.

Diversamente será se a doação, herança ou legado forem feitos em favor de ambos os cônjuges, quando então haverá a comunicação dos bens doados ou testados em favor do casal por expressa vontade do doador ou do testador, mas essa comunicabilidade se dá em razão do Direito das Obrigações (*doação*) ou do Direito das Sucessões (*testamento*), mas não em função do Direito de Família (*regime da comunhão parcial de bens*).

A sub-rogação real só se dá até o limite do valor alcançado com o bem sub-rogado, comunicando-se o excesso, neste caso, se um imóvel particular foi vendido por oitocentos mil reais e outro comprado por novecentos mil reais, a sub-rogação é parcial e só se dá até os oitocentos mil reais, comunicando-se os cem mil reais restantes que se excederam no preço da sub-rogação (CC, art. 1.659, inc. II). Os casos de sub-rogação real em que a aquisição se efetua com dinheiro privativo apresentam um problema importante de prova da procedência dos fundos com que se realiza a aquisição. Não basta comprovar que antes da compra do bem se haviam vendido alguns bens ou que existia algum valor do cônjuge comprador, mas deve restar precisamente patente o reemprego daqueles fundos.

A simples declaração do adquirente de que emprega, para a sua aquisição, dinheiro privativo não é suficiente para destruir a presunção de comunidade. O fato de o adquirente ter alienado com anterioridade um bem privativo prova que um dia existiu em seu patrimônio certa quantidade de

dinheiro, porém não prova que seja este dinheiro aquele que foi reempregado para a aquisição de outro bem.[47]

É ônus de quem alega comprovar a efetiva sub-rogação,[48] cuja exceção não pode ser aleatória, por mera e destoada referência temporal, sendo preciso demonstrar de modo seguro a venda de bem particular e sua efetiva sub-rogação no reemprego do numerário do bem vendido, com mostra do nexo causal entre a venda de um bem particular e incomunicável e a compra de outro com a sub-rogação total ou parcial do preço, devendo o interessado ter a cautela de documentar a sua sub-rogação,[49] e não irá cometer nenhum excesso se tiver o cuidado de mandar consignar, por exemplo, na escritura de compra de bem imóvel sub-rogado, estar se utilizando de recursos oriundos da venda de bem próprio, ou transferindo este bem particular como parte do preço do bem sub-rogado, em contrato de permuta, sendo até mesmo conveniente que o cônjuge adquirente de bem próprio e sub-rogado peça ao consorte que confirme na escritura pública a origem privativa dos recursos para a aquisição do imóvel sub-rogado.[50]

Conforme o inciso III do artigo 1.659 do Código Civil, igualmente não guardam comunicabilidade no regime da comunhão parcial de bens as obrigações anteriores ao casamento, desde que a dívida tenha sido contraída antes do matrimônio e não esteja relacionada com as núpcias, como no caso de um empréstimo obtido por um dos nubentes para atender às despesas realizadas com a festa do casamento de ambos, ou para a compra dos móveis destinados a guarnecer a futura habitação conjugal.

A solidariedade familiar faz pesar sobre a sociedade conjugal os custos que surgem para a cobertura das suas necessidades, constituindo-se por isto, em um passivo da sociedade nupcial, fazendo Eduardo Vaz Ferreira[51] uma descrição exemplificativa do que seriam dívidas da sociedade conjugal e, portanto, comunicáveis, em contraponto àquelas consideradas pessoais e incomunicáveis. Como dívidas conjugais tenham-se presentes aquelas contraídas por contrato oneroso durante o casamento e em

benefício da família; os gastos de manutenção dos cônjuges e de seus filhos; as despesas com a moradia, mobiliário, serviços e encargos de empregados domésticos; os gastos impostos a um dos cônjuges por motivos de saúde; as doações feitas a um dos filhos com dever de colacionar importam aos pais o dever de igualar à legítima dos demais rebentos; os custos com a educação da prole; também são da sociedade conjugal os alimentos que um dos cônjuges é condenado a pagar a seus ascendentes; os gastos com as obras de conservação e os reparos menores dos bens conjugais; juros e débitos devidos pelo atraso no pagamento dos compromissos conjugais provenientes de outras dívidas do casal; os custos de conservação dos bens próprios de cada um dos cônjuges, pois também são comuns os frutos destes bens particulares (CC, art. 1.660, inc. V), sendo encargo do proprietário os reparos de maior expressão econômica.

Como dívidas pessoais e incomunicáveis podem ser exemplificadas aquelas contraídas pelo marido ou pela esposa antes do casamento e, portanto, não entram no passivo comum, salvo tenham visado à aquisição de bens conjugais; encargos provenientes da mora no cumprimento de obrigação pessoal; dívidas oriundas de delitos; as obrigações civis emergentes da responsabilidade civil por culpa ou dolo de um dos cônjuges; alimentos que um consorte deva a seu filho exclusivo; as doações feitas apenas por um dos cônjuges a um filho, sem a concorrência e concordância do outro; empréstimos pessoais não avalizados ou afiançados e que não reverteram em benefício da sociedade conjugal; os reparos de maior vulto em bens próprios e exclusivos; pensão alimentícia devida a irmãos.[52]

Não se comunicam as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo tenha o ato ilícito revertido em proveito do casal (CC, art. 1.659, inc. IV), isso porque a responsabilidade pela ilicitude do ato é eminentemente pessoal, não se estendendo ao outro cônjuge, como se fosse uma dívida assumida no comércio, só ocorrendo a comunicação da obrigação cujo ato ilícito tenha revertido em proveito do casal, quando, por exemplo, o marido

pratica um crime de estelionato e com os recursos do ilícito penal adquire bem familiar ou paga uma cirurgia da esposa.

O inciso V exclui da comunicação os bens de uso pessoal dos cônjuges, seus livros e instrumentos de profissão. Trata-se de bens de caráter personalíssimo ou atribuídos *intuitu personae*, e ingressam na mesma categoria aqueles direitos derivados da função, cargo, emprego, distinções ou condecorações,[53] como também são de uso pessoal a roupa, correspondência, títulos, recordações de família e aqueles utilizados na atividade profissional, conquanto não tenham um valor mais considerável.[54] São bens de uso particular que a doutrina denomina de *bens privativos por destino*, e a utilização pessoal é o critério acolhido pelo legislador para atribuir caráter privativo a coisas de escasso valor econômico e que possuem uma vinculação com a pessoa de um dos cônjuges. No entanto, alguns bens, mesmo sendo de uso particular, têm significativo conteúdo econômico, e, embora utilizados por um dos cônjuges, se identificam como bens conjugais, como os automóveis, computadores ou *tablets*.

Também são bens privativos aqueles necessários ao exercício da atividade profissional do cônjuge, como os livros e códigos do advogado e seu computador pessoal, sendo necessário ter presente a sua quantidade e o valor do acervo, pois se constituindo em parcela considerável ingressam na comunidade conjugal;[55] os aparelhos e equipamentos básicos de um médico; os cartões de memórias, arquivos, eventuais películas, e a máquina fotográfica do fotógrafo; as tintas, pincéis e telas de um pintor; o instrumento musical de um músico ou cantor; a calculadora, os equipamentos de informática, os periódicos de legislação fiscal, empresarial e tributária atinentes à atividade do contabilista não se comunicam estando em nome pessoal do profissional e não pertencendo à empresa da qual é sócio e por meio da qual exerce o seu ofício.

Inconsistente o inciso VI do artigo 1.659, por excluir do regime da comunicação parcial de bens os proventos do trabalho pessoal de cada

cônjuge, pois se os rendimentos do trabalho não se comunicam, e nem se comunicam os bens neles sub-rogados, tem-se que, praticamente, tudo é incomunicável, pois a maioria dos cônjuges vive dos rendimentos do seu trabalho.[56] A expressão "proventos" externa um sentido mais amplo, para abarcar quaisquer rendimentos, e não apenas os chamados proventos da aposentadoria, como o termo é utilizado em Direito Administrativo,[57] e serão sempre proventos do trabalho estando em mãos do credor ou depositados em contas remuneradas, ou em aplicações financeiras, e como tal deveriam ser interpretados como incomunicáveis quando da dissolução do casamento, embora se comunique todo patrimônio eventualmente adquirido com tais recursos,[58] o que não faz o menor sentido, pois bastaria para desequilíbrio da meação que um cônjuge guardasse dinheiro e o outro com seus proventos comprasse bens, dividindo estes e não partilhando as reservas financeiras. Premiar o cônjuge que se esquivou de amealhar patrimônio preferindo conservar em espécie os proventos do seu trabalho pessoal, é incentivar uma prática de evidente desequilíbrio das relações conjugais econômico-financeiras, mormente porque o regime matrimonial de bens serve de lastro para a manutenção da célula familiar. (...) Injusto que o cônjuge que trabalha por contraprestação pecuniária, mas que não converteu suas economias em patrimônio nupcial, seja privilegiado pela declaração oficial de essas reservas serem consideradas crédito pessoal e incomunicável.[59]

No rastro desse entendimento proveniente do inciso VI do artigo 1.659 e do inciso V do artigo 1.668 do Código Civil estavam igualmente outras rubricas provenientes de verbas rescisórias trabalhistas, como o FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), e que não ingressavam na partilha por ocasião da dissolução do casamento,[60] pois como se referem à pessoa do trabalhador deviam ser tratadas como valores do provento do trabalho de cada cônjuge, salvo fossem ditas importâncias utilizadas para a aquisição de bens.[61]

A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também entendia que o FGTS constitui *fruto civil do trabalho*, devendo ser excluído da partilha, pouco importando que o valor correspondente ao FGTS houvesse sido aplicado em caderneta de poupança, pois este fato, por si só, não lhe retirava o caráter de provento do trabalho pessoal,[62] contudo, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 848.660-RS, aplicando o artigo 271 do Código Civil de 1916, com fundamento no artigo 2.039 do Código Civil de 2002, por se tratar de casamento realizado pela égide do Código Civil revogado, concluiu que a incomunicabilidade do FGTS se limita ao valor depositado no sistema do Fundo de Garantia, não se estendendo ao valor quando sacado ou quando utilizado para a aquisição de bens, que, portanto, não se sub-rogam e uma vez percebidos passam a integrar o patrimônio comum.[63]

O Superior Tribunal de Justiça reviu seu posicionamento anterior e mais contido, de que deviam ser partilhados os bens ou as frações de bens adquiridos ou quitados com o FGTS,[64] adotando no REsp 1.399.199/RS, relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, como voto condutor, vencida a relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, em julgamento da Segunda Seção do STJ, datado de 9 de março de 2016, o direito à meação dos valores do FGTS auferidos durante a constância do casamento, ainda que o saque destes não seja realizado imediatamente à separação do casal. Para o Ministro Luis Felipe Salomão, só serão incomunicáveis os proventos percebidos em momento anterior ou posterior ao casamento, pois na constância da sociedade os proventos reforçam o patrimônio comum e o que deles advier, devendo ser divididos em eventual partilha de bens, pois do contrário formaria verdadeira loteria, só partilhando quem tivesse sacado valores do FGTS na constância da relação e comprado algum bem, eximindo-se, assim, da partilha os valores do FGTS que não tivessem sido levantados, merecendo registro decisão colhida da Apelação Cível 1006983-52.2018.8.26.0071, da 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, cujo voto da

relatora Cristina Medina Mogioni, datado de 13 de julho de 2021, ordenou, de igual, a partilha dos valores advindos do FGTS na constância do casamento.

A devolução do imposto de renda é restituição do fruto do trabalho do cônjuge e, por conseguinte, também ingressaria na regra da exclusão do inciso VI do artigo 1.659 do Código Civil. Assim, se todo o fruto do trabalho se tornasse incomunicável, certamente só existiria o regime da separação de bens, já que aqueles advindos na constância do relacionamento seriam comprados em sub-rogação dos ingressos oriundos do labor de cada consorte.

Os direitos autorais abrigam duas diferentes prerrogativas, sendo uma de natureza moral e a outra sob o prisma patrimonial. O caráter de inalienabilidade e de irrenunciabilidade conferido pelo artigo 27 da Lei Autoral (Lei 9.610/1998), atribui somente ao autor o direito moral de determinar o destino e uso de sua obra. O direito moral de autor é intrínseco à sua personalidade e este vínculo não é passível de transferência a terceiros, e com isto conserva o direito de reivindicar a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação ou mutilação que possa prejudicar sua criação.[65] Ao lado dos direitos morais sobre a criação vingam os direitos patrimoniais que permitem ao autor explorar economicamente sua obra, de modo a dela obter proveito pecuniário.[66] O artigo 39 da Lei 9.610/1998 determina que, salvo pacto antenupcial em contrário, não se comunicam os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração.[67]

São comuns os frutos dos bens particulares na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão (CC, art. 1.660), ou seja, os juros advindos destes recursos (CC, art. 1.660, inc. V),[68] pois eles constituem novo patrimônio, que não existia antes das núpcias e, portanto, integram a meação dos consortes.

O ressarcimento por danos sofridos pela pessoa de um dos cônjuges deve ser considerado como bem próprio advindo da indenização que repara um prejuízo exclusivamente pessoal, seja a raiz deste dano físico ou moral. O ressarcimento pelo dano moral pertence naturalmente ao cônjuge que sofreu a lesão em seus sentimentos, ou que tenha provocado uma alteração ou perturbação em sua tranquilidade psíquica, não havendo como supor que uma indenização financeira recebida em compensação de uma dor pessoal pudesse pertencer por meação ao cônjuge da vítima, com respeito ao ressarcimento de um dano físico que compensa a perda da capacidade do indivíduo desenvolver-se nas suas atividades diárias e com reflexo em seu trabalho.[69] Pertencem à categoria de privativo todas as indenizações concedidas a um dos cônjuges por incapacidade laboral, seja esta permanente ou temporária, dado que o bem afetado é a integridade física da pessoa e o ressarcimento da indenização busca compensar o menoscabo produzido ao lesionado. Também será de caráter próprio a indenização recebida pelo consorte sobrevivente pela morte do seu cônjuge, assim como as quantidades abonadas em virtude de um contrato de seguro.[70] Tem qualificação de bem exclusivo o seguro que ressarciu dano sofrido em bem particular, como por exemplo, a indenização de um veículo apresto acidentado ou furtado, ou a destruição pelo fogo de uma moradia incomunicável.

Também não integram a comunhão as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, todas correspondentes aos rendimentos do exercício de atividades profissionais, de contribuições realizadas durante um determinado período, para, em contrapartida, receber na aposentadoria uma retribuição mensal e usualmente vitalícia. São realmente expressões centenárias e em desuso, tirante o termo pensão, que na esfera administrativa e previdenciária, constitui renda permanente deixada por morte de funcionário público ou trabalhador na iniciativa privada e no âmbito civil é

sinônimo de obrigação alimentar estipulada nos termos do artigo 1.694 do Código Civil.[71]

Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo, a viúva do militar federal tinha direito a meio-soldo, correspondente à metade da remuneração do marido, mas com o advento da Lei 3.765/1960 ela passou a ter direito a 2/3 do soldo do cônjuge falecido e, com a promulgação da Constituição Federal, passou a receber a integralidade.[72]

10.9.1 Fundos privados de pensão

Os fundos privados de pensão são benefícios de caráter personalíssimo e visam à subsistência da pessoa em certa passagem de sua vida, eis se tratar de renda pessoal e incomunicável, tal como acontece com os proventos do trabalho de cada cônjuge e, portanto, nessa linha de pensamento também não se comunicam. Interessante discussão doutrinária deita sobre a incomunicabilidade dos fundos particulares de pensão, que respeitam a chamada *previdência privada*, formada pelo próprio beneficiário com reservas periódicas que faz de seus recursos pessoais ao longo dos anos, de forma a converter este pecúlio em uma renda vitalícia ou por certo período de tempo, quando ele atingir determinada idade, ou quando o fundo é constituído por aportes depositados pela empresa na qual trabalha o beneficiário. O sistema de previdência social brasileiro é misto, composto por um Regime Geral de Previdência Social, que é um regime público e compulsório, a cargo da autarquia Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), que cobre a perda da capacidade de gerar meios para a subsistência até um teto máximo, mas que não se concilia com a pretensão daqueles que almejam uma renda maior. Para estes, ao lado da previdência pública foi previsto o chamado Regime Complementar, privado e facultativo, gerido por entidades abertas e fechadas de previdência.[73] Os planos *abertos* podem ser adquiridos por qualquer interessado e são oferecidos por empresas

especializadas e constituídas na modalidade de sociedades anônimas, como seguradoras e bancos, que exploram economicamente planos de benefícios de caráter previdenciário em forma de renda continuada ou pagamento único. Entidades *fechadas* de previdência complementar são exclusivamente acessíveis aos empregados de uma empresa ou de um grupo associativo, como ocorre com a Ordem dos Advogados (OAB) com seu plano OABPREV (conforme a Seccional será, por exemplo, SP ou RS, etc.), endereçado aos seus inscritos. Quando o promotor do plano é uma empresa, os aportes são feitos diretamente pela pessoa jurídica onde o beneficiário presta os seus serviços profissionais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admite o caráter personalíssimo da previdência privada e sua incomunicabilidade, havendo alguns julgados que ressalvam apenas a partilha dos rendimentos ou frutos decorrentes deste numerário, por força do artigo 1.660, inciso V, do Código Civil,[74] pois consideram e equivo cadamente, a previdência privada um bem particular que gera frutos, quando sabido que os benefícios previdenciários serão concedidos no formato de pecúlio ou de renda, a ser paga na forma de um capital único ou em parcelas mensais, em uma importância necessária para o participante poder manter um nível de vida semelhante ao que tinha em atividade e para que esta finalidade seja atingida a capitalização planejada não pode sofrer reduções, isto para não falar que nos planos abertos as instituições bancárias visam o fruto e arrecadam para si este lucro, garantido unicamente o valor prometido para o futuro benefício.

A previdência privada estava excluída da comunhão pelo inciso VII do artigo 1.659 do Código Civil, quando trata das pensões, meios-soldos, montepios e *outras rendas semelhantes*, só sendo passível a partilha do dinheiro juntado no fundo de pensão se o investidor o resgatasse antes do prazo contratado, pois neste caso se configurava um mero investimento,[75] que não correspondia ao exercício antecipado do direito ao benefício.[76] A própria destinação dos fundos de pensão (aposentadoria, incapacidade ou

morte) já classificava os planos de previdência privada como pessoais e incomunicáveis, porque se tratava, tanto nos planos fechados como nos abertos, de um direito que tinha por objeto o ressarcimento de danos personalíssimos do titular do plano, como no caso de sua incapacidade para o trabalho, parcial ou total, ou sua aposentadoria, que o exclui pela idade da capacidade de continuar produzindo, ou por decorrência de sua morte. Para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no Agravo de Instrumento 2007.037.721-8, a soma complementar auferida pelo aposentado, ainda que tivesse fonte em plano previdenciário privado, constituía verba de natureza alimentar e, portanto, estava excluída da partilha de bens.[77] Na mesma toada, com expressa referência à *previdência complementar fechada* decidiu o STJ através da Terceira Turma, no REsp 1.477.937/MG, julgado em 27 de abril de 2017, aduzindo que o artigo 1.659, inciso VII, do Código Civil expressamente exclui da comunhão de bens as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como por analogia, é o caso da previdência complementar fechada, contudo, a partir de julgados do STJ, como o REsp 1.698.774/RS, datado de 01.09.2020, da Terceira Turma, e relatado pela Ministra Nancy Andrighi, sendo dela também a relatoria do REsp 1.880.056/ SE, por igual da Terceira Turma e datado de 16.03.2021, passou a ser construída uma natureza jurídica distinta para os planos de previdência privada aberta e fechada, sendo este último insuscetível de partilha por preservar sua função previdenciária, ao passo que a previdência aberta teria natureza de mera aplicação financeira, referindo a Ministra Nancy Andrighi que:

> “4. Os planos de previdência privada aberta, operados por seguradoras autorizadas pela SUSEP, podem ser objeto de contratação por qualquer pessoa física e jurídica, tratando-se de regime de capitalização no qual cabe ao investidor, com amplíssima liberdade e flexibilidade, deliberar sobre os

valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates antecipados ou parceladamente até o fim da vida, razão pela qual a sua natureza jurídica ora se assemelha a um seguro previdenciário adicional, ora se assemelha a um investimento ou aplicação financeira. 5. Considerando que os planos de previdência privada aberta, de que são exemplos o VGBL e o PGBL, não apresentam os mesmos entraves de natureza financeira e atuarial que são verificados nos planos de previdência fechada, a eles não se aplicam os óbices à partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal apontados em precedente da 3a Turma desta Corte (REsp. 1.477.937/MG). 6. Embora, de acordo com a SUSEP, o PGBL seja um plano, de previdência complementar aberta com cobertura por sobrevivência e o VGBL seja um plano de seguro de pessoa com cobertura por e sobrevivência, a natureza securitária e previdenciária complementar desses contratos é marcante no momento em que o investidor passa a receber, a partir de determinada data futura e em prestações periódicas, os valores que acumulou ao longo da vida, como forma de complementação do valor recebido da previdência pública e com o propósito de manter um determinado padrão de vida. 7. Todavia, no período que antecede a percepção dos valores, ou seja, durante as contribuições e formação do patrimônio, com múltiplas possibilidades de depósitos, de aportes diferenciados e de retiradas, inclusive antecipadas, a natureza preponderante do contrato de previdência complementar aberta é de investimento, razão pela qual o valor existente em plano de previdência complementar aberta, antes de sua conversão em renda e pensionamento ao titular, possui natureza de aplicação e investimento, devendo

> ser objeto de partilha por ocasião da dissolução do vínculo conjugal por não estar abrangido pela regra do art. 1.659, VII, do CC/2002...” (REsp 1.698.774/RS).

Em realidade, essa distinção entre previdência aberta e fechada, ainda que possa ser atribuída uma natureza de investimento à previdência privada complementar aberta, por toda a liberdade e flexibilidade acerca dos valores de contribuição, depósitos adicionais, resgates antecipados ou parcelados, não é o simples fato de se tratar de uma previdência aberta que lhe retira a natureza de previdência pura que existe na previdência fechada, pois tanto uma quanto a outra visam, em princípio, sua futura conversão em um rendimento, estando unicamente diferenciadas porque uma delas, a previdência privada aberta, está mais suscetível à fraude com a descaracterização de sua finalidade puramente previdenciária, servindo com aportes adicionais muitas vezes expressivos, como um hábil instrumento para desviar recursos comuns, mas esses deslizes podem e devem ser investigados casuisticamente, de modo a pesquisar a intenção do titular da previdência aberta, considerando que suas contribuições eram regulares e proporcionais aos ganhos atuais com vistas a uma projeção futura de renda adequada ao seu padrão social, ou se o plano de previdência serviu apenas como fuga de recursos conjugais que restariam blindados por terem sido escoados para uma previdência privada aberta, até porque os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração, sendo incontroverso que a previdência aberta foi o modelo instituído para todo aquele que, sem estar vinculado a uma empresa ou entidade privada, também gostaria de complementar sua renda no futuro, mas que não tem acesso a uma previdência complementar fechada, não podendo ser discriminado apenas por esse motivo e por presunção de que está investindo pura e simplesmente para o presente, quando, em realidade, está investindo para o futuro.

10.9.2 Bens que ingressam na comunhão parcial

No sentido inverso, de acordo com o artigo 1.660 do Código Civil, ingressam na comunhão parcial:

10.9.2.1. A título oneroso

I – Os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges

Por título oneroso são aqueles bens adquiridos com os recursos advindos do trabalho dos cônjuges, pouco importando exerçam ambos os consortes atividade ou função remunerada ou se um deles, por acerto do casal, se dedicar à família e aos cuidados do lar, e assim assegure ao outro a integral retaguarda na administração da vivenda nupcial. A cooperação de ambos os cônjuges é legalmente presumida no regime da comunhão parcial de bens, não havendo qualquer sentido e razão em ser exigida prova de aquisição dos bens por efetivo esforço em comum, pois não se trata de uma sociedade de fato, com a exigência da concreta cooperação financeira do parceiro para a aquisição de bem a justificar sua partilha como sendo fruto do esforço comum da Súmula 380 do STF, de molde a evitar o enriquecimento ilícito.[78]

Nem todos os bens adquiridos durante o casamento de forma onerosa serão comuns, porque existem aqueles comprados com recursos próprios e incomunicáveis, em sub-rogação de valores preexistentes ao casamento e que não perdem o caráter de bem particular. Como também não serão partilháveis aqueles bens ingressados no patrimônio após a separação de fato ou de corpos, embora subsista a sociedade conjugal no âmbito formal, a não ser que reste demonstrado que a aquisição se deu com recursos conjugais ou por uma causa anterior à dissolução fática do matrimônio.

10.9.2.2. Por fato eventual

II – Os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior

No fato eventual está dispensado o concurso do trabalho ou o esforço em comum dos cônjuges, "bastando, portanto, que os bens sejam provenientes de circunstâncias eventuais, tais como loterias, recompensas, premiações, apostas, bingo, invenções, aluvião, entre outros, levando-se em consideração, especialmente, que tais bens tenham fundamento benéfico e lucrativo à comunhão".[79] A sorte é considerada um fato eventual, não fazendo a menor diferença se o bilhete foi comprado antes ou na constância do casamento e sorteado durante as núpcias, pois sempre será resultado incomunicável de fato eventual que não contou com o concurso de trabalho. Para Arnaldo Rizzardo,[80] nesse regime e por esse dispositivo, também ingressam na comunhão os lucros hauridos durante o casamento pela exploração dos direitos autorais e da propriedade intelectual, a menos que se trate de direitos patrimoniais do autor, nos termos do artigo 39 da Lei 9.610/1998.[81]

Primeiramente, hão de se diferenciar direitos patrimoniais e direitos morais de autor. Referem-se os primeiros à exploração econômica da obra, aos negócios jurídicos a ela relativos, enquanto os direitos morais são os direitos de personalidade do autor, elencados no rol do artigo 24 da Lei 9.610/1998, dessa forma, serão comunicáveis os frutos auferidos durante o matrimônio, mas seriam incomunicáveis os direitos patrimoniais do autor, salvo disposição diversa por contrato antenupcial.[82]

10.9.2.3. Doação, herança ou legado

III – Os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges

A única exceção é a de o doador atribuir a liberalidade aos dois cônjuges, em comunhão, quando então manifesta de forma clara, expressa e inequívoca essa sua vontade, não deixando nenhuma ambiguidade de ter endereçado o bem doado aos dois cônjuges, não precisando, por evidente, ser em frações iguais. Contudo, não se constitui em uma doação conjunta quando no contrato particular de compra e venda e depois na escritura pública consta que o donatário é casado com *fulano de tal*, pretendendo este consorte a meação sobre a doação por constar seu nome no instrumento de compra e venda meramente por indicação do estado civil do donatário do imóvel.

10.9.2.4. Benfeitorias e acessões e incremento patrimonial societário

IV – As benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge

A benfeitoria feita em um bem particular com dinheiro do casamento é própria, sem prejuízo de o credor ser compensado com a metade do valor, ou seja, a benfeitoria em si não se torna comum e comunicável, mas deve ser reconhecido ao outro cônjuge não titular do bem um crédito por ocasião da liquidação da sociedade conjugal. Sempre a edificação sobre bem particular será própria, sem prejuízo da recompensa ou reembolso devido à sociedade conjugal pelo emprego de bens ou fundos comuns na acessão ou nas benfeitorias. O que vai computado como comum é o valor da benfeitoria, mesmo quando edificada com dinheiro conjugal em terreno de terceiro.[83]

As benfeitorias não devem ser confundidas com as construções e plantações referidas nos artigos 1.253 a 1.259 do Código Civil, porque os melhoramentos são simplesmente obras ou despesas realizadas em bem já existente, enquanto as acessões são edificações novas, como no exemplo de um prédio erguido sobre um terreno. Estes aumentos materiais que acrescem a um bem próprio formando um só corpo, quando tem a ação humana são

denominados acessão artificial ou industrial, gerando um direito à compensação pela acessão se utilizados fundos comuns ou trabalho conjugal. Também não são consideradas benfeitorias os acréscimos decorrentes de fatos eventuais ou fortuitos, surgidos por obra apenas da natureza, sendo chamada de acessão natural, como ocorre na aluvião. Na acessão o acessório segue a mesma natureza do principal, a edificação também é própria, mas gera um direito de reembolso ou compensação e sua existência está baseada na necessidade de manter certo equilíbrio entre as massas matrimoniais. As acessões são efetivos acréscimos, mas evidentemente não são benfeitorias, podendo levar à falsa conclusão de só serem comunicáveis as adições realizadas em bens particulares e não as acessões edificadas sobre esses mesmos bens particulares (CC, art. 1.660, inc. IV), induzindo ao absurdo do evidente enriquecimento injustificado, porquanto bastaria a um dos cônjuges ou conviventes construir, durante o estabelecimento da sua união conjugal ou de fato, em terreno de sua exclusiva propriedade, para não se comunicar a acessão, enquanto uma benfeitoria edificada nessa mesma propriedade particular integraria o patrimônio comunicável, por ter valorizado o bem particular.

Não há como entender de forma diferente, a ponto de pretender excluir da partilha a acessão, respeitando a construção de uma casa, por exemplo, e ordenar a partilha das benfeitorias sobre este mesmo bem particular. Contudo, devem ser avaliados em separado o terreno e a edificação, pois o terreno sobre o qual se assenta a construção é de propriedade unilateral, devendo seu preço ser abatido da avaliação de todo o bem.[84] Neste mesmo sentido concluiu a Quarta Turma do STJ, no REsp 1.327.652/RS, em voto do Ministro Luis Felipe Salomão, datado de 10 de outubro de 2017, dizendo não ser possível a partilha da residência construída pelo casal, pois esta se incorpora ao terreno, passando a pertencer ao proprietário do imóvel, cabendo aos ex-companheiros, em ação própria, a pretensão indenizatória correspondente, evitando o enriquecimento sem causa do titular do domínio.

10.9.2.4.1. Valorização das quotas sociais ou ações de uma empresa

Os incrementos patrimoniais recebidos por uma sociedade empresária própria também ingressam no patrimônio conjugal pela regra da acessão industrial. Não há dúvida que devem ser consideradas como privativas as empresas constituídas antes do começo da sociedade conjugal, assim como serão comuns aquelas formadas na constância do casamento, e será igualmente comum a evolução patrimonial verificada sobre sociedades privativas, a custa de bens e esforço conjugal.

Como bem demonstra Francisco Javier Gardeazábal del Río, uma empresa está sujeita com o passar do tempo às mutações dos elementos que a integram, sob as mais variadas formas. A par dos câmbios derivados da necessidade de atualizar sua finalidade, outras mudanças de maior transcendência sucedem em uma empresa, como as alterações de sua base física, consequência da necessidade ou conveniência de mudá-la para outro lugar, ou aumentar seu espaço físico por conta de sua expansão pelo crescimento, quando não se obriga a instalar novas filiais em outras localidades e abertura de novas frentes.[85]

A sociedade afetiva é credora do aumento do valor que os bens adquirem em decorrência do acréscimo dos bens próprios e pensar diferente seria admitir que um cônjuge tomasse dinheiro do matrimônio para empregar em seus bens particulares, ou que simplesmente deixasse na empresa os lucros e dividendos provenientes da sua atividade empresária, cujos rendimentos deveriam ou poderiam atender às requisições conjugais, restando claramente prejudicado seu parceiro que não pode ficar inerte e indiferente ao fato de que justamente estes recursos mantidos na sociedade empresária serviram para aumentar, na constância do casamento, o acervo da empresa e no seu encalço o patrimônio particular, este representado pelas quotas sociais de um cônjuge que valorizaram com o dinheiro comum que pode ter vindo em função de (1) distribuição de lucro; (2) distribuição de

juros sobre capital próprio; (3) aumento de capital social; e (4) de bonificações. O artigo 465, *m*, do Código Civil argentino ordena que sejam considerados comuns, e para efeitos de ressarcimento, os bens incorporados por acessão ou pelas melhoras que durante o matrimônio tenham dado maior valor aos bens próprios de cada cônjuge, abrindo para o consorte a possibilidade de recuperar para a comunidade patrimonial não apenas o crédito investido, mas suas consequências econômicas. Mais especificamente dispõe a parte final do artigo 491, do Código Civil e Comercial da Argentina de 2014, que se a participação de caráter próprio de um dos cônjuges em uma sociedade adquire um valor maior por causa da sua capitalização durante o relacionamento, o cônjuge sócio deve recompensa à comunidade. Comentando este dispositivo, Ricardo Luis Lorenzetti refere que a capitalização das quotas ou ações supõe transformar em capital social os fundos disponíveis inscritos no balanço e, conforme majoritária doutrina argentina, a valorização das quotas ou ações próprias também são havidas como privadas, contudo,[86] deste evento nasce um direito de recompensa a favor do cônjuge não sócio, exatamente como também acontece quando o STJ ordena a compensação financeira sobre bem construído sobre terreno de terceiro (REsp 1.327.652/RS).

O Direito espanhol, no artigo 1.360 do Código Civil, considera comuns os incrementos patrimoniais incorporados a um estabelecimento mercantil, se este crescimento é devido ao emprego de fundos comuns ou à atividade de qualquer dos cônjuges, então a sociedade matrimonial será credora do aumento do valor dos bens. A titularidade da exploração da empresa segue sendo privativa, porém pertence ao casal o direito da valorização da empresa que foi constituída antes ou depois do casamento. A empresa mantém o mesmo caráter de bem privativo e o cônjuge não será proprietário e nem comunheiro da sociedade empresária, mas terá direito a um crédito contra o titular do bem pelo aumento de valor dos bens da sociedade,[87] a ser compensando na dissolução do casamento. Pouco importa que a empresa

tenha sido anteriormente constituída, ou as quotas ou as ações tenham sido adquiridas anteriormente ao matrimônio ou a formação da união estável, porque deve ser considerada a evolução patrimonial da sociedade empresária durante a vigência do relacionamento.[88]

Essa tem sido a orientação doutrinária e jurisprudencial, ao considerar a sociedade afetiva credora do aumento ou do incremento do valor dos bens, seja por acessão material, econômica ou industrial, apurada em balanço especial a ser procedido ao tempo da dissolução do relacionamento, e não pensar dessa forma representa ter uma visão estática da sociedade empresária, significa virar as costas para a natureza do regime de bens, que nada mais se traduz do que uma *sociedade conjugal de conquistas*, e, portanto, no âmbito incontestável destas aquisições conjugais está o crescimento patrimonial de uma empresa, quando seu ativo existente por ocasião da ruptura do matrimônio ou da união estável, se diferencia exponencialmente daquele preexistente ao início dos laços afetivos, demonstrando uma incontestável valorização das quotas ou das ações societárias, autorizando a partilha dessa valorização, não da sociedade, mas do aumento que essa riqueza representa na participação societária do cônjuge.

Na contramão desse entendimento manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.173.931/RS,[89] em voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado pela Terceira Turma em 22 de outubro de 2013, entendendo ser preciso demonstrar o esforço comum, mesmo que presumido do outro cônjuge ou convivente, pois a *valorização da quota social* seria um fenômeno econômico que dispensa o esforço laboral da pessoa do sócio detentor, olvidando-se, no entanto, o julgador de que todo o crescimento patrimonial de uma sociedade empresária tem como fonte a retenção de seus ingressos que deixam de ser distribuídos entre os sócios para serem reinvestidos na sociedade. Deixando de promover suas retiradas dos lucros os sócios privam seu cônjuge e convivente dos resultados provenientes do

trabalho direto e indireto do consorte empresário, muitas vezes aumentando a participação do parceiro que não é empresário no atendimento das despesas da sociedade conjugal, pois os recursos que deveriam advir do consorte empresário foram reaplicados para o crescimento da sociedade, configurando um evidente enriquecimento indevido, por conta da circunstância de um cônjuge reter na empresa os seus lucros societários, sacrificando o outro que precisa aportar valores maiores, ou deixar de usufruir do resultado do trabalho do casal para que a sociedade cresça, evidentemente, em benefício da sociedade familiar, que é uma *sociedade de conquistas*, tanto que com a morte do cônjuge empresário sua família herda as quotas e o valor que elas representam ao tempo da abertura da sucessão. A valorização das quotas sociais não é um fenômeno econômico natural, pois está associado ao trabalho e esforço dos sócios, comumente com muitos sacrifícios pessoais e financeiros para seus cônjuges e familiares, com o empenho e solidariedade de todos, na busca de uma aquisição familiar, e esta, quando alcançada pela valorização das quotas sociais em decorrência do crescimento patrimonial da empresa, não pode ser uma premiação unilateral, como se fosse apenas um fenômeno isolado e natural, porquanto pensar dessa forma seria abrir uma porta para a fraude conjugal, pois bastaria um consorte constituir antes do casamento uma sociedade empresária de irrisório capital social, e desaguar para esta empresa todas as suas vitórias financeiras alcançadas com a ajuda e a solidariedade direta e indireta da esposa, para ao final excluir sua riqueza empresarial da partilha dos bens comuns e quem sabe dividir somente os bens comprados por sua mulher.

O fato de a empresa reaplicar os ganhos na própria sociedade não tira do casal este direito, porque do ponto de vista jurídico e econômico, segue na condição de ganho. É certo que a reinversão dos benefícios da sociedade ao capital social nem sempre é uma resolução tomada pelo cônjuge ou convivente acionista; esta decisão vem imposta pelos órgãos deliberativos

da sociedade empresária, até contra a sua vontade, mas isto já não acontece em sociedades de pessoas, como aquelas de responsabilidade limitada, nas quais os sócios deliberam por maioria. De qualquer sorte, economicamente, esta reaplicação conserva o caráter que teria antes de ter sido destinada ao fundo de reserva da empresa; posto que sempre se constituirá em um ganho e como tal poderia ser atribuído à comunidade de bens da entidade familiar, mas dela foi confiscada pela empresa.[90] E seguirá sendo lucro a ser repartido entre sócios ou acionistas, especialmente se ao tempo da dissolução da sociedade conjugal a sociedade empresária não apresentou prejuízos em suas demonstrações financeiras e tampouco as maquiou para apropriar ficticiamente o lucro líquido como reserva de lucros pela companhia, ou, ainda, simplesmente reter os lucros em percentuais acima dos previstos como *reserva legal* (LSA, art. 193) e outros artifícios destinados a reter na sociedade o patrimônio conjugal, inclusive aplicando estes recursos no aumento do capital social, por isto mesmo partilhável.

O culto Ministro Relator se utiliza, para reforço de sua motivação, o exemplo da compra de uma residência antes do casamento, cuja natural valorização do imóvel não poderia ser computada como um ganho que se transformou em um bem comum, como tampouco poderia ser tratado como pertencentes à meação as valorizações puras e simples de uma carteira de ações adquirida em bolsa por um dos consortes ou conviventes antes de iniciada a união afetiva, pois estes exemplos, de fato, não podem ser cotejados e comparados com a valorização das quotas sociais de uma empresa, uma vez que estão longe de representar o mesmo modelo, até porque para estes dois exemplos realmente vale a lógica do julgamento, de que na valorização da moradia particular e das ações de uma empresa, compradas por quem ainda era solteiro, o acréscimo nominal efetivamente não contou com o esforço comum do outro consorte.

De fato, uma casa e terreno comprados por uma pessoa solteira, em bairros menos valorizados, e que depois sofrem um incremento financeiro

porque em torno foi construído um concorrido centro comercial, ou quaisquer outros prédios de elevado valor mercadológico, valorizando o bairro, na esteira da residência privativa do proprietário que depois casou, não há dúvida alguma de que esta valorização é obra exclusiva das circunstâncias e do acaso, e de que a valorização do imóvel não contou, sob nenhum aspecto, com o *esforço comum* do atual parceiro. Só por conta desta conjuntura já é evidente que o exemplo usado como paradigma é totalmente imprestável, pois se trata de situação completamente diferente. A casa valorizou por si mesma, como usualmente os imóveis tendem a aumentar muito mais do que a própria inflação, e este é, inquestionavelmente, um fenômeno meramente econômico, que não conta com o esforço comum.

A mera valorização imobiliária, que também poderia muito bem ser uma depreciação, dependendo muito da sorte e dos acontecimentos alheios à pessoa do proprietário ou do investidor, segue pertencendo exclusivamente àquele cônjuge que adquiriu a propriedade imobiliária, e simplesmente a deixou parada e esperou que, com o crescimento do bairro onde está situado o imóvel, a sua economia e por obra de sua visão empreendedora valorizasse naturalmente, mais do que esperado, se tiver a ventura de o redor ser incrementado por empreendimentos imobiliários de grande procura. Contudo, se porventura a pessoa casada empreender recursos conjugais na ampliação e crescimento físico da primitiva propriedade, construindo benfeitorias ou ascensões com dinheiro conjugal e, portanto, com o selo do *esforço comum*, evidentemente estes acréscimos serão objeto de partilha ou de compensação, sendo computados no acervo conjugal, como tampouco alguém dirá que ocasionais alugueres oriundos da locação de uma residência privativa não são créditos comuns. Justamente por isto, os exemplos precisam ser buscados como paradigmas daquilo que eles efetivamente espelham e não podem ser usados por inteiro, como se reportassem fatos idênticos e incontestáveis, sob pena de gerarem flagrantes injustiças.

Nem mesmo o mero lucro imobiliário, que é tão severamente taxado pela Receita Federal, pode ser considerado como um ganho conjugal se o imóvel foi comprado, por exemplo, apenas pela esposa, quando era solteira pelo valor *A*, e por ela vendido na constância do casamento, mesmo dependendo da outorga do marido na escritura de venda, pelo dobro do preço (*AA*). Este ganho de capital, com efeito, não pertence à meação do marido, pois a valorização do imóvel não teve origem no esforço comum dos cônjuges ou companheiros.

A compra privativa em bolsa de valores de ações de uma empresa, cujo risco é exclusivo do investidor, quer perca com a baixa cotação no mercado ou extrapole com uma hipercotação, também nesta hipótese os resultados financeiros são da exclusiva titularidade do primitivo investidor e, de fato, não contaram em momento algum com o esforço complementar do cônjuge ou convivente.

A sociedade empresária constituída pelo cônjuge ou companheiro antes do casamento também deve ser considerada como bem exclusivo e incomunicável, desde que mantenha intacto o seu primitivo capital social e sua inicial configuração patrimonial, cujo valor de mercado, nestas estanques circunstâncias, será visto, sim, como um mero fenômeno econômico, pois ficam fora da partilha os bens que cada cônjuge já possuía antes do início da união estável ou do casamento, bem como aqueles adquiridos na constância do relacionamento, a título gratuito, por doação, sucessão ou os sub-rogados em seu lugar.

Entretanto, o que não se pode confundir são os conceitos de *capital social* e *patrimônio social*, porquanto, como ensina Paulo de Tarso Domingues, a sociedade não é um contrato gratuito, pois todos os sócios têm que contribuir ou obrigar-se a contribuir para a constituição da sociedade com bens ou serviços e todos têm de realizar uma entrada com a qual adquirem a qualidade de sócios, de maneira que, em sua formação inicial, a sociedade terá determinado patrimônio.[91]

Uma sociedade precisa ser constituída com um mínimo de capital social, e uma sociedade foi organizada para produzir e os sócios que constituíram esta sociedade projetam nela trabalhar e com ela crescer, tanto que, na medida do seu crescimento surge a necessidade inclusive de adequar este desenvolvimento patrimonial a um novo e revigorado capital social. É por isto que capital social e patrimônio social são duas realidades visceralmente distintas, pois como mostra Paulo de Tarso Domingues, o capital social de formação da sociedade visa a proporcionar a congregação de meios que permitam o desenvolvimento da atividade empresarial, o capital desempenha uma função de produtividade,[92] considerando então, que os sócios formaram uma estrutura de produção que, agora, depende do trabalho deles.

O capital social e todo aquele aumento de capital societário aportado pelo sócio enquanto era solteiro, e não mantinha nenhuma relação estável, é crédito que só a ele pertence, é dívida que a sociedade empresária detém para com todos os sócios. E é o direito que cada sócio tem de receber quando a sociedade se dissolver, de uma parcela de bens do patrimônio líquido da sociedade, proporcional à sua participação social, e o sócio poderá receber mais ou menos, tudo dependendo da situação líquida da sociedade.[93]

O patrimônio da sociedade representa a efetiva capacidade de renda da empresa, sendo que Gustavo Saad Diniz sustenta doutrinariamente a existência de duas acepções para a expressão capital: a) Como cifra ou valor inscrito no passivo do balanço de abertura da sociedade, representando montante fixo de constituição da sociedade (capital nominal); e como; b) patrimônio da sociedade.[94]

Constituída a sociedade e integralizado o patrimônio social inicial necessário a gerar a limitação de responsabilidade, sócios passam a trabalhar para aferir lucros, entendido o lucro de balanço como sendo a diferença positiva entre o patrimônio líquido e o capital social, como podem

distribuir o lucro de exercício no final do ano econômico. Este lucro que eventualmente não é distribuído entre os sócios, mas reinvestido na sociedade, vai criando um patrimônio separado, formado pelos bens e direitos derivados do desenvolvimento da atividade empresarial, e pela retenção na sociedade dos lucros originariamente destinados aos sócios, sem esquecer que o sócio agora casado empreende seu tempo e seus esforços com vistas ao crescimento da sua empresa e o faz com o auxílio e as eventuais economias que seu cônjuge ajuda a promover.

Quando uma sociedade empresária cresce pelo trabalho paritário e presumido dos cônjuges ou conviventes, mudando visivelmente a sua constituição inicial, transformando-se pelo óbvio esforço comum, e concomitante sacrifício nupcial, externado por renúncias de tempo, de lucros, de bens, de trabalho e de dividendos que ficaram retidos na sociedade, tudo ao seu tempo e modo permitindo aumentar o capital social, ainda que apenas com recursos internos, oriundos de lucros suspensos e de contas de retenção de dividendos, não pode haver qualquer discordância de que a capitalização destes recursos, e nem está sendo falado em incremento de novos aportes externos, é ato que tem como consequência uma incontestável *valorização proporcional da quota de cada um dos sócios*.[95]

Um imóvel valoriza até diante da simples desvalorização da moeda, sabido que os bens imóveis usualmente aumentam mais, isto quando assim não acontece apenas pelo crescimento e povoamento do bairro, e com a construção de novos prédios que arrastam para cima o valor venal do imóvel privado e incomunicável de um cônjuge ou de qualquer pessoa.

J. Rams Albesa e J. A. Moreno Martínez qualificam o crescimento patrimonial da sociedade como uma *ascensão econômica*, em virtude da qual, qualquer incremento patrimonial que se incorpore a uma empresa seguirá a qualificação do negócio ao qual se congrega, mantendo a qualidade de sociedade empresária incomunicável se constituída antes do matrimônio, mas atendendo às regras do devido reembolso ou da compensação entre

patrimônios,[96] para não configurar um enriquecimento às custas do consorte ou convivente.

Deste modo e seguindo as regras gerais sobre a acessão das edificações, incrementos ou quaisquer melhorias que se realizem sobre bens próprios ou comuns, serão elas comunicáveis como comuns serão os edifícios construídos em solo próprio de um dos cônjuges e edificados durante a união estável ou casamento, atribuindo à sociedade de aquestos o maior valor alcançado pelo bem melhorado e valorizado, de cujo aumento verificado ao tempo da dissolução da entidade familiar a sociedade afetiva se fez credora.

De acordo com Antonio Javier Pérez Martín uma empresa não perde sua natureza privativa se renovou seu maquinário desgastado no transcurso dos anos, porque a nova maquinaria segue como bem privativo em sub-rogação das máquinas substituídas e as novas seguem simplesmente cumprindo a mesma função das antigas.[97] Mas outro significado tem a aquisição de máquinas novas e em volume de aquisição superior ao preexistente, porque compradas com vistas ao aumento da produção em decorrência do crescimento da empresa, ou no exemplo de uma sociedade de transporte coletivo que não só renova sua frota de ônibus, mas igualmente aumenta o número de coletivos.

10.9.2.5. Frutos civis e naturais

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

Frutos são o que a coisa regular e periodicamente produz sem alteração nem diminuição de sua substância,[98] quer pela produção do homem, ou da cria dos animais, quer pela cultura da terra. Frutos percebidos são aqueles já colhidos ou recebidos, e frutos pendentes são aqueles ainda unidos ao bem

principal, podendo ser recolhidos.[99] É preciso que antes se liquidem os gastos efetuados para a produção dos frutos, deduzindo do total obtido os custos da produção. Os frutos da cria de gado serão aquelas cabeças que ao ser dissolvido o casamento excedem ao número aportado por cada cônjuge em caráter privativo, devendo ser adjudicada ao cônjuge proprietário exclusivo a mesma quantidade de cabeças de gado que trouxe para o relacionamento estável ou matrimonial, sendo partilháveis as cabeças que importaram no crescimento do capital pelo aumento do plantel. As crias que substituem os animais mortos também são consideradas como frutos e comuns também serão as crias que tenham sido concebidas antes de iniciar a sociedade conjugal, mas paridas durante o casamento.[100]

São frutos naturais as produções espontâneas da natureza e frutos civis, as rendas que a coisa produz; como um bom exemplo, os juros pagos pelo capital aplicado pelo cônjuge em caderneta de poupança). Do mesmo modo irão se comunicar os frutos percebidos durante o casamento e oriundos da locação de um imóvel eminentemente apresto, pertencente a um dos cônjuges. Quando um dos consortes é acionista de uma sociedade anônima e suas ações são bens próprios, os frutos destas ações são bens comunicáveis e seus dividendos ingressarão na comunhão parcial quando recebidos na constância da sociedade conjugal. O dividendo é o ganho que a assembleia de acionistas resolve distribuir, conforme surge dos balanços contábeis por ela aprovada, mas ela também é soberana para decidir pela não distribuição de dividendos.

Bem observa Eduardo Vaz Ferreira,[101] a sociedade pode conservar os lucros para capitalização da empresa ou para o aumento do seu fundo de reserva, ou re-parti-los entre os sócios, e só nesta hipótese, distribuindo dividendos, é que serão considerados frutos comunicáveis. E, se com o produto desses frutos o cônjuge ou convivente adquiriu um bem material, também este reverterá para o patrimônio comum por sub-rogação dos dividendos que permitiram a sua aquisição.

10.9.2.6. Aquisição com causa anterior

O artigo 1.661 do Código Civil dispõe serem incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento, deste modo, dispondo, não ser bastante para tornar certos bens de caráter comum, quando o seu ingresso datar de antes do casamento, porque o fato se sobrepõe ao título.[102]

Portanto, em uma ação de usucapião cujo período de aquisição ocorreu e venceu antes do casamento, mas cuja sentença de procedência foi proferida na vigência do relacionamento, fica evidente se tratar de aquisição com título anterior. O mesmo pode ser compreendido na promessa de compra e venda integralmente quitada ao tempo de solteiro do promitente comprador, mas somente escriturada após o casamento.

Pelo artigo 1.662 do Código Civil, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, salvo prova em contrário, demonstrada pelas notas fiscais de compra, ou por outros meios lícitos de prova, como a existência de documentos ou fotografias dos móveis devidamente datadas, ou que demonstrem serem mais antigas que a união do casal, ou ainda precedente partilha de relacionamento desfeito, comprovando se tratar de bens próprios do cônjuge ou convivente.

Os dispositivos 1.663 a 1.666 do Código dão redação mais objetiva à administração do patrimônio comum, em texto sintonizado com a Lei 4.121/1962 (Estatuto da Mulher Casada), e com a igualdade constitucional dos cônjuges, afastando-se das limitações antes impostas pelos artigos 274 e 275 do Código Civil de 1916.

Evidentemente, a administração de um cônjuge não afasta a do outro e a norma tem muito mais correlação para com terceiros do que propriamente entre os cônjuges e conviventes, porque entre eles a administração do seu patrimônio comum será de acordo com o convencionado entre si, servindo o regramento para aqueles que contratam com os matrimoniados saibam cometer a qualquer um deles a administração do acervo, ou aos dois em

conjunto, se assim concluíram ser a melhor opção e, por vezes, para aquilatar a melhor alternativa também deve ser levada em consideração a prática na administração de bens, especialmente quando são rentáveis, como a exploração de um comércio ou de um hotel, o que não exclui eventual prestação de contas diante da suspeita de desvio de recursos comuns e até mesmo a nomeação de um administrador judicial. É tão clara a responsabilidade dos cônjuges na transparente administração dos bens conjugais, que o § 3º do artigo 1.663 do Código Civil pune com a retirada do governo dos bens comuns a quem malversou o patrimônio conjunto com a sua administração ruinosa.

10.9.2.7. Partilha de quotas

O Código de Processo Civil trata da *dissolução parcial de sociedade* e da *apuração de haveres* entre os artigos 599 a 609, sendo criação inicial da doutrina admitir a dissolução parcial da sociedade pela necessidade de preservar a empresa, que fosse constituída por prazo indeterminado, sendo realizado um balanço especial, para apurar o acervo da sociedade e dessa forma verificar o valor exato das quotas para a apuração dos haveres do sócio que se retira. A dissolução total de uma sociedade empresária se dá pelo procedimento comum e o rito específico dos artigos 599 a 609 é utilizado para a dissolução parcial.[103] O foco do Código de Processo Civil é a dissolução das sociedades contratuais, as sociedades simples, que são as sociedades prestadoras de serviços, que não se confundem com as sociedades empresarias, e também a sociedade anônima de capital fechado, conforme § 2º do artigo 599 do CPC. A pretensão judicial pode ser voltada para a dissolução parcial da sociedade, cumulada com a apuração de haveres ou visar apenas a resolução da sociedade, só o apuramento de haveres, ou as duas coisas ao mesmo tempo.

Conforme o artigo 600 do CPC, a ação pode ser proposta pelo: I) espólio do sócio falecido; II) pelos sucessores, após concluída a partilha do

inventário do sócio falecido; III) pela sociedade, se os sócios remanescentes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade; IV) pelo sócio que exerceu seu direito de retirada ou recesso; V) pela sociedade; VI) pelo sócio excluído.

O parágrafo único do artigo 600 do CPC admite que o cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou possa requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio. Importante, portanto, constatar que o cônjuge ou companheiro de sócio não é sócio, e sim exerce uma posição de uma espécie de *subsócio*, eis que de sócio não se trata, como tampouco ingressará na sociedade. Contudo, passa a ter direito de promover a apuração de haveres na sociedade e correspondente às quotas de seu cônjuge e sócio que não se retira dela, não havendo por isto nenhuma prévia dissolução parcial da sociedade, mas, ao revés, o apuramento de haveres para que possa ser mensurada a meação do cônjuge ou companheiro que liquidará, ou compensará o valor especialmente levantado em *balanço de determinação*, para ficar ciente do valor das quotas subscritas pelo cônjuge na sociedade, e que por meação toca por reembolso ao consorte ou convivente.

Para que a ruptura da sociedade afetiva de um casamento ou de uma união estável não pudesse influir na atividade social da empresa, o artigo 1.027 do Código Civil não concedeu ao ex-cônjuge ou ao ex-convivente o direito de pedir a dissolução do vínculo societário para que recebesse sua meação, ou os herdeiros da herança, tendo ordenado apenas que eles deveriam concorrer na divisão periódica dos lucros da sociedade, até que ela se liquidasse, lembrando que a apuração de haveres não visa a liquidação da sociedade, pois a esta se destina à realização de todo o ativo da sociedade e intenta eliminar o seu passivo, extinguindo a personalidade jurídica, ficando em mãos dos sócios o saldo eventual do patrimônio que antes pertencia à sociedade. Contudo, esta vedação que inibia a efetiva

dissolução na prática desapareceu com o parágrafo único do artigo 600 do Código de Processo Civil, ao prever a possibilidade do ex-cônjuge ou ex-companheiro do sócio, uma vez cessada a entidade familiar, pedirem em juízo a liquidação da sua quota, por meio da apuração de seus haveres na sociedade, e que serão pagos à conta da quota social titulada por este,[104] não ocorrendo, necessariamente, a dissolução parcial da sociedade, mas uma significativa redução da participação societária do cônjuge que se divorcia ou do convivente que rompe sua relação afetiva e precisa liquidar parcela de suas quotas em favor da meação de seu parceiro.

A apuração de haveres tem o propósito de definir um montante que reflita o valor real e atual devido ao sócio que se retira e quando o faz, e evitar qualquer locupletamento indevido da sociedade e sócios remanescentes,[105] lembrando que não se trata de uma avaliação aos moldes de uma empresa que esteja encerrando suas atividades, pois diferente será a avaliação de uma sociedade que está em pleno funcionamento, e que segue gerando riquezas. O Código Civil não trata dos critérios contábeis para a realização do balanço especial ou de determinação, razão pela qual pelo STJ, no REsp 1.335.619/SP, julgado pela sua Terceira Turma em 3 de marco de 2015, restou consolidada a realização de um balanço de determinação, com a seguinte ementa: “1. Na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para a apuração dos haveres do sócio retirante somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado. 2. Em caso de dissenso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no sentido de que o balanço de determinação é o critério que melhor reflete o valor patrimonial da empresa. 3. O fluxo de caixa descontado, por representar a metodologia que melhor revela a situação econômica e a capacidade de geração de riqueza de uma empresa, pode ser aplicado juntamente com o balanço de determinação na apuração de haveres do sócio dissidente”.

O balanço patrimonial tem por finalidade apresentar a posição financeira e patrimonial da empresa e representa uma posição estática; enquanto o balanço de cessão é levantado para o propósito de alienar uma determinada atividade da sociedade, ou a empresa em sua totalidade; servindo o balanço de liquidação para a dissolução total da sociedade e o balanço de determinação tem por escopo encontrar o montante referente ao potencial crédito do sócio que se afasta da sociedade,[106] que se presta para que cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou, para requerer a apuração de seus haveres na sociedade.

A apuração de haveres representa a constituição de um crédito em favor do sócio desligado, e, especificamente para o Direito de Família, um reembolso para o cônjuge ou convivente, em razão da partilha dos bens comuns em decorrência da partilha proveniente do divórcio ou da dissolução da união estável, como também pode respeitar para o Direito das Sucessões um crédito destinado aos sucessores do sócio falecido e que não foram admitidos no quadro social. Essa ação pressupõe prévia partilha dos bens do casal e pressupõe que, após extremados os quinhões, tenham ficado quotas que anteriormente estavam em nome do cônjuge ou companheiro sócio da sociedade no patrimônio do cônjuge ou companheiro que propõe a ação de apuração de haveres, se não preferir ingressar na sociedade, acaso o contrato social não estabeleça nenhuma oposição neste sentido.[107]

O valor apurado tomará por base a situação patrimonial da sociedade no momento em que se deu a dissolução (CC, art. 1.031), valendo, obviamente, para o cônjuge ou convivente que busca o reembolso de sua meação, a data da efetiva ruptura da relação matrimonial, pela separação de fato, de corpos ou pelo divórcio ou dissolução da união estável, considerando o que aconteceu em primeiro lugar, se foi a ruptura fática ou o rompimento formal e esta deverá ser a fotografia da sociedade empresária, pouco importando o que sucedeu depois, se a empresa cresceu ou se ela

recrudesceu (CPC, art. 604).[108] Esta é a data-base para a apuração dos haveres e que coincide com o fim da comunhão plena de vida dos cônjuges ou conviventes, estabelecendo o § 2º, do artigo 1.031 do Código Civil, que o pagamento será em dinheiro e no prazo de 90 dias, a partir da liquidação, salvo acordo ou disposição contratual em contrário, pois a ideia do legislador é de não descapitalizar a sociedade empresária de uma hora para outra, embora o contrato poderá prever prazos maiores ou menores para o pagamento.

Devedora dos haveres será a sociedade e não os sócios, que não são devedores de haveres e que não devem constar no polo passivo da ação e o capital social sofrerá a correspondente redução, salvo os demais sócios suprirem o valor da meação sobre a quota (CC, art. 1.031, § 1º).

10.9.2.8. Dívidas dos cônjuges

A vida matrimonial impõe uma série de gastos pessoais, praticados por qualquer um dos cônjuges e deles com relação aos seus filhos, como a alimentação de toda a família, os custos com o estabelecimento do domicílio familiar, com a educação e formação profissional da prole, despesas com a saúde de todos os membros da família etc. As dívidas conjugais são solidárias entre o marido e a mulher (CC, art. 1.644), não importando o regime de bens que tenham elegido, seja ele de comunhão ou de separação total, ambos os consortes são responsáveis pelos débitos destinados à manutenção da família, como textualmente previsto no artigo 1.566 do Código Civil, que regula os deveres matrimoniais de mútua assistência (inc. III) e de sustento, guarda e educação dos filhos (inc. IV), e especificamente nos artigos 1.643 e 1.644 do Código Civil, quando autorizam a qualquer um dos consortes, a adquirir as coisas necessárias à economia doméstica, não se imaginando tivesse o credor de um gasto excepcional e de emergência, decorrente de alguma catástrofe, acidente, ou proveniente de uma repentina operação cirúrgica, necessidade de exigir previamente a anuência do

cônjuge codevedor.[109] As dívidas contraídas no interesse dos esposos e da sociedade familiar ingressam na esfera da responsabilidade dos cônjuges, qualquer que seja o contratante da despesa (CC, art. 1.643), pois carecendo a sociedade conjugal de personalidade ideal não pode ser devedora dos credores, cujo papel de devedor é assumido individualmente pelos consortes, e aos dois os débitos vinculam sempre quando contraídos em benefício da família. O artigo 1.643 do Código Civil restringe a presunção de dívida comum aos dispêndios realizados com a compra das coisas necessárias à economia doméstica (inc. I), ficando qualquer outra despesa eventualmente dependente da prova a ser realizada pelo credor, de que se trata de dívida comum e não pessoal ou própria de quem a contraiu. As dívidas respeitam tanto ao consumo de curto ou médio prazo, como os investimentos em prol da família, subentendidos como gastos para consumo imediato a compra de comida, vestuário, honorários médicos e odontológicos, despesas com remédios, planos de saúde, seguros, salários de funcionários domésticos e encargos sociais, despesas com férias, locação, compra de móveis; custos de conservação dos bens, como reparos, e pinturas, enquanto o investimento supõe a incorporação de algum bem que passa a integrar o patrimônio conjugal.[110]

Os gastos com as necessidades da família devem ser aqueles custos comuns e ordinários, não ingressando aquelas despesas muito próprias de um divórcio prenhe de ódio e vingança, quando um dos cônjuges abusa do direito e gasta desvairadamente com o cartão de crédito ou esvazia as economias bancárias, apenas no propósito de causar um dano pessoal e material, como também não podem ser considerados como encargos matrimoniais aquelas despesas incompreensivelmente desproporcionais aos rendimentos da família.[111]

Pelo artigo 1.663, § 1º, do Código Civil, as dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge administrador e os do outro na razão do proveito por ele auferido,

consagrando a usual prática de comprometer o patrimônio conjunto quando resultar da dívida constituída efetivo proveito para o casal. Pelo § 2º do mesmo dispositivo qualquer cessão do uso ou gozo a título gratuito dos bens comuns implica colher a recíproca anuência dos cônjuges, até porque, na cessão sem contraprestação, não ocorre qualquer benefício para o casal; antes desgasta os bens e lhes impõem despesas na sua conservação.

10.10. DO REGIME DE COMUNHÃO UNIVERSAL

Até o advento da Lei do Divórcio, em 26 de dezembro de 1977, o regime legal na ausência de precedente contrato antenupcial era o da comunhão universal. Por sua estrutura comunicam-se entre os cônjuges todos os seus bens presentes e futuros, além de suas dívidas.

No regime da comunhão universal de bens ocorre uma fusão entre os bens trazidos para o casamento pelo casal, formando uma única massa.[112] Instaura-se um estado de indivisão de bens, passando cada consorte a ter o direito à metade ideal do patrimônio comum e das dívidas comuns.

No dizer de Pontes de Miranda,[113] na comunhão universal de bens são concebidos dois princípios: "I – Tudo que há e que entra para o acervo dos bens do casal fica indistintamente, como se fora possuído ou adquirido, *ao meio*, por cada um: os bens permanecem *indivisos* na propriedade unificada dos cônjuges, a cada um dos quais pertence *metade imaginária* que só se desligará da outra quando cessar a sociedade conjugal; II – Tudo que cada cônjuge adquire se torna comum no mesmo momento em que se operou a aquisição: é o casal, e não eles, que adquire".

O regime vem regulamentado pelo Código Civil, nos artigos 1.667 a 1.671, enquanto o Código Civil de 1916 disciplinava o mesmo regime da comunicação total dos bens nos artigos 262 a 268. A redação mais enxuta do artigo 1.668 do Código Civil e seus cinco incisos repetem, embora não na

mesma ordem, os incisos I, II, III, VI, VII, VIII, IX (parcialmente), XI e XIII do artigo 263 do Código Civil de 1916.

10.10.1 Bens excluídos da comunhão universal

No regime da comunhão universal, em conformidade com o artigo 1.668 do Código Civil, são excluídos da comunicação:

10.10.1.1. Bens doados ou herdados com incomunicabilidade

I – Os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar

Pelo inciso I do artigo 1.668 do Código Civil, não se comunicam os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e aqueles sub-rogados em seu lugar.

No regime da comunhão universal de bens, a doação feita a um dos cônjuges se comunica ao outro, salvo a existência de cláusula restritiva de incomunicabilidade no instrumento. Portanto, em raciocínio inverso, não existindo cláusula de restrição à comunicação, os bens havidos por doação ou por herança em nome de qualquer um dos cônjuges, se convivendo e não separados de fato ou de corpos, ingressam na comunhão de bens.

A cláusula de inalienabilidade imposta aos bens por ato de liberalidade implica a impenhorabilidade e a incomunicabilidade (CC, art. 1.911), como nessa direção já enunciara o Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula 49.[114]

Não sendo o bem doado ao casal, por conter o ato de liberalidade gravame expresso de não comunicação ao outro cônjuge ou companheiro, o efeito desejado é o de este bem pertencer exclusivamente ao seu beneficiário, não integrando a meação do consorte.

Igual efeito sucede no caso de bem havido por herança, com cláusula testamentária expressa de incomunicabilidade, com as limitações surgidas com o artigo 1.848 do Código Civil, no tocante aos bens da legítima, sobre a qual é necessário justificar no testamento a razão do gravame, mesmo em relação aos testamentos realizados na vigência do Código Civil de 1916 (CC, art. 2.042), criando, assim, uma *capa protetora* da legítima dos herdeiros necessários, os descendentes, ascendentes e cônjuge (CC, art. 1.845), lembrando com toda propriedade Marcelo Truzzi Otero não ser suficiente apontar a causa, pois ela precisa ser "justa", no sentido de ser conforme a lei, a moral e os bons costumes e estar apoiada em fatos concretos que possam ser sustentados em futura ação, em que ficará comprovado que as cláusulas sobre a legítima são indispensáveis para a preservação dos interesses do herdeiro e de sua família e não do instituidor.[115]

10.10.1.2. Bens gravados de fideicomisso

II – Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva

O fideicomisso vem explicitado no artigo 1.951 do Código Civil, quando prescreve ser possível ao testador "instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica como fideicomissário".

Interferem no instituto do fideicomisso três pessoas diferentes, a saber: *a*) o fideicomitente, que é o testador, autor da liberalidade testamentária; *b*) o fiduciário, o primeiro herdeiro ou legatário, o qual atua como um *intermediário* do bem doado ou legado, que por sua morte, ou por certo tempo ou sob certa condição, restará o bem consolidado na propriedade do

terceiro interveniente e, por fim, *c*) o fideicomissário, na realidade, o segundo instituído, a quem efetivamente o testador visou deixar o bem doado ou legado, com a morte do fiduciário, ou depois de certo tempo ou quando fosse verificada certa condição.

Como o fiduciário atua apenas como intermediário do bem doado ou legado, porque este bem está reservado, por desejo do testador ao terceiro da cadeia sucessória, o fideicomissário, logicamente o bem gravado em fideicomisso não se comunica com o cônjuge do fiduciário, cujo direito é transitório, porque a propriedade será do último (fideicomissário), e em relação ao cônjuge do fideicomissário o bem doado ou legado só irá se comunicar quando realizada a condição suspensiva (morte, certo tempo ou por certo modo), quando então o bem se consolida na sua propriedade e, por conseguinte, se não houver gravame restritivo de incomunicabilidade, também ingressará na meação do seu cônjuge se casado pela comunhão de bens.

10.10.1.3. Dívidas anteriores ao casamento

III – As dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum

As dívidas anteriores ao casamento guardam exclusiva vinculação para com quem as contraiu e não se correlacionam com o casamento; mesmo na hipótese de os bens virem a se comunicar, pelos débitos responde o devedor, na medida exata da sua meação, porque o casamento não torna a dívida comum.

O inciso III ressalva a comunicação dessas dívidas se elas foram contraídas em prol dos aprestos do casamento, como disso são exemplos os gastos despendidos com a compra de móveis e utensílios para guarnecerem a futura vivenda nupcial, ou os dispêndios com a lua de mel, e até os custos com a aquisição da moradia conjugal, mas sempre quando reverterem em

proveito comum, mesmo quando assumidas por um só dos cônjuges, como na hipótese de as despesas terem sido efetuadas para os preparativos da cerimônia nupcial.

Sobre o proveito econômico basta verificar a partir do artigo 1.642 até o artigo 1.652 do Código Civil, os quais cuidam da administração dos bens conjugais e particulares, assim como atentar para o espírito da Lei 4.121/1962, em especial o seu artigo 3º, para constatar que as dívidas contraídas por um dos cônjuges só compromete o casal se reverteram em benefício de ambos ou de sua família, não havendo como superar esta verdadeira norma de *conduta*, ao abrir uma exceção deste princípio, esquecido pelo legislador no regime da comunhão universal de bens.

10.10.1.4. Doações antenupciais

IV – As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade

A doação referida no inciso IV é aquela realizada pelo contrato antenupcial de um nubente ao outro, e sendo onerada com a cláusula de incomunicabilidade evidentemente não se comunica, porque, do contrário, toda doação pré-nupcial sem nenhuma restrição se tornaria bem comum diante da adoção do regime da comunhão universal de bens e, assim, o bem doado antes do casamento terminaria pertencendo ao casal por força do regime eleito da comunicação de bens, e na prática representaria uma *meia-doação*, ou doação de apenas a metade, porque a outra metade retornaria com o casamento ao cônjuge doador.

10.10.1.5. Os bens dos incisos V a VII do artigo 1.659 do CC

V – Os bens referidos nos incisos V a VII do artigo 1.659

Todas essas hipóteses já foram objetos de considerações quando estudado o regime da comunhão parcial de bens, e a incomunicabilidade dos bens de uso pessoal de cada cônjuge (CC, art. 1.659, inc. V); os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge (inc. VI) e as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes (inc. VII).

a) Bens de uso pessoal, livros e instrumentos de profissão

Os bens de uso pessoal, assim como livros e instrumentos de profissão, revestem-se deste caráter de pessoalidade para com o cônjuge titular destes pertences, porquanto destinados ao seu uso exclusivo, e só com ele guardam interesse e utilidade, como disso são exemplos as suas roupas, as joias e bem assim os livros e instrumentos de profissão, já tendo decidido a jurisprudência pela partilha de uma biblioteca com um grande acervo de livros e de expressivo valor econômico, não podendo nestas condições ser considerada como bem pessoal e incomunicável.[116]

A interpretação teleológica desse dispositivo deve ser moderada, pois devem ser apenas considerados como próprios e incomunicáveis os livros e instrumentos mínimos necessários ao exercício da profissão, porquanto a sua avaliação extensiva, inevitavelmente, levaria ao abuso, por exemplo, daquele médico proprietário de uma clínica com caros e sofisticados equipamentos, todos eles destinados ao exercício de sua profissão, como o seriam também os grandes escritórios de profissionais liberais, como engenheiros, contadores e advogados, equipados com vastas bibliotecas e sofisticada rede de computadores, todos bens fundamentais à atividade profissional de seu titular e daqueles que lhe servem por vínculo de trabalho, diante da infraestrutura atingida com o sucesso e crescimento na carreira.

b) Os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge

A injustiça do dispositivo é evidente quando, justamente no regime da comunhão universal de bens se comunicam os bens particulares, denominados aprestos, e justamente traz para dentro da sociedade afetiva a

unificação do lastro econômico do casamento, não fazendo, como já não fazia sentido ao tempo da codificação revogada (CC/1916, art. 263, inc. XIII), excluir os proventos do trabalho, e engessar os ingressos financeiros, pretéritos e futuros, só porque oriundos do trabalho pessoal.

Teria sido melhor que o codificador declarasse comunicáveis os proventos do trabalho ou da indústria dos cônjuges tanto no regime da comunhão universal como na comunhão limitada de bens, por se tratar de créditos, sobras ou economias advindas do labor de cada consorte.

Injusto para o cônjuge ou convivente que trabalha por contraprestação pecuniária, mas não converteu as suas economias em patrimônio nupcial ou da união estável, assistir ao seu parceiro haver suas economias como reservas consideradas crédito pessoal e incomunicável.

Valesse esta norma e um dos consortes que paga mais contas ou compra mais bens comuns, assiste ao outro que apenas trata de acumular suas reservas pessoais, advindas de seu trabalho, havidos como bens próprios e incomunicáveis, embora vertidos na constância do casamento, mas sendo considerados reservados e pessoais.

É interpretação que não se sustenta, pois bens comuns são aqueles adquiridos com o esforço comum e todo o esforço usualmente é remunerado em pecúnia, e estes bens percebidos em dinheiro ou adquiridos com o dinheiro resultante do trabalho e da indústria de cada consorte estão destinados a serem partilhados por metade ao fim da comunidade afetiva.

c) As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes

As pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas assemelhadas compreendem ganhos assegurados em contrapartida de contribuições procedidas durante o exercício de atividades profissionais. São bens personalíssimos e nesta esteira devem ser incluídos como rendas semelhantes às contribuições contratadas com planos privados de previdência.

Como explana Maria Helena Diniz, "*pensão* é a quantia que se paga, periodicamente, em virtude de lei, decisão judicial, ato *inter vivos* ou *causa mortis*, a alguém, visando à sua subsistência; o *meio-soldo* é a metade do soldo pago pelo Estado ao militar reformado; o *montepio* é a pensão paga pelo Estado aos herdeiros de funcionário falecido, em atividade ou não. (...) Assim, se uma pessoa é beneficiária de montepio e vier a casar, essa vantagem pecuniária não se comunica ao seu consorte, por ser uma renda pessoal".[117]

10.10.2 Comunicação dos frutos e administração dos bens

Entendam-se os frutos naturais como as produções espontâneas da natureza e os industriais como os produzidos pela ação do homem ou da cultura da terra e os civis como as rendas produzidas pela coisa.[118] Todos os frutos percebidos na vigência da sociedade conjugal são comunicáveis, mesmo quando provêm de bens particulares, e, desse modo, ingressam no regime de bens os frutos advindos de aluguéis e de toda a sorte de bens que produzam alguma espécie de ganho, seja por meio dos juros do capital, este incomunicável, quer advenham das colheitas, das crias de animais etc.

Segundo a lição de Abel Rozas e Eduardo Roveda, os dividendos das sociedades por ações são frutos ou rendas civis, sejam elas adquiridas com fundos próprios ou conjugais, enquanto percebidas na vigência do casamento. No caso de a sociedade resolver emitir ações em pagamento dos dividendos, essas ações serão conjugais, comunicáveis, e, na hipótese de a sociedade emitir ações como reinvestimento, essas novas ações serão próprias do cônjuge titular, porque representam a valorização do seu capital.[119] Antonio Javier Pérez Martín afirma ser esta uma típica hipótese de fraude pela interposta pessoa jurídica, onde o consorte empresário, que também é o controlador da sociedade anônima afasta os dividendos do regime matrimonial se valendo abusivamente da pessoa jurídica para fraudar

os interesses do seu cônjuge,[120] retendo os dividendos na sociedade, fato que leva à conclusão acerca da comunicabilidade das quotas e ações privativas que foram valorizadas na constâncias do matrimônio pela reaplicação dos frutos.

De acordo com o artigo 1.670 do Código Civil são aplicadas ao regime da comunhão universal as disposições contidas nos artigos 1.663 a 1.666 do Código Civil sobre a administração dos bens nupciais, e tal qual ocorre no regime da comunhão parcial a administração de um cônjuge não afasta a do outro. Entre estes, a administração do seu patrimônio comum será conforme aquilo por eles convencionado, servindo o regramento para prevenção dos terceiros que contratam com os matrimoniados, sabendo de antemão estar qualquer dos consortes autorizado a administrar o acervo comum, ou até mesmo exercendo uma administração conjunta, se assim concluíram ser a melhor opção.

De acordo com o artigo 1.570 do Código Civil, a exclusividade da administração da sociedade conjugal só pode ser legalmente atribuída a um dos consortes quando o outro estiver em lugar remoto e não sabido; encarcerado por mais de 180 dias; judicialmente interditado ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, mas também não pode ser desconsiderado que por vezes o talento e a reiterada prática de um dos consortes na administração de sociedades ou atividades afins, igualmente rentáveis, convém sigam sendo administrados por quem já está a testa do empreendimento.

Dispõe o artigo 1.663, § 1º, do Código Civil também aplicado à comunhão universal de bens, que 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 por ele auferido, consagrando a usual prática de comprometer o patrimônio conjunto somente quando demonstrado resultar da dívida constituída efetivo proveito para o casal.

Pelo § 2º do artigo 1.663 do Código Civil, qualquer cessão do uso ou gozo a título gratuito dos bens comuns implicam colher a recíproca anuência dos cônjuges; até porque, na cessão sem contraprestação, não ocorre qualquer benefício para o casal, antes, desgasta os bens e lhes impõem despesas na sua conservação.

Havendo malversação do patrimônio conjunto pela administração ruinosa de um dos parceiros, o § 3º do artigo 1.663 do Código Civil, pune o consorte responsável com a retirada da sua administração, enquanto para outras legislações, como a portuguesa e a espanhola é possível promover a partilha dos bens sem importar na ruptura do casamento.

10.10.3 Extinção da responsabilidade e do regime de bens e prescrição

Conforme artigo 1.671 do Código Civil, a responsabilidade individual dos cônjuges para com os credores do outro só encerra quando extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo conjugal. Em todas as hipóteses arroladas pelo artigo 1.571 do Código Civil, havendo antecedente separação de fato ou de corpos, como evidentemente existirá no divórcio e como possivelmente possa existir em situação fática ou jurídica precedente à morte, nulidade ou anulação do casamento, com efeito, que o termo final da comunicação dos bens conjugais é a separação de fato ou a oficial separação de corpos, e não a sentença final de anulação ou nulidade do casamento ou de divórcio, como tampouco o posterior óbito se os cônjuges já estavam de fato ou de direito corporalmente separados, sendo de todo vetusto e anacrônico o dispositivo contido no artigo 1.830 do Código Civil ao criar a culpa mortuária do cônjuge falecido no curso da separação de fato ou de corpos.[121]

Carece de sentido aplicar um regime de comunhão de bens a um casal separado de fato ou de corpos, ausente a *affectio maritalis*, proveniente de

uma identidade de espíritos, vontades, planos, trabalho e bem comum, ou como quer o artigo 1.511 do Código Civil, vivendo em *comunhão plena de vida*, muito mais quando o próprio diploma civil vigente dá mostras de apreender os efeitos da separação de fato, primeiro, nos artigos 1.672, 1.673 e 1.683, ao focar por expresso a cessação da convivência (separação de fato), como o termo final do regime de bens da participação final dos aquestos.[122]

Nesse sentido e com respeito à prescrição da partilha, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu no REsp 1.660.947/TO, em voto do Ministro Moura Ribeiro, datado de 5 de novembro de 2019, prescrever a pretensão de partilha de bem comum após mais de 30 anos da separação de fato, e que, embora a interpretação literal dos artigos 197 e 1.571 do Código Civil conduza ao entendimento de que a prescrição entre cônjuges somente flui pela morte de um deles, pela nulidade ou anulação do casamento, pela separação judicial e pelo divórcio, sem abarcar a hipótese da separação de fato, é preciso perquirir a finalidade da norma (LINDB, art. 5º), para considerar, sim, a constância da sociedade conjugal como causa impeditiva da fluência do prazo prescricional, e qualquer sociedade afetiva encerra a partir da separação de fato.[123]

Também contraria o artigo 1.571 do Código Civil, quando no § 1º do artigo 1.723 do mesmo Diploma,[124] regula a união estável e permite reconhecê-la se o convivente casado se acha separado de fato.[125]

Contudo, a separação de fato não importará na cessação da comunhão dos frutos, rendimentos e ganhos de capital que continuarem a se agregar ao patrimônio comum,[126] devendo estes, sim, ser partilhados juntamente com o acervo conjugal existente ao tempo da separação factual.[127]

O mesmo raciocínio deve ser emprestado para as dívidas contraídas depois de cessada a convivência, tornando-se responsabilidade pessoal daquele cônjuge que as contraiu durante a separação de fato, salvo tenha o seu consorte participado ativamente e assentido ao negócio jurídico, quando

então estarão ambos vinculados à obrigação, garantindo a dívida com os seus bens, pois em caso contrário cada cônjuge, porque faticamente separados, deve responder apenas por seus débitos pessoais e com a sua meação, não obstante em contrário disponha em inaceitável retrocesso à evolução jurisprudencial o artigo 1.671 do Código Civil.[128]

10.11. DO REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

A participação final nos aquestos toma o espaço ocupado pela letra morta do regime dotal previsto no Código Civil de 1916, e nesse regime cada cônjuge possui patrimônio próprio durante o casamento, tocando-lhe, por ocasião da ruptura da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento, e complementava: "Trata-se de um regime misto, pois no curso do casamento aplicam-se, em síntese, as regras da separação".[129]

Cuida-se, em realidade, de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel (salvo dispensa em pacto antenupcial para os bens particulares – CC, art. 1.656). Apenas na hipótese de ocorrer a dissolução da sociedade conjugal será verificado o montante dos aquestos levantados à data de cessação da convivência (CC, art. 1.683).

Existem duas modalidades diversas de regimes de participação final nos aquestos, em uma delas se atribuem aos cônjuges direitos sobre bens e na outra versão direitos sobre os ganhos, como é da natureza do regime alemão de participação final nos aquestos (*Zugewinngemeinschaft*), e esta parece ter sido a real intenção do legislador brasileiro quando acresce no parágrafo único do artigo 1.684 do Código Civil que: "Não se podendo

realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem".

O outro cônjuge não tem direito algum sobre esses bens, nem sequer possui meios de evitar a sua dilapidação na harmonia conjugal, por configurar nesse estágio um verdadeiro regime de separação.

Por ocasião da dissolução do casamento, nasce um direito do outro cônjuge sobre bens alheios. É possível, e assim expressam os artigos 1.675 e 1.676 do Código Civil, possa esse direito sobre bens alheios até não se materializar, na hipótese de terem ocorrido doações feitas por um dos cônjuges sem a necessária autorização do outro (CC, art. 1.675), cometendo ao esposo lesado reivindicar os bens doados, ou ser compensado com outros bens, se não preferir ser indenizado em dinheiro.

Conforme clara disposição do artigo 1.672 do Código Civil só ingressam na participação final nos aquestos os bens adquiridos a título oneroso. Pelos artigos 1.685 e 1.686 do Código Civil no caso de morte do cônjuge a sua meação é transmitida aos seus herdeiros, a serem convocados pela ordem de vocação hereditária.

O regime patrimonial de participação final nos aquestos toma o espaço ocupado pela letra morta do regime dotal previsto no Código Civil de 1916, e, infelizmente, o novo regime matrimonial prenuncia igual destino do regime sucedido, fadado ao esquecimento e ao banimento pelo total desuso, por sua difícil operacionalidade, como bem apontou Sérgio Gischkow Pereira.[130]

Eduardo Vaz Ferreira fala de um *regime de comunidade diferida*,[131] estando os bens sob o domínio de cada esposo com aptidão para deles dispor livremente e o outro cônjuge não tem direito algum sobre esses bens, nem sequer possui meios de evitar a sua dilapidação, na harmonia conjugal, por configurar esse estágio um verdadeiro regime de separação. Por ocasião da dissolução do casamento, nasce um direito do outro cônjuge sobre bens alheios, recebendo sua meação em valores, ou podendo ser ressarcido pelos próprios bens. E assim expressam os artigos 1.675 e 1.676 do Código Civil,

de este direito sobre bens alheios não se materializar, na hipótese de terem ocorrido doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro (CC, art. 1.675), cometendo ao esposo lesado reivindicar os bens doados ou ser compensado com outros bens, ou indenizado em dinheiro.

Existe uma visível confusão do legislador na redação dos artigos reguladores do regime de participação final nos aquestos, pois ora faz menção à divisão de bens e noutras passagens refere a partilha dos ganhos, como sucede no sistema alemão, em verdade adotado pela legislação brasileira, e esta confusão pode ser percebida quando o Código Civil ordena que, se não for possível e nem conveniente acomodar a divisão dos bens em outros de igual natureza, sendo igualmente desaconselhável ou impraticável o seu condomínio, será calculado o valor de alguns desses bens ou de todos, para a sua reposição em dinheiro ao cônjuge não proprietário (CC, art. 1.684).

Embora haja uma natural inclinação doutrinária em identificar no regime da participação final nos aquestos uma natureza híbrida entre o regime de completa separação de bens na constância do relacionamento, consubstanciando-se na *comunhão parcial* quando da separação do casal, é correto afirmar que não se trata de regimes absolutamente iguais, porque existem semelhanças, contudo, pontuais diferenças, como, por exemplo, o artigo 1.672 do Código Civil, ao estabelecer que por ocasião da dissolução da sociedade conjugal no regime da participação final nos aquestos só serão divididos os bens adquiridos pelo casal, *a título oneroso*, enquanto no regime da comunhão parcial comunicam-se os bens que sobrevierem na constância do casamento (CC, art. 1.658), pouco importando tenham sido adquiridos graciosa ou onerosamente, como ocorre, por exemplo, em um prêmio de loteria. Outra substancial diferença entre o regime da comunhão parcial e o da participação final nos aquestos pode ser constatada da circunstância de que neste último são indiscutivelmente comunicáveis os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge, e também serão

comunicáveis as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes, como a previdência privada, porque o Código Civil não repete no regime da participação final nos aquestos as exceções de incomunicabilidade dos incisos VI e VII do art. 1.659.

O artigo 1.674 do Código Civil informa como será procedida a operação contábil para o cálculo de participação final dos aquestos. De acordo com o dispositivo, sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, quantificam-se os aquestos pelo montante a ser verificado na data da dissolução do regime de bens (CC, art. 1.683). Por ocasião da partilha judicial, são excluídos da soma dos patrimônios próprios: os bens anteriores ao casamento ou sub-rogados (CC, art. 1.674, inc. I); os que sobrevierem a cada cônjuge a título gratuito, por sucessão ou liberalidade (CC, art. 1.674, inc. II); e as dívidas relativas aos bens conjugais (CC, art. 1.674, inc. III). Pode ser tomada como exemplo prático de participação final dos ganhos (aquestos) uma situação em que o marido quando casou tinha um acervo particular de R$ 1.200.000,00 e durante o casamento acrescentou outros R$ 1.000.000,00 em seu patrimônio, enquanto sua esposa tinha bens particulares de R$ 1.500.000,00 e durante as núpcias acrescentou mais R$ 2.000.000,00. O casal ganhou durante o matrimônio R$ 3.000.000,00, cabendo a cada cônjuge com a separação, R$ 1.500.000,00 (R$ 3.000.000,00 ÷ 2 = R$ 1.500.000,00). Assim a esposa deve repassar ao ex-marido R$ 500.000,00, para que cada um fique com sua meação de R$ 1.500.000,00 sobre os ganhos conjugais.

Também no regime da participação final nos aquestos, a exemplo da comunhão parcial (CC, art. 1.662), salvo prova em contrário, são presumidos comuns os bens móveis adquiridos durante o casamento.

Para apurar o montante dos aquestos deverão ser computadas as doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro (CC, art. 1.675), por cujo fato poderá o cônjuge prejudicado ou seus herdeiros reivindicarem o bem indevidamente doado, fato que sequer faz

sentido se o regime termina dividindo os lucros, o certo então é proceder à devida compensação financeira por valor equivalente.

Difícil será compensar com outros bens quando o bem doado era comum e nada mais resta para partilhar. Entretanto, nenhuma compensação poderá ser procedida se o bem doado era exclusivo de quem o doou. Podem ser imaginadas as infindáveis dissensões processuais que irão surgir sobre a verdadeira *prestação de contas* a ser exigida do cônjuge com relação ao inventário de todos os bens alienados durante a trajetória matrimonial sem o aval do parceiro. O bom senso não recomenda a reivindicação do bem alienado, salvo quando escancarada a dissimulação desta venda, escondendo uma doação inoficiosa, ou dissimulando o desvio de bem conjugal, quando o objetivo do regime de participação final nos aquestos é a partilha dos ganhos com reposição em dinheiro.

Cada cônjuge é responsável por suas dívidas pessoais, e se forem pagas pelo outro consorte, aquele que pagou tem direito ao ressarcimento, cujo crédito pode ser postergado para a época da dissolução da sociedade conjugal, sendo devidamente atualizada a dívida, como pode ser compensada com a dação em pagamento de algum bem retirado da meação do cônjuge devedor.

Como no regime de participação final nos aquestos só se comunicam os bens adquiridos onerosamente pelo casal na constância do matrimônio, uma interpretação mais apressada dos artigos 1.679 e 1.681 do Código Civil poderia induzir à existência de um condomínio entre os cônjuges sobre os imóveis amealhados com a participação financeira de ambos, recebendo cada um na proporção dos valores por ele aportados para a compra do imóvel, como se fosse uma sociedade de fato, e com o propósito de evitar o enriquecimento ilícito consagrado pela Súmula 380 do STF.[132]

Neste caso existira somente um condomínio por fração e não um regime de bens e meações, cuja expressão o legislador utiliza reiteradamente no Código Civil ao regulamentar o regime de participação final nos aquestos.

10.11.1 Aquisição onerosa

Falar em bens onerosos adquiridos pelo casal não significa exigir o aporte de recursos por ambos os consortes, porque de há muito prevalece a clara identificação de o trabalho doméstico da esposa ser uma valiosa forma de contribuir para a poupança do casal e assim permitir a economia e com elas aquisições materiais.[133] O esforço conjugado dos nubentes advém da sua mútua colaboração, integradas pelas atividades da casa, e quando existir prole também os cuidados e a dedicação aos filhos, e não valorizando apenas a atividade financeira de um dos consortes.

Segundo o artigo 1.672 do Código Civil bens comuns são aqueles adquiridos onerosamente pelo casal e não onerosamente pelo *esforço comum*, consolidando a máxima de presunção de esforço comum na aquisição dos bens, mesmo porque muitos bens são comprados com os *ganhos* conjugais, recebidos durante o matrimônio pelo trabalho e por frutos dos bens comuns ou particulares, sendo difícil provar a sua incomunicabilidade, salvo pela sub-rogação de bens particulares, ou de aquisição graciosa.

10.11.2 Irrenunciabilidade do direito à meação

Reza o artigo 1.682 do Código Civil não ser renunciável, nem cessível ou penhorável o direito à meação na vigência do regime matrimonial. Trata-se de direitos e obrigações criados com a finalidade de sustentar economicamente o matrimônio e a família, a qual necessita dos seus recursos para se perpetuar no tempo e não inviabilizar a sua normal constituição e regular o seu desenvolvimento.

Para Carlos Iruzubieta,[134] cuida-se de um princípio de ordem pública que não pode ser contrariado pela vontade das partes e, portanto, não pode o cônjuge renunciar ao direito de perceber a metade de seus ganhos aquestos, por conta da dissolução de sua entidade familiar. Também não pode ceder

esse direito (pois estaria renunciando), nem terceiros podem se servir da meação para satisfação de créditos executivos. Porém, nada impede a sua doação ou cessão depois da adjudicação do cônjuge, conquanto não prejudique os herdeiros necessários.

10.11.3 Regras de liquidação

Sucedendo a dissolução do regime de participação final dos aquestos pelo divórcio, manda o artigo 1.683 do Código Civil sejam verificados por inventário o montante e valor dos bens aquestos, não se esquecendo de incorporar ao monte o valor dos alienados em detrimento da meação (CC, art. 1.676), devendo ser liquidadas as dívidas comuns e depois os débitos apurados entre os cônjuges. Faltando dinheiro para pagamento dos créditos entre os próprios cônjuges, ou mesmo quando não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza (CC, art. 1.684), poderão ser alienados tantos bens quantos bastem para a quitação dos débitos ou reposição em dinheiro da igualitária partilha final dos aquestos, lembrando que o regime patrimonial prioriza a partilha dos lucros.

As dívidas também obrigam aos herdeiros, acaso a dissolução do regime decorra da morte do cônjuge sucedido (CC, art. 1.686), mas os sucessores não serão responsáveis pelos débitos superiores à real capacidade da herança correspondente à meação do falecido.

Feitas as deduções dos créditos de terceiros ou dos próprios cônjuges, o conjunto remanescente de bens constitui o cabedal partilhável dos aquestos (CC, art. 1.674), dividindo-se por metade entre os cônjuges, ou seus respectivos herdeiros, os ganhos econômicos verificados na constância do casamento. Trata-se de uma sociedade de ganhos e não de bens, onde os aportes econômicos e financeiros obtidos durante o matrimônio, a título oneroso, mesmo revertendo na compra de bens, constituem-se em vantagens materiais da sociedade conjugal.

Assim são avaliados os bens aportados para o casamento por cada um dos cônjuges e são comparados seus valores com os bens existentes no patrimônio particular de cada consorte no momento da dissolução das núpcias. Esta diferença em comparação com os bens próprios ou aprestos resulta na apuração dos ganhos e das perdas de cada esposo durante a vida conjugal, e quem ganhou menos tem um crédito contra aquele que incrementou mais ao seu patrimônio, de forma a equiparar os resultados econômico-financeiros.[135]

Ao contrário do Direito espanhol e do francês que admitem em circunstâncias especiais o parcelamento do crédito de participação, o Código Civil brasileiro não estabelece qualquer possibilidade de adiamento de pagamento da dívida, o que não impede que o juiz, diante do caso concreto, escreve José Carlos Zebulum, conceda ao cônjuge devedor um prazo razoável para a liquidação do débito, porquanto o magistrado não pode permitir que o pagamento forçado e imediato da dívida coloque em risco a sobrevivência do cônjuge devedor.[136] O § 1.382 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) prevê a possibilidade de adiamento do crédito, mas condicionado à anuência do cônjuge credor, quando resultar inoportuno o pagamento imediato por sua exigência ser capaz de piorar de forma duradoura as condições de vida ou de moradia do devedor e dos filhos comuns. O juiz de família poderá, a pedido do credor, revogar ou modificar a forma de parcelamento se ocorrer alteração substancial nas condições financeiras do devedor ou até mesmo se ocorrer uma deliberada inadimplência.

10.12. DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

Todo o matrimônio tem um regime de bens, mesmo quando estabelecem a incomunicabilidade do patrimônio, resulta impossível afastar o aspecto econômico do casamento que prevê para as sociedades afetivas deveres de

mútuo socorro, e de responsabilidade dos cônjuges para com os gastos domésticos e sustento de seus filhos. Estes vínculos impedem que a independência econômica entre os cônjuges seja total, como induz pensar o regime da completa separação de bens, porquanto a mera vida familiar e a necessidade de atender e fazer frente aos encargos familiares introduz um elemento associativo que inibe a absoluta independência.[137] Essa dependência financeira não significa esquecer que o regime da separação de bens mantém uma separação patrimonial e uma administração independente dos esposos, que desfrutam e governam pessoalmente seu próprio e exclusivo acervo de bens.

Neste regime existe total independência patrimonial entre os cônjuges e ele em nada altera a propriedade dos bens dos consortes, como tampouco confere qualquer expectativa de ganho ou de disposição sobre os bens do parceiro. Cada cônjuge conserva a propriedade dos bens já existentes em seu nome e daqueles aquinhoados na constância do matrimônio, inclusive sobre a sua administração, mantendo a exclusiva responsabilidade pelas dívidas contraídas, com a exceção dos débitos assumidos em benefício da família conjugal, contratadas com a compra de coisas necessárias à economia doméstica, ou empréstimos para esse fim (CC, art. 1.643), quando então os esposos respondem por este elenco de dívidas, através das chamadas dívidas solidárias que competem a ambos os cônjuges e independentemente do regime de bens que adotaram com o casamento, pois são deles os encargos com a manutenção da família e da sua habitação, afora a educação e o sustento dos filhos, quando houver, sendo inquestionável que as dívidas contraídas no interesse dos esposos e da família que construíram entrem na esfera de responsabilidade de ambos, de forma igualitária, sejam quais forem o contratante e o regime patrimonial eleito.[138]

Em favor do regime da separação de bens estão a independência patrimonial e a liberdade de atuação de cada um dos esposos, próprio e adequado para proclamar a perfeita igualdade de armas e de equiparação

dos cônjuges, pois usualmente os consortes deveriam conservar e desenvolver suas próprias e preexistentes riquezas ou acervos, isto quando não visto sob o prisma ideológico e cultural, ou pelo viés de correntes feministas que se desvinculam dos aspectos econômicos das uniões afetivas. Como feição negativa, o regime de separação de bens se mostra injusto para o cônjuge que ficou encarregado das obrigações domésticas e dos cuidados da prole ou que ajudou no desenvolvimento das atividades profissionais do seu parceiro e que assim carece de ingressos próprios, mostrando no fundo que o regime de separação de bens é incompatível para casamentos entre cônjuges que não distribuem igualitariamente as tarefas caseiras, nem guardam uma simetria material e tampouco projetam uma igualdade de oportunidades.

O regime da separação total de bens decorre da lei (CC, art. 1.641) ou de convenção por meio do pacto antenupcial, e nele cada consorte conserva, com exclusividade, o domínio, a posse e a administração de seus bens, tanto sobre os presentes como em relação aos futuros, sendo de cada cônjuge a responsabilidade exclusiva pelos débitos por ele contraídos antes e depois do casamento e que não foram despesas destinadas ao casamento e para a família.

Quando se trata do regime legal de separação de bens, imposto por alguma das hipóteses previstas no artigo 1.641 do Código Civil, para uma vertente doutrinária,[139] existe a possibilidade de aplicação da Súmula 377 do STF, e à qual me filio, em que o regime da separação total de bens se transforma em comunhão parcial dos bens, com a divisão dos aquestos ao tempo da dissolução da sociedade conjugal, cuja possibilidade é suficiente para desaconselhar a livre-disposição dos bens imóveis no curso do casamento, como desavisadamente permite o artigo 1.687 do Código Civil, ao autorizar a alienação ou o gravame dos imóveis de ônus real pelo cônjuge em cujo domínio consta o imóvel no ofício imobiliário.

A doutrina majoritária pugna pela subsistência da Súmula 377 do STF no regime da separação obrigatória de bens, que não foi cancelada e continua tendo aplicação, pois sua edição teve dois objetivos específicos: *a*) contornar o empecilho criado pelo artigo 259 do Código Civil de 1916, que não encontra correspondente na vigente codificação (Código Civil/2002); *b*) vedar o enriquecimento sem causa constante expressamente no Código Civil em vigor no artigo 884, mantendo, destarte, viva a mesma razão para a edição, à época, da Súmula 377 do STF, para que não ocorra um enriquecimento indevido.[140]

10.13. MANTENÇA DA FAMÍLIA

A tão só adoção do regime convencional da separação de bens faz presumir a independência financeira de cada cônjuge ou parceiro, tendo em mira a locução do artigo 1.688 do Código Civil, pela qual cada cônjuge é obrigado a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, e esta disposição permite afastar, em princípio, qualquer pretensão alimentar na hipótese de ruptura da relação afetiva. De fato, a única questão remanescente dentro do regime de separação de bens é a forma como deverão contribuir para atender aos gastos do matrimônio e da família constituída.

Podem os cônjuges, no entanto, estipularem de forma diversa, dispondo, por exemplo, sejam atribuídas somente ao marido as despesas do lar, ou que concorrem com quotas proporcionais aos seus rendimentos ou no sentido de apenas ingressarem nesta contribuição para as despesas do casal os rendimentos e frutos de certos bens.[141]

10.13.1 A presunção de comunidade

Todos os bens aportados durante o casamento são presumidamente comuns aos cônjuges ou conviventes, salvo as exceções já textualmente

previstas em lei. Uma vez desfeita a sociedade, também ocorre a extinção do regime patrimonial do casamento, muito embora a separação fática do casal permita reconhecê-la como marco final da comunhão, pois ausente na prática o casamento e sua comunhão plena de vida (CC, art. 1.511), mostrando-se incoerente manter a comunhão de bens apenas no campo da ficção, de o acervo ainda comum quando os consortes já estão desunidos, e até atrelados a novos parceiros e com os quais já formaram outra união. Não significa desconhecer a usual possibilidade de a separação de fato coincidir com o divórcio do casal e encerrar no mesmo espaço temporal o regime matrimonial do casal. A morte de um dos cônjuges ou conviventes, a separação de corpos ou o divórcio são causas de dissolução legal do regime de bens.

10.13.2 A outorga do cônjuge

No âmbito do Direito de Família a autonomia privada sofre ponderáveis restrições, pois os cônjuges não gozam da livre-disposição dos bens particulares e do acervo conjugal durante a vigência do casamento, dependendo para a sua disposição do assentimento do consorte. Só com a vênia do consorte o negócio translativo de direitos é eficaz e confere integral disposição sobre o bem. A razão de exigência da vênia conjugal[142] consiste em conferir validade ao ato de transferência do bem, e foi prevista para evitar conflitos entre o casal, e de se tornarem os cônjuges as vítimas de fraudes perpetradas na evasão de bens comuns, os quais não raramente costumam desaparecer no cômputo final da partilha conjugal. Ocorrendo, por vezes, a recusa do consorte em alienar bens que precisam ou já haviam sido transferidos por instrumento particular de venda e compra e cuja escritura pública precisa consolidar o negócio, se faz necessário o ajuizamento de ação de suprimento de outorga, para que o juiz de família autorize a consecução do negócio mediante alvará judicial, com as cautelas que entender pertinentes para a preservação da meação do cônjuge relutante,

podendo nomear um fiscal da lei encarregado de acompanhar a transação e receber o preço correspondente à meação do cônjuge recalcitrante e o consequente depósito judicial dessa meação.

Estando o marido na administração dos bens particulares e conjugais, não é difícil deduzir que a redução fraudulenta do acervo comum, com a sua ilícita transferência para terceiros, acabará afetando e frustrando o valor da divisão final.

10.13.3 A outorga do convivente

A outorga no casamento é condição de validade do negócio jurídico,[143] e na união estável não há similar cautela, deslocando-se a discussão para a área da indenização por perdas e danos, capaz de gerar com a sua procedência o ressarcimento em dinheiro, ou a compensação com outro bem, só sendo cogitada da anulação da venda se restar demonstrada a má-fé do terceiro comprador, por haver atuado no cenário fraudulento como testa de ferro do convivente vendedor.

No casamento o negócio sequer se consolida sem o consentimento do cônjuge, enquanto na união estável a mera omissão da existência da convivência pelo vendedor, e desconhecendo o comprador a união estável, convalida a venda em detrimento do parceiro ludibriado pela ligeireza de seu convivente em se desfazer do imóvel.

Luís Cotrim Guimarães observa ser a outorga conjugal uma formal solenidade, essencial à validade do negócio jurídico, sem ser fundamental à validade da alienação imobiliária feita por convivente.[144]

A ausência de outorga no casamento, não suprida pelo juiz, quando imotivada a recusa do outro cônjuge, torna anulável o ato, cuja demanda de anulação prescreve, se não intentada em até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.

A união estável confere aos conviventes apenas um direito pessoal ao patrimônio amealhado na constância da união estável, enquanto no casamento este direito é real. Toda a dificuldade de controle de dilapidação dos bens comuns na união estável reside no fato de não existir registro público do regime de bens dos conviventes e sequer registro obrigatório da existência da união estável, desaparecendo, deste modo, qualquer espécie de restrição para a livre--venda pelo outro parceiro. A tarefa do legislador é a de criar um mecanismo semelhante ao do casamento, capaz de inibir a dolosa fraude da venda de bens da massa patrimonial da união estável, tendo sugerido Álvaro Villaça de Azevedo constasse do contrato de venda a obrigatória afirmação de inexistência de relação estável ou de ser o imóvel vendido um bem apresto, e, por isso, incomunicável. Sob pena de cometimento de ilícito penal, por falsas declarações ou por afirmações que não correspondam à verdade; além da responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes dessa ilicitude.[145]

Qualquer destas soluções apenas teria o condão de reforçar a anulação da venda, ao constar do contrato a indicação da união estável e a incidência de comunhão sobre o imóvel vendido. Sendo tarefa do convivente prejudicado provar a condição de interposta pessoa do terceiro atuando em conluio com o vendedor, sua prova estaria facilitada pelas obrigatórias anotações contratuais de existência de união estável, embora nenhuma solução traria ao agir malicioso do convivente disposto a lograr a meação de seu companheiro.

É questionada a validade de os contratos de convivência servirem como instrumento de averbação no ofício imobiliário, existindo entendimento de a união estável apenas conferir a seus participantes um direito pessoal ao patrimônio adquirido durante a convivência, não substituindo qualquer registro público do condomínio, salvo se os conviventes mandarem averbar o contrato de convivência, pois do contrário

não haverá nenhuma restrição para um deles promover a alienação de bem imóvel.

Exatamente pela falta de previsão legal, remata Luís Paulo Cotrim Guimarães[146] não ser possível pretender invalidar negócio jurídico de venda de imóvel por convivente que se ressente de colher o assentimento de seu parceiro estável.

Para a publicidade e eficácia em face de terceiros, o artigo 1.657 do Código Civil exige o registro da convenção antenupcial, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. O pacto somente terá eficácia com relação a terceiros depois de registrado no Livro 3, denominado Registro Auxiliar, conforme estabelece o artigo 178 da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973). De acordo com o artigo 177 da Lei 6.015/1973, o Livro 3 – Registro Auxiliar – será destinado ao registro dos atos que, sendo atribuídos ao Registro de Imóveis por disposição legal, não digam respeito diretamente a imóvel matriculado. E se um dos cônjuges for empresário, o pacto antenupcial também deverá ser averbado e arquivado no Registro Público de Empresas Mercantis, conforme ordena o artigo 979 do Código Civil, pois como explica Fabiana Domingues Cardoso, tenciona a lei que terceiros tenham conhecimento dos bens incomunicáveis e inalienáveis do empresário.[147]

Enquanto o Congresso Nacional nada legislou para dar visibilidade ao relacionamento estável, ao menos o Conselho Nacional de Justiça editou em 7 de julho de 2014 o Provimento 37, que dispõe sobre o registro de união estável, no Livro "E",[148] por Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, permitindo o registro facultativo da união estável, tanto da sentença declaratória de reconhecimento e dissolução, ou extinção, bem como da escritura pública de contrato e distrato (art. 2º), constando dentre outras informações pessoais de identificação também o regime de bens adotado pelos conviventes.

10.14. DO USUFRUTO E DA ADMINISTRAÇÃO DOS BENS DOS FILHOS MENORES

Enquanto menores e incapazes, é atribuição dos pais reterem os rendimentos dos filhos, ficando dispensados da prestação de contas como usufrutuários dos bens da prole (CC, art. 1.689, inc. I) e da administração dos bens dos filhos menores (CC, art. 1.689, inc. II).

O usufruto e a administração dos bens dos filhos menores competem aos pais em igualdade de condições, e não primeiro ao pai e, na sua falta, à mãe, como ordenava o Código Civil de 1916, e neste aspecto já havia sido derrogado pela paridade dos cônjuges da Carta Federal de 1988.

Somente na falta de um dos pais pode o outro exercer com exclusividade a representação dos filhos menores de dezesseis anos e a sua assistência até completarem a maioridade, ou serem emancipados (CC, art. 1.690), e se entre os pais houver divergência qualquer um deles poderá recorrer ao juiz para a necessária solução (CC, art. 1.690, parágrafo único).

Em obediência ao artigo 1.691 do Código Civil, é vedado aos pais alienar ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, tampouco 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.

Correndo risco o patrimônio dos filhos, ou excedendo os pais seu mero poder de administração, seus atos são nulos e podem ser judicialmente opostos pelos filhos, herdeiros ou pelo representante legal (CC, art. 1.691, parágrafo único).

A administração visa unicamente à preservação dos bens e interesses econômicos da prole, enquanto ela for menor e incapaz, sem importarem na diminuição do patrimônio dos filhos, impondo, compreensivelmente, restrições ao poder de disposição dos pais, especialmente com o escopo de evitar a administração ruinosa do acervo dos menores sob o poder familiar.

Os pais têm a possibilidade de alienar ou de gravar os bens imóveis dos filhos com ônus reais somente em caso de estrita necessidade ou de evidente interesse da prole, dependendo de expressa autorização judicial e acompanhamento do Ministério Público. Por rigorosa necessidade poderia ser considerada a submissão do menor à intervenção cirúrgica dispendiosa e imprescindível para a sua sobrevivência, não dispondo os pais de recursos próprios para atender a tais custos.

O interesse do filho deve ser a tônica do negócio jurídico a ser autorizado pelo juiz, no caso de suprimento da vedação de alienação ou assunção de obrigação que ultrapasse os limites da simples gestão de um pai diligente, devendo o magistrado se acercar da importância e da real vantagem econômica para o menor, como, por exemplo, a permuta de um terreno de propriedade do filho, gerador de despesas com tributos e para com a conservação, por área física a ser edificada por uma empresa idônea e financeiramente sólida, vindo a trazer rendimentos ao menor.

Alienado ou gravado bem de filho menor e incapaz, administrado pelos pais, sem a autorização judicial, sua nulidade pode ser judicialmente decretada, se requerida pelo filho proprietário prejudicado, promovendo ação de nulidade ao atingir a sua maioridade civil, ou por seus herdeiros, ou por meio de seu representante legal, tratando-se de negócio jurídico nulo, por ausência de autorização judicial fundamental à validade do ato.

Havendo conflito de interesses entre os pais e o filho menor no exercício do poder familiar, o rebento ou o Ministério Público poderão requerer a nomeação de um curador especial encarregado da promoção da defesa dos interesses do incapaz, mas nada impede o faça de ofício o magistrado da causa,[149] ao constatar o conflito de interesses (CPC, art. 72).

O curador especial deverá ser um advogado nomeado pelo juiz, sendo uma função institucional da Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e das Defensorias dos Estados, conforme Lei Complementar 80, de 12 de

janeiro de 1994, com a atribuição de atuarem como curador especial onde houver Defensoria Pública.

10.14.1 Bens excluídos do usufruto

Consoante o artigo 1.693 do Código Civil, ficam excluídos do usufruto e da administração dos pais: *a*) os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento (inc. I); *b*) os valores auferidos pelo filho maior de 16 (dezesseis) anos, no exercício de atividade profissional, e os bens com tais recursos adquiridos (inc. II); *c*) os bens deixados ou doados aos filhos sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais (inc. III), e, por fim, *d*) os bens que couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão (inc. IV).

Desse modo, estão excluídos do usufruto e da administração do genitor extraconjugal que não reconheceu voluntariamente a paternidade do menor seus bens já existentes antes do seu reconhecimento, para evitar tenha a assunção da filiação um interesse exclusivamente financeiro sobre o patrimônio do filho e precedente ao seu reconhecimento; mas esta restrição não atinge o genitor cujos vínculos de filiação com o menor já haviam se estabelecido, muito provavelmente no caso da mãe, a qual cria laços familiares unilaterais (CC, art. 1.693, inc. I), e, por isto não fica afastada da administração e do usufruto dos bens pertencentes ao filho por ela reconhecido.

Também não teria sentido algum repassar ao usufruto e à administração dos pais os valores percebidos pelo filho maior de dezesseis anos em retribuição de seu exercício profissional. É coerente, em primeiro plano, com a legislação trabalhista, quando admite o trabalho do menor no artigo 403 da CLT,[150] após os dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos, cuidando a legislação civil de corrigir equívocos exaustivamente discutidos no passado, e que buscavam definir se

a *função pública* seria ou não sinônimo de emprego ou de cargo público efetivo e se assim emanciparia o menor para afastá-lo do *pátrio poder*.[151]

Bens também podem ser doados aos filhos com a expressa condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais, cuja opção fica ao exclusivo critério do doador, por não confiar nos pais do menor ou porque guarda restrições de ordem pessoal em relação à responsabilidade de gestão dos genitores, podendo ordenar que a administração e o usufruto se deem em favor de terceiros, parentes ou não do menor, se não deposita confiança nos pais do infante (inc. III).

Pode o doador optar pela proibição apenas do usufruto dos pais, não sendo vetada a administração, ou sendo vetada a administração e permitido o gozo dos frutos, ou proibidos ambos, pois nada impede exista a administração sem o usufruto e usufruto sem a administração,[152] embora seja usual aparecerem simultaneamente, podendo ser exercidos de forma isolada, ante a exclusão de um ou de outro.

Também pode ser excluído apenas um dos pais, usufruindo e administrando apenas o outro genitor, o qual não será afetado, entretanto, sendo considerado incomunicável o resultado econômico do usufruto na união conjugal ou estável do genitor administrador.[153]

O inciso IV do artigo 1.693 do Código Civil afasta do usufruto e da administração dos pais os bens herdados pelos filhos quando os genitores forem excluídos da sucessão pela indignidade ou deserdação (CC, arts. 1.814, 1.961 e 1.962).

Pode acontecer de só um dos genitores ter sido afastado da sucessão, não podendo destarte, afetar o direito do outro ascendente, especialmente quando o artigo 1.816 do Código Civil prescreve serem pessoais os efeitos da exclusão, e consignar, expressamente, não ter direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem, nem à sucessão eventual desses bens o excluído da sucessão (CC, art. 1.816, parágrafo único).

O usufruto termina com a extinção do poder familiar, suspensão ou destituição.

10.15. DA USUCAPIÃO FAMILIAR PELO ABANDONO DO LAR

A *usucapião familiar* é modalidade de usucapião trazida pela Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, que por sua vez alterou a Lei 11.977, de 7 de julho de 2009, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), cujo 9º dispositivo introduziu o artigo 1.240-A ao Código Civil brasileiro.[154] Outros termos como *usucapião especial urbana por abandono do lar*, *usucapião conjugal* ou simplesmente *usucapião pelo abandono do lar* procuram identificar essa nova modalidade de usucapir.

O valor constitucionalmente protegido é o do direito fundamental à propriedade (CF, art. 5º, XXII), previsto como uma função social pelo artigo 5º, inciso XXIII, da Carta Política de 1988, além do direito social à moradia (CF, art. 6º, *caput*) e os pressupostos de incidência da nova modalidade de usucapião, que prefiro chamar de *usucapião familiar*, alinhados no *caput* do artigo 1.240-A do Código Civil são:

1. O abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro;
2. Por 2 (dois) anos ininterruptos e sem oposição;
3. Com posse direta e com exclusividade;
4. De imóvel urbano de até 250 m^2;
5. Que tenha em copropriedade com o cônjuge ou companheiro que abandonou o lar;
6. Utilizando para moradia própria ou de sua família;
7. Não ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Deve ocorrer o voluntário abandono do lar pelo cônjuge ou companheiro, servindo o dispositivo para todas as espécies reconhecidas de

entidades familiares. Neste sentido, o Enunciado 499 da V Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, realizada de 8 a 10 de novembro de 2011, ao prescrever que "a modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetiva", e nessa direção o Enunciado 500, aprovado na V Jornada de Direito Civil.[155]

Não há abandono malicioso ou espontâneo quando o cônjuge se afasta da vivenda comum por ordem judicial compulsória de separação de corpos e tampouco quando um dos consortes foi expulso de casa por violência doméstica e fundado temor quanto à segurança de sua integridade física, moral ou psicológica, ou a de seus filhos, tampouco existindo abandono nas hipóteses de divórcio ou de separação judicial.[156] O abandono do lar deve perdurar por dois anos ininterruptos, sem nenhuma oposição do cônjuge ou companheiro que deixou voluntariamente de habitar a vivenda conjugal, em prazo corrido, sem intervalos de idas e vindas onde pudessem ser somados os periódicos e sucessivos afastamentos, e nenhuma espécie de interrupção por decorrência de tentativas de reconciliação do casal. Tampouco pode haver neste interregno de dois anos, contado de seu afastamento do lar, qualquer manifestação do coproprietário da moradia consignando sua inequívoca intenção de que tem interesse em retomar a posse e propriedade da habitação conjugal, da qual ainda tem o domínio, seja por meio de ação de divórcio, de dissolução de união estável, ambas podendo ser cumuladas com pedido de partilha de bens dependendo do regime matrimonial adotado, uma ação de reintegração de posse, ou até mesmo uma demanda de cobrança de alugueres, quando se tratar de um imóvel de sua exclusiva propriedade depois de extinta a entidade familiar. Pode iniciar demonstrando sua intenção de não abandonar pura e simplesmente sua propriedade, permitindo interpretar que dela não se desinteressou, registrando uma ocorrência policial onde consigna não exteriorizar qualquer ato de abandono sua

simples retirada da moradia de uso comum, fato que sucedeu por razões de foro íntimo, como pode promover a notificação judicial ou extrajudicial do consorte ocupante da vivenda, na qual externe seu propósito de retomar o imóvel, ou dar ciência de que irá proceder a sua partilha, pois que segue hígida e inquebrantada sua posse indireta e seu interesse sobre o bem.

O abandono ininterrupto do lar não se caracteriza igualmente se o cônjuge que dele se distanciou fisicamente dá sinais de que não se afastou dos cuidados para com a sua família, e tampouco se descuidou de suas responsabilidades para com seus familiares e dependentes, pagando alimentos ou promovendo ação de oferta de alimentos, ou simplesmente contestando ação de alimentos, sem deixar de depositar a pensão alimentícia liminarmente fixada, embora discuta o montante regular da verba alimentar. Também não caracteriza abandono e descaso quando segue pagando os tributos que incidem sobre o imóvel usucapiendo, mostrando com todos ou alguns destes gestos que somente se posicionou pela separação física do casal sem ter virado as costas para a casa e a família, até porque o pressuposto da coabitação jamais teria sido exigência da união estável, e os casamentos não mais se desfiguram quando os esposos habitam residências distintas. O abandono do lar é mais amplo do que isto e não se trata da *simples saída de casa*, e disto transcende, pois o abandono efetivo representa literalmente ignorar a célula familiar e abdicar de tudo que a família um dia representou. O prazo de dois anos só pode ser considerado a partir da entrada em vigor da Lei 12.424/2011 (Enunciado 498 do CJF),[157] não contando, portanto, qualquer fluência de tempo de abandono precedente à mencionada Lei, mas seu prazo pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor (Enunciado 497 do CJF).[158]

O terceiro pressuposto da usucapião familiar impõe que o autor da usucapião mantenha a posse direta do imóvel, sendo esta uma flagrante impropriedade do artigo 1.240-A do Código Civil, ao exigir como requisito

legal a posse direta do imóvel pelo pretendente da aquisição prescritiva, porque esta exigência da posse direta implica reconhecer e preservar o exercício, ainda que silencioso, de que o Direito reconhece à *posse indireta* do cônjuge que abandonou o lar, posse indireta registrada no corpo do artigo 1.197 do Código Civil ao prescrever que "a posse direta, de pessoa que tem a coisa em seu poder, temporariamente, em virtude de direito pessoal, ou real, não anula a indireta, de quem aquela foi havida...".

Portanto, isso levaria a considerar que a posse indireta do cônjuge que se afastou do lar faz contraponto à posse direta do consorte que permaneceu na residência, e assim não anula a posse indireta do imóvel e como observa Luiz Edson Fachin, impossibilita a usucapião, "uma vez que a posse direta jamais será *ad usucapionem*".[159] Esta mesma conclusão restou consolidada diante do Enunciado 502 da V Jornada de Direito Civil, quando estabelece que "o conceito de posse direta referido no art. 1.240-A do Código Civil não coincide com a acepção empregada no art. 1.197 do mesmo Código".

O quarto pressuposto restringe o imóvel usucapiendo à área total de no máximo 250 m2, e a outra exigência legal e de que o imóvel deve ser urbano, sem nenhuma alusão escrita ao imóvel rural ficando excluídos da usucapião familiar os imóveis de áreas rurais, como se as famílias do campo não enfrentassem as mesmas situações de abandono, cuja lacuna certamente irá sendo paulatinamente preenchida pela jurisprudência dos tribunais. Imóveis dessa dimensão podem significar verdadeiras fortunas, especialmente quando localizados em bairros urbanos de maior valorização mercadológica. Como o instituto protege não apenas o direito à moradia, mas, sobretudo a dignidade familiar deixada em descaso e completo abandono material e moral, mostra-se igualmente constitucional a usucapião familiar. A usucapião do imóvel naturalmente incluiu a dos bens móveis e utensílios que guarnecem a moradia, valendo-se da máxima de que o acessório segue ao principal.

O quinto requisito de concessão da usucapião conjugal aparenta reclamar a ocorrência de condomínio dos cônjuges ou conviventes na propriedade do imóvel, como se não incidissem os efeitos da usucapião sobre a mera meação daquele que se afastou do imóvel. O regime de bens e o instituto do condomínio são irrelevantes para a usucapião familiar, que incide judicialmente sobre a meação do parceiro que abandonou o lar, se o regime matrimonial fraciona o imóvel em duas meações ou abarca a totalidade do bem se o imóvel pertence somente ao parceiro que se afastou do lar comum. Calha ressalvar que a alusão do artigo 1.240-A do Código Civil às expressões ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, correspondem tão somente à situação fática da separação, independentemente de divórcio ou de dissolução oficial da união estável (Enunciado 501 do CJF).[160]

É da Vara de Família, onde houver, a competência para processar a ação de usucapião familiar, por tratar de efeito jurídico derivado da relação de casamento ou da de união estável que se prorroga em razão da matéria, exigindo justamente o artigo 1.240-A do Código Civil que o imóvel a ser usucapido seja aquele utilizado pelo ex-casal como moradia familiar ou conjugal, não podendo o promovente da usucapião ser proprietário de outro imóvel urbano ou rural, mas este não é um posicionamento pacificado, e, bem ao revés, os tribunais se desentendem, por vezes até com decisões contraditórias, entendendo ser ora da competência das varas de família, ora das varas cíveis e até mesmo das varas de registros públicos, consoante Apelação Cível 1020898-41.2019.8.26.0005 da Oitava Câmara de Direito Privativo, Relator Desembargador Silvério da Silva, julgado em 26 de julho de 2021, e na mesma direção o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível 0012457-50.2019.8.19.0210, concluindo pela competência do juízo cível em aresto relatado pelo Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo, na Décima Quinta Câmara Cível, em voto datado de 28 de julho de 2020, ao passo que a Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de

Justiça de Santa Catarina, na Apelação Cível 0303473-85.2016.8.24.0075, em julgamento datado de 12 de março de 2018, na relatoria do Desembargador Saul Steil, entendeu ser da competência do juízo de família por envolver relação familiar. Por fim, o procedimento comum será adotado para a usucapião, inclusive a usucapião especial urbana por abandono do lar, a usucapião familiar (CPC, art. 318), considerando que não mais existe pelo Código de Processo Civil vigente um rito próprio, específico ou especial para a ação de usucapião, sendo, evidentemente, dispensada a juntada de planta do imóvel, que será substituída pela matrícula do bem, como dispensada a citação dos confinantes e eventuais interessados, salvo a citação do réu que será pessoal ou por edital se em lugar incerto e não sabido (CPC, art. 256, inc. I,) e julgada procedente a usucapião, com seu trânsito em julgado a sentença será transcrita, mediante mandado, no registro de imóveis, satisfeitas as obrigações fiscais, devendo ser ainda consignado que, afora o procedimento comum adotado para a usucapião judicial, a Lei 13.105/2015 acrescentou o artigo 216-A à Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos), criando a usucapião extrajudicial, a ser processada diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo.

---

1 HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz. Sociedad conyugal: naturaleza jurídica. In: LAGOMARSINO, Carlos A. R. SALERNO; Marcelo U. (coord.); URIARTE, Jorge A. (coord. geral). *Enciclopedia de Derecho de Familia.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. t. III, p. 708.

2 SAMBRIZZI, Eduardo A. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. II, p. 164.

3 “Noivado. Sociedade de afeto. Imóvel construído pelo casal. Tratando-se de relação de afeto, e não mera sociedade de fato, aplicam-se normas de direito de família. O imóvel construído pelo casal de noivos deve ser repartido por metade, considerando-se que ambas as partes envidaram esforços para a construção de dito patrimônio. Apelo do

varão não conhecido e da virago provido, com declarações de voto" (TJRS, Apelação Cível 70.007.853.559, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 18.02.2004).

BELLUSCIO, Augusto C. *et alii*. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea, 1992. t. 6, p. 2.

4 CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011. p. 46.

5 *Idem*, p. 46.

6 BELLUSCIO, Augusto C. *et alii*. *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*. Buenos Aires: Astrea, 1992. t. 6, p. 13.

7 Embora inexista dispositivo legal impondo o regime de separação de bens na união estável, o REsp 1.090.722/SP ordenou sua aplicação por analogia: "Recurso Especial. União estável. Aplicação do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade de um dos consortes, constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, à união estável. Necessidade. Companheiro supérstite. Participação na sucessão do companheiro falecido quanto aos bens adquiridos na constância da união estável. Observância. Inteligência do artigo 1.790, CC. Recurso parcialmente provido. I – O artigo 1.725 do Código Civil preconiza que, na união estável, o regime de bens vigente é o da comunhão parcial. Contudo, referido preceito legal não encerra um comando absoluto, já que, além de conter inequívoca cláusula restritiva ('no que couber'), permite aos companheiros contratarem, por escrito, de forma diversa; II – A não extensão do regime da separação obrigatória de bens, em razão da senilidade do *de cujus*, constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, à união estável equivaleria, em tais situações, ao desestímulo ao casamento, o que certamente, discrepa da finalidade arraigada no ordenamento jurídico nacional, o qual se propõe a facilitar a convolação da união estável em casamento, e não o contrário; III – Ressalte-se, contudo, que a aplicação de tal regime deve inequivocamente sofrer a contemporização do Enunciado n. 377 do STF, pois os bens adquiridos na constância, no caso, da união estável, devem comunicar-se, independente da prova de que tais bens são provenientes do esforço comum, já que a solidariedade, inerente à vida comum do casal, por si só, é fator contributivo para a aquisição dos frutos na constância de tal convivência. IV – Excluída a meação, nos termos postos na presente decisão, a companheira supérstite participará da sucessão do companheiro falecido em relação aos bens adquiridos onerosamente na constância da convivência (período que não se inicia com a declaração judicial que reconhece a união estável, mas, sim, com a efetiva convivência), em concorrência com os outros parentes sucessíveis (CC, art. 1.790, inc. III). V – Recurso parcialmente provido" (STJ, REsp 1.090.722/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 02.03.2010)."Recurso especial. Civil e processual civil. Direito de família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Companheiro sexagenário. Art. 1.641, II, do Código Civil (redação anterior à Lei nº 12.344/2010). Regime de bens. Separação legal Necessidade de prova do esforço comum. Comprovação. Benfeitoria e construção

incluídas na partilha. Súmula nº 7/ STJ. 1. É obrigatório o regime de separação legal de bens na união estável quando um dos companheiros, no início da relação, conta com mais de sessenta anos, à luz da redação originária do art. 1.641, II, do Código Civil, a fim de realizar a isonomia no sistema, evitando-se prestigiar a união estável no lugar do casamento. 2. No regime de separação obrigatória, apenas se comunicam os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum, sob pena de se desvirtuar a opção legislativa, imposta por motivo de ordem pública. 3. Rever as conclusões das instâncias ordinárias no sentido de que devidamente comprovado o esforço da autora na construção e realização de benfeitorias no terreno de propriedade exclusiva do recorrente, impondo-se a partilha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Recurso especial não provido" (REsp 1.403.419/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.11.2014, *DJe* 14.11.2014).

8 O Projeto de Lei 6.960/2002 sugeria a alteração do inciso II do artigo 1.641, aumentando de sessenta para setenta anos a idade a partir da qual passa a ser obrigatório o casamento pelo regime legal da total separação de bens. Na justificativa que fazia à mudança deste inciso II, o projeto defendia a elevação da idade a partir da qual passava a ser obrigatório o regime da separação de bens, em face da elevação da expectativa de vida da população brasileira. Curioso é constatar que esse impedimento pela idade não existe na união estável.

9 O artigo 258, parágrafo único, incisos I a IV, do Código Civil de 1916, vinha sendo abrandado pela Súmula 377 do STF, que, na prática, eliminava o regime obrigatório da separação de bens, subsistindo apenas o regime convencional da separação de bens. Nessa direção pode ser consultado o Recurso Especial 208.640/RS, do STJ, da Terceira Turma, julgado em 15.02.2001, tendo sido Relator o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: "Casamento. Separação obrigatória. Súmula n. 377 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes da Corte. 1. Não violenta regra jurídica federal o julgado que admite a comunhão dos aquestos, mesmo em regime de separação obrigatória, na linha de precedentes desta Turma. 2. Recurso especial não conhecido". Por outro lado, a jurisprudência também vinha abrandando o rigor deste dispositivo. Nesse sentido a Apelação Cível 007.512-4/2-00, da Segunda Câmara de Direito Privado do TJ/SP, julgado em 18.08.1998, sendo Relator o então Des. Cezar Peluso, publicada na *Revista Brasileira de Direito de Família do IBDFAM*, Porto Alegre: Síntese, 1999, v. 1, p. 98 e ss.

10 GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 34.

11 CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 31.

12 CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011. p. 108.

13 *Idem*, p. 161.

14 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 12.

15 SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia de vontade. In: BASTOS, Eliane Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 206.

16 Comentando o inciso I do artigo 257 do Código Civil de 1916, Débora Gozzo (*Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 98) ensina que: "Há de se ter em mente que o inciso I do artigo 257 não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Não são só as cláusulas relativas aos direitos conjugais ou paternos que, se infringidas, serão nulas".

17 Ver arts. 185 a 188 e 213 a 216 do Código Civil de 1916.

18 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 218.

19 Enunciado 262: "A obrigatoriedade da separação de bens, nas hipóteses previstas no CC 1641 I e III, não impede a alteração do regime, desde que superada a causa que o impôs".

20 Na ótica de Silvio Rodrigues (*Direito Civil*. Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190), para o Código Civil de 2002 não subsiste a orientação consagrada pela Súmula n. 377, devendo ser partilhados os bens aquestos na dissolução do casamento, tão somente se restar demonstrada a conjunção de esforços para a sua aquisição. Muito embora o esforço comum seja presumido dentro do casamento e mesmo na união estável, merecendo reprodução a Apelação Cível 157.130 do Tribunal de Justiça de São Paulo: "Casamento. Regime de bens. Separação legal. Comunicação dos aquestos. No regime de separação legal de bens comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, independentemente da prova, ou mesmo, da existência do trabalho comum dos cônjuges, decorrendo essa comunhão como consectário do próprio casamento, instituição ou contrato *sui generis*, capaz de gerar as mais relevantes consequências, notadamente o condomínio dos bens havidos na sua constância" (*RT* 203/272).

21 GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 113.

22 CC: "Art. 979. Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade".

23 "Recurso Especial. Direito civil. Casamento. Regime de bens. Modificação. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ Controvérsia acerca da interpretação do art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Exigência da apresentação de relação discriminada dos bens dos cônjuges. Incompatibilidade com a hipótese específica dos autos. Ausência de verificação de indícios de prejuízo aos

consortes ou a terceiros. Preservação da intimidade e da vida privada" (STJ, REsp 1.904.498/SP, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 04.05.2021).

24 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. V, p. 116.

25 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2001. v. V, p. 150.

26 GOMES, Orlando. *O novo Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1984. p. 19-20.

27 Nesse sentido a Consolidação Normativa Notarial Registral do Rio Grande do Sul, instituída pelo Provimento 32/2006 da Corregedoria-Geral da Justiça do TJ/RS, cujo artigo 158 determina expressamente a publicação do edital.

28 "Regime de bens. Pedido de alteração do regime de comunhão parcial de bens para o de separação total. Alegação de dificuldade de contratação de financiamento para aquisição de imóvel residencial, por força das dívidas contraídas pelo cônjuge varão. Preenchimento dos requisitos previstos no artigo 1.639, § 2º, do Código Civil verificado. Ausência de óbice à alteração do regime de bens do casamento. Medida que não acarretará prejuízo algum dos cônjuges ou aos filhos. Terceiros que não serão atingidos pela alteração, que gerará efeitos apenas *ex nunc*. Alteração determinada. Recurso provido" (TJ/SP, Apelação Cível 600.593.4/4, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Luís Antonio de Godoy, j. 08.09.2009). "Apelação. Alteração de regime de bens do casamento. Efeitos. Em princípio, a alteração do regime de bens do casamento, da comunhão (parcial ou total) para separação, deve ter efeitos 'ex nunc'. Precedentes doutrinários. Por outro lado, se em qualquer caso é lícito às partes pedir que uma alteração de regime de bens retroaja, então é de rigor concluir inexistir óbice para que não retroaja, mas ao invés produza seus efeitos apenas da alteração em diante. Pois de regra, quem pode o 'mais', pode o 'menos'. Por outro lado, em casos de alteração de regime de bens, o que importa é que os direitos e interesses de terceiros fiquem devidamente resguardados, o que já está garantido no caso, e não vai sofrer alteração pela determinação de que a alteração de regime só produza efeitos 'ex nunc'. Por fim, a pretensão de resolver os poucos bens adquiridos entre a celebração do casamento e o presente retrata verdadeira pretensão de fazer 'partilha amigável', o que é inclusive recomendável em casos como o presente, na esteira da jurisprudência deste colegiado sobre o tema. Deram provimento" (TJRS, Apelação Cível 70053657052, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 04.07.2013).

29 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. rev. e atual. por José Francisco Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6, p. 151.

30 "Apelação Cível. Direito de Família. Alteração de regime de casamento. Art. 1.639, § 2º, do CC. Possibilidade. Efeitos prospectivos. Desnecessidade de sua exigência para garantia do direito de terceiros. Recurso provido. Nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC, é admissível a alteração do regime de bens depois de pedido motivado de ambos os

cônjuges, desde que apurada a procedência das razões invocadas e ressalvado o direito de terceiros. A modificação do regime de bens somente surtirá efeitos perante terceiros a partir do instante da averbação da sentença no livro de casamento (artigo 100, § 1º, da Lei 6.015/73), e, após o registro, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges. Assim, inexiste óbice em se determinar que a alteração de regime de bens possua efeitos *ex tunc* em relação aos cônjuges, uma vez que já ressalvados o direito de terceiros. Recurso provido" (TJMG, Apelação Cível 1.0223.11.006774-9/001, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Luís Carlos Gambogi, j. 09.07.2014).

31 MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Separação, divórcio e fraude na partilha de bens:* simulações empresariais e societárias. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

32 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2003. p. 170.

33 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. União estável, seguida de casamento com separação de bens e patrimônio adquirido durante a convivência. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 121.

34 "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 de bens 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 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. 6. Recurso especial parcialmente provido".

35 CC: "Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

36 CC: "Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

37 CC: "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

38 Neste sentido é a lição colacionada por Simone Orodeschi Ivanov dos Santos. *União estável, regime patrimonial e direito intertemporal.* São Paulo: Atlas, 2005, p. 128: "A

retroatividade das disposições do contrato de convivência também encontra limitação, a fim de se preservarem negócios efetuados pelos conviventes com terceiros, levando em conta o patrimônio do devedor, no momento em que foram celebrados".

39 "1. Doação. 2. Casamento. 1. Contrato celebrado entre concubinos, que depois vieram a casar-se. Doador já sexagenário. Validez. Atos não ajustados em pacto antenupcial, nem condicionados à realização do casamento. Inocorrência de fraude à lei. Inaplicabilidade do artigo 312, combinado com o artigo 258, parágrafo único, do Código Civil. É válida, embora feita por doador já sexagenário à companheira com que veio a casar-se depois, doação não ajustada em pacto antenupcial, nem condicionada doutro modo à realização do casamento. 2. Regime de bens. Separação legal obrigatória. Nubente sexagenário. Doação à consorte. Validez. Inaplicabilidade do artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil (1916), que não foi recepcionado pela ordem jurídica da Constituição Federal em vigor. Improcedência da ação anulatória. Improvimento aos recursos. É válida toda doação feita ao outro pelo cônjuge que se casou sexagenário, porque, sendo incompatível com as cláusulas constitucionais de tutela da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica e da intimidade, bem como com a garantia do justo processo da lei, tomado na acepção substantiva (*substantive due process of law*), já não vige a restrição constante do artigo 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil" (TJSP, Apelação Cível 007.512-4/2-00, 2ª Câmara Cível de Direito Privado, j. 18.08.1998. *RT* 758/106).

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também teve a oportunidade de manifestar-se acerca do regime legal da separação de bens com o seguinte acórdão: "Apelação Cível. Ação ordinária de revogação de doação. Liberalidade entre cônjuges casados com separação legal de bens. Doações formais. Doações informais. Comunicabilidade dos aquestos. Usufruto vidual. Indenização. Embora a determinação legal no sentido de dever o casamento em que o nubente já completou sessenta anos e a nubente cinquenta ser realizado sob o regime da separação total de bens, dali não decorre a impossibilidade de efetuarem os cônjuges doações, favorecendo-se reciprocamente, pois o artigo 312 do Código Civil estabelece vedação apenas para a doação através de pacto antenupcial. A realidade social e as mudanças significativas em matéria de direito de família impuseram profundas modificações, algumas convertidas em lei, outras reconhecidas pela doutrina e jurisprudência revogaram grande parte dos dispositivos que regram as relações de família, sendo abrandado o rigor dos artigos que disciplinam o regime de bens do casamento, quando não revogados tacitamente, pois admitidas doações informais. Reconhecida a validade das doações feitas entre cônjuges casados sob o regime da separação legal de bens, não é aplicável a Súmula n. 377 do STF, que determina haver comunicabilidade dos aquestos. O usufruto vidual em favor do cônjuge sobrevivente incide sobre a quarta parte dos bens do cônjuge falecido, sendo cabível buscar o usufrutuário a indenização pelo período em que foi obstaculizado de exercer o referido direito. Apelo não provido. Voto vencido" (TJRS, Apelação Cível 598.060.937, 8ª Câmara Cível, Rel. Alzir Schmitz, j. 26.08.1999).

Por igual, na Apelação Cível 70.004.348.769 também da Sétima Câmara Cível do TJ/RS, com essa ementa: “Anulação de Doação. Regime da Separação Obrigatória de Bens. Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o artigo 312 do Código Civil de 1916 veda tão somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do artigo 1.641 do Código vigente, correspondente ao inciso II do artigo 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade. Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves” (Rel.ª Des.ª Maria Berenice Dias, j. 27.08.2003).

40 Eram as hipóteses dos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código Penal, e cuja punibilidade era extinta (CP, art. 107, incs. VII e VIII), pelo casamento do agente com a vítima, ou pelo casamento da vítima com terceiro, neste caso, se cometidos os crimes sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de sessenta dias a contar da celebração. Entretanto, o artigo 5º da Lei 11.106/2005 revogou os incisos VII e VIII do artigo 107 do Código Penal, não mais extinguindo a pena pelo casamento da vítima com o agressor ou dela com terceiro.

41 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. 1, p. 275.

42 RANGEL, Rafael Calmon. *Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 82.

43 Em sentido contrário o artigo 1.357 do Código Civil espanhol que dispõe: “Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga com dinero ganancial”. Seria uma decisão completamente injusta, pois pode o noivo contratar a compra de um imóvel para servir de domicílio conjugal, prestando unicamente umas arras de pequeno valor e utilizando os recursos conjugais em um longo e penoso financiamento imobiliário e mesmo assim o imóvel será considerado bem exclusivo do adquirente.

44 “Civil. Família. União estável. Reconhecimento. Ausência de coabitação das partes. Desnecessidade. Violação ao artigo 1.723 do Código Civil não configurada. Partilha. Imóvel adquirido com recursos provenientes do salário do varão. Sub-rogação. Violação ao artigo 1.659, inciso II, do Código Civil. 1. É pacífico o entendimento de que a ausência de coabitação entre as partes não descaracteriza a união estável. Incidência da Súmula n. 382 do STF. 2. Viola o inciso II do artigo 1.659, do Código Civil a determinação de partilhar imóvel adquirido com recursos provenientes de diferenças salariais havidas pelo convivente varão em razão de sua atividade profissional, portanto de natureza

personalíssima. 3. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido" (STJ, REsp 1.096.324/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 02.03.2010).

45 SAMBRIZZI, Eduardo A. *Regimen de bienes en el matrimonio*. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. I, p. 216.

46 DOMÉNECH, Javier Barceló. El régimen econômico del matrimonio. *Comentários al Código Civil*: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial. ALBESA, J. Rams; MARTÍNEZ, J. A. Moreno (coord.). Madrid: Dykinson, 2005. p. 261.

47 DOMÉNECH, Javier Barceló. El régimen econômico del matrimonio. *Comentários al Código Civil*: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial. ALBESA, J. Rams; MARTÍNEZ, J. A. Moreno (Coord.). Madrid: Dykinson, 2005. p. 273.

48 "União estável. Partilha de bens. Sub-rogação. Partilham-se os bens adquiridos na constância do relacionamento, salvo se comprovada hipótese excludente de comunicabilidade. A configuração da sub-rogação legal exige prova cabal de sua ocorrência, competindo o ônus da prova àquele que alega, pois se presume a comunicabilidade do patrimônio adquirido onerosamente na constância da relação. Inteligência dos artigos 1.725, 1.659 e 1.661 do Código Civil. (...) Desprovido o agravo retido. Provido em parte o apelo da virago e provido em parte o recurso adesivo do varão" (TJRS, Apelação Cível 70.014.383.954, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 25.05.2006). "Apelação cível. União estável. Partilha de bens. 1) a extensão do patrimônio objeto da partilha, não recomenda a concessão da gratuidade de justiça, mostrando-se razoável, dessa forma, o deferimento de pagamento das custas ao final do processo, como forma de possibilitar o acesso à justiça. 2) comprovado que o imóvel foi alienado durante a vigência da união estável, tal bem deve ser excluído da partilha. 3) a prova da sub-rogação de bens particulares deve ser feita de forma clara e precisa. Deve ser evidenciado que o bem de natureza exclusiva, ou o seu produto, deram origem a outro bem de mesma natureza. O nexo entre a alienação de um bem e a aquisição de outro deve SER patentemente demonstrado. Ausente tal prova, como no caso dos autos, não há como reconhecer a alegada sub-rogação. Deram parcial provimento ao apelo" (TJRS, Apelação Cível 70071594188, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 15.12.2016).

49 "Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. Os bens adquiridos e vendidos durante a união estável não devem ser partilhados, pois presumem-se que o produto da alienação foi utilizado em benefício da entidade familiar, exigindo-se prova inequívoca em sentido contrário. No regime da comunhão parcial, não se comunicam os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares, nos termos do inciso II, do artigo 1.659 (antigo 269), do Código Civil. Todavia, para que se aplique este dispositivo, é necessário que o cônjuge ressalve essa sub-rogação no título aquisitivo e prove que de fato um bem substitui outro. Arbitrados alimentos de um salário mínimo e meio, não há que se

compelir o genitor ao pagamento de plano de saúde, visto que tal despesa pode ser suprida através do encargo alimentar, sendo que a mãe também exerce atividade laborativa e deve contribuir para o bem-estar do alimentado. Recurso parcialmente provido" (TJRS, Apelação Cível 70021242987, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 11.10.2007).

50 Código Civil español: "Artículo 1.324. Para probar entre cónyuges qué determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del outro, pero tal confesión por si sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges".

51 FERREIRA, Eduardo Vaz. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1979, t. 1. p. 379-387.

52 FERREIRA, Eduardo Vaz. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1979. t. 1, p. 377-402.

53 DE LOS MOZOS, Jose Luis. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984. v. 2, t. XVII, p. 108.

54 AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 90.

55 WESENDONCK, Tula. *Direito patrimonial de família*. Disciplina geral do regime de bens no Código Civil. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010. p. 143.

56 ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Comentários ao artigo 1.659 do Código Civil. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.471.

57 GLANZ, Semy. *A família mutante*. Sociologia e direito comparado, inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 598.

58 "Apelação. Dissolução de união estável. Partilha. Bens adquiridos com valores sacados do FGTS. Valorização de cotas sociais. Crédito para com empresa. Bem cuja existência não ficou provada. Valores depositados em contas bancárias. Gratuidade de justiça. Valores do FGTS de qualquer dos ex-cônjuges ou ex-companheiros, quando sacados e utilizados para a aquisição de bens na constância do casamento ou união estável, não geram incomunicabilidade. Precedentes jurisprudenciais. Há casos em que cotas de empresa são 'instrumentos de trabalho', e consequentemente são impartilháveis; e casos em que são 'bem onerosamente adquirido', e, por conseguinte partilháveis. Precedentes jurisprudenciais. Caso em que as cotas sociais de uma empresa são exclusivas da ex-companheira, porquanto adquiridas antes da união estável. No entanto, as cotas são de empresa na qual ela não trabalha, mas da qual apenas percebe lucros e dividendos. Por isso, na hipótese, apesar das cotas propriamente ditas serem exclusivas, a valorização por elas experimentada em meio à união estável é partilhável – tal qual o rendimento de qualquer investimento. Não há prova de que o ex-companheiro tenha tomado ou pago empréstimo em prol de empresa da qual o ex-casal é sócio. Logo,

não há como determinar partilha dessa dívida. Ademais, eventual crédito que o ex-companheiro pode ter, por ter pago dívida da empresa na qual é sócio com a ex-companheira, deve ser cobrado da empresa, que tem personalidade jurídica e patrimônio próprios, e não da pessoa física de uma das sócias. Descabe partilhar cotas de uma outra empresa cuja divisão não foi em nenhum momento postulada por qualquer das partes, e cuja existência sequer restou demonstrada. Vultosos valores comuns que foram levantados de contas bancárias em nome de um dos ex-companheiros, às vésperas da separação de fato, não podem ser presumidos como empregados em prol de ambos. À falta de prova concreta da destinação dada aos valores, correta a determinação de partilha. Para fins de gratuidade de justiça, a declaração de pobreza é prova suficiente acerca da condição econômica da parte. Ademais, ninguém pode ser obrigado a alienar patrimônio para poder arcar com as despesas do processo. Deram parcial provimento aos apelos, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70.035.907.104, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 17.06.2010).

59 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 168-169.

60 "Agravo de Instrumento. Ação de guarda de menor e alimentos cumulada com partilha de bens. Bloqueio de 50% do valor do FGTS do varão. Impossibilidade. O FGTS constitui provento pessoal do trabalho, devendo o valor correspondente ser excluído da meação, segundo artigo 1.659, inciso VI, do Código Civil. Valores de FGTS que não podem ser partilhados, pois que não se comunicam. Agravo provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.037.406.980, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 01.09.2010).

61 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*. Família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 203. Neste sentido também segue a jurisprudência: "Apelação. União estável. Partilha. Veículo adquirido através de consórcio. Bens móveis e imóveis. Veículo adquirido através de consórcio contratado e pago em plena vigência da união estável é comum, e deve ser partilhado igualmente entre as partes. Rol de bens móveis ditos exclusivos do apelante, e sobre o qual não paira controvérsia, devem ser assim reconhecidos. Mas bem móvel sobre o qual paira debate, e do qual não há prova da origem dos valores utilizados na aquisição, presume-se comum. Inteligência do artigo 1.662 do CCB. Valores provenientes do FGTS, quando sacados na constância da união estável, e utilizados na aquisição de outros bens, não geram incomunicabilidade. Precedentes jurisprudenciais. Mas valores provenientes da venda de bem exclusivo são igualmente exclusivos. E quando empregados na aquisição de outros bens, geram exclusividade (por sub-rogação). Hipótese de remessa do debate acerca da comunicabilidade de 02 bens imóveis à liquidação de sentença, para efetiva apuração de qual parte da aquisição foi feita com valores comuns (provenientes do FGTS da apelada) e qual foi feita com valores exclusivos da apelada (os que ela recebeu pela venda de bem exclusivo). Deram parcial

provimento" (TJRS, Apelação Cível 70.037.123.031, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 22.07.2010).

62 "Apelação Cível. Divórcio direto. Rescisão trabalhista e FGTS. Incomunicabilidade. Partilha afastada. Os valores constantes na caderneta de poupança oriundos das verbas rescisórias trabalhistas, incluindo o FGTS, da divorcianda, constituem *frutos civis do trabalho*, devendo ser excluído da partilha. O fato do valor correspondente ter sido aplicado em caderneta de poupança não lhe retira o caráter de 'proventos do trabalho pessoal'. Aplicação do art. 263, XIII, do Código Civil de 1916, regra recepcionada no art. 1.668, V do Código Civil de 2002. Apelação provida" (TJRS, Apelação Cível 70035583145, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 20.10.2010).

63 "Recurso Especial. Civil. Direito de Família. Regime de bens do casamento. Comunhão parcial. Bens adquiridos com valores oriundos do FGTS. Comunicabilidade. Art. 271 do Código Civil de 1916. Interpretação restritiva dos arts. 269, IV, e 263, XIII, do CC de 1916. Incomunicabilidade apenas do direito e não dos proventos. Possibilidade de partilha. 1. Os valores oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço configuram frutos civis do trabalho, integrando, nos casamentos realizados sob o regime da comunhão parcial sob a égide do Código Civil de 1916, patrimônio comum e, consequentemente, devendo ser considerados na partilha quando do divórcio. Inteligência do art. 271 do CC/16. 2. Interpretação restritiva dos enunciados dos arts. 269, IV, e 263, XIII, do Código Civil de 1916, entendendo-se que a incomunicabilidade abrange apenas o direito aos frutos civis do trabalho, não se estendendo aos valores recebidos por um dos cônjuges, sob pena de se malferir a própria natureza do regime da comunhão parcial. 3. Precedentes específicos desta Corte. 4. Recurso Especial desprovido" (STJ, REsp 848.660-RS, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 03.05.2011).

64 "Recurso Especial. Divórcio direto. Comunhão parcial de bens pelo Código de 1916. Partilha. FGTS recolhido pelo cônjuge varão durante o matrimônio. Comunicabilidade. 1. Os valores relativos ao FGTS recolhidos pelo cônjuge durante a vigência da sociedade conjugal integram os aquestos no regime da comunhão parcial do Código Civil de 1916, de sorte que devem ser partilhados no divórcio. 2. Precedentes específicos desta Corte. 3. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.150.402/MT, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24.02.2012).

65 MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 68.

66 *Idem*, p. 78.

67 "Separação judicial. Partilha de bens. Direitos autorais. Incomunicabilidade. Acervo fotográfico. Descabimento da avaliação. 1. As fotografias tiradas pelo cônjuge, fotógrafo profissional, são obras intelectuais protegidas, havendo sobre elas direitos morais e patrimoniais. 2. Direitos patrimoniais são a face econômica da obra ou criação, enquanto os direitos morais permanecem investidos, tão só e permanentemente, na pessoa do

criador. 3. Exercício do direito patrimonial é exclusivo do criador (CF, art. 5º, inc. XXVII: Lei n. 9.610/1998, art. 28), não admitindo concomitância com pessoa diversa e de forma contrária à sua vontade. 4. Os direitos patrimoniais são incomunicáveis na ausência de pacto antenupcial nesse sentido. 5. Descabimento da avaliação judicial do acervo fotográfico. Agravo desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.011.230.414, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 08.06.2005).

68 "Regime de comunhão parcial de bens. Incomunicabilidade dos proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge. Artigo 1.659, inciso VI, do novo Código Civil. Manifesta improcedência. Nego seguimento" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.006.429.369, 7ª Câmara Cível, Decisão monocrática, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 26.05.2003).

69 Neste sentido, por exemplo, o REsp 1.024.169-RS, da Terceira Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em 13.04.2010, constando de trecho da ementa: "No que concerne aos créditos decorrentes de ação de reparação civil movida pelo ex-cônjuge em face de terceiro, considerando que não há, no acórdão impugnado, qualquer elucidação a respeito do que teria gerado a pretensão reparatória fazendo apenas alusão a 'eventuais valores provenientes de ações de dano moral e patrimonial' (fl.389), deve ser mantida a incomunicabilidade de possíveis valores advindos do julgamento da referida ação, porque, conforme declarado no acórdão recorrido, os prováveis danos sofridos unicamente pelo ex-cônjuge revestem-se de caráter personalíssimo".

70 DOMÉNECH, Javier Barceló. El régimen económico del matrimonio. *Comentarios al Código Civil*: Especial consideración de la doctrina jurisprudencial. ALBESA, J. Rams; MARTÍNEZ, J. A. Moreno (Coord.). Madrid: Dykinson, 2005. p. 281.

71 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 477.

72 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. 16, p. 288. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. v. 5, p. 142-143.

73 CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 99-100.

74 "Apelação cível. Divórcio. Partilha. Imóvel. Sub-rogação. FGTS. 1. Multas e transferência de pontuação de infração. Não se pode eximir a autora da responsabilidade do pagamento das multas que não foram geradas por atuação pessoal do apelado na condução do veículo, pois desde a ruptura fática do casamento ela esteve com o veículo em sua posse e uso. Ademais, o tema passou a integrar este processo com pedido e oportunidade de contraditório e ampla defesa. 2. Partilha de dívida. Não há falar de partilha pela absoluta ausência de provas, sendo que a recorrente não trouxe aos autos mínima comprovação quanto à constituição de tal dívida, quando se deu e qual o montante. 3. Previdência privada. Há entre os planos de previdência privada aqueles de contratação livre por qualquer pessoa e, não obstante as alegações de que são

assemelhados a investimentos, o produto oferecido é concebido dentro de um programa privado de previdência, sob a supervisão da Susep – Superintendência de Seguros Privados, de modo que é da sua natureza a complementação de renda. E nesta perspectiva, seja uma opção individual ou por consenso familiar, os valores devem ser preservados da comunicação patrimonial, pela perspectiva personalíssima de assegurar renda futura. 4. Indenização pela mulher em razão do uso de imóvel residencial. No caso, se sobrepõe ao interesse patrimonial de ressarcimento ao outro pelo uso do imóvel comum o superior interesse da criança que não pode ser onerada, ainda que indiretamente, por encargos a serem suportados pela genitora quanto a fruição por ambos da residência familiar. 5. Imóvel. Sub-rogação. A documentação dos autos demonstra, com segurança, que houve a venda de imóvel que pertencia ao varão e migração do montante obtido ao pagamento de fração do preço do novo imóvel residencial, autorizando o reconhecimento de propriedade exclusiva dele em fração do bem. FGTS. Houve saque para pagamento de parte da aquisição imobiliária, de modo que não se cogita de incomunicabilidade pela natureza da verba. Porém, conforme precedente do STJ (REsp 1399199/RS), há que fazer ressalva no que concerne aos valores do FGTS, cujo direito se adquiriu antes do casamento e sobre os quais não incide meação – com averiguação em liquidação de sentença. 6. Automóveis. As avaliações dos veículos para fins de compensação de quinhões devem considerar a tabela FIPE da data da separação fática, e não da efetivação da partilha, sob risco de se agregar elemento imponderável que é a própria oscilação do quadro econômico e de mercado, além de repercutir no direito do outro efeitos dos cuidados maiores ou menores na conservação dos veículos. 7. Ônus sucumbenciais. O resultado do julgamento impõe adequar a distribuição dos ônus sucumbenciais da ação de divórcio por metade, entre os litigantes, majorados os valores dos honorários advocatícios. Deram provimento em parte a ambas as apelações. Unânime" (TJRS, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 19.05.2016).

75 "Dissolução de união estável. Termo inicial. Partilha. Imóvel. FGTS. Prestações de empréstimo contraído para o pagamento da motocicleta. Automóvel. Sub-rogação. 1. Comprovada a união estável no período reconhecido na sentença, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes. Inteligência do art. 1.725 do CCB. 2. A sub-rogação é exceção à regra da comunicabilidade e somente pode ser reconhecida quando cabalmente comprovada, o que ocorreu nos autos no tocante ao veículo e ao apartamento. 3. O FGTS constitui 'provento do trabalho pessoal' e não se comunica entre os cônjuges, *ex vi* do art. 1.659, inc. VI, do Código Civil, motivo pelo qual não tem o varão direito à parte do imóvel comprada com a utilização do FGTS da ex-companheira. 4. Se, na audiência, restou confirmado que o varão empregou importância que já possuía antes da união estável para a aquisição do veículo, é cabível a exclusão desse valor da partilha. 5. Correta a

partilha igualitária das prestações do financiamento obtido para o pagamento da motocicleta, pagas na constância da união estável, pois restou estabelecido que eventual valor pago após a separação fática por quem não ficar na posse do bem, reverterá em seu favor. Recurso parcialmente provido" (TJRS, Apelação Cível 70071327241, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30.11.2016)."Apelação cível. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. O patrimônio adquirido onerosamente no período em que reconhecida a união estável deve ser dividido igualitariamente entre o casal. Ausência de prova das hipóteses de exceção à regra da comunicabilidade do patrimônio adquirido na constância da união. FGTS. Os valores depositados em instituição bancária quando da dissolução da união estável devem ser partilhados igualitariamente. A quantia recebida pelo apelante a título de rescisão do contrato de trabalho e FGTS, na constância da união estável, incorporou ao patrimônio das partes. Apelação cível desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70069432318, 7ª Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 27.07.2016).

76 PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 409.

77 "Cautelar inominada. Liminar em parte deferida. Manifestação judicial nula. Falta de fundamentação. Hipótese descartada. Bloqueio de percentual da reserva de poupança do agravante junto à entidade de previdência fechada. Verba de caráter alimentar. Não integração ao patrimônio partilhável do cônjuge varão. *Fumus boni juris* e *periculum in mora*, não caracterizados. Decisão improsperável. Reforma. Agravo de Instrumento, para tanto, acolhido. I. Tratando-se de decisão não terminativa, natureza em que se enquadram os provimentos judiciais concessivos de liminares acautelatórias, suficiente é que tenha ela motivação concisa, curta, lacônica. Observado esse requisito, não há que se cogitar de lesão ao artigo 165 do CPC e, pois, de nulidade. II. A reserva de poupança, mais precisamente reserva matemática individual, própria dos planos de previdência privada, não é passível de partilhamento em ações de separação judicial, eis que não integra ele o patrimônio comum, mas, com exclusividade, o patrimônio particular do titular do plano de complementação previdenciária, não podendo os respectivos valores, de outro lado, ser sacados pelo beneficiário em vida. Se assim é, não há consistência legal para se determinar o bloqueio de parte dessa reserva em favor do cônjuge mulher ou o repasse de percentual dessa reserva para aquela mantida pela autora, notadamente porque aludidos valores não integram o patrimônio partilhável dos cônjuges. III. Tratando-se de valores correspondentes à reserva técnica existente junto à entidade de previdência privada, valores esses não passíveis de levantamento por vontade do titular do plano, não se entrevê caracterizado o *periculum in mora* e nem o *fumus boni juris* a autorizar o bloqueio de percentual desses valores, a fim de garantir eventual direito à partilha dos mesmos em favor da consorte do beneficiário do plano, no processo de separação judicial entre eles em tramitação" (TJSC, Agravo de Instrumento

2007.037.721-8, 4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Trindade dos Santos, j. 03.04.2008).

78 REsp 1.118.937-DF, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24 de fevereiro de 2015, com o seguinte enxerto da ementa: "(...) 4. Segundo a jurisprudência firmada na Quarta Turma, 'a presunção legal do esforço comum na aquisição do patrimônio dos conviventes foi introduzida pela Lei 9.278/96, devendo os bens amealhados no período anterior a sua vigência, portanto, ser divididos proporcionalmente ao esforço comprovado, direto ou indireto, de cada convivente, conforme disciplinado pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição (Súmula 380/STF)". Isso porque os "bens adquiridos anteriormente à Lei 9.278/96 têm a propriedade – e, consequentemente, a partilha ao cabo da união – disciplinada pelo ordenamento jurídico vigente quando da respectiva aquisição, que ocorre no momento em que se aperfeiçoam os requisitos legais para tanto e, por conseguinte, sua titularidade não pode ser alterada por lei posterior em prejuízo ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI, e Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º) (REsp n. 959.213/PR, Rel. originário Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, *DJe* 10.09.2013). Entendimento mantido pela Segunda Seção no REsp. n. 1.124.859/MG, Rel. originário Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 26.11.2014). 5. No caso concreto, afastada a presunção disciplinada na Lei n. 9.278/96, cabe ao autor comprovar que a aquisição de bens antes da vigência do referido diploma decorreu de esforço comum, direto ou indireto, entre seu genitor e a ré durante a união estável, sendo vedada a inversão do ônus da prova, sob pena de violação do art. 333, I, do CPC (...)".

79 CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: RT, 2006. p. 1.022.

80 RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 639.

81 Lei 9.610/1998: "Art. 39. Os direitos patrimoniais do autor, excetuados os rendimentos resultantes de sua exploração, não se comunicam, salvo pacto antenupcial em contrário".

82 "Separação judicial. Partilha de bens. Direitos autorais. Incomunicabilidade da avaliação. 1. As fotografias tiradas pelo cônjuge, fotógrafo profissional, são obras intelectuais e patrimoniais. 2. Direitos patrimoniais são a face econômica da obra ou criação, enquanto os direitos morais permanecem investidos, tão só e permanentemente, na pessoa do criador. 3. Exercício do direito patrimonial é exclusivo do criador (CF, art. 5º, inc. XXVII; Lei n. 9.610/1998, art. 28), não admitindo concomitância com pessoa diversa e de forma contrária à sua vontade. 4. Os direitos patrimoniais são incomunicáveis na ausência de pacto antenupcial nesse sentido. 5. Descabimento da avaliação judicial do acervo fotográfico. Agravo desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.011.230.414, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 08.07.2005).

83 “Dissolução de união estável. Partilha. Imóvel. Benfeitoria. Prova. 1. Comprovada a união estável, devem ser partilhados de forma igualitária todos os bens adquiridos a título oneroso na constância da vida em comum, pouco importando qual tenha sido a colaboração prestada individualmente pelos conviventes. Inteligência do art. 1.725 do CCB. 2. Devem ser partilhadas as benfeitorias realizadas no terreno pertencente exclusivamente ao varão, bem como o imóvel contíguo, pertencente aos litigantes, com acolhimento da avaliação trazida aos autos, sendo que, em sede de liquidação de sentença, deverá ser comprovada a matrícula do terreno das partes, bem como que a avaliação feita a ele se refere. Recurso provido” (TJRS, Apelação Cível 70071336275, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30.11.2016).

84 A jurisprudência argentina traz pontual exemplo: “Las mejoras efectuadas en inmuebles propios de uno de los cónyuges con dinero ganancial y consistentes en edificación, al ser inseparables del terreno, pertenecen al dueño del bien – art. 1.266, Cód. Civil – por aplicación del principio de accesión, reconociéndose al cónyuge no titular un crédito que dará lugar a una recompensa en la posterior liquidación de la sociedad conyugal. Las mejoras consistentes en edificación sobre un inmueble proprio de uno de los cónyuges si son inseparables del terreno, pertenecen a su dueño, no requiriéndose – en el caso de inexistencia de menores incapaces – asentimiento conyugal para proceder a su venta” (CNCiv., Sala F, 15.12.1989, “Thuy de Carregal, Juana C. Carregal, Carlos A. y otro”, JA, 1990 – III-344). *Apud* AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002. p. 107.

85 “Apelação. Direito civil. Família. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha. Alimentos. 1. Reconhecida a união estável, cabível à partilha de todos os bens adquiridos ao longo da vida conjugal. E os bens adquiridos na constância da vida em comum devem ser partilhados igualitariamente, pouco importando quem deu causa à separação e qual a colaboração prestada individualmente pelos conviventes, nos termos dos arts. 5º, § 1º, da Lei nº 9.278/96 e 1.725 do CCB. 2. Cabe a ambos os genitores a obrigação de prover o sustento do filho menor, devendo cada qual concorrer na medida da própria disponibilidade. O encargo alimentar deve ser fixado considerado o binômio possibilidade/necessidade. Mantidos, no caso, os alimentos estabelecidos. 3. Mantida a partilha da empresa filial da empresa, aberta durante a união estável, mesmo diante da incomunicabilidade da empresa matriz, pertencente, exclusivamente, a uma das partes, mediante doação. 4. Para a concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita, mostra-se necessária prova da hipossuficiência econômica da parte, não bastando, para tanto, a mera declaração de pobreza e/ou comprovante de pró--labore. Recurso do autor parcialmente provido, desprovido o do demandado” (TJRS, Apelação Cível 70069633477, 7ª Câmara Cível, Rel. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 27.07.2016).

86 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2015. t. III, p. 231.

87 DE LOS MOZOS, Jose Luis. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984. v. 2, t. XVII, p. 211-217.

88 "União estável. Dissolução. Partilha de bens. *Disregard*. 1. Incontroversa a existência da união estável, imperiosa a divisão igualitária dos bens adquiridos na constância da vida em comum, independentemente da contribuição efetiva de cada convivente. Inteligência da Lei n. 9.278/1996. 2. Ainda que as empresas tenham sido constituídas antes do início da união estável, o crescimento patrimonial verificado por elas durante o tempo de convivência deverá ser alvo de partilha, mormente quando o patrimônio da empresa era usado pela família e se confundia com o patrimônio do casal. Recurso provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.006.007.553, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 14.05.2003).

89 "Recurso especial. Direito civil. Família. União estável. Regime de bens. Comunhão parcial de bens. Valorização de cotas sociais. 1. O regime de bens aplicável às uniões estáveis é o da comunhão parcial, comunicando-se, mesmo por presunção, os bens adquiridos por esforço comum dos companheiros. 2. A valorização patrimonial das cotas sociais de sociedade limitada, adquiridas antes do início do período de convivência, decorrente de mero fenômeno econômico, e não do esforço comum dos companheiros, não se comunica. 3. Recurso especial provido".

90 LACRUZ BERDEJO, José Luis. *El nuevo régimen de la familia.* Madrid: Civitas, 1981. v. II, p. 157.

91 DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social*. Noção, princípios e funções. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 28.

92 *Idem*, p. 189.

93 *Ibidem*, p. 33.

94 DINIZ, Gustavo Saad. *Instrumentos de capitalização societária.* São Paulo: Liberars, 2014. p. 17.

95 CRISTIANO, Romano. *Sociedades limitadas de acordo com o Código Civil.* São Paulo: Malheiros, 2008. p. 233.

96 ALBESA, J. Ram; MARTÍNEZ, J. A. Moreno. *El régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 310-311.

97 MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Regímenes económicos matrimoniales*. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Valladolid: Lex Nova, 2009. v. I, p. 610.

98 AZPIRI, Jorge O. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 165.

99 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 480.

100 COSTA, María Josefa Méndez. *Código Civil comentado*. Doctrina, jurisprudência, bibliografia. Derecho de Familia patrimonial. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 137.

[101] FERREIRA, Eduardo Vaz. *Tratado de la sociedad conyugal*. Buenos Aires: Astrea, 1979. t. 1, p. 265.

[102] CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 107-108.

[103] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 218.

[104] FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade*. Comentários breves ao CPC/2015. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 44.

[105] LEONARDI, Felipe Raminelli. Comentário ao REsp. 1.335.619/SP. Parâmetro interpretativo para cláusula eletiva de critério para apuração de haveres em contrato de sociedade limitada. *Revista dos Tribunais*, vol. 956, ano 104, jun. 2015, p. 347, citado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 233.

[106] RIBAS, Roberta de Oliveira e Corvo. Ob. cit., p. 737.

[107] TJPR, Apelação Cível 0572865-0, 18ª Câmara Cível, Rel. Carlos Mansur Arida, j. 29.07.2009.

[108] Em sentido contrário, o REsp 1.537.107/PR, da Terceira Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi em 17.11.2016, dizendo que o ex-cônjuge não pode ser apartado do sucesso da sociedade verificado depois da fática separação.

[109] DE LOS MOZOS, Jose Luis. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984. v. 2, t. XVII, p. 400.

[110] COSTA, Maria Josefa Méndez. *Las deudas de los cónyuges*. Buenos Aires: Astrea, 1979. p. 137-158.

[111] *Idem*, p. 160.

[112] RIZZARDO, Arnaldo. Ob. cit., p. 227.

[113] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. II, p. 208.

[114] Súmula 49 do STF: “A cláusula da inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”.

[115] OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 71.

[116] O exemplo é indicado por MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 64, citando em nota de rodapé 130 o Agravo de Instrumento 257.049.1, julgado em 18.05.1995 pelo TJSP.

[117] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1987. 5º v., p. 116.

[118] ROZAS, Abel Fleitas Ortiz de; ROVEDA, Eduardo G. *Régimen de bienes del matrimonio*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 64.

[119] *Idem*, p. 66.

[120] MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Regímenes econômicos matrimoniales*. Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación. Valladolid: Lex Nova, 2009. v. I, p. 599.

[121] A respeito da culpa mortuária do artigo 1.830, escrevi que a atual codificação civil abre o exame da culpa funerária ao prescrever que só conhece o direito sucessório do cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente. É a pesquisa oficial da culpa mortuária passados até dois anos de fática separação, quando toda a construção doutrinária e jurisprudencial já vinha apontando para a extinção do regime de comunicação patrimonial com a física separação dos cônjuges, numa consequência de lógica coerência da separação objetiva, pela mera aferição do tempo, que por si mesmo sepulta qualquer antiga comunhão de vida (MADALENO, Rolf. Concorrência sucessória e o trânsito processual; a culpa mortuária. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, n. 29, p. 146-147, abr.-maio 2005).

[122] CC: “Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou divórcio, verificar--se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência”.

[123] “Civil. Recurso Especial. Recurso Especial interposto sob a égide do NCPC. Família. Divórcio. Pretensão de partilha de bens comuns após 30 (trinta) anos da separação de fato. Prescrição. Regra do art. 197, I, do CC/02. Ocorrência da prescrição. Equiparação dos efeitos da separação judicial com a de fato. Recurso Especial não provido. 1. Aplicabilidade das disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade do recurso especial ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/15 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade na forma do novo CPC.* 2. Na linha da doutrina especializada, razões de ordem moral ensejam o impedimento da fluência do curso do prazo prescricional na vigência da sociedade conjugal (art. 197, I, do CC/02), cuja finalidade consistiria na preservação da harmonia e da estabilidade do matrimônio. 3. Tanto a separação judicial (negócio jurídico), como a separação de fato (fato jurídico), comprovadas por prazo razoável, produzem o efeito de pôr termo aos deveres de coabitação, de fidelidade recíproca e ao regime matrimonial de bens (elementos objetivos), e revelam a vontade de dar por encerrada a sociedade conjugal (elemento subjetivo). 3.1. Não subsistindo a finalidade da preservação da entidade familiar e do respectivo patrimônio comum, não há óbice em considerar passível de término a sociedade de fato e a sociedade conjugal. Por conseguinte, não há empecilho à fluência da prescrição nas relações com tais coloridos jurídicos. 4. Por isso, a pretensão de partilha de bem comum após mais de 30 (trinta) anos da separação de

fato e da partilha amigável dos bens comuns do ex-casal está fulminada pela prescrição. 5. Recurso especial não provido".

124 "Agravo regimental nos embargos de declaração no agravo em recurso especial. Processual civil. Ausência de violação do art. 535 do CPC. Inépcia da inicial. Inexistência. Interpretação lógico-sistemática. Reconhecimento de união estável. Comprovação da separação de fato dos casados. Existência da união estável. Reexame de provas. Agravo improvido. 1. Não há que se falar em violação do art. 535 do CPC quando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia são devidamente analisadas e fundamentadas. 2. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior estabelece que a pretensão deduzida em juízo não se limita a determinado capítulo da petição inicial, merecendo atenção do julgador tudo o que se pode extrair mediante interpretação lógico-sistemática das razões apresentadas. Na hipótese dos autos, constata-se, na leitura da petição inicial (e-STJ, fls. 1/6), que é possível extrair da denominação atribuída à demanda – ação declaratória de união estável –, bem como dos argumentos apresentados, qual a causa de pedir e o pedido solicitado, ou seja, reconhecimento da união estável e direitos decorrentes. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que a existência de casamento válido não obsta o reconhecimento da união estável, quando há separação de fato ou judicial entre os casados. Precedentes. 4. No caso, verifica-se que a aferição da existência de união estável entre a parte ora recorrida e o pai da parte ora recorrente, pelas instâncias ordinárias, deu-se com base nos elementos informativos constantes dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental improvido" (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 710.780/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 27.10.2015, *DJe* 25.11.2015).

125 "Art. 1.723. (...) § 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente".

126 MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 104.

127 "Família. Apelação. Ação de separação judicial. Indeferimento de prova pericial e expedição de ofícios. Necessidade para o deslinde da lide. Agravo retido. Provimento. É cediço é que os frutos percebidos na constância do casamento e os pendentes à época da cessação da comunhão, ainda que provenientes de bens particulares de cada cônjuge, devem ser partilhados, independentemente do tempo de duração das bodas, consoante o artigo 1.660, V, do Código Civil, aqui incluídos, por óbvio, os rendimentos decorrentes de participação societária. 'O inciso V prevê a comunicação dos frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, patenteando que somente os bens é que constituem o patrimônio incomunicável. Os frutos percebidos na constância do casamento, bem como os pendentes ao tempo de cessar a comunhão, sejam rendimentos de um imóvel, de aplicação financeira ou de dividendos de ações de alguma empresa, integram o patrimônio comum, como consequência lógica do sistema

estabelecido, que impõe a separação quanto ao passado e comunhão quanto ao futuro, ou seja, quanto aos bens adquiridos após o casamento.' (*Direito Civil Brasileiro*, Carlos Roberto Gonçalves, 3ª ed., Ed. Saraiva, vol. VI, p. 420, grifei)" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.07.502331-7/002, Rel. Des. Dídio Inocêncio de Paula, j. 21.08.2008). "Divórcio litigioso. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Sentença *extra petita*. Dívidas. Veículo alienado. 1. Descabe juntar com a apelação documentos que não sejam novos ou relativos a fatos novos supervenientes. Inteligência do art. 435 do NCPC. 2. Não é *extra petita* a sentença pois a autora postulou a partilha de todos os bens adquiridos na constância do casamento e, no curso do processo, verificou-se que houve plantio de soja, com o devido pagamento ao réu. 3. Sendo o casamento regido pelo regime da comunhão parcial, devem ser partilhados, de forma igualitária, não apenas os bens adquiridos a título oneroso, na constância da vida em comum, como também as dívidas contraídas na vigência da união, mas desde que cabalmente comprovadas. Inteligência dos art. 1.658 a 1.666 do CCB. 4. Deve ser partilhado o resultado das plantações de soja e trigo plantadas durante o casamento, mesmo que colhidas após a separação fática do casal, assim como as dívidas contraídas em decorrência delas, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença. 5. Integra a partilha eventual débito relativo ao uso do limite de cheque especial, existente na data da separação fática do casal, cuja apuração também deverá ser feita em sede de liquidação de sentença. 6. Correta a divisão do veículo alienado pelo varão ao filho do casal um dia antes da separação fática, pois o bem foi adquirido durante o casamento, tendo a autora direito à metade do valor, de acordo com a tabela FIPE. Recurso parcialmente provido" (TJRS, Apelação Cível 70071635627, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 14.12.2016).

128 "Apelação cível. Ação de separação judicial. Partilha. Caminhão. Aquisição mediante contrato de arrendamento mercantil. Ausência de quitação durante o matrimônio. Determinação judicial de partilha do produto resultante da venda realizada depois da separação. Descabimento. Inclusão no acervo apenas do valor empregado na aquisição durante a relação. Reforma da sentença, porém em extensão diversa da pretendida. 1. Considerando que a aquisição do caminhão ocorreu mediante contrato de arrendamento mercantil, que não estava quitado ao tempo da separação, procede a irresignação do recorrente com relação à determinação judicial de partilha do valor resultante da alienação do caminhão realizada depois da ruptura conjugal. 2. Reconhecimento de que integra o acervo partilhável apenas o valor das seis prestações adimplidas durante o matrimônio, desimportando, ao contrário do sugerido pelo recorrente, o fato de que o comprador do caminhão não honrou com o pagamento da dívida perante a instituição financeira, tampouco o fato de que o recorrente, depois da separação, despendeu recursos para fins de manutenção do caminhão, não havendo falar, assim, em partilha das dívidas daí decorrentes. Sentença reformada no ponto. Apelo parcialmente provido"

(TJRS, Apelação Cível 70069039063, 8ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 19.05.2016).

129 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2001. p. 169.

130 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família:* aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 144.

131 FERREIRA, Eduardo Vaz. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1979. t. I, p. 28.

132 Súmula 380 do STF: "Comprovada a existência de sociedade entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

133 Para Heinrich Lehmann (*Derecho de familia*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953. v. IV, p. 216), "La comunidad de gananciales, que históricamente precede a la comunidad general de bienes, tuvo su desarrollo en ambientes de modestos campesinos y pequeños burgueses, en que ambos cónyuges toman parte en el trabajo y, por ello, en sus gananciales o rendimientos ('Erkoberung', 'collaboratio'). Actualmente habla en favor de la participación de la mujer en las gananciales no solamente el hecho de que en muchos matrimonios se vea obligada a procurarse ingresos fuera del hogar, sino la consideración general de su labor doméstica, que facilita al marido el realizar su trabajo profesional y el ahorro".

134 IRUZUBIETA, Carlos Vázquez. *Régimen económico del matrimonio*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1982. p. 352.

135 ROZAS, Abel Fleitas Ortiz de; ROVEDA, Eduardo G. *Régimen de bienes del matrimonio*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006. p. 4.

136 ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 253.

137 CORTÉS, Jesús Martínez. El régimen económico de separación de bienes. In: MIGUEL, Juan Francisco Delgado de (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 2002. v. 2, p. 288.

138 MEDINA, Graciela; ROVEDA, Eduardo Guillermo. *Derecho de familia.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2016. p. 382.

139 Sobre a vigência da Súmula 377 do STF, escreve Flávio Tartuce (A venda de ascendente para descendente. Tratamento legal à luz do novo Código Civil. Evolução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 186-187): "Caso se entenda pela revogação da referida súmula, já que o novo Código Civil não reproduz a regra do artigo 259 da codificação anterior, como fazem Inácio de Carvalho Neto e Francisco José Cahali, (...). Mas estamos inclinados a apontar que a referida súmula não foi revogada, diante da vedação

do enriquecimento sem causa que consta no artigo 884 do atual Código Civil, como faz Rolf Madaleno. Desse modo, não se pode afastar a comunicação dos bens adquiridos pelo esforço comum, mesmo no regime da separação total. Isso, logicamente, somente quando a separação tem origem legal ou necessária, naqueles casos elencados no artigo 1.641".

140 "Direito de Família. Regime da separação legal de bens. Aquestos. Esforço comum. Comunicabilidade. Súmula STF, Enunciado n. 377. Correntes. Código Civil, artigos 258/259. Recurso inacolhido. I – Em se tratando de regime de separação obrigatória (CC, art. 258), comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento pelo esforço comum. II – O Enunciado n. 377 da Súmula do STF deve restringir-se aos aquestos resultantes da conjugação de esforços do casal, em exegese que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico e repudia o enriquecimento sem causa. III – No âmbito do recurso especial não é admissível a apreciação da matéria fática estabelecida nas instâncias locais" (REsp 9.938-0/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 09.06.1992). Este aresto colhido propositadamente em período anterior à edição do vigente Código Civil, já destacava como principal fundamento de aplicação do verbete do STF o repúdio ao enriquecimento indevido, que deixou de ser um *princípio de direito* com a promulgação do atual Código Civil, para se tornar texto de lei. Neste recurso especial o relator consigna textualmente que: "Esta, a meu juízo, a melhor exegese, que se afeiçoa à evolução do pensamento jurídico, repudia o enriquecimento sem causa e dá sentido ao Enunciado n. 377 da Súmula n. 377 do STF".

141 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. II, p. 277.

142 "Família. Alvará judicial. Imóvel pertencente ao casal. Regime da comunhão universal de bens. Outorga uxória, alienação e depósito judicial da meação pertencente à ex-cônjuge. Desaparecimento há mais de 40 anos, ação de desquite posteriormente convertida em divórcio. Valor depositado não pertencente ao requerente, que dispôs de sua meação. Existência de herdeira filha. Anuência expressa com o pedido do pai, que lhe repassará o numerário na qualidade de sucessora da mãe desaparecida. Procedimento de jurisdição voluntária, expedição de alvará, levantamento da importância com posterior comprovação de repasse à filha. Apelação provida" (TJRS, Apelação Cível 70015523012, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 24.06.2006).

143 GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente*. São Paulo: RT, 2002. p. 37.

144 *Idem*, p. 38.

145 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19. p. 275.

146 GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente*. São Paulo: RT, 2002. p. 101.

147 CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2010. p. 142.

148 Conforme explica Waldir de Pinho Veloso (*Registro civil das pessoas naturais*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 41): Somente o Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais pode ter o Livro "E" e este Livro, ao contrário de todos os outros, é o único que comporta mais de uma modalidade de registro. No Livro "E", além do registro facultativo da união estável, também são registrados: os traslados de registros, feitos no exterior, de nascimentos, casamento e óbito de brasileiros; as sentenças declaratórias de interdições, tutelas e curatelas; as escrituras de emancipação; as sentenças de emancipação; as sentenças declaratórias de ausência; a opção pela nacionalidade brasileira.

149 Em sentido contrário, Carlos Eduardo Nicoletti Camillo (*Comentários ao Código Civil*. São Paulo: RT, 2006, nas considerações ao artigo 1.692. p. 1.216): "O magistrado deverá ser provocado ordinariamente pelo filho, mediante representação ou assistência dos pais quando o caso, ou mesmo extraordinariamente pelo Ministério Público, não podendo atuar *ex officio*, devendo, na decisão que deferir o curador especial, delimitar a atuação objetiva deste representante".

150 CLT, art. 403, com a redação dada pela Lei 10.097, de 19.12.2000: "É proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos".

151 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: RT, 1994. p. 176.

152 *Idem*, p. 174.

153 *Idem*, p. 178.

154 "Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250 m2 (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dividia com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O direito no *caput* não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez. § 2º (Vetado)".

155 Enunciado 500 do STJ: "A modalidade de usucapião prevista no art. 1.240-A do Código Civil pressupõe a propriedade comum do casal e compreende todas as formas de família ou entidades familiares, inclusive homoafetivas".

156 "Civil. Processual civil. Usucapião especial urbana. Prescrição extintiva. Escoamento do prazo para dedução de pretensão. Prescrição aquisitiva. Forma de aquisição da propriedade. Distinções. Causa impeditiva de fluência da prescrição. Aplicabilidade às prescrições extintivas e aquisitivas. Constância da sociedade conjugal e fluência do prazo prescricional. Causa impeditiva da prescrição que cessa com a separação judicial, com o divórcio e também com a separação de fato por longo período. Tratamento isonômico para situações demasiadamente semelhantes. Prescrição aquisitiva

configurada. Apuração dos demais requisitos configuradores da usucapião especial urbana. Necessidade de rejulgamento da apelação. 1. Ação distribuída em 31/07/2014. Recurso especial interposto em 31/03/2017 e atribuído à Relatora em 15/09/2017. 2. O propósito recursal consiste em definir se a separação de fato do casal é suficiente para cessar a causa impeditiva da fluência do prazo prescricional prevista no art. 197, I, do CC/2002, e, assim, para deflagrar o cômputo do prazo para a prescrição aquisitiva do imóvel previsto no art. 1.240 do CC/2002. 2. Duas espécies distintas de prescrição são reguladas pelo CC/2002: a extintiva, relacionada ao escoamento do lapso temporal para que se deduza judicialmente pretensão decorrente de violação de direito (arts. 189 a 206) e a aquisitiva, relacionada a forma de aquisição da propriedade pela usucapião (arts. 1.238 a 1.244. Precedente. 4. A causa impeditiva de fluência do prazo prescricional prevista no art. 197, I, do CC/2002, conquanto topologicamente inserida no capítulo da prescrição extintiva, também se aplica às prescrições aquisitivas, na forma do art. 1.244 do CC/2002. 5. A constância da sociedade conjugal, exigida para a incidência da causa impeditiva da prescrição extintiva ou aquisitiva (art. 197, I, do CC/2002), cessará não apenas nas hipóteses de divórcio ou de separação judicial, mas também na hipótese de separação de fato por longo período, tendo em vista que igualmente não subsistem, nessa hipótese, as razões de ordem moral que justificam a existência da referida norma. Precedente. 6. Sendo incontroverso o transcurso do lapso temporal quinquenal entre a separação de fato e o ajuizamento da ação de usucapião, mas não tendo havido a apuração, pelas instâncias ordinárias, acerca da presença dos demais pressupostos configuradores da usucapião, impõe-se a devolução do processo para rejulgamento da apelação, afastada a discussão acerca da prescrição aquisitiva. 7. Recurso especial conhecido e provido, para determinar que seja rejulgada a apelação e examinada a eventual presença dos demais requisitos da usucapião especial urbana" (STJ, REsp 1.693.732/ MG, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 05.05.2020).

157 Enunciado 498 do CJF: "A fluência do prazo de 2 anos previstos pelo art. 1.240-A para a nova modalidade de usucapião nele contemplado tem início com a entrada em vigor da Lei n. 12.424/2011".

158 Enunciado 497 do CJF: "O prazo, na ação de usucapião, pode ser completado no curso do processo, ressalvadas as hipóteses de má-fé processual do autor".

159 FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, ano III, n. 31, out. 2011, p. 14B.

160 Enunciado 501 do CJF: "As expressões 'ex-cônjuge' e 'ex-companheiro', contidas no art. 1.240-A do Código Civil, correspondem à situação fática da separação, independentemente de divórcio".

Capítulo 11

DOS ALIMENTOS

11.1. CONCEITO

Os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e conviventes, uns em relação aos outros, para suprir as necessidades e as adversidades da vida daqueles em situação social e econômica desfavorável. Como dever de amparo, os alimentos derivam da lei, têm sua origem em uma disposição legal, e não em um negócio jurídico, como acontece com outra classe de alimentos advindos do contrato ou do testamento, ou os alimentos indenizativos, e são destinados a satisfazer as indigências materiais de sustento, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante, e, portanto, amparar uma ajuda familiar integral.[1]

De acordo com o artigo 1.694 do Código Civil, podem os parentes, os cônjuges ou os companheiros pedir, uns aos outros, os alimentos por eles

necessitados para viverem de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às obrigações de sua educação.

11.2. ESPÉCIES DE ALIMENTOS

Devido ao interesse do Estado na proteção da família como base da sociedade, o instituto dos alimentos é considerado de ordem pública, ao menos em relação aos credores menores e incapazes, estando escorado o direito alimentar no princípio da solidariedade humana e reconhecendo a legislação civil o recíproco direito aos alimentos entre parentes, cônjuges ou companheiros, para que desfrutem de um modo de vida compatível com sua classe social, sendo os alimentos classificados segundo os seguintes critérios jurídicos:

11.2.1 Quanto à sua natureza

Quanto à sua natureza, são considerados *naturais* quando respeitam ao estritamente necessário à sobrevivência do alimentando, assim compreendido o que for absolutamente indispensável à vida, como a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, e tendo em mira o mínimo indispensável para o alimentando sobreviver.

Alimentos *civis* ou *côngruos* são aqueles destinados à manutenção da categoria social do credor de alimentos, incluindo a alimentação propriamente dita, o vestuário, a habitação, o lazer e necessidades de ordem intelectual e moral, cujos alimentos são quantificados em consonância com as condições financeiras do alimentante.

O Código Civil regula os alimentos *naturais* e *côngruos* no *caput* do artigo 1.694, ao ordenar a possibilidade de os parentes, cônjuges ou companheiros pedirem uns aos outros alimentos dos quais necessitem para viver de *modo compatível com a sua condição social*, a serem fixados em valores “indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade

resultar de culpa de quem os pleiteia". Alimentos naturais se circunscrevem a cobrir o vital para a vida, aquilo que se faz estritamente indispensável para a subsistência do alimentando, sem levar em conta a sua condição social nem seus hábitos de vida. Estes alimentos regulados pelo artigo 1.694 do Código Civil descansam sobre uma base conjugal ou convivencial ou parental e entre estes alicerces existem diferenças pontuais. Os alimentos dos vínculos afetivos são créditos provenientes de um dever de manutenção imposto aos cônjuges ou unidos estavelmente, pelo mútuo dever de assistência (CC, arts. 1.566, inc. III, e 1.724), e que são estabelecidos diante da ruptura da relação e apenas se houver uma situação de necessidade abre lugar para a pensão alimentícia. Com relação aos alimentos derivados da filiação existe uma maior amplitude de deveres que aparecem vinculados ao poder familiar, enquanto menores e incapazes os filhos, têm seus pais o dever de lhes prestar toda ordem de assistência, moral e material, mediante a contribuição direta dos progenitores se convivem no mesmo lar com seus filhos, ou este dever será atendido mediante a fixação de uma prestação alimentícia com conteúdo bem mais amplo do que teria uma obrigação alimentar entre parentes maiores e capazes.

No que diz respeito aos cônjuges, até o advento da Emenda Constitucional 66, de 13 de julho de 2010, o artigo 1.704 do Código Civil assegurava os alimentos apenas indispensáveis à sobrevivência, se o consorte alimentando fosse declarado culpado pela separação judicial, desaparecendo a pesquisa da causa separatória com a Emenda Constitucional 66/2010, que aprovou o divórcio direto e não causal como forma objetiva de dissolver o casamento, desvinculando os alimentos da frenética pesquisa da culpa conjugal, reduzindo o direito alimentar apenas à hipótese de efetiva necessidade, e o direito a uma sobrevivência digna e proporcional, escorada na solidariedade assistencial. É a tendência sociológica de reconhecimento da solidariedade como base da família, em que cada integrante da família é devedor de todos os seus membros pelos

benefícios que recebeu do grupo, com cuidados, alimentos, educação, formação herança cultural, social, pecuniária, desvelos etc. e a obrigação alimentar é uma maneira de pagar e de cobrar e equilibrar os proveitos e as perdas surgidas ao longo da vida familiar,[2] e que não se apagam ou se compensam apenas pela causa que originou o fim do casamento, olvidando-se que a vida matrimonial registra invariavelmente, alegrias e dissabores que constroem uma relação afetiva forjada sempre por dois personagens.

11.2.2 Quanto à causa jurídica

Quanto à *causa jurídica*, os alimentos podem resultar da lei, da vontade do homem ou do delito. São legítimos quando advêm da lei e são devidos em virtude dos vínculos de parentesco, pelo direito sanguíneo, ou por decorrência do casamento e da união estável, todos derivando do Direito de Família (CC, art. 1.694).[3]

Os alimentos identificados como *voluntários* emanam de uma declaração de vontade, que pode ser contratual, quando a pessoa se obriga a pagar espontaneamente alimentos para outrem, ou quando tem como causa a morte do alimentante, ajustados através de legado de alimentos, em cédula testamentária (CC, art. 1.920). Estes alimentos são derivados de um contrato ou de um legado de alimentos manifestado em um testamento e podem ser temporários ou vitalícios, fixando os contratantes ou o testador o seu montante, que pode ser pago em prestações mensais, semestrais ou anuais, ou qualquer outra forma, e se na hipótese do legado o testador não estabelecer a soma, cabe ao juiz fixar o valor da verba alimentar, adotando os critérios próprios de arbitramento de uma pensão alimentícia, consoante o binômio, ou a ponderação entre a necessidade de quem recebe e a possibilidade do onerado. Os alimentos provenientes do testamento, ao contrário dos alimentos contratuais, nascidos de um acordo bilateral, surgem da vontade unilateral do testador, que cria uma relação de obrigação entre o onerado e o

legatário, cujo objeto é a exata prestação de alimentos e este legado deve definir a quantia a ser paga, sua periodicidade, tempo de duração do legado de alimentos, causa de extinção e qualquer outra circunstância que afete a obrigação, sempre tendo em mira que a obrigação alimentar não pode superar as forças da herança (CC, art. 1.792).

Os alimentos voluntários pertencem ao direito das obrigações e os provenientes do testamento derivam do Direito das Sucessões, tendo ambos origem em ato espontâneo de disposição, já que a obrigação foi assumida por contrato ou por legado e não por sentença, pelo que o Código de Processo Civil prevê a execução de alimentos fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar (art. 911).

Só os alimentos pertencentes ao Direito de Família permitem a prisão civil pelo não pagamento injustificado, nos termos do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, e previstos nos artigos 1.566, inciso III, e 1.694 e seguintes do Código Civil, todos eles vinculados às relações de família, incluídos os alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei 11.804/2008, em conformidade com as conclusões da V Jornada do STJ de Direito Civil, de agosto de 2011, e vertidas no Enunciado 522.[4]

Os alimentos *indenizatórios* e *voluntários*, como tampouco os alimentos previstos no parágrafo único do artigo 4º da Lei 5.478/1968 (Lei dos Alimentos), que cuidam da entrega de parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor no regime da comunhão universal de bens, integram o procedimento do cumprimento da sentença que foi mantido no vigente diploma processual para sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos (CPC, art. 528).[5]

Deve ser registrado que os alimentos indenizatórios do ato ilícito representam uma forma de ressarcir o dano causado pelo delito e são previstos pelos artigos 948, inciso II, e 950 do Código Civil, e por seu turno, os alimentos voluntários, ofertados de forma espontânea, por contrato ou

legado são passíveis de revogação por ingratidão do donatário (CC, art. 557, inc. IV).

A indenização é estipulada por meio de uma pensão mensal a ser fixada com base nos ganhos comprovados da vítima, calculada durante sua provável sobrevida e no caso de ela sofrer ferimento ou ofensa à saúde que lhe acarrete redução laboral temporária ou permanente, a pensão será fixada na proporção da redução de sua capacidade de trabalho.

Entretanto, não devem ser confundidos os alimentos do Direito de Família com a prestação de alimentos da responsabilidade civil, até porque a indenização do artigo 948 do Código Civil não se restringe aos alimentos devidos às pessoas que eram sustentadas pela vítima. Deve ser consignado que serão credores destes alimentos ressarcitórios quaisquer pessoas, independentemente de vínculo de parentesco, conquanto comprovem haver sofrido um dano pessoal, *iure proprio*, porque recebiam assistência exclusiva da vítima.

A indenização pelo ato antijurídico tem natureza mista de Direito de Família e de Obrigações, cuja origem é compensatória e não meramente alimentar.[6]

Basta considerar que a condenação no pagamento da pensão alimentícia do ato ilícito é calculada pelos rendimentos da vítima e não pelas condições do causador do dano, não sendo utilizado o binômio da possibilidade do alimentante, como acontece no Direito de Família (CC, art. 1.694, § 1º), "ainda que a sentença seja inexequível, uma vez que o devedor não tem condições de suportar sequer as custas processuais".[7]

11.2.3 Quanto à finalidade

Quanto à sua *finalidade*, os alimentos são classificados em definitivos ou regulares, provisórios ou sendo judicialmente reivindicados em *tutela antecipada*. Alimentos regulares ou definitivos são aqueles estabelecidos

pelo juiz na sentença ou por homologação em acordo de alimentos firmado entre o credor e o devedor, não significando dizer se trate de alimentos definitivos e sem possibilidade de futura revisão, se houver modificação na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe (CC, art. 1.699; CPC, art. 505, inc. I; e Lei 5.478/1968, art. 15). Também integram este rol de alimentos definitivos aqueles oriundos das transações relativas a alimentos celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público (Lei 11.737/2008), e por estes referendados, consoante artigo 13 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003).

11.2.3.1. Alimentos provisórios

Os alimentos *provisórios* são arbitrados liminarmente pelo juiz ao despachar a ação de alimentos proposta pelo rito especial da Lei 5.478, de 25 de julho de 1968, sendo exigida a prévia prova do parentesco, do casamento ou da obrigação de alimentar (art. 2º da Lei 5.478/1968).

O rito especial da Lei de Alimentos não contemplava as uniões estáveis, destituídas de prévia prova do vínculo afetivo como entidade familiar, tratando-se de relacionamentos nascidos na informalidade, mas estas questões foram eliminadas com o advento do Código Civil de 2002, restando explícito o direito material dos companheiros aos alimentos (CC, art. 1.694), ao lado dos parentes e cônjuges, sendo aplicáveis a eles, no que couberem, os demais artigos relativos a alimentos (CC, arts. 1.694 a 1.770), quer se trate de cônjuges e companheiros.[8]

Os alimentos provisórios são devidos até a final decisão, inclusive na pendência de recurso extraordinário e especial (Lei 5.478/1968, art. 13, § 3º)[9] e pelo disposto no artigo 13 da Lei de Alimentos sua aplicação também tem lugar nas ações de revisão de alimentos. O Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na sua 34ª orientação dispõe que *alimentos provisórios fixados após a citação não retroagem à data desta, o que somente ocorre com os definitivos*, de modo que ocorrendo

majoração dos alimentos, a respectiva decisão judicial é retroativa à data da citação, mas se há redução da verba alimentar não é possível cobrar a diferença a maior dos alimentos provisórios, circunstância que restou consolidada com a edição da Súmula 621 do STJ ao prescrever que: “Os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade”.

11.2.3.2. Alimentos em tutela provisória

Os alimentos em caráter de provimento liminar têm por função garantir a subsistência do credor de alimentos durante a tramitação da ação principal de divórcio ou da ação específica de alimentos, inclusive para o pagamento das despesas judiciais e dos honorários de advogado.

Pelo sistema do Código de Processo Civil, o gênero tutelas provisórias abarca as espécies: (i) urgência; e (ii) evidência. Para efeitos de pedido de alimentos durante a tramitação do processo principal de separação judicial, divórcio ou de alimentos, estes podem ser reivindicados em tutela provisória de *urgência, antecipada* ou *incidental*, considerando que os alimentos são fornecidos para permitirem a manutenção do alimentante durante a pendência do processo principal, e podem ser concedidos no bojo da própria ação de conhecimento.[10]

Consequência natural dos alimentos é a possibilidade de serem pedidos em tutela provisória, com caráter de urgência e de forma antecipada, em procedimento antecedente ou incidental, nos termos e na forma dos artigos 294, 300 e 303 do CPC, ou podem ser requeridos desde logo em pleito *incidental* cumulando o pedido de separação, ou de divórcio, com o de alimentos. De acordo com o inciso I, do § 1º, do artigo 303 do Código de Processo Civil, se os alimentos forem concedidos em tutela antecipada, o autor deverá aditar a petição inicial, promovendo, por exemplo, o pedido principal de divórcio cumulado com alimentos definitivos que já foram antecipadamente deferidos, sem que seja necessário fazer um novo processo.

Os alimentos liminares podem ser revistos a qualquer tempo, assim como podem ser revogados nos autos onde foram fixados.

11.2.3.3. Pressupostos para a concessão da tutela antecipada

Pelas normas do CPC, para a concessão da antecipação da tutela é preciso existir fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, que será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo e, em sede de alimentos, geralmente precisam ser antecipados. Também acrescem a seus requisitos o da prova inequívoca e a do juízo de verossimilhança da alegação, não no sentido de se tratar de uma verdade absoluta, demonstrada de modo incontroverso e incontestável, mas, uma prova robusta, capaz de aproximar a percepção do julgador ainda em sede de cognição sumária, de uma probabilidade muito grande de verdade daquilo que está sendo alegado.

São pressupostos que precisam sempre ser demonstrados para a concessão da tutela o risco de dano irreparável ou de difícil reparação concessivo da tutela antecipada há de ser concreto e não hipotético, assim como precisa ser iminente, presente e pontual, porque sendo um risco distanciado, ou de menor probabilidade, não faz sentido antecipar a tutela judicial que bem poderá aguardar a decisão final da sentença a ser proferida na demanda ajuizada.

Em sede de cognição sumária a verdade não é definitiva e a qualquer momento pode ser demonstrado por uma das partes o equívoco das premissas sobre as quais o julgador fundamentou seu despacho liminar, provocando a reversão da decisão proferida, que tratou de antecipar um direito normalmente apreciado ao final da ação, mas adiantado em provimento temporário para evitar a ocorrência de danos irreparáveis.

Não obstante o caráter provisório da tutela de urgência concedida de forma antecipada, sua revogação depende do surgimento de um fato novo, capaz de convencer o julgador a revogar a medida ou modificá-la em decisão fundamentada (CPC, art. 304), isso se não for cassada a decisão interlocutória mediante a interposição do pertinente recurso do agravo.

11.2.4 Quanto ao momento em que são reclamados

11.2.4.1. Alimentos pretéritos e futuros

Quanto ao *momento em que são reclamados*, os alimentos são distinguidos entre *pretéritos* e *futuros*.

Futuros são os alimentos prestados em decorrência de decisão judicial e são devidos desde a citação do devedor (Lei 5.478/68, art. 13, § 2º).[11] Alimentos pretéritos são os anteriores ao ingresso da ação e que não são devidos por não terem sido requeridos, isto porque os alimentos vencidos são aqueles fixados a partir da propositura da ação, presumindo a lei não existir dependência alimentar quando o credor nada requer, embora não seja descartada a possibilidade de ajuizamento de uma ação de indenização para o ressarcimento de gastos operados com a manutenção de filho comum, mas este ressarcimento em nada se confunde com a pensão alimentícia.

Os alimentos pretéritos são relacionados às prestações fixadas judicialmente e não pagas pelo devedor dos alimentos, e que podem ser objeto de ação de cumprimento de sentença, enquanto não estejam prescritas, no prazo de dois anos (CC, art. 206, § 2º).[12]

Os créditos pensionais vencidos e não pagos podem ser cobrados pela eleição da prisão civil do artigo 528 do Código de Processo Civil, limitado às três últimas prestações (CPC, art. 528, § 7º), em execução de alimentos quando fundada em título extrajudicial (CPC, art. 911) ou cumprimento de

sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos (CPC, art. 528, § 8º).

A jurisprudência consolidou entendimento no sentido de admitir o rito de coação pessoal do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, e do artigo 528, § 7º, do Código de Processo Civil, somente com referência às três prestações alimentícias em atraso, além de mandar protestar o pronunciamento judicial, em reforço coativo (CPC, art. 528, § 1º), abarcadas ainda as prestações vencidas no curso do processo, como expressamente referido pelo artigo 528, § 7º, do Código de Processo Civil,[13] enquanto as demais parcelas vencidas em período anterior aos três últimos meses devem de ser cobradas em outra demanda executiva, a qual deve ser empreendido o rito da penhora, haja vista terem perdido a função de imediata subsistência alimentar, cujo entendimento havia sido consolidado na Súmula 309 do STJ.[14]

11.3. CARACTERÍSTICAS DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Para Yussef Said Cahali,[15] a obrigação alimentar está fundada sobre um interesse de natureza superior, detendo um caráter de ordem pública das normas disciplinadoras da obrigação legal de prestar alimentos, não se resumindo aos interesses privados do credor, mas, com atuação que respeita a uma faixa geral da sociedade, com destacado conteúdo ético pelo fato de as regras que o governam estarem relacionadas à integridade física e moral da pessoa, sua digna subsistência e personalidade, portanto, consubstanciando-se em direitos fundamentais da pessoa humana.

São algumas das particularidades inerentes à obrigação alimentar: o direito personalíssimo, a transmissibilidade e a divisibilidade.

11.3.1 Direito personalíssimo

Os alimentos são fixados em razão do alimentando, como sendo um direito estabelecido, de regra, *intuitu personae*. Segundo Nieves Martínez Rodríguez, a natureza essencialmente pessoal dos alimentos fica evidente tanto do ponto de vista daquele que deve proporcionar os alimentos como em relação ao destinatário da obrigação, devedor e credor respectivamente, pois são as suas particulares circunstâncias pessoais que determinam a existência da relação alimentar.[16]

O crédito e a dívida são inseparáveis da pessoa, porque estão baseados em determinada qualidade que não é transmissível, estão fora do comércio inclusive. Os alimentos também são pessoais porque surgem de uma situação concreta das possibilidades de um e das necessidades do outro e só podem ser reclamados por quem está em estado de necessidade e só são devidos por quem tem meios para atendê-los. A finalidade dos alimentos não tem caráter patrimonial, não obstante se concretizem em algo material com significado econômico,[17] pois o seu estabelecimento e sua fixação têm em mira assegurar a conservação da vida, do cônjuge, companheiro ou parente, atendendo suas vindicações de cunho material e espiritual, qual seja a satisfação de uma necessidade essencialmente pessoal.[18]

11.3.2 Transmissibilidade

A transmissibilidade dos alimentos surgiu com a edição do artigo 23 da Lei do Divórcio, em 1977, ao prescrever ser transmissível a obrigação de prestar alimentos aos herdeiros do devedor, nos termos do artigo 1.796 do Código Civil de 1916.

À luz das mudanças na transmissão da obrigação alimentar colacionadas pela Lei 6.515/1977, escrevera Sérgio Gischkow Pereira[19] se estar ingressando *em terreno tormentoso e nebuloso*, tendo se edificado quatro correntes de opiniões: pela *primeira* vertente a transmissão da obrigação alimentar passaria pura e simplesmente aos herdeiros do

alimentante. Uma *segunda* orientação doutrinária entendia ser transmissível apenas o débito existente ao tempo do falecimento do devedor de alimentos.[20] A *terceira* corrente defendia que a dívida alimentar era limitada às forças da herança, e destinada a atender qualquer classe de credores, e se o alimentando também fosse herdeiro do sucedido o seu crédito alimentar deveria ser subtraído do seu quinhão hereditário. Uma *quarta* versão entendia ser transmissível somente a obrigação alimentar devida de um cônjuge para o outro, porque a Lei do Divórcio de 1977 só podia tratar dos direitos dos consortes.

De acordo com Sérgio Gischkow Pereira,[21] teria prevalecido a quarta opinião, a partir das lições preconizadas por Yussef Said Cahali e Silvio Rodrigues, basicamente pelo fato de a lei divorcista brasileira ter se inspirado na legislação francesa, que só previa a transmissão dos alimentos devidos de um cônjuge ao outro.[22]

Atualmente ecoam as mesmas indagações do passado, para saber se a transmissão dos alimentos se dá apenas em relação às prestações vencidas e não pagas, ou se é transmitida aos herdeiros do devedor de alimentos a obrigação alimentar; e, ainda, se essa transmissão deve ser medida na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (CC, art. 1.694, § 1º); se está limitada às forças da herança (CC, art. 1.792), porque o artigo 1.700 do Código Civil não cogita deste limite, se dentro das forças da herança é devida apenas quando o alimentando também não é herdeiro, já que sendo poderá pleitear a ajuda alimentar dos outros herdeiros ou demais parentes, com base no dever de solidariedade oriundo da relação de parentesco (CC, art. 1.694)[23] e, ainda, se a obrigação pode ser judicialmente revista diante das forças de produção e dos limites econômico-financeiros do espólio; e, por fim, se o direito alimentar é estendido aos parentes, cônjuges e companheiros, ou se segue prioritariamente endereçado exclusivamente aos cônjuges.

A solução não é pacífica, entendendo Sérgio Gischkow Pereira[24] e Yussef Said Cahali,[25] que a transmissibilidade da obrigação alimentar do artigo 1.700 do Código Civil foi estendida a todos os credores do artigo 1.694 do mesmo Código, tendo esvaziado a polêmica surgida com o artigo 23 da Lei do Divórcio, de os alimentos só serem transmitidos aos cônjuges e em razão da dissolução da sociedade conjugal.

Restrição esta não admitida por Euclides de Oliveira,[26] para o qual a lente da Lei do Divórcio continha disposições de diferentes alcances, uma vez que a prestação alimentar também estava endereçada aos filhos (LD, art. 20) e, particularmente, o artigo 22 da Lei 6.515/1977 ordenava a atualização monetária das prestações alimentícias de *qualquer natureza*, não fazendo nenhum sentido restringir a transmissibilidade apenas para os cônjuges, porque a Lei do Divórcio regulamentava os institutos jurídicos da separação judicial e da dissolução do vínculo conjugal.

Para Renata Raupp Gomes,[27] a transmissão do direito alimentar continua restrita aos cônjuges, porque em relação aos parentes da linha reta, havidos como herdeiros necessários (CC, art. 1.845), seu grau de parentesco também os habilita a postularem alimentos entre si, de acordo com o artigo 1.694 do Código Civil.

Para outra formulação jurisprudencial a transmissão da obrigação alimentar só se opera até a realização da partilha dos bens do sucedido,[28] encerrando--se o crédito de alimentos com o trânsito em julgado da partilha.[29] Esta versão é insustentável, por desconstruir toda a função da transmissão do dever alimentar, pois não faria sentido atrelar a obrigação alimentar à tramitação do inventário, até a partilha final dos bens, ficando a necessidade alimentar vinculada à maior ou menor celeridade processual e sobrepondo a herança aos alimentos.[30]

Como existe a versão pela qual o alimentando só se habilita a receber seus alimentos do espólio se ele próprio não for herdeiro do devedor da pensão alimentícia, pois em razão do seu grau de parentesco estará

legitimado a postular alimentos de qualquer herdeiro, fato que reduz a transmissibilidade alimentar do artigo 1.700 do Código Civil apenas para as obrigações entre cônjuges e companheiros, isto quando eles próprios também não forem herdeiros, como sucede nas exceções constantes do artigo 1.829, inciso I, do Código Civil.[31]

Deve, destarte, ser depurado o real sentido e a correta interpretação hermenêutica do artigo 1.700 do Código Civil, para começar a aceitar se dê a transmissão dos alimentos em decorrência das relações familiares do artigo 1.694 do Código Civil, e havidas entre parentes, cônjuges e companheiros, e não apenas com referência aos alimentos devidos pelos cônjuges e companheiros.

Contudo, se o alimentando também for herdeiro, deverá ser ao menos procedida a devida e oportuna compensação dos alimentos pagos antes da partilha dos bens inventariados, para não haver o duplo favorecimento do credor alimentar, isso se o seu quinhão hereditário já não for por si suficiente para excluí-lo antecipadamente do estado de necessidade e da condição de dependente alimentar. A fórmula para estes ajustes pode passar por uma ação revisional de alimentos, se herdeiros e alimentando não chegarem a um consenso, inclusive no tocante ao montante da verba alimentar, lembrando que o espólio não é obrigado a honrar os alimentos no valor mensal cuja obrigação lhe foi transmitida por herança quando não gera recursos suficientes para substituir as possibilidades atendidas pelos ganhos gerados em vida com o trabalho profissional do sucedido.

Acresce considerar que os alimentos são devidos de acordo com o estampado pelo artigo 1.792 do Código Civil, no sentido de *o herdeiro não responder por encargos superiores às forças da herança*. Desse modo, o herdeiro renunciante não responde por alimentos por não ter querido receber o seu quinhão hereditário, ao qual renunciou, e, por conta desta renúncia o quinhão hereditário do herdeiro renunciante volta ao espólio para ser

redistribuído entre os coerdeiros remanescentes, não existindo o direito de representação na renúncia.

Os herdeiros não respondem pessoalmente pela dívida alimentar do sucedido, e só estão obrigados pela transmissão da dívida alimentar pré-constituída, reconhecida em acordo judicialmente homologado, por sentença condenatória, ou se o credor era naturalmente dependente do *de cujus*, como no caso de um filho menor, ou de um ex-cônjuge, ao qual prestava alimentos, mesmo em caráter informal, haja vista se dar pela lei a transmissão da obrigação alimentar preexistente, e não a transmissão do dever genérico de prestar alimentos àqueles que deles oportunamente vierem a necessitar, pois destes, a futura e eventual necessidade de alimentos deve ser requerida com suporte no artigo 1.697 do Código Civil.

A obrigação alimentar é proporcional ao quinhão de cada herdeiro, sejam eles legítimos, necessários ou testamentários, até porque os legados só poderão ser pagos se assim suportar o espólio, depois de atendidas as dívidas e obrigações deixadas pelo falecido. Portanto, não há como falar em reserva da legítima dos herdeiros necessários, pois pode acontecer de não sobejar herança líquida em razão do débito de alimentos.

Como direito alimentar transmitido, o valor está sujeito à revisão judicial se houver modificação na situação patrimonial do credor, podendo os alimentos sofrer redução, majoração ou exoneração, se, por exemplo, o alimentando receber quinhão hereditário de considerável proporção, capaz de lhe permitir extrair da herança a sua manutenção pessoal, assim como poderão ser revistos os alimentos se as condições do espólio indicarem a escassez e redução no fluxo dos recursos.

Via de regra, os alimentos pagos em vida pelo sucedido provinham da sua atividade profissional remunerada, e não advinham do potencial econômico dos seus bens, de sorte que podem sofrer sensível redução no montante devido agora pelo espólio, já que a herança não mais produz a renda que provinha do trabalho pessoal do devedor alimentar que faleceu.

Também deve ser afastada a hipótese de só serem transmitidos os alimentos porventura não pagos em vida pelo sucedido, isso porque a lei se refere à transmissão da obrigação alimentar e não do débito de alimentos do falecido, e, se não fosse assim, o artigo 1.700 do Código Civil não faria remissão ao artigo 1.694 da Lei Civil, ao dispor que a transmissão dos alimentos aos herdeiros do devedor se dá na forma do citado dispositivo.

11.3.3 Divisibilidade

Há solidariedade quando houver pluralidade subjetiva ou unidade objetiva, por cuja medida cada credor tem direito à dívida toda ou cada devedor é obrigado pela totalidade do débito.[32] A solidariedade é exceção técnica afeita à presunção, resultando somente da lei ou de contrato, devendo constar expressões de identificação do vínculo de solidariedade, como *solidariamente* ou *pro indiviso*.

A obrigação alimentar é divisível, e, portanto, não pode, por exemplo, um credor neto exigir a pensão por inteiro de apenas um dos seus avós, des-lembrando-se dos demais, pois, por conta desta opção processual sujeita-se, em tese, a receber tão somente uma quarta parte da pensão. A pensão alimentícia deve ser dividida entre todos os coobrigados, só sendo excluído algum codevedor se demonstrar não ter condições econômico-financeiras para atender ao pleito alimentar.

Esta é a disposição constante do artigo 1.698 do Código Civil, ao apontar que, sendo várias as pessoas obrigadas a prestarem alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. Em outras palavras, o débito alimentar se divide em tantas partes quantos forem os alimentantes devedores, o que não significa dizer, com precisão, que cada um dos devedores deve atender uma mesma cota alimentar, mas deve sim, acatar em conformidade com a sua respectiva possibilidade, pois não é outra

a intelecção do § 1º do artigo 1.694 do Código Civil. Entender ao contrário disto seria proclamar uma obrigação alimentar igualitária e não proporcional como prescreve o já citado § 1º do artigo 1.694 do Código Civil. Ora, se os alimentos são fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada, logicamente, se forem vários os devedores a regra a ser aplicada continua sendo estritamente a mesma, ou seja, de calcular a cota de cada devedor na proporção de sua situação econômica.

A divisibilidade alimentar não permite concluir possa o principal devedor de alimentos se escusar de fornecer a totalidade da pensão por existir uma pluralidade de obrigados, mas, pelo contrário, os demais coobrigados só serão convocados se o devedor titular não tiver condições de suportar integralmente o encargo (CC, art. 1.698),[33] e demonstrado terem sido esgotados todos os meios processuais disponíveis para forçar os pais a cumprirem a obrigação alimentar, tudo isto devido ao caráter excepcional da obrigação avoenga.[34]

11.3.3.1. Da solidariedade nos alimentos do idoso

Embora a obrigação alimentar entre os parentes seja recíproca (CC, art. 1.694) e não solidária, a Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) regula de forma diferenciada os alimentos devidos ao idoso, ao prescrever, no artigo 12, ser solidária a obrigação alimentar devida ao ancião, que pode escolher quem será o prestador de sua pensão alimentícia.[35]

A solidariedade convoca cada membro da comunidade familiar e importa na convergência de esforços individuais para responderem pelo bem-estar do outro,[36] tendo como pressuposto que os alimentos do idoso têm caráter de urgente necessidade, e ao permitir que ele possa reclamar integralmente os alimentos de um só dos diversos devedores (um filho dentre os vários existentes), quis o legislador criar uma exceção à norma geral da divisibilidade alimentar ao configurar como solidários os alimentos do idoso. Portanto, no âmbito dos alimentos devidos ao ancião, a solidariedade

é excepcionalmente imposta pelo artigo 12 do Estatuto do Idoso, e vincula como devedor de alimentos qualquer parente de qualquer classe de parentesco (descendentes, ascendentes) e os colaterais até o segundo grau, como também a obrigação alimentar pode ser endereçada ao cônjuge, ou ao companheiro. Esta é uma mera faculdade do credor de alimentos que pode pedir o cumprimento do seu direito alimentar de qualquer de seus devedores solidários, elegendo ao seu talante o sujeito passivo de sua ação alimentar, mas se preferir pode dirigir sua demanda simultaneamente contra todos os coobrigados. Isto não significa dizer que precise escolher um ou todos, pois tem a mesma faculdade de escolher mais de um dos diversos devedores, ou simplesmente buscar aquele que julgue mais solvente, que desfrute de melhores condições e dê maiores garantias para o adimplemento dos alimentos. Mas, se evidentemente o devedor escolhido ou qualquer um deles não tendo condições de atender integralmente as necessidades do credor de alimentos, pagará sua parte proporcional, devendo o idoso acionar outros codevedores, sob risco de não ver inteiramente atendida a integralidade de suas necessidades materiais.

O direito de regresso está condicionado à possibilidade de cada um dos demais devedores solidários, persistindo entre os coobrigados a regra da proximidade do vínculo de parentesco, no sentido de o direito de regresso autorizar o devedor que satisfez a dívida alimentar do idoso alimentando ser ressarcido pelo cônjuge ou companheiro do idoso, ou por seus parentes mais próximos em grau, sendo solidários os do mesmo grau, já que os parentes de graus mais afastados podem invocar a regra da proximidade para arredarem a sua responsabilidade alimentar.

Desta forma, os pais idosos podem acionar apenas um dos filhos para o pagamento de pensão alimentícia, em razão da natureza solidária dos alimentos, contrariando a relação autônoma de cada devedor, em função de o direito alimentar dos idosos gozar de regramento especial, conjunto e

divisível, não incidindo o artigo 113 do Código de Processo Civil (litisconsórcio) para os seus alimentos.

11.3.4 Condicionalidade

Os alimentos estão condicionados às necessidades do alimentando e às possibilidades do alimentante (CC, art. 1.694, § 1º), e podem ser revistos se sobrevier mudança na fortuna de quem os supre, ou na de quem os recebe (CC, art. 1.699), podendo o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, a exoneração, redução ou majoração do encargo. O parente, cônjuge ou convivente que demanda por alimentos deve provar que não tem meios próprios de sobrevivência, cuja necessidade é presumida quando o credor é menor ou incapaz, ou deve demonstrar que aquilo que produz com seu trabalho não é suficiente para satisfazer as vitais exigências da vida, seja porque seus ganhos são ínfimos ou porque sem culpa sua está desempregado, incapacitado ou enfermo. O demandado por alimentos não está compelido a alienar seus bens para satisfazer a obrigação alimentar atrelada a seu parente maior e capaz, seu cônjuge ou convivente, mas deve responder com suas rendas e demais ingressos financeiros periódicos. Contudo, quando se trata de um dever de alimentos vinculado ao poder familiar, se o devedor não tem ingressos regulares e habituais de recursos, oriundos de salário, honorários, *pro labore*, alugueres e outras rendas assemelhadas, pode ser compelido a se desfazer de seus bens para cobrir os alimentos de seus filhos e para atender a eventuais emergências.

Estando os alimentos atrelados ao binômio necessidade e possibilidade, encontram-se por igual sujeitos à variação das circunstâncias fatuais, porque as prestações de alimentos são periódicas e devem acompanhar a mudança de fortuna do prestador de alimentos, ou do destinatário da pensão.

A sentença de alimentos ou o acordo alimentar judicial transitam em julgado material e formalmente, ao reconhecerem o dever de alimentos, e estabelecerem a quantificação alimentar a ser operada em conformidade com as condições econômico-financeiras verificadas ao tempo da sentença do juiz, ou do acordo judicial, e neste sentido não mais será examinado o mérito, salvo se no futuro ocorrer alguma mudança na situação financeira das partes, a exigir a alteração do montante dos alimentos vigentes, quer para mais, quer para menos, quando não for a hipótese de exoneração.

Portanto, é imprópria a alegação de o *quantum* da prestação alimentar ser infenso ao princípio da imutabilidade, porque os alimentos variam no tempo, conforme lição de Adroaldo Furtado Fabrício, ao mencionar que "as sentenças proferidas em ações de alimentos, como quaisquer outras, referentes ou não a relações jurídicas 'continuativas', transitam em julgado e fazem coisa julgada material, ainda que – igualmente como quaisquer outras – possam ter a sua eficácia limitada no tempo, quando fatos supervenientes alterem os dados da equação jurídica nelas traduzida. O disposto no artigo 15 da Lei n. 5.478/1968, portanto, não pode ser tomado em sua literalidade".[37]

Incontroversa a ocorrência da coisa julgada no pertinente à demanda ou ao ajuste de alimentos cujo valor dos alimentos e os vínculos da obrigação não mais serão examinados, salvo surja uma nova situação fática a demonstrar maior disponibilidade financeira do provedor, ou maior necessidade alimentar do credor e que possa ser absorvida pelo devedor.

11.3.5 Reciprocidade

Existe reciprocidade porque quem presta alimentos também tem direito a recebê-los se vier a deles necessitar, invertendo-se as posições dos sujeitos da relação jurídica alimentar. A reciprocidade está em ter presente que um potencial credor poderá ser no futuro um potencial devedor de

alimentos, dado que a necessidade pode surgir para qualquer um deles e que só existe nos alimentos do Direito de Família, derivado dos vínculos de parentesco ou de conjugalidade e afetividade, à causa do dever de solidariedade, podendo desaparecer esta reciprocidade, em relação a um dos partícipes, quando, por exemplo, o credor tiver comportamento indigno em relação ao devedor (CC, art. 1.708, parágrafo único). Como também desaparece a reciprocidade quando um genitor é destituído do poder familiar, porquanto, embora o pai que tenha perdido o poder familiar siga obrigado a prestar alimentos para o filho, carece da faculdade de reclamá-los,[38] deixando de ser uma obrigação recíproca para se tornar unilateral.[39]

11.3.6 Alternatividade

A prestação alimentar pode ser alternativa (CC, art. 1.701), porque a pessoa obrigada a prestar alimentos pode pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor. O alimentante pode cumprir sua obrigação alimentar em dinheiro e se pagar em *natura*, pode hospedar o alimentando e dar-lhe o sustento direto.[40] Os alimentos *in natura* são aqueles prestados de forma direta, quando o alimentante atende pessoalmente ao sustento diário, com alimentos, alojamento, vestimenta e remédios ao invés de prestar sua obrigação mediante um abono mensal em dinheiro. Não se cuida, no entanto, de um direito absoluto do devedor, ficando a critério do julgador encontrar a melhor solução para o caso em concreto, considerando as efetivas e pontuais necessidades do credor, e se o alimentando for maior deverá anuir expressamente em receber os alimentos de forma diversa ou alternativa. Esse é o encaminhamento preconizado pelo artigo 25 da Lei 5.478/1968, ao condicionar o pagamento da pensão *in natura* à concordância do alimentando capaz, ou quando é permitida a sua compensação com o paga mento do condomínio e do IPTU do imóvel ocupado pelo alimentando,[41] ou das mensalidades escolares do filho comum, cujas rubricas não são

deliberadamente atendidas pelo destinatário dos alimentos que se favorece do fato de estas despesas estarem vinculadas ao nome do devedor de alimentos, caracterizando com esta desleal atitude em um ilícito enriquecimento.[42]

A pensão alimentícia é considerada alternativa por conter uma modalidade dupla de prestação (CC, art. 1.701), devendo o juiz fixar a forma de cumprimento da prestação (CC, art. 1.701, parágrafo único), não se deslembrando de ser a solução mais prática e dinâmica o recebimento dos alimentos em dinheiro, com parcelas mensalmente depositadas em favor do credor, sem os costumeiros percalços decorrentes de ajustes complementares, permitindo o cumprimento da prestação alimentar *in natura*, com o fornecimento de gêneros, vestuário ou habitação no lugar dos recursos financeiros.

11.3.7 Imprescritibilidade

O direito de pedir alimentos é direito que não se extingue pela falta de seu exercício, e que simplesmente se renova e persiste diante da situação de necessidade. A reivindicação de alimentos constitui-se em uma mera faculdade do titular dos alimentos reclamá-los em juízo,[43] não havendo como admitir sua prescrição quando o próprio artigo 1.707 do Código Civil estabelece que o credor até pode não exercer o direito a alimentos, mas lhe é vedado renunciá-lo. O fato de o alimentando não ter reclamado alimentos em um momento pretérito não é obstáculo para deixar de fazê-lo quando entender que precisa, e quando se apresentarem os pressupostos próprios de uma obrigação alimentar.

Prescrevem, no entanto, no prazo de dois anos (CC, art. 206, § 2º), os alimentos devidos e não pagos, contando o início do prazo do vencimento de cada prestação, que começa a correr a partir da violação do direito, com o descumprimento da prestação,[44] e, portanto, prestações vencidas e não pagas

prescrevem se não forem executadas judicialmente pelo desinteresse, pela desídia ou pela inércia do credor. A falta do exercício da ação de cobrança das prestações vencidas e não pagas não importa na automática exoneração do direito alimentar, muito embora possa representar um forte indicativo de desaparecimento da necessidade alimentar do credor, porque não é crível possa o credor deixar de cobrar os alimentos essenciais à sua sobrevivência, devendo a discussão acerca da manutenção dos alimentos ser ferida em demanda específica de revisão ou de exoneração alimentar.

Pelo comando do artigo 198, inciso I, do Código Civil, a prescrição não corre contra os menores de dezesseis anos, que são absolutamente incapazes de exercerem pessoalmente os atos da vida civil (CC, art. 3º), sendo forçoso concluir, *a contrario senso*, não se suspender o prazo de prescrição da cobrança de alimentos impagos e devidos a menor relativamente incapaz (CC, art. 4º, inc. I,) e concernente aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos de idade.[45]

Também não corre a prescrição entre os cônjuges na constância da sociedade conjugal (CC, art. 197, inc. I), devendo ser procedida interpretação analógica à união estável, em simetria de tratamento, por não ter sido expressamente referida pelo legislador. A Lei 14.195/2021 adicionou o artigo 206-A ao Código Civil, que trata da prescrição intercorrente, e que diz respeito à consumação da prescrição no curso de um processo e observando o mesmo prazo da prescrição para o exercício da pretensão original, merecendo registro a Súmula 150 do STF, que preconiza que “prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”, e, ainda que faça referência à execução, também tem aplicação à pretensão do direito alimentar, ou seja, se a ação de alimentos restar parada por culpa exclusiva do autor, sem a intervenção prejudicial do réu da ação de alimentos, vai incidindo a prescrição intercorrente da pretenso alimentar.

11.3.8 Irrepetibilidade

Nenhum dispositivo de lei consigna que os alimentos pagos não podem ser devolvidos; contudo, este tem sido um princípio sedimentado pela tradição doutrinária e jurisprudencial brasileira, no propósito de proteger o alimentando eventualmente sujeito a ter de devolver prestações alimentícias pagas em duplicidade, ou indevidamente prestadas.

Trata-se de exceção à restituição do *pagamento indevido* (CC, art. 876) e à regra do enriquecimento ilícito, regulada pelos artigos 884 e 885 do Código Civil.

Mesmo quando arbitrados os alimentos em sede de liminar, a irrepetibilidade será mantida até a eventual modificação judicial do montante alimentar provisório na segunda instância, não sendo devolvidos os valores vencidos e pagos durante a tramitação da ação alimentar, sofrendo alteração na sua quantificação apenas para o futuro, a partir da decisão de redução da pensão, sendo devidas as diferenças a maior que não liquidadas. Neste sentido, o Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul editou a Conclusão 34, no sentido de apenas retroagirem à data da citação os alimentos definitivos, nunca os provisórios, de modo que uma sentença que reduza os provisórios impede seja executada a diferença a maior dos alimentos provisórios.

Em sentido contrário vinha sendo reiteradamente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao deixar de conferir efeito retroativo à decisão que reduziu o valor dos alimentos provisionais, e, portanto, não afetando a execução das prestações vencidas e não pagas, porque entendimento contrário incentivaria os devedores ao descumprimento da obrigação alimentar.[46]

Contudo, revendo seu posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 621, ao estabelecer que *os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade*, ou seja, sempre retroagirão à data da citação os efeitos da sentença, seja reduzindo,

majorando ou exonerando da obrigação alimentar, vedadas a compensação e a repetibilidade, no sentido de que o alimentante não poderá pedir a compensação ou a devolução dos valores que ele pagou a maior no período compreendido entre a citação da ação revisional e a sentença, salvo que tenha deixado de pagar os alimentos, em cuja hipótese não poderá ser executado pela diferença existente entre o valor originário e aquele reduzido pela sentença, mas certamente o alimentante será cobrado das diferenças presentes entre a pensão originária por ele paga durante a tramitação do processo e o valor majorado pela sentença.

Aliás, tradicionalmente, sempre quando majorados os alimentos na sentença ou na fase recursal, o valor alimentar fixado ao final do processo retroage à data da citação (Lei 5.478/1968, art. 13, § 2º). E neste caso, como bem observa Yussef Said Cahali, "o alimentante deverá responder pelas *diferenças* entre os alimentos pagos a menor e aqueles fixados em quantia maior",[47] depois de melhor dimensionados os pressupostos do binômio possibilidade-necessidade.

Em realidade, de acordo com o entendimento do STJ, o credor de alimentos quase nunca perde, porque, se a sentença reduz o valor liminar, mas o alimentante segue pagando pontualmente os valores mensais dos alimentos, uma vez reduzido o montante dos alimentos, o credor não precisa devolver qualquer valor recebido a maior, porque a Súmula 621 do STJ veda a compensação e a repetibilidade, e, se a última instância recursal majorar os alimentos, há retroação do *quantum* para a data da citação do réu na demanda alimentar.

No entanto, a prática vem demonstrando nas mais diferentes situações quanto pode se tornar injusto o princípio da incondicional irrepetibilidade, nos casos de dolo, má-fé e fraude, e que geram, induvidosamente, o enriquecimento ilícito do alimentando e cuja sentença exoneratória deveria ser igualmente retroativa à data ao menos da citação. São inúmeros os exemplos de pensões indevidas, e que, quando pagas, enriquecem

ilicitamente o credor, como na hipótese da ex-esposa alimentanda ter casado novamente ou viver em união estável e ainda assim seguir recebendo alimentos do ex-marido, do qual oculta o fato novo para não perder seu mensal pensionamento. Pode acontecer, também, de o ex-parceiro ter começado a trabalhar, ou o filho alimentando ter casado e continuar recebendo alimentos, ou ter encerrado ou abandonado os estudos superiores e nada expor para não abrir mão da pensão alimentícia.

Como os alimentos são devidos até a decisão final e os pagamentos prestados são irrepetíveis, tentam os credores postergar a conclusão da ação de exoneração de alimentos, favorecidos pela irrepetibilidade das prestações pagas,[48] e, diante da redação do Código de Processo Civil de 2015, é o caso da utilização da tutela de evidência (CPC, art. 311), que será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, referindo Ester Camila Gomes Norato Rezende ser demasiadamente injusto atribuir à pessoa cujo direito é altamente provável, o ônus de ter de aguardar o transcurso do tempo necessário para solução jurisdicional final, cumprindo a tutela de evidência o mister de repartir o gravame do tempo com o réu cujo direito aparenta improvável.[49]

Para os credores de mera obrigação alimentar incide o artigo 876 do Código Civil,[50] ficando sujeitos à devolução dos alimentos indevidos, quando o pagador não os devia, sob pena de configurar o ilícito enriquecimento.[51]

Na hipótese de exoneração da pensão, verificada a sua procedência, não há como negar o direito à restituição do dinheiro pago para quem já não mais era destinatário do direito alimentar.[52]

11.3.9 Incompensabilidade

Os alimentos são insuscetíveis de compensação (CC, art. 1.707)[53] em virtude da sua natureza essencialmente alimentar, pois têm por finalidade assegurar a subsistência do alimentando, não sendo permitido ao devedor proceder ao seu talante a compensação com eventuais outros créditos.

O devedor deve pagar integralmente os alimentos fixados por provimento judicial provisório ou regular, e não pode deixar de cumprir seu dever com a desculpa de compensá-lo com outros créditos, ou por conta de dívidas do alimentando que foram pagas pelo devedor.[54]

Permitir a compensação seria autorizar o devedor a gerir indiretamente a vida e os interesses dos alimentandos, normalmente representados pela ex-esposa, ou tão somente a prole, porque esta possibilidade retiraria dos credores de alimentos a livre administração da vida econômico-financeira, e de determinarem o âmbito das suas necessidades, para dar espaço a uma intolerável intervenção na autoridade do guardião dos filhos.

Inadmissível queira o devedor de alimentos promover compensações de liberalidades e de encargos por ele livremente assumidos com a prole, ou apenas porque diverge da orientação do outro ascendente e trata de direcionar os custos dos filhos e da ex-mulher de acordo com a sua preferência pessoal, em uma inaceitável forma de ingerência sobre a autonomia e a autoridade do ex-cônjuge que detém a custódia da descendência comum.

Tampouco é admissível o devedor pagar os alimentos diretamente aos filhos, sob o argumento de não confiar na administração da pensão alimentícia pela ex-esposa, acusando-a de ser perdulária e de gastar em seu proveito os alimentos dos filhos.[55] O crédito de alimentos é destinado a garantir o sustento e a vida do alimentando e não pode ser numerário que fique à disposição do devedor e segundo sua vontade pessoal podendo constranger o credor a ver sua pensão alimentícia atendendo pagamentos forçados que não esperava e que tampouco autorizou, comprometendo suas necessidades pessoais e fundamentais, apenas porque o devedor alimentar

pretende dar destino próprio ao consumo de alimentos cujo critério e análise de gastos e custeio só a ele pertencem e, se, por exemplo, o alimentante realiza gastos com seu cartão de crédito em benefício do credor dos alimentos ou promove qualquer despesa direta que não foram expressamente autorizadas pelo destinatário dos alimentos, estes dispêndios devem ser considerados como meras liberalidades em favor do alimentando.

A proibição de compensação dos alimentos vem admitindo pela jurisprudência algumas pontuais exceções, quando reconhece haver abuso do direito do administrador ou credor dos alimentos, omitindo-se de quitar dívidas que deve atender com a pensão alimentícia e gerando um enriquecimento ilícito com esta sua propositada desídia.[56]

As situações mais banais decorrem do não pagamento, pelo guardião dos filhos, da escola da prole, expondo o alimentante ao constrangimento de ver sua descendência ameaçada de não mais poder frequentar o colégio, e cuja rubrica integra inescusavelmente o montante da pensão alcançada pelo outro genitor, ou deixando de pagar as quotas do condomínio ou o aluguel do imóvel residencial da família, aproveitando-se do fato de o contrato de locação ou de o imóvel estar registrado em nome do alimentante, forçando o devedor ao duplo pagamento da pensão,[57] ou que respeitem ao pagamento de plano de saúde.[58]

No pertinente à compensação das cotas de condomínio, também há decisões autorizando o desconto dos alimentos, interpretando a possibilidade não como se fosse uma compensação, mas sim um adiantamento da verba alimentar.[59]

11.3.10 Irrenunciabilidade

O direito aos alimentos é irrenunciável (CC, art. 1.707), como ordenava ao seu turno o artigo 404 do Código Civil de 1916, permitindo a jurisprudência construída ao tempo da codificação revogada a mera

desistência do exercício do direito alimentar, cujo direito poderia ser retomado a qualquer tempo, de acordo com a Súmula 379 do STF.[60]

A razão da sua irrenunciabilidade estaria no interesse social de o direito aos alimentos, como norma de ordem pública, representar direito personalíssimo e indisponível, identificado com a subsistência da pessoa, e com o supremo direito à vida. Mas, como bem observa Zeno Veloso,[61] irrenunciável é o direito aos alimentos futuros, não o são as prestações vencidas, cuja cobrança o credor pode deixar de exercer até mesmo na fase executiva (CPC, art. 775).[62]

O direito à prestação alimentícia é marcado por diversas características imanentes ao instituto jurídico dos alimentos, e dentre estes está o fato de ser insuscetível de renúncia ou de cessão, sendo expressamente proibida qualquer forma de disposição do crédito alimentar.

San Tiago Dantas dá a exata dimensão da irrenunciabilidade e da indisponibilidade do direito alimentar, ao lembrar ser proibido renunciar à vida, e, portanto, também não se pode renunciar ao direito aos alimentos, embora seja possível recusar alguma periódica prestação, ressalvado o restabelecimento do exercício deste crédito alimentício,[63] contudo, tem prevalecido o entendimento de alimentos renunciados se tornam irreversíveis. Não é justo garantir duradouro vínculo alimentar, para ser acionado a qualquer tempo, mesmo depois do divórcio,[64] sempre que ocorrer alguma modificação na estratificação social do eterno credor, enquanto o alimentante sequer pode cogitar de sofrer algum insucesso em sua vida profissional.

Já em sede de pensão previdenciária a renúncia precedente a alimentos não impede sua reivindicação posterior, de acordo com a Súmula 336 do Superior Tribunal de Justiça, que assegura a pensão previdenciária à mulher que renunciou aos alimentos do marido na separação judicial, uma vez comprovada sua necessidade econômica superveniente.[65]

11.3.11 Impenhorabilidade

Como direito personalíssimo do alimentando os alimentos não podem ser atacados por demandas de execução por dívidas comuns, salvo que se trate de débito devido por outra pensão alimentícia. Esta impenhorabilidade é uma exigência do fato de os alimentos serem imprescindíveis para a vida do credor da pensão, a quem não é dado privar dos meios que cobrem e asseguram a sua sobrevivência, e que seria injusto e desumano desapossar uma pessoa daquilo que é fundamental para a sua vida.[66] Esta regra acerca da impenhorabilidade da pensão alimentícia abrange todo o seu valor, mesmo quando o montante dos alimentos se mostre elevado e que pudesse em razão disto sugerir a possibilidade de penhora sobre uma parte única ou sobre uma fração periódica dos alimentos, até que a dívida fosse integralmente satisfeita.

A quantidade de alimentos *in natura*, impenhorável, na intelecção do artigo 833 do CPC varia conforme o tamanho da família, e o tempo, para todos que vivam sob o mesmo teto e sob a dependência do executado, como também desimporta a qualidade dos alimentos,[67] do mais simples ao mais refinado, ao passo que a interpretação do § 2º deste artigo 833 do CPC admite a penhora de pensão alimentícia para o pagamento de outra pensão alimentícia, independentemente de sua origem e, por seu turno, o § 3º do artigo 529 do CPC autoriza, sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o desconto mensal e parcelado do débito alimentar em execução, extraído diretamente dos rendimentos ou rendas do devedor, nos termos do *caput* do artigo 529, contanto que, somado à parcela devida, alimentos vencidos e vincendos, não ultrapassem cinquenta por cento dos ganhos líquidos do alimentante e executado.

A razão da impenhorabilidade das provisões de alimentos, dos vencimentos dos magistrados, professores e dos funcionários públicos, dos soldos e dos salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia (CPC, art. 833, inc. IV), tem sua gênese na garantia do mínimo de dignidade,

assegurando ao executado “o mínimo indispensável de meios de subsistência material ou moral, ou a possibilidade de cumprir suas obrigações de cidadão” (...) “e de promover o bem-estar individual para a somação do bem-estar coletivo”,[68] restando este mínimo de dignidade a cinquenta por cento dos rendimentos líquidos.

A Lei 8.009, de 29 de março de 1990, ao dispor sobre a impenhorabilidade do bem de família, prescreve no inciso III, do art. 3º ser vetado aos devedores de pensão alimentícia opor a impenhorabilidade do bem de família para evitar a penhora do seu imóvel residencial, destinado à sua moradia e da sua família, bem como os móveis que o guarnecem,[69] ressalvada a meação da esposa ou companheira, que pode recorrer aos embargos de terceiros em favor de quem subsiste a impenhorabilidade do imóvel conjugal ou da união estável, estabelecendo a Lei 13.144, de 6 de julho de 2015, que alterou o inciso III do art. 3º da Lei 8.009/1990, que a impenhorabilidade segue resguardando os direitos, sobre o bem de família, do coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pelas dívidas, ou seja, se o consorte ou convivente do devedor de alimentos não for também codevedor dos alimentos executados, para este segue o direito de se opor à penhora de sua meação sobre o bem de família.

11.4. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR ENTRE ASCENDENTES E DESCENDENTES

Durante a infância e a adolescência do alimentando não há nenhuma obrigação judicial de comprovar sua necessidade e dependência alimentar, cujos pressupostos são presumidos, entretanto, os alimentos não cessam automaticamente quando o alimentando atinge a maioridade civil com os dezoito anos, devendo o alimentante, e só se for o caso, requerer nos próprios autos onde foram fixados ou acordados os alimentos,[70] ou promover uma ação específica de exoneração de alimentos para provar que seu filho

está trabalhando, deixou de estudar, não frequenta e tampouco está se preparando para ingressar na universidade ou em curso profissionalizante (Súmula 358 do STJ).[71] Importante observar que a Súmula 358 do STJ ao mesmo tempo em que não autoriza o cancelamento automático da pensão alimentícia com o advento da maioridade civil, em contrapartida, sujeita o alimentando ao ônus de demonstrar que segue necessitando dos alimentos por frequentar curso profissionalizante ou universitário, e que eventual pedido de cancelamento da pensão está, sim, sujeito ao contraditório e à decisão judicial, contudo consigna o enunciado que esta apuração pode se dar nos mesmos autos em que os alimentos foram fixados ou acordados, tanto que por ocasião do REsp 1.292.537/MG, publicado em 10 de março de 2016, a Terceira Turma do STJ, por meio do voto do Relator, Ministro João Otávio de Noronha, pacificou o entendimento segundo o qual, apesar de a maioridade não fazer cessar automaticamente a obrigação alimentar compulsória, subsistindo o dever de assistência fundado no parentesco consanguíneo, eventual pedido de cancelamento de pensão alimentícia está sujeito a decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos, sendo, portanto incumbência do alimentando provar a indispensabilidade dos alimentos. Seria uma enorme injustiça perante os termos claros da Súmula 358 do STJ obrigar o alimentante a promover ação própria de exoneração diante da maioridade civil do alimentando, quando ele pode exercer amplamente o contraditório nos próprios autos em que os alimentos foram estabelecidos por acordo ou sentença, como poderiam igualmente ser exonerados em circunstancial cumprimento de sentença proposta por filho maior e que em impugnação apresentada pelo devedor não consegue justificar a pertinência do crédito alimentar. Ora, se o credor pode cumprir a sentença nos próprios autos, nada impede, inclusive por expressa orientação sumular, que o devedor possa se exonerar dos alimentos pela mesma via e pelo mesmo processo, não permitindo que o exequente

enriquecesse ilicitamente cobrando alimentos que dependeriam do ingresso de uma ação nova de exoneração de alimentos.

11.5. DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

A Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, dá vida à *teoria concepcionista* ao reconhecer o direito aos alimentos do nascituro, que fica garantido desde a sua concepção e não apenas condicionado ao seu nascimento com vida, como é a compreensão da *teoria natalista*, que só confere o direito alimentar com o nascimento do concebido. Os alimentos gravídicos representam uma pensão alimentícia reclamada pela gestante para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes no período compreendido entre a concepção e o parto, inclusive as despesas referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, conforme prescrição médica (Lei 11.804/2008, art. 2º), pois não seria justo que apenas a gestante arcasse com os custos e as responsabilidades da gravidez. Os alimentos gravídicos são devidos a partir da concepção e não após a citação do réu, como chegou a ensaiar o texto vigente que neste ponto mereceu veto presidencial, para obviar manobras que evitassem a citação do devedor alimentar. O juiz deve ser convencido da paternidade por meio da existência de indícios, fixando então os alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sendo sopesadas para a fixação do montante alimentar as necessidades da parte autora e as possibilidades financeiras dos genitores e não somente da parte ré, como sugere o artigo 6º da Lei 11.804/2008, até porque o parágrafo único do artigo 2º estabelece que os alimentos gravídicos devem levar em conta a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida. Após o nascimento com vida, os alimentos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão, como inclusive se pronunciou o

Superior Tribunal de Justiça.[72] Nada obsta que estes alimentos possam ser revisados depois do nascimento, agora sim, também considerando o padrão social, econômico e financeiro do alimentante, desde que haja iniciativa processual para a revisão dos alimentos que deixam de ser gravídicos com o nascimento do credor e se convertem em pensão alimentícia e esta é associada à condição social do alimentante. Para a fixação dos alimentos gravídicos é suficiente a existência de indícios da paternidade,[73] das chamadas presunções de fato (*hominis*), pelas quais as observações fáticas adquirem certo valor probatório, ou dispensam maior segurança na prova efetiva da relação de filiação. Evidentemente o juiz deve se ater a indícios fortes, capazes de levá-lo à presunção da paternidade, como ocorre com fotografias, escritos públicos e particulares, bilhetes, prova testemunhal, declarações e depoimentos, sendo presumida a paternidade no caso de a gestante ser casada com o réu e em todas as demais hipóteses ventiladas no artigo 1.597 do Código Civil, mesmo quando rompida a sociedade conjugal e nas situações de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, existindo prévia autorização do marido, como também passam a ser presumidas, ao menos do companheiro, todas as paternidades advindas de preexistência de uma união estável que possa ser antecipadamente comprovada, por força da presunção de paternidade atribuída a todas as mulheres, casadas ou não (Lei 13.112/2015). É ônus da mulher grávida colacionar os indícios que apontem para a alegada paternidade, diante da impossibilidade de ser exigida prova negativa por parte do indigitado pai.[74] Também foi vetada a realização do exame em DNA durante a gestação, diante do risco imposto ao feto com a retirada de material genético. Originariamente estava prevista a responsabilidade objetiva da autora da ação pelos danos materiais e morais causados ao réu pelo resultado negativo do exame pericial de paternidade, cujo dispositivo foi vetado por se tratar de norma intimidadora, eis que criaria hipótese de responsabilidade objetiva pelo simples fato de a ação dos alimentos gravídicos não ser exitosa, importando, portanto, na

possibilidade de devolução dos valores pagos, dentre outras responsabilidades. Contudo, tal veto não descarta ser apurada a responsabilidade subjetiva da autora da ação, uma vez provado o dolo ou a culpa ao apontar o réu indevidamente como sendo o genitor do nascituro. É de cinco dias o prazo para defesa do réu, contado de sua citação, embora os alimentos sejam devidos desde a concepção e se não apresentar defesa o silêncio enseja a admissão da paternidade, condicionada, evidentemente, ao nascimento com vida do nascituro.

11.6. OS ALIMENTOS DOS RELATIVAMENTE INCAPAZES

Entre os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos estão aqueles cuja lei civil reconhece a capacidade para a prática dos atos da vida civil, mas condicionada à assistência dos seus responsáveis, seus parentes ou pessoas especificamente nomeadas pela lei ou declinadas por determinação judicial. Para os relativamente incapazes grassa o consenso legal da existência de certo grau de discernimento, destinatário de uma fiscalização pela visão, experiência e tirocínio de quem pelo tempo e pela maioridade civil se apresenta com o desenvolvimento mental completo, e havido por tais característicos e por outros vínculos de ordem parental, jurídica ou legal, como a pessoa melhor versada para assessorar os relativamente incapazes no exercício dos atos da sua vida civil.

Para a integral validade dos atos das pessoas relativamente capazes, situadas entre os dezesseis anos completos e os dezoito anos incompletos, é imprescindível a assistência do pai ou da mãe, titulares do poder familiar, ou do tutor, quando os genitores são falecidos ou foram destituídos do poder familiar.

11.7. A REPRESENTAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ALIMENTOS

Os menores de idade não podem intervir e nem atuar pessoalmente nas manifestações da vida jurídica, porque sua capacidade de articulação e de compreensão dos atos da vida civil não se encontram suficientemente amadurecidos. Na ação de alimentos a participação do Ministério Público é obrigatória, devendo intervir nos processos com interesses de incapazes, como fiscal da lei, e como parte quando toma a iniciativa de promover a ação alimentar em nome do incapaz.[75]

A intervenção do Ministério Público é necessária em qualquer modalidade de demanda alimentar de menor, tanto de conhecimento para o arbitramento da pensão alimentícia como na ação de revisão dos alimentos, e igualmente na fase de execução dos alimentos, devendo ser assegurado ao Ministério Público a manifestação processual como *custos legis*, e quando propõe a ação de alimentos em nome do incapaz.[76]

O Ministério Público atuará na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis (CPC, art. 176), e intervirá como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvam interesse de incapaz (CPC, art. 178, II). No rol das hipóteses de substituição processual do Ministério Público, previsto na esfera específica do artigo 127 da Carta Política de 1988, dos chamados direitos individuais e indisponíveis, encontra-se o direito personalíssimo aos alimentos, competindo ao Ministério Público garantir, quando for o caso, o império da norma constitucional.[77]

Excepcionalmente, é concedida pelo artigo 22, inciso XIII, da Lei Complementar 40, capacidade postulatória ao órgão do Ministério Público para prestar assistência judiciária aos necessitados, onde não houver serviço próprio de assistência judiciária, sem restrição da idade, e esta ressalva a lei não faz ao enunciar ser função do Promotor Público promover as ações de alimentos, quando inviável a atuação da assistência judiciária.

Especialmente naquelas Comarcas onde não existe serviço da Defensoria Pública, sendo comum o amparo conferido pelo Promotor de Justiça para viabilizar o ingresso da demanda de alimentos do alimentando sem acesso a advogado.

A legitimação do Ministério Público para patrocinar as causas de alimentos das pessoas beneficiárias da assistência judiciária gratuita, em Comarcas onde inexiste a atuação da Defensoria Pública, condiz com a essencial atividade jurisdicional do Ministério Público, prevista no artigo 127 da Carta Federal de 1988, ao lhe incumbir a defesa dos interesses individuais indisponíveis, estando apto a referendar acordos sob a sua supervisão, que têm força de título executivo extrajudicial (CPC, art. 784, IV).

Não é outra a dicção da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em seu artigo 32, inciso II, ao determinar que "compete aos Promotores de Justiça, dentro das esferas de atribuições: (...) II – atender a qualquer do povo, tomando as providências cabíveis", como pode ser observado, independente da condição social e econômica do jurisdicionado, e muito menos condicionado à inexistência de serviço específico de assistência judiciária gratuita em sua Comarca.

Como ao seu turno terminou o Superior Tribunal de Justiça editando a Súmula 596 – *O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou do fato de o menor se encontrar nas situações de risco descritas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca*. Qual seja, a legitimidade ativa do Ministério Público para ajuizar ação de alimentos em proveito de criança ou adolescente independe da existência dos pais e do exercício do poder familiar, como tampouco revela avaliar a existência ou eficiência da Defensoria Pública na efetiva ou

falha representação judicial do menor em ação de alimentos, porquanto, seus interesses estão acima de qualquer questionamento secundário que pudesse embotar a atuação ministerial em prol do direito alimentar do menor.

11.8. ALIMENTOS COM A MAIORIDADE CIVIL

Os gastos dos filhos maiores de idade ou menores emancipados continuarão tendo de ser atendidos pelos pais com os quais convivem e dos quais dependem financeiramente enquanto complementam sua educação e formação necessários para que possam ter um futuro e uma carreira profissional, prolongando-se o vínculo de alimentos até que a prole alcance sua autossuficiência econômica, que nem sempre encerra com o fim dos estudos, devendo ser estabelecido um limite temporal de extinção dos alimentos para evitar excessos.

O termo *educação* comporta o direito de um e o dever do outro de ocupar-se da formação física, espiritual e moral do menor e do adolescente, cuidando de prepará-los para uma profissão ou determinada atividade que represente uma utilidade ao menor e à sociedade e lhe garanta a própria subsistência.

Não foi outro o propósito do legislador, senão o de assegurar o total acesso ao aprendizado, como, aliás, preconiza a Carta Federal ao incluir a educação como direito fundamental, e o Código Civil, ao relacionar a educação aos alimentos, estabeleceu que a formação intelectual não pode sofrer solução de continuidade pela redução da menoridade civil para dezoito anos.

Este o espírito do artigo 1.694 do Código Civil ao garantir a estabilidade da obrigação alimentar para a integral educação, muito embora o dispositivo pareça colidir com o disposto no artigo 1.701 do Código Civil, ao expressar que os alimentos incluem o necessário à educação do credor enquanto for menor.

A expressão *quando menor*, recolhida da parte final do artigo 1.701 do Código Civil, é incompatível com o *caput* do artigo 1.694 do Código Civil, o qual institui como direito alimentar os recursos necessários à educação da pessoa alimentanda, havendo certo consenso doutrinário e jurisprudencial inspirado no Regulamento do Imposto de Renda (Decreto 58.400, de 10.05.1966) para limitar a dependência econômica dos filhos maiores, capazes e universitários aos vinte e quatro anos de idade.

Seguirá sendo da tradição da jurisprudência brasileira prorrogar a dependência econômica do filho civilmente capaz, mas financeiramente dependente dos genitores, não desfrutando de meios próprios para fazer frente à sua subsistência pessoal, especialmente por estar investindo na sua formação profissional em curso técnico, ou a caminho da faculdade. No Direito brasileiro, subsiste a obrigação alimentar depois de alcançada a capacidade civil aos dezoito anos de idade, quando o crédito de alimentos é destinado para a mantença de filho estudante, especialmente porque continua dependente de seus pais por cursar a universidade, ou curso profissionalizante, mesmo que frequente algum estágio, pois sabido que os valores pagos aos estagiários são em caráter simbólico e raramente atingem quantias capazes de dispensar o prolongamento da prestação alimentar,[78] apenas deixando os alimentos de serem escorados no poder familiar, passando a ser devidos pelos vínculos de parentesco.[79]

A aquisição da maioridade ou o término do curso universitário ou profissionalizante faz com que se presuma a desnecessidade dos alimentos, cometendo ao alimentando provar a exceção de que ainda subsiste o seu crédito alimentar, e somente em casos especiais subsistiria a obrigação alimentar e esta exceção é ônus do credor, uma vez que a maioridade ou o fim dos estudos desobrigam o alimentante de promover o ajuizamento de ação de exoneração para, só com a procedência dela, ficar liberado da prestação alimentícia ao filho.[80]

O dever alimentar dos pais, no entanto, em relação aos seus filhos maiores, capazes e financeiramente independentes continuará existindo sempre, fruto do disposto no artigo 1.694 do Código Civil em que os parentes podem pedir alimentos uns aos outros, sempre que concorram os pressupostos legais e que podem surgir a qualquer momento, independentemente da idade do credor dos alimentos, embora a obrigação alimentar tenha sido extinta com a maioridade civil do filho ou depois de sua formatura em curso superior, ou de estar trabalhando e provendo o seu sustento, de modo que a própria sentença concessiva dos alimentos ou o acordo alimentar homologado traz consigo ínsita a medida de sua duração, diz Yussef Said Cahali, ou o seu *dies ad quem*, concernente ao dia em que o credor completar a maioridade, podendo prorrogar seu direito alimentar se estiver estudando, mas dele é o ônus desta exceção, sob pena de extinção da obrigação a ser declarada nos próprios autos onde foram estabelecidos.[81]

11.9. DOS ALIMENTOS ENTRE PARENTES

O parentesco distribui-se em classes, de acordo com os diversos aspectos de ligação, sendo definido como o vínculo existente entre pessoas em decorrência da consanguinidade, da socioafetividade, da afinidade e da adoção, ressaltando a Carta Política de 1988 (art. 227, § 6º) a igualdade na filiação.[82]

Os alimentos devidos entre os parentes são recíprocos e a obrigação deve recair entre os parentes em linha reta e em toda a sua extensão, sem limitação de graus, sem preferência sobre a linha ascendente ou descendente, vinculando descendentes e ascendentes de um modo geral, de forma que todos os parentes que descendem uns dos outros estão entre si vinculados pela obrigação alimentar. Desse modo a relação alimentícia pode surgir entre pais e filhos, avós e netos, bisavós e bisnetos e até em graus mais

distantes, quando isto for possível na prática, sendo todos eles potenciais devedores e credores recíprocos de alimentos.[83]

O artigo 1.696 do Código Civil estabelece uma ordem de reciprocidade alimentar entre pais e filhos e extensivo a todos os ascendentes, mas ressalva deva a obrigação recair nos parentes em graus mais próximos, uns em falta de outros. Na prática isto implica que o parente necessitado deva dirigir sua pretensão alimentar, em primeiro lugar aos seus pais e só quando estes não puderem satisfazer os alimentos poderá então, endereçar sua demanda aos ascendentes avós, porque os parentes mais próximos em grau excluem aos de grau mais remoto. Na linha ascendente os principais obrigados são os pais, e os avós só serão acionados quando aqueles não têm recursos, porque faleceram, ou porque é ignorado o seu paradeiro, sendo subsidiária a obrigação dos avós que podem ser ajuizados sempre que restar demonstrado que os pais não se acham em condições de atender o direito alimentar dos filhos e netos. Já na linha descendente os filhos são os primeiros a serem chamados para atenderem às necessidades alimentares dos seus pais, salvo a exceção dos alimentos solidários prevista no artigo 12 do Estatuto do Idoso.[84]

11.10. ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

Durante o casamento é dever de ambos os cônjuges o sustento, a guarda e a educação dos filhos (CC, art. 1.566, inc. IV), cujos alimentos, na sua mais ampla acepção, são prestados diretamente pelos pais que vivem no domicílio conjugal. Ocorrendo a separação dos pais, o dever de sustento transmuda-se em prestação de alimentos, consubstanciada pelo artigo 1.696 do Código Civil, mas continua sendo de ambos os genitores, embora na prática seja usual ajustar por acordo ou determinar por sentença apenas o valor da prestação alimentícia a ser mensalmente alcançada pelo genitor não guardião. Com o advento da Lei 13.058/2014, a antiga *guarda alternada* de

mera partilha equilibrada do tempo de convívio dos pais separados com seus filhos comuns se transmudou em uma *guarda compartilhada física*, pela qual os pais alternam e distribuem entre si o tempo de permanência com os filhos e, por conta deste fracionamento da custódia reivindicam a compensação dos alimentos, dispensando o estabelecimento de cláusula ou fixação do valor da contribuição alimentar de cada um dos pais, entendendo que cada genitor arcará diretamente com as despesas dos filhos quando eles estiverem sob a sua custódia compartida, combinando apenas quem arcará com determinadas despesas fixas dos filhos, como, por exemplo, prestações escolares e atividades extracurriculares, e, portanto, harmonizando entre eles a divisão da responsabilidade alimentar. Mas a guarda compartilhada legal, do compartilhamento do efetivo exercício do poder familiar, segue não como sinônimo de divisão de tempo de permanência com os filhos, ou ausência de residência fixa, eis que disso trata a nova *guarda compartilhada física* prevista no § 3º do artigo 1.583 do Código Civil, com a redação atribuída pela Lei 13.058/2014, sendo pouco recomendada na prática processual pelos supostos problemas que cria para a prole com sua constante locomoção e perda de referências. Portanto, na guarda compartilhada legal, que representa dividir a responsabilidade pela tomada de decisões relevantes na vida dos filhos, não há compartilhamento do tempo nem existe um dever alimentar diferenciado e muito menos dispensado, eis que seguem os filhos em residência fixa e com o exercício usual de convivência do outro genitor, detentor de uma responsabilidade conjunta, que não o exime do ordinário dever alimentar representado pelas pensões alimentícias que deve alcançar todos os meses, na proporção de suas possibilidades e das necessidades do credor, até porque, usualmente, os rendimentos dos genitores são igualmente diferenciados.

11.11. DOS ALIMENTOS DOS AVÓS

Conforme artigo 1.698 do Código Civil, se o parente que deve alimentos em primeiro lugar não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide. A obrigação alimentar dos avós é de caráter subsidiário ou sucessivo e não simultâneo com o dever dos pais, de modo que a obrigação dos avós só nasce e se efetiva quando não exista mais nenhum genitor em condições de satisfazer o pensionamento. O fundamento da obrigação alimentar avoenga surge do princípio da solidariedade familiar, diante da necessidade de as pessoas ligadas entre si por laços de parentesco, conforme a ordem de vocação sucessória, concorrerem para auxiliar materialmente os integrantes de sua comunidade familiar, com a ressalva de a legitimidade alimentar estar condicionada à efetiva falta de condições do principal alimentante, para deste modo inibir aventuras judiciais inspiradas apenas nas melhores condições financeiras dos avós, sabido que os alimentos devem ser estabelecidos em conformidade com as condições financeiras dos pais e não em conformidade com as possibilidades pecuniárias dos avós.

Os alimentos devidos pelos avós aos netos são de caráter subsidiário ou sucessivo e não simultâneo com os pais, como inclusive se pronunciou o STJ no AREsp 390.510/MS, julgado em 17 de dezembro de 2013, na Quarta Turma, sendo relator o Ministro Raul Araújo, determinando que “A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação – ou de cumprimento insuficiente – pelos genitores”.

Isto significa dizer que a obrigação alimentar dos avós só nasce quando não existe algum familiar mais perto em grau de parentesco em condições de satisfazer os alimentos, e se estes parentes mais próximos em grau se

encontrarem em igualdade de graus, como o pai e a mãe, em comparação com o parente em melhor situação econômica e financeira, recai sobre os pais a satisfação da maior parte da prestação alimentar. Não é outra a intelecção extraída do Enunciado 342 da IV Jornada de Direito Civil do STJ ao interpretar o artigo 1.695 do Código Civil, para concluir que, observadas as suas condições pessoais e sociais, os avós somente serão obrigados a prestar alimentos aos netos em caráter exclusivo, sucessivo, complementar e não solidário, quando os pais destes estiverem impossibilitados de fazê-lo, caso em que as necessidades básicas dos alimentandos serão aferidas, prioritariamente, segundo o nível econômico-financeiro dos seus genitores.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a responsabilidade dos avós, na prestação de alimentos, é sucessiva e complementar a dos pais, devendo ser demonstrado, à primeira, que estes não possuem meios de suprir, satisfatoriamente, a necessidade dos alimentos, editando em 08 de novembro de 2017, a Súmula 596, publicada no *DJe* em 20.11.2017.[85]

11.12. DOS ALIMENTOS DOS CÔNJUGES E CONVIVENTES

Na constância do casamento a mútua assistência transcende o significado alimentar, porque na literalidade de sua interpretação também abrange os cuidados devotados por um esposo ao outro, em todas as indigências e adversidades da vida, lastreados na comunidade de interesses e identidade de afeições, presentes no campo material, moral, afetivo e nos aspectos da saúde.[86] Durante a coabitação conjugal inexiste um direito individual de alimentos de parte de um dos cônjuges, pois a comunidade de vida derivada do matrimônio implica um compromisso de mútua assistência que deflui naturalmente dos aportes proporcionais às respectivas capacidades econômicas de cada qual dos cônjuges. Até o advento da Emenda Constitucional 66/2010 ainda importava para o Direito brasileiro a

pesquisa e apuração da suposta autoria e responsabilidade pelo fracasso da sociedade conjugal e quando examinada a culpa em relação ao direito alimentar, o parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil, abrandava seus efeitos na dissolução judicial do casamento, para reconhecer ao cônjuge culpado financeiramente dependente, um direito alimentar restritivo.

Com a evolução da doutrina e pela intervenção de contundente parcela da jurisprudência brasileira a pesquisa da culpa conjugal cedeu lugar para a denúncia do mero fracasso matrimonial,[87] e, embora o vigente Código Civil não tivesse alcançado este grau de civilidade e de respeito integral à dignidade da pessoa, foram justamente a doutrina e a jurisprudência brasileiras que encontraram uma maneira de suavizar o impacto da discussão da culpa pelo fim do casamento ao afastarem sua incidência dos processos litigiosos de separação e objetivarem o direito alimentar em sua integralidade diante da evidência de dependência financeira.

É fato incontroverso que os alimentos entre esposos e conviventes é direito cada vez mais escasso nas demandas judiciais, e nessa linha tem se direcionado o STJ[88] considerando que, em regra, todos os alimentos entre cônjuges e conviventes são transitórios,[89] especialmente em decorrência da propalada igualdade constitucional dos cônjuges e gêneros sexuais, reservada a pensão alimentícia para casos pontuais de real necessidade de alimentos, quando o cônjuge ou companheiro realmente não dispõe de condições financeiras e tampouco de oportunidades de trabalho, talvez devido à sua idade, ou por conta da sua falta de experiência, assim como faz jus a alimentos quando os filhos ainda são pequenos e dependem da atenção materna.

A obrigação alimentar entre os cônjuges é recíproca e está vinculada à efetiva penúria, não mais se presumindo a necessidade da mulher aos alimentos, como inclusive previsto na Lei 5.478/1968. Trata-se de uma revolução social, aportada com a emancipação da mulher na relação conjugal e com a Carta Política de 1988, ao desfazer o sistema imperante na

organização familiar que considerava o marido como sendo o provedor econômico da mulher e filhos, e que, portanto, ela sempre tinha direito aos alimentos, salvo se expressamente afirmasse deles não precisar (Lei 5.478/1968, art. 4º), cuja presunção de necessidade, hoje, apenas milita em favor dos filhos menores e incapazes.

Malgrado a proteção estatal da união estável à condição constitucional de entidade familiar com a Carta Política de 1988, os alimentos da união estável só passaram a ser oficialmente reconhecidos com o advento da Lei 8.971/1994 e antes permaneceram um longo período sendo apenas deferidos pela pioneira jurisprudência.

Posteriormente, a Lei 9.278/1996 reconheceu o direito alimentar entre os unidos estavelmente, e indicou sua *ratio* no dever de assistência moral e material recíproca, consolidado no inciso II do artigo 2º, e regulado no artigo 7º da Lei 9.278/1996, ao ordenar o direito à prestação de alimentos ao convivente necessitado na rescisão da união estável.

Atualmente a legitimidade alimentar dos cônjuges e conviventes está sufragada pelo artigo 1.694 do Código Civil, observado o binômio da possibilidade do prestador e da necessidade do credor dos alimentos. As funções atribuídas aos cônjuges durante o matrimônio e aos conviventes na constância da união estável, irão definir o cumprimento da obrigação alimentar, pois doravante o princípio da igualdade precisa ser aplicado casuisticamente, segundo as características de cada grupo familiar, de acordo com as atividades remuneratórias desenvolvidas pelos integrantes do par afetivo, consideradas igualmente as condições de desempenho futuro, quando um dos consortes ou conviventes está estudando, ou cuidando dos filhos ainda pequenos.[90] Também serão considerados os ingressos de cada consorte ou convivente, seus bens particulares, a massa dos bens comuns, sua administração e valores aportados.

A igualdade constitucional não está inteiramente consolidada no plano da existência e, por conta dessa realidade, ainda é grande o número de ações

de alimentos propostas pelas esposas e companheiras que, em caráter excepcional, têm deferido alimentos transitórios.[91]

11.13. DOS ALIMENTOS NA HOMOAFETIVIDADE

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 132 e da ADI 4.277, reconheceu a atribuição de efeitos jurídicos advindos das uniões homoafetivas que preencham os pressupostos do artigo 1.723 do Código Civil, e se o par homoafetivo é reconhecido como entidade familiar com *status* de convivência estável, então pode convertê-la em casamento (CF, art. 226, § 3º, e CC, art. 1.526) e se pode, convertê-la em matrimônio, tem se dado conta doutrina e jurisprudência que pode por igual, casar diretamente sem primeiro passar, necessariamente, pela constituição de uma união estável, como, por sinal, é a conclusão extraída do voto do Ministro Luis Felipe Salomão como relator do REsp 1.183.378-RS, julgado em 25 de outubro de 2011, em cujo acórdão destaca:

> "(...) 8. 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".

Formados, portanto, os laços familiares e presente na sua dissolução alguma circunstancial dependência alimentar, nada impede a geração do direito aos alimentos entre casais ou conviventes homoafetivos[92] enquanto não desaparecer a dependência financeira do parceiro ou da parceira, esposo ou esposa candidato ao crédito alimentar.

11.14. RUBRICA ALIMENTAR

A quantificação mensal dos alimentos fixados por acordo judicial ou extrajudicial (Lei 10.741/2003 e Lei 11.737/2008), ou por sentença judicial[93] é destinada a atender às necessidades mensais e periódicas, comuns e ordinárias da vida do alimentando, para que possa arrostar as despesas que se apresentam na sua diária subsistência, cujos recursos devem poder fazer frente ao seu sustento propriamente dito, sua cura, o vestuário e a casa, além da educação (CC, art. 1.920).

11.14.1 Alimentação

A finalidade dos alimentos é assegurar a subsistência de quem carece de meios, protegendo o direito a uma vida digna e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa alimentada. Entendem-se por alimentos tudo que seja indispensável para o sustento, habitação, vestuário, assistência médica, educação e instrução do alimentando enquanto for menor de idade e ainda depois na maioridade, enquanto não tenha terminado a sua formação superior ou profissional. São as necessidades inerentes ao ser humano no seu aspecto físico, como o sustento, vestuário, habitação, assistência médica, podendo também ser reclamados pela genitora antes do nascimento, para que o filho nasça saudável e sem complicações,[94] conforme estabelece a Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina o direito a alimentos gravídicos; como os alimentos também podem ser vistos sob sua vertente intelectual, pertinente à educação, instrução e formação profissional, conquanto o alimentando padeça de todas estas necessidades ou só de algumas delas, nada impedindo a inclusão de outras rubricas que se mostrem fundamentais para a satisfação das indigências do credor de alimentos para desfrutar de uma vida digna e desenvolver livremente sua personalidade.

11.14.2 Habitação

A prestação alimentícia deve propiciar condições materiais para o provisionamento da moradia, com um orçamento projetando a manutenção e conservação da habitação ou o pagamento de aluguel se a vivenda não for própria, cujos custos devem ser completados com a previsão de gastos para com impostos e taxas da administração pública, cotas de condomínio quando houver e mais as despesas de luz, água, gás e telefone, devendo ser compartilhados com o outro genitor se destinados à prole, quando ambos os ascendentes têm rendas e se apresentam como provedores, embora nem sempre a divisão se dê na mesma proporção material, por depender do montante dos rendimentos pessoais de cada genitor. Estando os alimentos destinados aos filhos ainda sob o poder familiar sua proteção e formação deve ser integral, competindo aos pais o exercício conjunto do poder familiar (CC, art. 1.634), devendo os filhos prestar obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, configurando o poder familiar o liame que faz depreender dos pais a obrigação de estabelecer o domicílio de seus filhos menores e incapazes, que irão desenvolver em sua habitação sua educação informal e os caminhos a serem tomados para que possa desenvolver seguro e protegido a sua própria personalidade.[95] Ao conceito de habitação é acrescido o conjunto de móveis e utensílios que precisam assegurar uma funcionalidade minimamente digna e adequada à vivenda, de modo a que possa atender ao fim a que se destina. A observação desta rubrica alimentar pode se dar acolhendo o alimentando em sua própria moradia ou em espaço de sua propriedade, creditando alimentos *in natura*,[96] ou senão o devedor pode cumprir seu compromisso alimentar mediante o pagamento de uma pensão que considere os custos necessários para que o alimentando possa procurar uma moradia para locação ou aquisição, conforme as condições econômicas do alimentante que não está obrigado a adquirir uma residência. Integram os dispêndios com a habitação todos os demais custos derivados do desfrute da moradia e de sua manutenção, como são as despesas com água, luz, telefone, condomínio, imposto predial etc. A

atribuição de morada pressupõe os filhos menores, o cônjuge ou companheiro alimentando e pode se prolongar para depois da maioridade da prole quando seguem sendo credores de alimentos.

11.14.3 Educação

Sendo os alimentos devidos aos filhos menores, uma das rubricas da pensão inclui a educação, com previsão também para os gastos com livros, material escolar, uniforme e transporte escolar, eventuais aulas particulares de apoio, sem deslembrar dos custos com as atividades extracurriculares, como estudos de línguas estrangeiras e atividades esportivas. A obrigação alimentar não se encerra com a conclusão do curso médio e se estende até a formação universitária do descendente, estando os filhos cursando sem maiores percalços o ensino superior ou profissionalizante, com frequência às aulas e rendimento compatível com as expectativas de um aluno regular. A maioridade civil não é razão suficiente para a extinção do direito alimentar, e tampouco o fato de o alimentando atingir os vinte e quatro anos de idade se ainda estiver cursando a faculdade e até mesmo uma pós-graduação, devendo ser examinado o caso concreto, não se dando o cancelamento automático de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade, cuja extinção do direito fica sujeita à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos onde foi acordada ou fixada a pensão alimentícia (STJ, Súmula 358). Na mesma direção se pronuncia o Enunciado 244, da IV Jornada de Direito Civil ao declarar que a obrigação alimentar oriunda do poder familiar, pode não cessar com a maioridade, especialmente para atender as necessidades educacionais.

11.14.4 Saúde

A saúde é vital no cômputo do crédito alimentar e sua vinculação pode se processar mediante a inclusão do alimentando como dependente em plano

de saúde, com a adesão a convênio com empresa privada de assistência médica. A prestação de plano de saúde público ou privado não exclui o auxílio em espécie, e nem assim o eventual complemento, quando os planos de saúde não cobrem certos procedimentos ou cirurgias e tampouco têm convênio com profissionais especializados ou da intransponível necessidade e confiança do alimentando, devendo o pensionamento prever o ocasional atendimento de gastos com médicos e dentistas, remédios, tratamento ortodôntico e internação hospitalar. Surgindo um fato novo, com uma doença que antes não havia se manifestado ou um acidente que passem a exigir um incremento regular dos alimentos, a pensão alimentícia deverá sofrer esta adequação por meio de uma ação revisional para passar a atender gastos que agora se tornaram ordinários e não mais excepcionais e preventivos, compreendendo como incluídos eventuais encargos surgidos não apenas com médicos e hospitais, mas também com tratamento odontológico, psicológico ou psiquiátrico.

11.14.5 Vestuário

A quota alimentar também compreende a aquisição de roupas; não obstante o alimentando não compre vestimentas todos os meses, deve ser considerada sua idade, sua condição socioeconômica e as variações climáticas do lugar onde vive, que lhe permitam se mover com dignidade em seu círculo sociofamiliar.

Sendo o credor menor de idade, a vestimenta terá a função de abrigo e higiene, e, portanto, não terá um custo tão relevante. A partir da idade de escolarização a vestimenta terá maior influência no montante dos alimentos, por adicionar às funções iniciais o aspecto social, escolar e desportivo, e quando se trata de adolescentes o mercado de consumo tem forte influência na sua aceitação em seu grupo social.[97]

Tratando-se de pessoas adultas, a roupa tem fundamental importância para a interação social, e chegando a velhice a vestimenta retoma as funções iniciais de abrigo e higiene.

Evidentemente, a roupa irá variar de marca e de preço, de acordo com a condição social e econômica do credor dos alimentos e das possibilidades do prestador da pensão alimentar, assim como terá um custo maior ou menor em razão das condições climáticas do lugar de sua prestação, sendo requisitada uma soma maior em lugares mais frios, como no sul do País, dada a temperatura mais baixa nos meses de inverno, e uma soma menor nas regiões onde impera um clima mais quente e há redução significativa nas peças e nos preços das roupas.

11.14.6 Lazer

O lazer, com passeios, viagens, diversão, festas de aniversário e férias, também deve ser previsto no montante da pensão alimentícia regular. Gustavo Bossert admite o dispêndio com o veraneio fora da cidade onde reside o alimentando, desde que a condição econômica do alimentante permita.[98] Os gastos com o ócio não podem ser desprezados quando corresponde ao nível de vida da família e respondem a uma necessidade própria do ser humano e de uma sociedade levada ao extremo do estresse da vida urbana.

11.15. BASE DE INCIDÊNCIA DOS ALIMENTOS

Não existe um princípio ou uma fórmula aritmética para cálculo da prestação alimentar, cuidando a legislação apenas de estabelecer as pautas inerentes aos meios de quem paga e às necessidades de quem recebe e reclama pela ajuda (CC, art. 1.694, § 1º). Mas, em regra, quanto maior o nível econômico daquele que presta os alimentos, maior também será a

quantia de alimentos a ser proporcionada, porque os alimentos devem ser compatíveis com a condição social dos figurantes da relação alimentar.

Ante o dissenso das partes cabe a reclamação judicial de quem pretende os alimentos ou a oferta daquele que se crê devedor de alimentos, correspondendo ao juiz, ponderando a concorrência dos pressupostos necessários ao estabelecimento da obrigação, quantificar o montante dos alimentos que deve incidir em um percentual sobre os ganhos líquidos do alimentante, quando é certo, conhecido e verificável o valor de sua renda, ou ordenada em reais, com correção monetária, ou até mesmo em salários mínimos,[99] para aquelas hipóteses de profissional autônomo, liberal, empresário, comerciante ou até para o desempregado, em relação aos quais não é possível saber com exatidão o montante de seus ingressos financeiros. O Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) prevê textualmente a possibilidade de a pensão alimentícia proveniente de indenização por ato ilícito ser atrelada ao salário mínimo (art. 533, § 4º), e, por inafastável analogia, também a pensão alimentícia oriunda do Direito de Família pode ser vinculada ao salário mínimo, ao passo que o STJ já vinha reiteradamente admitindo fosse a pensão alimentícia atrelada ao salário mínimo, como decidiu, por exemplo, no Agravo de Instrumento 861.075-RJ, em voto do Relator: Ministro Massami Uyeda, datado de 05.05.2009.

Para fixar a concreta quantidade dos alimentos o juiz toma como ponto de partida o apuro das necessidades do alimentando, sem poder deixar de considerar, por absolutamente indissociável na análise da quantificação dos alimentos, a estratificação social e econômica das pessoas envolvidas na relação de obrigação alimentar.

Para estabelecer a conformação do *status* socioeconômico e cultural do alimentante devem ser considerados três elementos: *a*) econômico (bens dos pais e dos filhos); *b*) sociológico (meio de influência, lugar de habitação etc.); *c*) cultural (nível familiar de escolarização e cultura dos pais). O aspecto econômico toma em consideração a remuneração pelo trabalho,

economias e outras rendas do alimentante e na contrapartida o consumo da família, contando desde o necessário para a sobrevivência até a abundância de acordo com o estilo de vida, pois este *modus vivendi* é determinante para o estabelecimento dos alimentos. Por fim, as economias apuradas permitem determinar o processo de acumulação de capital e ajudam a melhor identificar a possibilidade alimentar do devedor dos alimentos.

Do ponto de vista sociológico é relevante diferenciar a infraestrutura familiar, observada a classificação da moradia da família segundo a sua situação geográfica (bairro onde se situa), o material de construção e quantidade de ambientes e o sistema de serviços domiciliares (números de empregados domésticos e custos de manutenção da moradia). A feição cultural considera a escolarização e formação do núcleo familiar até eventual pós-graduação das partes interessadas, porquanto são estas informações igualmente utilizadas pelos organismos governamentais para dividir as pessoas em classes sociais e culturais dentro de um sistema capitalista.[100]

Dentro dessas balizas torna-se função discricionária do juiz buscar o arbitramento alimentar, atentando para o critério da proporcionalidade entre a possibilidade de quem paga e a necessidade de quem recebe, sendo certo que o Código Civil e tampouco qualquer outra lei extravagante fornece alguma fórmula matemática que permita ao julgador um cálculo exato de uma pensão alimentícia. Quando se trata de um alimentante com remuneração exata, porque empregado na iniciativa privada ou funcionário público, é costume ordenar os alimentos mediante o estabelecimento de um percentual sobre seus rendimentos líquidos mensais, considerando como valor líquido o bruto de sua remuneração, abatidos os descontos obrigatórios do imposto de renda na fonte e da previdência pública, com incidência percentual também sobre outras rubricas pagas ao empregado ou servidor.

Na lição de Yussef Said Cahali,[101] a porcentagem fixada para a obrigação alimentar também incide sobre a gratificação natalina (13º

salário) e sobre as outras bonificações integrantes do salário do alimentante e só excluiria o 13º salário quando houvesse expressa disposição neste sentido. O terço de férias tem a função específica de proporcionar lazer e descanso ao empregado e por isto não deve ser computado na quantificação da verba alimentar. Os alimentos incidem sobre toda a remuneração do alimentante, excluídos apenas os descontos obrigatórios do imposto de renda retido na fonte e da previdência social pública, mas incidem sobre as horas extras, adicional de férias, adicional noturno, adicional por conta de feriados trabalhados, décimo terceiro salário e sobre o pagamento da previdência privada.[102] Os alimentos recaem sobre a restituição do imposto de renda, por se tratar de salário retido a maior e sobre cujo montante não refletiu o desconto de alimentos na prestação regular e mensal. Não devem, no entanto, ser descontados sobre a participação nos lucros ou resultados, por seu caráter indenizatório e compensatório,[103] embora pense em contrário Maria Berenice Dias, por entender configurar este ganho um típico rendimento,[104] merecendo registro dois julgamentos do STJ, um deles é o REsp 1.854.488/SP e o outro é o REsp 1.872.706/DF, ambos da relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgados em 09.12.2020, o primeiro admitindo a incorporação da participação nos lucros e resultados (PLR), percebidos pelo alimentante, aos alimentos prestados ao menor e diante da sua notória hipossuficiência econômica, ressalvada a possibilidade de o alimentante, em ação revisional, demonstrar a desnecessidade de inclusão da referida verba. O segundo negando a inclusão do PLR na base de cálculo dos alimentos, diante da inexistência de circunstâncias específicas ou excepcionais que justifiquem a efetiva necessidade de incorporação da participação nos lucros e resultados (PLR) aos alimentos prestados à ex-cônjuge.

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) tem caráter indenizatório e sua retenção só tem sido deferida para garantir a execução de alimentos impagos, para assegurar o pagamento de pensões atrasadas, ou de prestações alimentícias futuras e sujeitas à inadimplência pelo desemprego

do devedor e a falta de perspectiva de sua recolocação profissional, ficando retidas e sofrendo mensais retiradas no valor da prestação alimentícia até que o alimentante retome uma atividade remunerada, existindo esta cautela principalmente quando ele pede demissão do emprego.

Também por seu caráter indenizatório os alimentos não devem recair sobre o PIS e PASEP, sobre as ajudas de custo e despesas de viagem, o auxílio-moradia, ajuda de transferência e aviso prévio.[105]

11.16. PENSÃO *INTUITU FAMILIAE* E *INTUITU PERSONAE*

Alimentos *intuitu familiae* são aqueles arbitrados, ou acordados de forma global, para todo o grupo familiar, sem pormenorizar e separar as cotas de cada integrante da célula familiar, destinatária coletiva da pensão alimentar. O montante dos alimentos é estabelecido em prol de todos os familiares, e quando um deles deixa de ser credor dos alimentos pode até ocorrer uma pequena redução da pensão, mas não uma divisão proporcional ao número de alimentandos, sucedendo, se for o caso, um ajuste com a simples readequação do valor dos alimentos.[106] O propósito da fixação alimentar *intuitu familiae* é exatamente no sentido de ser mantido o valor original da pensão, cujo montante é acrescido ao dos demais credores dos alimentos remanescentes, mostrando-se descabida a redução proporcional da pensão alimentícia, como se a verba fosse estabelecida *intuitu personae*, ou seja, arbitrada para cada um dos alimentandos. Como observa Yussef Said Cahali,[107] os alimentos para serem fixados *intuitu familiae* devem ser estabelecidos globalmente, em benefício dos filhos do casal e do cônjuge, porque se a ex-mulher dispensou seus alimentos não se trata de fixação *intuitu familiae*, pois foi realizada *intuitu personae*, e, não obstante haja omissão da parte de cada alimentando, o valor deverá ser dividido pelo número de filhos credores. De acordo ainda com Yussef Said Cahali, vem prevalecendo na jurisprudência o entendimento benévolo de que,

convencionados alimentos *intuitu familiae*, sem restar singularizada a cota de cada dependente alimentar, ocorrendo a cessação do direito alimentar de algum dos beneficiários, tal como a exemplo sucede no direito previdenciário, a sua quota é acrescida aos demais beneficiários.[108]

11.17. DOS ALIMENTOS TRANSITÓRIOS

Os alimentos foram idealizados para assegurar por algum tempo o alimento destinado ao cônjuge ou convivente desprovido de emprego e de recursos financeiros, dotado, contudo, de capacidade e de condições de buscar, em curto espaço de tempo, emprego e rendimento no mercado de trabalho, para poder prover à própria subsistência.

Essa tendência decorre do princípio constitucional da completa igualdade entre o homem e a mulher, dentro e fora do casamento, estando em franco declínio fatual a prática respaldada na modelagem conjugal do Código Civil de 1916 e da Lei 5.478/1968, de o marido ser o provedor incondicional da sociedade conjugal e a mulher destinada às tarefas da vivenda nupcial, dedicada apenas aos cuidados caseiros e da prole, ostentando o encargo secundário de mera colaboradora do esposo.

São outros tempos e padrões de conduta vividos pela sociedade brasileira, cujas mudanças sociais e culturais impuseram o trabalho como uma obrigação também da mulher, quem assim afirma sua dignidade e adquire sua independência financeira ao deixar de ser confinada ao recesso do lar e passar do estágio de completa dependência para o de provedora da sua estabilidade pessoal, além de auxiliar no sustento da prole, em paritário concurso de seu parental dever alimentar.

A Constituição Federal de 1988 instituiu outra concepção para os direitos e deveres dos gêneros sexuais em razão da emancipação da mulher, que conquistou tratamento jurídico paritário e gradual acesso ao mercado de trabalho, como no passado jamais havia sido acenado. Não faz mais sentido

uma leitura protecionista da legislação alimentar vigente até poucas décadas passadas, quando assegurava integral crédito alimentício à esposa separada do marido, só não recebendo pensão alimentícia se a dispensasse por expresso, ficando suspensos seus alimentos que são irrenunciáveis (CC, art. 1.707).

Em função dessas peculiaridades, assinala Fabrício Dani de Boeckel, ser cada vez mais raro a mulher abandonar os estudos ou a vida profissional pelo casamento, e porque deve ser independente e auxiliar na renda familiar, vem sendo gradualmente atenuada a obrigação de prestar alimentos entre pessoas casadas.[109]

11.17.1 A duração dos alimentos transitórios

Os alimentos transitórios costumam ser estabelecidos em momentos pontuais, com o termo final projetado, por exemplo, para quando da homologação da partilha dos bens conjugais ou até o alimentando concluir sua formação secundária ou profissional, como pode considerar a idade dos filhos e o fato de a ex-mulher merecer alimentos até a maioridade civil da prole que deixa de depender da presença e dos cuidados maternos.

O termo final da pensão alimentícia também pode coincidir com a conquista de um emprego, ou com o começo da atividade liberal, ou simplesmente fixar um período determinado e suficiente para o alimentando buscar a superação das dificuldades verificadas na transição, sempre penosa, entre o divórcio e o reinício da vida unilateral.

Alcançada a condição projetada, a pensão se extingue de plano, independentemente do ajuizamento da ação exoneratória, e, se for o caso, será expedido ofício judicial no corpo da ação originária do arbitramento alimentar para ordenar a cessação do desconto em folha de pagamento da pensão alimentícia extinta.

Não sendo ordenado termo final para a concessão, a revisão dos alimentos fica condicionada a algum fato novo, futuro e incerto, capaz de justificar o reexame processual da obrigação alimentar, se bem que este fato novo, futuro e incerto, decidiu a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.388.116/SP, na Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em voto paradigma datado de 20 de maio de 2014, pode ser considerado quando demonstrado o pagamento de pensão por lapso temporal suficiente para que o alimentado pudesse ter revertido a condição desfavorável que detinha, no momento da fixação desses alimentos simplesmente nada fez, preferindo ficar inerte para receber comodamente alimentos que ingressam em seu orçamento pelo esforço alheio e, por vezes, em volume muito superior ao que o alimentando perceberia se estivesse trabalhando. Neste caso é aplicada a denominada prova diabólica do vigente Código de Processo Civil, ordenando o juiz a redistribuição do ônus da prova (CPC, art. 373, § 1º), quando verifica concretamente que é muito difícil ou até impossível à parte sobre quem recai o ônus probatório provar o fato e atribui à parte adversa este ônus, como sucede, por exemplo, na ação de exoneração de alimentos, em que comete ao alimentando provar que realmente procurou concretamente, mas sem êxito, vínculo de trabalho e com ele a sua independência financeira, lembrando em parte o artigo 545 do Código Civil e Comercial argentino, que determina ser tarefa do parente que pede alimentos provar que lhe faltam meios econômicos suficientes e a sua impossibilidade de adquiri-los com o seu trabalho e este mandamento tanto serve para aquele que pede alimentos como para aquele que depois de certo tempo segue recebendo alimentos. E este dispositivo concilia-se com a letra b do artigo 434 do Código Civil e Comercial da Argentina, ao estabelecer que os alimentos não podem ter uma duração superior ao número de anos que durou o matrimônio.

11.18. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS OU COMPENSAÇÃO ECONÔMICA

Existem algumas uniões matrimoniais ou estáveis nas quais um dos parceiros não agrega qualquer bem em sua meação, seja porque não houve nenhuma aquisição patrimonial na constância da união ou porque o regime de bens livremente convencionado afasta a comunhão de bens, isto quando não é a lei que impõe a adoção do regime legal da total separação de bens (CC, art. 1.641).[110]

Trata-se de um novo instituto denominado *prestações compensatórias*, informa Roberto Campos, proveniente de um termo alemão (*Ausgleichsleitung*), tendo passado da Alemanha para a legislação francesa e espanhola, ambas servindo de fonte para a doutrina e jurisprudência argentina e cujo direito nasceu à luz do divórcio sem culpa, por causa objetiva, com a finalidade de restaurar o equilíbrio patrimonial entre os cônjuges, cuja desigualdade era ocultada pela comunidade de vida.[111] O propósito da pensão compensatória ou da compensação econômica é indenizar por algum tempo ou não o desequilíbrio econômico causado pela repentina redução do padrão socioeconômico do cônjuge desprovido de bens e meação, sem pretender a igualdade econômica do casal que desfez sua relação, mas que procura reduzir os efeitos deletérios surgidos da súbita indigência social, causada pela ausência de recursos pessoais, quando todos os ingressos eram mantidos pelo parceiro, mas que deixaram de aportar com o divórcio, inclusive com manifestação expressa do Superior Tribunal de Justiça tanto no plano jurisprudencial[112] como no doutrinário, referindo o Ministro Luis Felipe Salomão que tais alimentos visam possibilitar a indenização do cônjuge que renuncia as suas expectativas profissionais em prol da família e, com a ruptura da união, vê decair sensivelmente a sua condição econômica e social.[113]

Os alimentos compensatórios não desfrutam da exoneração automática, pois não há condição previamente projetada funcionando como gatilho para

a cessação mecânica do direito alimentar.

A pensão compensatória avalia pura e simplesmente uma pauta eminentemente objetiva, indiferente ao motivo do divórcio, pois sua concessão judicial está baseada na ausência de equilíbrio econômico e no empobrecimento do credor, e ao estabelecer o pagamento de uma prestação única ou por meio de prestações vitalícias, ou pela entrega de bens procura ajustar a assimetria econômica produzida entre os esposos,[114] e além de reequilibrar as condições sociais afetadas com a crise conjugal também possibilita a readaptação material do esposo em desfavorável situação econômica e financeira.

A pensão compensatória não guarda uma função permanente e vitalícia de manutenção, pode ser temporária, estabelecida por certo tempo, como pode ser revista em razão da capacitação profissional do credor; pelo recasamento de quem recebe; ainda na hipótese de a pessoa instituir uma união estável, ou diante do sensível empobrecimento do devedor, mas é certo que agrega uma natureza indenizatória de reparar a disparidade financeira surgida do divórcio, até serem desfeitas as desvantagens sociais.[115]

Embora algumas legislações só adotem a pensão compensatória nos regimes de separação de bens, no qual resta mais patente a desproporção econômica e naquelas legislações que sequer contemplam algum regime de comunidade de bens, este não deve ser o único critério para o estabelecimento dos alimentos compensatórios, havendo situações fatuais que justificam a concessão da compensação econômica com o decreto do divórcio, quando a mulher fica com a guarda dos filhos ainda pequenos; quando ela se encontra em transição pessoal e profissional, pois trabalhava antes do casamento e com o matrimônio abandonou seus afazeres e ficou deslocada do mercado de trabalho, necessitando de um período razoável de adaptação e dos que se encontram na terceira idade e dedicaram a maior parcela de suas vidas aos filhos e ao marido.

Parcela da jurisprudência pátria denomina de *alimentos compensatórios* valores estabelecidos para, em verdade, compensar a administração exclusiva dos bens comuns realizada somente por um dos cônjuges ou conviventes, privando seu meeiro do acesso e fruição dos rendimentos gerados pelo patrimônio comum, contudo se trata de alimentos que melhor deveriam ser denominados de *ressarcitórios*, cuja expressão é utilizada pelo STJ,[116] mas que só tem cabimento quando efetivamente os bens comuns geram rendimentos para serem compensados quando posteriormente for processada e liquidada a partilha dos bens comuns administrados apenas por um dos cônjuges ou conviventes, enquanto os *alimentos compensatórios* originais, oriundos do direito estrangeiro, não respeitam e se distanciam dessa ideia de compensação pela administração e usufruto isolado dos bens comuns, até porque, no mais das vezes, os reais alimentos compensatórios são justamente devidos em razão da adoção de um regime de separação de bens.

A compensação econômica não depende da prova da necessidade, porque o cônjuge financeira e economicamente desfavorecido com a ruptura do relacionamento pode ser credor da compensação econômica (*alimentos compensatórios*) mesmo tendo meios suficientes para sua manutenção pessoal, pois o objeto posto em discussão é a perda da situação econômica que desfrutava no casamento e que o outro continua usufruindo. Isso não significa concluir que a compensação econômica se propõe a igualar patrimônios e rendas, pois seu papel é o de tentar ressarcir o prejuízo causado pela disparidade econômica, compensando as perdas de oportunidades de produção só acenadas para um dos esposos.

Por fim, deve ser considerado o momento em que a compensação econômica está sendo judicialmente requerida, que deve coincidir com o momento da ruptura do relacionamento. Por conta dessa característica da pontualidade do pedido, os alimentos compensatórios devem ser solicitados na primeira manifestação processual do credor, eis que ao contrário da

pensão alimentícia, a pensão compensatória é exclusivamente derivada da separação fática dos cônjuges e da manifesta comprovação de um desequilíbrio econômico existente no momento da ruptura da convivência, pouco importando que o divórcio ou a dissolução oficial da união estável ocorram posteriormente. A finalidade da compensação econômica é justamente a de evitar que esta assimetria financeira e econômica aconteça em decorrência da separação do casal. O desequilíbrio econômico que um dos cônjuges pode experimentar após o divórcio ou separação não é algo que possa ser atribuído como consequência do fim do casamento, pois a pensão consiste no direito de conservar o mesmo nível de vida presente no matrimônio, evidentemente devendo ser ponderados os demais pressupostos para a concessão judicial compensação econômica.

11.19. DA EXONERAÇÃO DOS ALIMENTOS

Alimentos são devidos entre consortes e companheiros que não mais convivem, sempre que a realidade social do tempo em que foram arbitrados siga vigente e que sigam reunidos os pressupostos da necessidade do credor de alimentos e da possibilidade do prestador da pensão alimentícia, podendo sempre ser revista a cota alimentar se presente algum fato novo capaz de alterar para mais ou para menos o montante dos alimentos e circunstancialmente implicar em sua exoneração. A tendência doutrinária e jurisprudencial está em estabelecer alimentos em caráter temporário, com intuito de facultar ao cônjuge afastado do mercado de trabalho retomar ou se iniciar na prática de garantir sua própria subsistência, sendo comum o argumento de que a verba alimentar arbitrada entre cônjuges não se presta ao ócio ou estímulo ao parasitismo.[117]

O pressuposto básico do direito a alimentos segue sendo o estado de necessidade, que pode ser maior ou menor, para efeitos de revisão dos alimentos, com sua redução ou majoração, contudo desaparece a obrigação

alimentar se ausente o elo da necessidade, ocorrendo neste caso a exoneração da pensão alimentícia.

11.20. PERDA DO CRÉDITO ALIMENTAR POR NOVO RELACIONAMENTO

Conforme artigo 1.708 do Código Civil, com o novo casamento, o estabelecimento de união estável ou até mesmo o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos, como também cessa se o credor tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

O novo casamento do credor de alimentos é causa de extinção do seu direito alimentar (Lei do Divórcio, art. 29), assim como a constituição de união estável determina por igual a cessação dos alimentos provenientes do anterior relacionamento estável ou nupcial, porquanto a convivência foi alçada à condição de entidade familiar com a Constituição Federal de 1988.

Em conformidade com o artigo 1.708 do Código Civil, também cessa o direito a alimentos quando o credor da prestação alimentícia mantém relação de concubinato, configurado pelas relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, o que conduz diretamente para os vínculos de adultério, diante do impedimento matrimonial do homem ou da mulher ou de ambos, quando mantém conjunção carnal com terceiro e ausente qualquer separação de fato do amante casado.

No caso de um filho dependente alimentar contrair casamento, ocorre a sua emancipação, e sua dependência financeira, se ainda existente, fica naturalmente transferida para o seu cônjuge ou companheiro.

Dentre as causas de cessação do direito a alimentos está o casamento do credor dos alimentos, quer se trate de filho ou de ex-consorte que torna a casar ou constitui uma união estável, ficando desfeito o vínculo de obrigação alimentar com o anterior parceiro, e, se for o caso, esta obrigação se transfere para o segundo relacionamento (CC, art. 1.709).

Contudo, não é o que acontece em relação aos parentes, porque nos vínculos de parentesco o filho que casou e depois dissolveu seu casamento, não ajustando alimentos com seu ex-cônjuge ou não estando o seu ex-consorte em efetivas condições de suportar totalmente o encargo, pode chamar seus pais ou outros parentes de grau mais afastado para complementarem o montante da sua necessidade alimentar (CC, arts. 1.694 e 1.698).

As relações de concubinato aqui são identificadas como uma espécie de um furtivo *namoro estável*, em cuja organização afetiva o casal se apresenta com certa discrição e mantém duradoura interação familiar, viaja e até alterna pernoites na habitação de um deles, mas o par não desfaz suas respectivas moradias e um deles ou até os dois seguem mantendo sua relação conjugal, vivendo em realidade uma relação de concubinato, ou de vidas paralelas, em que um dos partícipes, usualmente o homem, mantém uma segunda relação afetiva estável, desta feita com uma amante de longa duração e de endereço distinto da sua vivenda conjugal, na mesma cidade ou em outro Município ou Estado e que afronta o princípio da monogamia adotado pelo sistema jurídico brasileiro, não obstante alguns doutrinadores e tribunais reconheçam efeitos jurídicos ao concubinato, sem que o STJ tenha referendado estas decisões pretorianas. Diferentemente destas relações paralelas existem as uniões igualmente estáveis e descomprometidas, estabelecidas entre pessoas que não têm nenhum impedimento para constituir um relacionamento estável, mas que preferem manter seus espaços, de amiúde motivados pelo temor da assunção de um compromisso, ou porque pretendem assegurar o recebimento de pensões alimentícias percebidas da previdência social, no caso de morte do anterior cônjuge ou convivente, ou de pensão alimentícia de relacionamento conjugal ou estável desfeito e cujos créditos são extintos se os dois constituem formal ou informalmente um novo relacionamento.

Não são poucas as tentativas processuais de cercear a liberdade sexual da ex-mulher, com investidas judiciais de recriminação aos relacionamentos afetivos do credor de alimentos. Um simples vínculo afetivo, sem maiores responsabilidades e sem a intenção de constituir família, não pode servir de motivação para a exoneração da precedente obrigação alimentar, porque esta possibilidade autorizaria ao devedor dos alimentos a exigir um dever incondicional de fidelidade e castidade em homenagem à memória do ex-cônjuge alimentante do casamento já desfeito.[118]

Em contrapartida, este resguardo à liberdade sexual e afetiva do credor de alimentos também não pode servir de pano de fundo para notórios e intoleráveis abusos do direito, especialmente verificados na órbita do direito alimentar, quando o credor dos alimentos dissimula sua nova e estável relação para evitar sofrer a exoneração judicial de seu crédito alimentar.

Igual hipótese pode ser vislumbrada quando uma viúva pensionada pela previdência social ou por pensão de militar e que já vive uma nova e estável relação equiparável, mas que carrega sua nova vida afetiva como se fosse um simples, mas constante namoro, para evitar a configuração de uma união estável que fatalmente importaria na perda do cômodo ingresso da pensão previdenciária advinda de recursos públicos. Não ressalvando o julgador estas hipóteses, certamente, abundarão os abusos de envolvimentos tipicamente estáveis, propositadamente ressentidos da diuturna coabitação, mantendo os autores da encenação endereços independentes para não alterar seu direito alimentar, que, enfim, acaba por ser de interesse recíproco; ao destinatário dos alimentos, porque segue recebendo a pensão alimentícia ou previdenciária; ao seu novo companheiro, porque na eventual ruptura do relacionamento ele não será pessoalmente convocado para prestar alimentos ao seu par que sobrevive da pensão do ex-marido ou do ex-companheiro.

11.20.1 Comportamento indigno

Nem sempre a cessação do direito aos alimentos está vinculada ao estado de necessidade do alimentando, como tampouco são causas exclusivas de cessação do dever de prestar alimentos os motivos apontados no artigo 1.708 do Código Civil, isto porque o credor dos alimentos tem para com o seu devedor alimentar um inarredável dever ético e um código moral de civilidade nas relações sociais e familiares, conforme pode ser depreendido do parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil, ao estabelecer a possibilidade de cessação do direito aos alimentos se o credor tiver comportamento indigno em relação ao devedor. Isto porque a extinção da obrigação alimentar também tem como base para o seu provimento o comportamento do credor dos alimentos em relação àquele que está obrigado a prover suas necessidades. A atitude indigna do credor de alimentos na medida em que afeta o alimentante é motivo justificado para ordenar judicialmente o desaparecimento do direito alimentar, porquanto o parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil brasileiro impõe ao credor dos alimentos um código de conduta, que, violado, tem como sanção a perda dos alimentos. Para Ênio Santarelli Zuliani, o comportamento indigno do credor de alimentos agride o senso ético e a moralidade social, com repercussão perniciosa no desenvolvimento da sociedade que se sustenta, observando padrões rígidos de conduta,[119] sendo exemplo de comportamento indigno a ingratidão do alimentando, pois o alimentante não está obrigado a manter quem, por exemplo, atentou contra a sua vida.[120]

Comportamento indigno é conceito absolutamente indeterminado e sujeito às injustiças se interpretado com preconceito e sem parcimônia, e esse risco pairou no texto inicial do Projeto do Código Civil diante da Câmara dos Deputados, cujo artigo 1.736 estabelecia serem indevidos alimentos ao cônjuge judicialmente separado, enquanto vivesse em concubinato ou tivesse procedimento indigno. Concubinato é a relação de amasiamento com pessoa casada e por isto impedida de casar, salvo se separada de fato (CC, art. 1.727). A simples relação de namoro não é motivo

para a exoneração dos alimentos, por representar uma inconcebível censura à vida sexual e afetiva da pessoa, e estaria sendo exigido um injustificável dever de fidelidade em favor do provedor alimentar, quando já desfeito o relacionamento. Não há neste ato qualquer sinal de vida desregrada, dissoluta e indigna, mesmo quando deste namoro resulte o nascimento de um filho, como já decidiu o STJ no REsp 21.697-0, de São Paulo.[121]

Pondera Yussef Said Cahali ser causa da extinção do direito alimentar da "ex-esposa que, posteriormente à dissolução da sociedade conjugal, entrega-se a uma vida dissoluta ou indecorosa",[122] conceito, entretanto, nebuloso, concluindo a III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004, por seu Enunciado 264, serem procedimentos indignos, por interpretação analógica, as hipóteses dos incisos I e II do artigo 1.814 do Código Civil de 2002, muito embora o texto codificado não faça qualquer remissão às causas de deserdação, indignidade ou de revogação das doações por ingratidão (CC, art. 557),[123] enquanto o Enunciado 345 da IV Jornada do STJ de Direito Civil, realizada em outubro de 2006,[124] entendeu que a indignidade pode gerar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor, fazendo eco ao parágrafo único do artigo 1.704 do Código Civil e analogia à sepultada culpa pela ruptura da sociedade conjugal, e dessa forma relativizando o procedimento indigno do credor ou pretendente a alimentos que passaria a receber uma pensão alimentícia indispensável à sua subsistência, como se na realidade a pensão alimentícia não fosse, em regra, estabelecida em percentuais que apenas conseguem garantir o mínimo indispensável à sobrevida do alimentando.

O Código Civil espanhol prescreve no artigo 152, § 4º, cessar a obrigação de dar alimentos quando o alimentando, sendo ou não herdeiro necessário, tivesse cometido alguma falta daquelas que dão lugar à deserdação, assim como o artigo 440 do Código Civil italiano autoriza a cessação dos alimentos diante da conduta desordenada e reprovável do

credor dos alimentos. Alimentos deixam realmente de ser devidos quando seu destinatário perde completamente o respeito e a consideração em relação ao alimentante, como no caso dos filhos que levam a convivência familiar aos extremos insustentáveis, mostrando todo desinteresse em completar sua formação e na procura de um posto de trabalho que lhes proporcione seus meios de subsistência, ou daquela ex-esposa que se utiliza das comunidades de relacionamentos da Internet (Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp, Snapchat, Linkedin etc.) e até mesmo dos demais meios de comunicação como a rádio e a televisão, para denegrir a pessoa e a figura sociofamiliar do provedor de sua pensão alimentícia. Por último, cabe mais uma reflexão, no sentido de ser considerado como indigno igualmente o comportamento daquele genitor que durante a infância e adolescência de seus filhos sempre se manteve alheio, distante, indiferente e até mesmo hostil, como acontece, por exemplo, quando uma mãe destaca com seu agir familiar que realmente não tem nenhum apreço por seus filhos, que é capaz de expor sua prole aos riscos inerentes à sua própria vulnerabilidade, podendo sua negligência ou o seu dolo resultar na dependência de drogas ou prostituição de um filho ou uma filha e mesmo depois de todo este escárnio para com sua prole, porque agora adulta e provendo rendas, este genitor busca de seus filhos que nunca amou um vínculo judicial de alimentos que assegurem sua velhice e indigência, mas que certamente não são devidos por todo seu histórico de uma conduta desordenada e reprovável, indigna de qualquer liame alimentar.

11.21. A OFERTA DE ALIMENTOS

Corriqueiramente são os credores de alimentos que promovem ações de alimentos visando o recebimento dos recursos de que necessitam para a sua pessoal subsistência, contudo, nada impede que o devedor de alimentos tome a iniciativa de promover judicialmente uma ação denominada *oferta de alimentos*, e regulada pelo artigo 24 da Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos),

buscando com esse gesto tomar a dianteira de um dever alimentar que não contesta, muito embora possa com essa sua iniciativa simplesmente evitar ter de responder por um pedido alimentar que possa eventualmente, superar a realidade de seus recursos. Estrategicamente, a oferta de alimentos pode ser uma opção para evitar qualquer alegação de abandono material em razão da mera separação fática do casal e dos filhos comuns, ou para não ser surpreendido com uma cobrança de soma alimentar elevada e abusiva, evitando os riscos de precisar provar o abuso do valor alimentar reclamado e sua redução incidental, especialmente quando os alimentos são irrepetíveis. Por vezes, o abuso vem daquele que oferece alimentos em quantia aviltada, inferior à efetiva capacidade alimentar do devedor, revertendo dessa forma a movimentação processual e compelindo o credor a provocar a majoração incidental da verba alimentar. A ação de oferta de alimentos deve ser proposta no domicílio do credor dos alimentos, seguindo a regra do inciso II, do artigo 53, do CPC, e pode ser proposta tanto pelo rito especial da Lei 5.478/1968 ou pelo procedimento comum do artigo 318 do CPC.

11.22. A MAJORAÇÃO E REDUÇÃO DOS ALIMENTOS E SUA ATUALIZAÇÃO AUTOMÁTICA

Os alimentos são sempre suscetíveis de revisão, não apenas aqueles arbitrados em provimento liminar, no caso dos alimentos deferidos em antecipação de tutela (tutela de urgência dos artigos 300 e ss. do CPC), como igualmente dos alimentos regulares, fixados em definitivo na sentença ou por acordo dos interessados. Estes alimentos podem ser revistos a qualquer tempo, se houver modificação na situação financeira das partes, ou seja, sempre quando for verificada mudança de fortuna de quem os recebe ou de parte do alimentante, por se tratar de uma relação jurídica continuativa, conforme inciso I, do artigo 505, do CPC, e nos quais está ínsita a cláusula *rebus sic stantibus*, no tocante à quantificação originária dos alimentos.

Essa regra está estatuída no artigo 1.699 do Código Civil, ao admitir a revisão dos alimentos se sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, repousando a alteração da pensão alimentícia em uma questão de fato, representada pelas oscilações da vida econômica dos envolvidos,[125] a permitir a majoração dos alimentos se ocorrer um enriquecimento do devedor ou na redução se ele empobrecer por haver arrostado uma diminuição dos seus ganhos.

A majoração dos alimentos só terá êxito processual se efetivamente os rendimentos do obrigado alimentar sofreram um incremento de ingressos e aportes que comportam o aumento da verba alimentar.[126] Em sentido inverso determina a redução dos alimentos à circunstancial diminuição das necessidades do alimentando, porque, por exemplo, não mais precisa de um determinado tratamento médico e da constante medicação por haver recuperado sua saúde. Também tem lugar a redução dos alimentos se o devedor viu diminuída a sua remuneração, ou porque lhe surgiram novos credores, como esposa e filhos de um segundo casamento ou de uma estável união. A dispensa de um emprego e um novo trabalho com uma remuneração inferior, ou a crise financeira verificada na sua área de atuação, devendo o julgador ter a usual cautela para obviar tentativas de fraude ao dever alimentar, mais servindo como razão de redução fatos imprevistos e excepcionais e não os arranjos feitos entre empregado e empregador para dissimular uma realidade de trabalho que não se modificou na prática, como acontece, por exemplo, quando o funcionário passa a atender ao mesmo empregador como se fosse um profissional autônomo ou agora por meio da constituição de uma pessoa jurídica. Tampouco merece provimento uma ação de redução de alimentos em que o alimentante pede dispensa de seu emprego porque quer trabalhar menos ou se aventurar na iniciativa privada.

O surgimento de uma nova família e o nascimento de outros filhos não é motivo instantâneo e razão infalível de redução da obrigação alimentar preexistente, sendo ônus do devedor provar, satisfatoriamente, que houve

substancial alteração na sua capacidade econômica, mesmo porque, quem forma nova família e tem outros filhos tem consciência de que deverá fazer frente a novos encargos de ordem alimentar, chamando a atenção o fato de que muitas vezes só são propostas ações revisionais de alimentos para redução da verba alimentar em razão do nascimento de outro filho, apenas quando o devedor está se divorciando da segunda esposa e se vê compelido a pagar outra pensão alimentícia, e não quando este seu outro filho nasceu e passou a representar outro encargo material. Em sede de nova família e prole, a jurisprudência não é unânime e existem decisões para prover[127] ou negar[128] a redução, exigindo os tribunais a prova da efetiva comprovação da incapacidade de pagar a verba alimentar. A excessiva onerosidade da obrigação alimentar também pode gerar a sua revisão judicial, como acontece quando fixados os alimentos em salários mínimos, a atualização desta unidade de medida se agiganta desproporcionalmente diante de quem recebe remuneração fixa.[129]

A revisão judicial dos alimentos é uma questão de fato e depende do exame do caso prático, no qual devem estar presentes alguns pressupostos destacados por Nieves Martínez Rodríguez: *a*) devem existir efetivos fatos novos que não estavam presentes ao tempo do estabelecimento da pensão a ser revisada; *b*) é essencial que esta nova situação afete o núcleo dos alimentos que são alvo de revisão; *c*) a alteração deve ser permanente e não meramente ocasional, ou passageira, pois não justifica a revisão dos alimentos uma necessidade efêmera, assim como tampouco um aumento episódico e excepcional dos ingressos do alimentante, como na hipótese de uma premiação única em dinheiro; *d*) a modificação fática deve ser imprevisível, que não havia sido considerada quando da fixação originária da verba alimentar, como por exemplo, se o devedor de alimentos já mantinha outra união afetiva e inclusive sua companheira já se encontrava grávida deste novo filho que nasceu depois do estabelecimento dos alimentos que são objeto de revisão judicial;[130] *e*) o pedido de aumento dos

alimentos não pode ter como causa um ato ou necessidade propositadamente criada pelo próprio credor dos alimentos para provocar e justificar a majoração de sua verba alimentar.[131]

Por fim, diante da necessidade de adaptar a pensão alimentícia às flutuações monetárias, sem que fosse necessário a cada situação em concreto promover uma desgastante e morosa ação revisional, diante da inexorável perda do poder aquisitivo do dinheiro diante da inflação, estabeleceu o artigo 1.710 do Código Civil que as prestações alimentícias, como dívidas de valor que são, serão atualizadas segundo o índice oficial regularmente estabelecido, de molde que a correção monetária se dá ao menos uma vez por ano, usualmente pelo IGPM positivo (não comportando redução da verba alimentar quando a correção monetária é negativa) quando nenhum outro índice é acordado pelas partes interessadas, e quando tampouco os alimentos foram estabelecidos em salário mínimo ou em percentual sobre os rendimentos do devedor.

11.23. A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS

Com a extinção do rito da execução, que foi substituído pelo *cumprimento da sentença*, a execução de acordo ou de decisão judicial deixou de ser um processo autônomo, passando a ser apenas mais uma fase procedimental do mesmo processo, devendo o devedor efetuar o pagamento do valor constante do título judicial no prazo de quinze dias, sob pena de incidência de multa de dez por cento, fundindo a fase cognitiva e executiva em uma mesma relação processual, consolidando de uma vez por todas o Código de Processo Civil o processo de cobrança dos alimentos pelo cumprimento de acordo ou de sentença, ou por meio da ação específica de execução de alimentos.

11.23.1 Do cumprimento da sentença

O cumprimento da sentença é a denominação escolhida para a reforma da atividade processual dos títulos executivos judiciais (CPC, art. 515), representados pelas: *a*) decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa; *b*) a decisão homologatória de autocomposição judicial; *c*) a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza; *d*) o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal; *e*) o crédito de auxiliar da justiça, quando as custas, emolumentos ou honorários tiverem sido aprovados por decisão judicial; *f*) a sentença penal condenatória transitada em julgado; *g*) a sentença arbitral; *h*) a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; e *i*) a decisão interlocutória estrangeira, após a concessão do *exequatur* à carta rogatória pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destinada a transformar a execução de sentença em um mero prolongamento da ação condenatória de conhecimento, sem, no entanto, extinguir definitivamente o processo tradicional de execução que segue em vigor e deve atender execuções especiais atreladas a títulos executivos extrajudiciais, por meio do cumprimento de sentença podem ser cobrados alimentos ordenados em provimento transitório e pendente da sentença peremptória, ou podem ser cobrados alimentos definitivos. O impulso no cumprimento da sentença se fará por requerimento do credor, e não mais pelo ajuizamento de um processo de execução, porque ambos os procedimentos foram mesclados e na atual dinâmica processual desapareceu o ato de citação do devedor, por não mais existir para o cumprimento da sentença o processo executivo, ocorrendo a intimação, pura e simples, do advogado do devedor para dar cumprimento ao julgado e efetividade à sentença condenatória.

De acordo com o Capítulo IV, que trata o CPC, *do cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos*,

prescreve o artigo 528 que a sentença ou a decisão interlocutória que fixe alimentos, para o seu cumprimento o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em três dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, e, caso o executado, no prazo referido no *caput*, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando, no que couber, o disposto no artigo 517 (art. 528, § 1º). O § 3º do mesmo artigo 528 determina que, se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de um a três meses e, pelo § 4º, ordena que a prisão seja cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns, sendo que o cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas (§ 5º), e somente o pagamento integral da prestação alimentícia suspenderá o cumprimento da ordem de prisão. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo (§ 7º). Querendo, o exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão pela via da penhora (§ 8º), conforme disposto no artigo 831 e seguintes do CPC (art. 530), elegendo como competente o foro do juízo de seu domicílio (§ 9º). O CPC autoriza no artigo 529 a via do desconto em folha de pagamento da prestação alimentícia como forma de execução parcelada das pensões em atraso, sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, conquanto as parcelas exequendas não ultrapassem cinquenta por cento dos ganhos líquidos do devedor (§ 3º).

Merece registro que, durante os momentos mais críticos da pandemia do Coronavírus 19, o art. 15 da Lei 14.010/2020 dispôs em regime jurídico emergencial e transitório que a prisão civil por dívida alimentícia deveria ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar até 30 de outubro

de 2020, contudo, ainda subsistem, na atualidade, ainda não controlada a pandemia, algumas decisões que mantêm a prisão domiciliar e autorizam a penhora de bens sem a mudança de rito da execução.

A execução dos alimentos definitivos ou provisórios atende às vias executivas delineadas pelos artigos antecedentes, entretanto a execução dos alimentos provisórios, bem como a dos alimentos fixados em sentença ainda não transitada em julgado, será processada em autos apartados (art. 531 e § 1º).

Tratando-se de alimentos fundados em título executivo extrajudicial, a cobrança se dará em conformidade com o artigo 911 e seguintes do CPC, sendo o executado citado para, em três dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, sendo aplicados à execução os §§ 2º a 7º do artigo 528, conforme acima exposto, não existindo na execução de alimentos o protesto do título extrajudicial. Em conformidade com o inciso IV do artigo 784 do Código de Processo Civil, configuram igualmente títulos aquelas que contenham obrigação alimentar, e que respeita ao instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal, como também será título executivo extrajudicial a escritura pública de divórcio, separação consensual ou dissolução amistosa de união estável e que tenha ajustado algum direito alimentar a um dos contratantes (CPC, art. 784, II).

O Código de Processo Civil se apresenta bem mais rigoroso ao cumular o protesto do pronunciamento judicial (decisão interlocutória ou sentença) com a pena de prisão de até três meses (no regime do CPC de 1973 a prisão máxima era de dois meses), e deverá ser cumprida em regime fechado, terminando com a *prisão-albergue*, ou descontínua, que permitia ao devedor de alimentos trabalhar durante o dia e se recolher à noite à prisão, como também autoriza a cobrança dos alimentos executados mediante

desconto direto da remuneração do devedor, respondendo o empregador por crime de desobediência.

11.23.2 Aplicação de multa e de medidas executivas atípicas

No caso de a pessoa condenada ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação não efetuar o pagamento no prazo de quinze dias, ao montante da condenação será acrescida uma multa de dez por cento sobre o valor do débito (CPC, art. 523, § 1º).

A multa é uma sanção pelo não pagamento da condenação no prazo da impugnação e sua incidência independe de requerimento expresso do credor, por já estar prevista na lei, sendo contado o prazo da intimação do devedor, da decisão condenatória que impõe obrigação de pagar quantia, acrescido no CPC, de honorários advocatícios de dez por cento (art. 523, § 1º).

A alegação do devedor de não possuir o dinheiro para pagar a condenação nos quinze dias contados de sua intimação não elide a aplicação da multa de 10%,[132] embora até possa demonstrar a necessidade de se desfazer de bens pessoais para o levantamento dos recursos pertinentes à satisfação do débito. Pode oferecer bens de seu patrimônio, no valor da execução, como forma de quitação do débito sentencial não sendo aceito o parcelamento judicial, o que de certa forma contraria o *princípio da menor onerosidade*, pelo qual a execução deve ser a menos prejudicial possível para o devedor, no entanto, a jurisprudência tem sido implacável ao aplicar a multa sem oportunizar a mora ou o parcelamento.

O artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil autoriza a adoção, pelo magistrado, das denominadas medidas executivas atípicas, afim de que possa determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogató-rias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, depois que esgotadas todas as demais medidas típicas tomadas em execução,

como por exemplo, a suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, como decidiu a 8ª Câmara Cível do TJRS, no Agravo de Instrumento 70072532914, relatado pelo desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl, em 06 de abril de 2017.

11.23.3 A defesa no cumprimento da sentença

A impugnação dever ser oferecida no prazo de quinze dias (CPC, art. 525, § 1º), contado da data da intimação do advogado do devedor, independentemente de penhora ou nova intimação, na qual poderá alegar em conformidade com o § 1º do artigo 525, inciso I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – penhora incorreta ou avaliação errônea; V – excesso de execução ou cumulação indevida de execução; VI – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VII – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença. De acordo com o Código de Processo Civil (art. 525), a impugnação é apresentada nos autos do processo de conhecimento e não tem efeito suspensivo, salvo lhe atribua este resultado o juiz, por entender relevantes os fundamentos do impugnante e concluir pudesse o prosseguimento da execução causar ao executado grave dano, de difícil ou incerta reparação (CPC, art. 525, § 6º), e mesmo sendo atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução se oferecer e prestar caução idônea e suficiente, a ser arbitrada pelo juiz nos próprios autos (CPC, art. 525, §§ 1º e 6º).

11.23.4 Sentença para ser cumprida

O título executivo por excelência para o cumprimento é a sentença condenatória, muito embora existam também outros provimentos judiciais

com força executiva, como as sentenças homologatórias e os formais de partilha, sendo taxativa a enumeração do Código de Processo Civil, "não permitindo interpretações extensivas e analógicas, pela própria índole da execução".[133]

Não há sentença na fixação liminar de alimentos, em sede de tutela antecipada, ou de alimentos provisórios da Lei 5.478/1968, e muito menos quando proveniente de título extrajudicial, como sucede de alimentos acordados entre ex-cônjuges em escritura pública de separação ou de divórcio administrativo ou de transações relativas a alimentos celebradas perante o Promotor de Justiça ou Defensor Público (Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso, art. 13). Só que, diante da vigência do CPC a partir de 17 de março de 2016, toda sentença a ser cumprida não mais se resume àquela com resolução de mérito e que extingue o processo, mas também aquela decisão que julgar parcialmente o mérito (CPC, art. 503) ou de decisão provisória, permitindo que qualquer decisão judicial possa ser judicialmente cumprida, tornando letra morta e acadêmica a discussão acerca da extensão da expressão sentença a ser cumprida.

11.23.5 Do cumprimento da sentença nos alimentos

A execução de alimentos tem previsão legal nos artigos 513 e ss.; 523 e ss. e 528 e ss. do CPC e no artigo 19 da Lei de Alimentos (Lei 5.478/1968). Sua trajetória processual começa pelo nível de efetividade ao permitir o desconto em folha de pagamento do salário; o desconto sobre aluguéis ou outras rendas do devedor. E se impossível o desconto direto da prestação alimentícia a execução se faz pela expropriação de bens, ou então pela ameaça de prisão do devedor, ficando a escolha do procedimento o juízo do credor, ressalvada a prisão civil para as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e daquelas vencidas no curso do processo (STJ, Súmula 309, e CPC, art. 528, § 7º, e art. 911, parágrafo único).

Os débitos de maior extensão temporal devem ser cobrados pelo rito da penhora de bens do executado, assim como o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput do artigo 529 do CPC, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos, cujo procedimento se coaduna com a exceção prevista no § 2º do artigo 833 do CPC. A defesa no cumprimento de sentença será suscitada por meio de impugnação, independentemente de penhora ou nova intimação, apresentada nos próprios autos (CPC, art. 525), e indicará uma justificativa se o rito for o da coerção pessoal. Na hipótese da execução de alimentos de título extrajudicial, do artigo 911 do CPC, o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, no prazo de 15 dias (CPC, art. 915), contado, conforme o caso, na forma do artigo 231 do CPC, poderá se opor à execução por meio de embargos (CPC, art. 914), a serem distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal (§ 1º).

Caso o executado não prove o pagamento ou não apresente justificativa da impossibilidade de pagar, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, naquilo que couber, aplicando o artigo 517 (CPC, art. 528, § 1º). 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 do devedor pelo prazo de um a três meses (CPC, art. 528, § 3º). Querendo, o exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos dos artigos 523 e seguintes do CPC.

11.23.6 O imposto de renda sobre a pensão alimentícia

A pensão alimentícia tem previsão nos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil e os alimentos podem ser requeridos a parentes, cônjuges e

companheiros, uns dos outros para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. A função dos alimentos pagos por meio de prestações mensais está em atender às necessidades básicas daqueles que não podem provê-las por seus próprios meios, abrangendo o mínimo essencial à vida, assim entendida a alimentação, o vestuário, a habitação, a instrução, a saúde e o lazer, cujos itens asseguram o direito mínimo existencial que integra o dever de solidariedade familiar, permitindo que cônjuges, companheiros e parentes uma vez desassistidos pela ruptura ou separação física e judicial, deixando casais e filhos de coabitarem sobre o mesmo teto, reste assegurado aos dependentes a sua integral provisão por meio da pensão alimentícia, que tomou o lugar antes ocupado pelo dever de mútua assistência familiar.

Conforme José Ribamar Barros Penha, o contribuinte que paga pensão alimentícia em cumprimento de decisão ou acordo judicial ou extrajudicial, inclusive a prestação de alimentos provisionais, e também de acordo com o artigo 78 do Regulamento do Imposto de Renda, pode deduzir a totalidade da importância paga como pensão alimentícia dos seus rendimentos.[134] Em contrapartida, pelo lado do beneficiário, a pensão alimentícia que é descontada em folha de pagamento ou para ele repassada diretamente pelo obrigado alimentar, deve ser mensalmente declarada ao Fisco pelo alimentando, e, conforme o valor da pensão o próprio alimentando precisa recolher até o último dia útil de cada mês, pelo carnê-leão, ou proceder a recolhimento complementar, o imposto de renda incidente sobre os seus alimentos, mediante a aplicação da tabela progressiva que pode atingir a alíquota bastante expressiva de 27,5%, pois o alimentando vê tributada a sua pensão alimentícia apenas em razão do divórcio ou dissolução da vida em comum do casal, cuja separação e o estabelecimento oficial de alimentos passam a ser considerados pela legislação tributária como um novo rendimento, tributando o alimentando e causando nele uma sensível fissura no apertado orçamento doméstico do credor de alimentos.

Por todos estes fatores, o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) ajuizou no Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade (ADI 5.422) com o objetivo de suspender e impedir a cobrança do imposto de renda sobre a pensão alimentícia, diante dos princípios expressos e não expressos, do mínimo existencial, inseridos na Carta Política de 1988 e na Emenda Constitucional 64/2010, que introduziu a alimentação como um direito social.[135] Essa ADI 5.422, em março de 2021, mereceu manifestação favorável do relator, o Ministro Dias Toffoli, sendo que depois dele votou igualmente pela inconstitucionalidade o Ministro Luís Roberto Barroso, que sugeriu a seguinte ementa: "Direito constitucional e tributário. Ação direta de inconstitucionalidade. Incidência de imposto de renda sobre pensão alimentícia fundada no direito de família. Inconstitucionalidade".

Depois do voto do Ministro Barroso houve um pedido de vistas do Ministro Alexandre de Moraes. Certamente a sociedade aguarda ansiosa os demais pronunciamentos dos Ministros do STF, de cujo voto inaugural pode ser extraída a seguinte passagem:

> "Sobre o assunto, destaco lições de Rolf Madaleno:
> 'Sendo o fato gerador do imposto de renda o aumento no patrimônio do contribuinte, nada justifica a tributação da pensão alimentícia cuja renda já foi devidamente tributada quando ingressou no acervo do devedor dos alimentos, quando de fato esses recursos estão duplamente tributados em sequela da separação oficial dos cônjuges ou conviventes, e tudo por que a mulher e os filhos foram residir em moradia diversa do alimentante, não obstante todos, mulher e filhos, sempre fossem financeiramente dependentes do varão provedor e tivessem vivido e dependido da única renda percebida pelo provedor. Induvidosamente, mesmo após a

separação formal do casal, como sempre ocorreu, continua tratando-se de um único ingresso familiar, obtido em um único momento pelo mantenedor da família, cujos rendimentos deveriam servir para manter os mesmos dependentes de maneira indireta, através da instituição da pensão alimentícia, sem que seja possível cogitar de qualquer incremento patrimonial capaz de caracterizar acréscimo patrimonial experimentado pelos credores de alimentos. Inexiste qualquer aumento patrimonial que justifique tributar a pensão alimentícia paga pelo alimentante aos seus dependentes com os mesmos rendimentos já tributados quando ingressaram no patrimônio do provedor, quem, com a mesma fonte de custeio, se transformou em devedor de alimentos, até porque garantir as condições mínimas de existência dos dependentes financeiros com rendimentos tributados quando ingressaram no patrimônio do alimentante é renda insuscetível de mais uma tributação, verdadeira bitributação, pois como doutrina Roque Antonio Carazza, rendas e proventos de qualquer natureza devem representar ganhos ou riquezas novas, pois do contrário não será atendido o princípio da capacidade contributiva. Ingressos ou receitas que não traduzem acréscimos patrimoniais não configuram renda ou provento de qualquer natureza, como o repasse da verba alimentícia não constitui nenhum aditamento patrimonial adicional, pouco importando sua transferência ao cônjuge ou convivente separado e aos filhos comuns do casal, quando todos dependem da única renda familiar já devidamente tributada por ocasião de seu ingresso no orçamento familiar por meio das mãos do mantenedor da família (...) Segue o cônjuge mantenedor com o dever jurídico

de custeio de seus dependentes e estes permanecem com o direito de receber os recursos familiares necessários à sua sobrevivência, substituindo a prestação pecuniária da mútua assistência conjugal pela contrapartida ou compensação dos alimentos. (...)'".

---

1 BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria, régimen jurídico, aspectos legales, jurisprudenciales, doctrinales y prácticos.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006. p. 35.

2 FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *Derecho de Familia*. Cordoba: Advocatus, 2007. t. I, p. 246.

3 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 23.

4 Enunciado 522: "Cabe prisão civil do devedor nos casos de não prestação de alimentos gravídicos estabelecidos com base na Lei 11.804/08, inclusive deferidos em qualquer caso de tutela de urgência".

5 "Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual civil e civil. Cumprimento de decisão que estabelece prestação de alimentos em ação de indenização. Obrigação decorrente de ato ilícito. Natureza indenizatória. Prisão civil de devedor (CPC/2015, arts. 528 e 533). Impossibilidade. Garantia constitucional (CF, art. 5º, LXVII). Recurso provido. Ordem concedida. 1. Antes de se considerar qualquer disposição legal a respeito do sensível tema da prisão civil por dívida, deve-se atentar para a sólida garantia constitucional inerente ao direito fundamental de liberdade do indivíduo, identificado por Karel Vasak, em sua reconhecida classificação, como direitos humanos de primeira geração. Em relação aos direitos de liberdade, ressai o dever estatal de respeito, consistente em postura negativa, de abster-se de violá-los. Descabem, assim, interpretações normativas que conduzam a ampliações da exceção constitucional à ampla garantia de vedação à prisão civil por dívida. 2. Não há como se adotar, como meio de coerção do devedor de alimentos fixados em caráter indenizatório, a prisão civil prevista exclusivamente para o devedor de alimentos decorrentes de vínculos familiares, no art. 528, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil/2015, em harmonia com o que excepcionalmente admitido pela Constituição da República (art. 5º LXVII). É que a natureza jurídica indenizatória daquela, fixada no caso de reparação por ato ilícito, difere da estabelecida em razão de laços de parentesco, quando se leva em conta o binômio necessidade-possibilidade. Para a obrigação alimentícia indenizatória, o rito previsto é o do art. 533 do CPC/2015, sem previsão de prisão. 3. Recurso ordinário provido. Ordem de *habeas corpus* concedida"

(STJ, Recurso em *Habeas Corpus* 101.008/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17.11.2020).

6 COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado*. Responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2005. v. 3, p. 434.

7 FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 82.

8 OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Alimentos, revisão e exoneração*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 372.

9 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito Processual Civil IV*. Processo cautelar. GOMES, Luiz Flávio (coord.). São Paulo: RT, 2006. v. 12, p. 112.

10 *Idem*, p. cit.

11 Decisão singular da Sétima Câmara Cível, por maioria, da relatoria da Des.ª Maria Berenice Dias, entendeu de considerar como termo inicial da obrigação alimentar a data da concepção do alimentando, assim considerado o momento em que o genitor teve ciência da gravidez e se recusou a reconhecer o filho: "Investigação de paternidade. Recusa em submeter ao exame de DNA. Alimentos. Fixação e termo inicial à data da concepção. A recusa em se submeter ao exame de paternidade gera presunção da paternidade. O fato de inexistir pedido expresso de alimentos não impede o magistrado de fixá-los, não sendo *extra petita* a sentença. O termo inicial da obrigação alimentar deve ser o da data da concepção quando o genitor tinha ciência da gravidez e recusou-se a reconhecer o filho. Rejeitada a preliminar. Apelo desprovido, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70.012.915.062, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 09.11.2005).

12 "Art. 206. Prescreve: (...) § 2º Em dois anos a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem".

13 "Agravo de instrumento. Cumprimento de sentença de alimentos, com determinação para seguimento pelo rito do art. 523 e não inclusão das parcelas que se vencerem durante a lide. Insurgência. Possibilidade da inclusão. Obrigação alimentar, de relação continuada e trato sucessivo. Aplicação do art. 323 do CPC. Parcelas vincendas são passíveis de cobrança nos próprios autos. Medida que também atende aos princípios da economia processual e celeridade. Precedentes desta Corte. Decisão reformada. Agravo provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 2225533-45.2020.8.26.0000, 2ª Câmara de Direito Privado, Rela. Desa. Hertha Helena de Oliveira, j. 25.02.2021).

14 "O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo".

15 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 34.

16 RODRÍGUEZ, Nieves Martínez. *La obligación legal de alimentos entre parentes*. Madrid: La Ley, 2002. p. 156.

17 ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de Familia.* Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. Lima: Gaceta Juridica, 2012. t. III, p. 427.

18 RODRÍGUEZ, Nieves Martínez. *La obligación legal de alimentos entre parentes*. Madrid: La Ley, 2002. p. 156-157.

19 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. Porto Alegre: Síntese, 1979. p. 25.

20 "Alimentos. Intransmissibilidade do dever de alimentar os herdeiros. Exegese do artigo 23 da Lei n. 6.515/1977. Responsabilidade do espólio pelo débito vencido. Não revogou o artigo 23 da Lei do Divórcio o disposto no artigo 402 do Código Civil. Tratando-se de obrigação personalíssima, extingue-se o dever de prestar alimentos com a morte do alimentante, ficando o espólio e os herdeiros responsáveis, apenas, na forma do artigo 1.796 do Código Civil, pelos alimentos vencidos. Sentença confirmada" (TJRS, Apelação Cível 594.049.231, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Heerdt, j. 24.08.1994. *RJTJRS* 168/300).

21 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 145-146.

22 "Civil. Alimentos. Espólio. A transmissibilidade da obrigação de prestar alimentos, prevista no artigo 23 da Lei n. 6.515, de 1977, é restrita às pensões devidas em razão da separação ou divórcio judicial, cujo direito já estava constituído à data do óbito do alimentante; não autoriza ação nova, em face do espólio, fora desse contexto. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 232.901/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 07.12.1999).

23 Assim decidiu a juíza Glaís de Toledo Piza Peluso na exoneração de alimentos 0039398-28.2012.8.26.0100, ordenando a extinção da ação com fundamento no artigo 267, I, do CPC/1973.

24 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 149.

25 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 94.

26 OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Alimentos no Código Civil*: aspectos civil, constitucional, processual e penal. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 285.

27 GOMES, Renata Raupp. A intransmissibilidade da obrigação alimentar. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade* – Alimentos no novo Código Civil, aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 220.

28 "Inventário. Transmissão da obrigação alimentar ao espólio. 1. O estabelecimento do encargo alimentar aos herdeiros tem suporte legal na transmissibilidade da obrigação

alimentar prevista no art. 1.700 do CCB e obedece às diretrizes do art. 1.694 do CCB. 2. O exame da adequação do encargo alimentar a ser transmitido e a fixação do *quantum* deve observar o contraditório e a necessária fase cognitiva. 3. A fixação da verba alimentar deve ter em mira a prova da necessidade da requerente e da possibilidade de o patrimônio deixado pelo falecido alimentante produzir frutos suficientes para suportar a verba. Recurso provido" (TJRS, Apelação Cível 70069107860, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 27.07.2016).

29 PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 150.

30 "Apelação cível. Ação de alimentos. O legislador pátrio estabeleceu que são transmissíveis os alimentos devidos em razão do parentesco bem como os decorrentes do casamento e da união estável, mas, ainda que se admita essa transmissibilidade da obrigação alimentar, é evidente que ela não se opera de forma instantânea, demandando ajuizamento de ação própria. Essa obrigação de prestar alimentos que se transmite aos herdeiros do devedor deve ser apurada dentro dos limites das forças da herança, devendo sempre ficar adstrita aos frutos da herança. Para que tal obrigação se estabeleça, é imperioso o ajuizamento de ação própria visando redefinir a obrigação alimentar. Cabe no presente caso, habilitação do crédito no presente espólio, e, conseguinte, a execução dos débitos alimentares. Mantida a sentença. Apelo desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70047431341, 7ª Câmara Cível, Rel. Munira Hanna, j. 22.05.2013).

"O espólio tem a obrigação de prestar alimentos àquele a quem o *de cujus* devia, mesmo vencidos após a sua morte. Enquanto não encerrado o inventário e pagas as cotas devidas aos sucessores, o autor da ação de alimentos e presumível herdeiro não pode ficar sem condições de subsistência no decorrer do processo. Exegese do artigo 1700 do novo Código Civil. Negaram provimento, um voto vencido" (STJ, REsp 219.199/PB, 2ª Seção, Rel. para o acórdão Min. Fernando Gonçalves, j. 10.12.2003).

31 CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012. p. 1.966.

32 TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. I, p. 543.

33 "Agravo de instrumento. Alimentos provisórios avoengos. Fixação. Pretensão liminar. Descabimento. Caráter subsidiário ou complementar da obrigação avoenga, porquanto aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos, decorrente do poder familiar (arts. 1.566, IV e 1.698 do Código Civil). Condenação que só se justifica em face da manifesta impossibilidade dos pais proverem os filhos. Necessária a instauração do contraditório, com ampla dilação probatória, a fim de propiciar plena análise dos fatos. Agravo de instrumento desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70070577119, 7ª Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 09.11.2016).

[34] "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. 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 Súm. 7 do STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento" (AgRg no REsp 1.358.420/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15.03.2016, *DJe* 21.03.2016).

[35] Estatuto do Idoso: "Art. 12. A obrigação alimentar é solidária, podendo o idoso optar entre os prestadores".

[36] COSTA, Maria Josefa Méndez. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. p. 288.

[37] FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 52, 1991, p. 28.

[38] "Alimentos. Solidariedade familiar. Descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. É descabido o pedido de alimentos, com fundamento no dever de solidariedade, pelo genitor que nunca cumpriu com os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de pagar alimentos e prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam em fase precoce do seu desenvolvimento. Negado provimento ao apelo" (TJRS, Apelação Cível 70013502331, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 15.02.2006). "Apelação cível. Alimentos. Fixação. O pedido de alimentos repousa aqui no dever de solidariedade entre os parentes, previsto no art. 1.694 do CCB, visto que a demandada é sua filha. Contudo, para a fixação de alimentos mister prova da necessidade de quem pede e da possibilidade da demandada, nos termos do parágrafo primeiro do referido dispositivo legal. Considerando que a apelante mora em imóvel cedido por um filho, possui plano de saúde pago por outra filha, recebe benefício do INSS no valor de R$ 1.200,00, além de viver em união estável, descaracterizada está sua necessidade ao recebimento de socorro alimentar por parte da apelada. Mesmo que caracterizada a necessidade da autora/apelante ao recebimento de alimentos, não subsiste, na excepcionalidade do caso, há mais de 40 anos, diante do comportamento reprovável da própria apelante (que é mãe da apelada e a abandonou) qualquer vínculo afetivo para amparar o dever de solidariedade entre as litigantes, de forma que descabida seria a condenação da apelada ao pagamento de pensão em prol da apelante. Negaram provimento. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 70059917898, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21.08.2014).

[39] RODRÍGUEZ, Nieves Martínez. *La obligación legal de alimentos entre parentes*. Madrid: La Ley, 2002. p. 153.

40 “Recurso especial. Ação de arbitramento de aluguel. Ex-cônjuge que reside no imóvel comum com a filha do ex-casal, provendo o seu sustento. Uso exclusivo e enriquecimento sem causa. Não caracterização. 1. O uso exclusivo do imóvel comum por um dos cônjuges – após a separação ou o divórcio e ainda que não tenha sido formalizada a partilha – autoriza que aquele privado da fruição do bem reivindique, a título de indenização, a parcela proporcional a sua quota-parte sobre a renda de um aluguel presumido, nos termos do disposto nos artigos 1.319 e 1.326 do Código Civil. 2. Tal obrigação reparatória – que tem por objetivo afastar o enriquecimento sem causa do coproprietário – apresenta como fato gerador o uso exclusivo do imóvel comum por um dos ex-consortes, a partir da inequívoca oposição daquele que se encontra destituído da fruição do bem, notadamente quando ausentes os requisitos ensejadores da chamada ‘usucapião familiar’ prevista no artigo 1.240-A do citado *Codex.* Precedentes. 3. Na hipótese dos autos, desde o divórcio das partes, o ex-marido reside no imóvel comum em companhia da filha (cujo sustento provê quase que integralmente), sem efetuar nenhum pagamento a ex-esposa (coproprietária) a título de aluguel. 4. Como é da sabença, enquanto o filho for menor, a obrigação alimentícia de ambos os genitores (de custear-lhe as despesas com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene e transporte) tem por lastro o dever de sustento derivado do poder familiar, havendo presunção de necessidade do alimentando; ao passo que, após a maioridade civil (dezoito anos), exsurge o dever dos pais de prestar alimentos ao filho – em decorrência da relação de parentesco – quando demonstrada situação de incapacidade ou de indigência não proposital, bem como por estar o descendente em período de formação escolar profissionalizante ou em faculdade, observando o trinômio ‘necessidade de quem recebe, capacidade contributiva de quem paga e proporcionalidade’. Inteligência da Súmula 358/STJ. 5. A prestação alimentícia, por sua vez, pode ter caráter pecuniário – pagamento de certa soma em dinheiro – e/ou corresponder a uma obrigação *in natura,* hipótese em que o devedor fornece os próprios bens necessários à sobrevivência do alimentando, como moradia, saúde e educação. 6. A despeito da alternatividade característica da obrigação de prestar alimentos, o artigo 1.707 do Código Civil enuncia o princípio da incompensabilidade, que, nos termos da jurisprudência desta Corte, admite mitigação para impedir o enriquecimento indevido de uma das partes, mediante o abatimento de despesas pagas *in natura* (para satisfação de necessidades essenciais do alimentando) do débito oriundo de pensão alimentícia. 7. Nesse contexto normativo, há dois fundamentos que afastam a pretensão indenizatória da autora da ação de arbitramento de aluguel. Um principal e prejudicial, pois a utilização do bem pela descendente dos coproprietários – titulares do dever de sustento em razão do poder familiar (filho menor) ou da relação de parentesco (filho maior) – beneficia a ambos, motivo pelo qual não se encontra configurado o fato gerador da obrigação reparatória, ou seja, o uso do imóvel comum em benefício exclusivo de ex-cônjuge. 8. Como fundamento secundário, o fato de o imóvel comum também servir de moradia para a filha do ex-casal tem a possibilidade de converter a ‘indenização proporcional

devida pelo uso exclusivo do bem' em 'parcela *in natura* da prestação de alimentos' (sob a forma de habitação), que deverá ser somada aos alimentos *in pecúnia* a serem pagos pelo ex-cônjuge que não usufrui do bem – o que poderá ser apurado em ação própria –, sendo certo que tal exegese tem o condão de afastar o enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. 9. Ademais, o exame do pedido de arbitramento de verba compensatória pelo uso exclusivo de imóvel comum por ex-cônjuge não pode olvidar a situação de maior vulnerabilidade que acomete o genitor encarregado do cuidado dos filhos financeiramente dependentes, cujas despesas lhe são, em maior parte, atribuídas. 10. Hipótese em que o provimento jurisdicional – pela improcedência da pretensão autoral – submete-se à regra *rebus sic stantibus,* notadamente por se tratar de controvérsia que guarda relação com institutos de direito de família. 11. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.699.013/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 04.05.2021).

41 "Direito civil. Família. Alimentos. Necessidade. Execução. Compensação. Outras verbas. Caráter excepcional. Enriquecimento sem causa. Necessidade. Possibilidade. Súmula 7/STJ. 1. Não se admite a compensação de dívida alimentar fixada judicialmente com alimentos pagos *in natura* e por mera liberalidade do alimentante. 2. Em casos excepcionais, a regra geral deve ser afastada de forma a evitar o enriquecimento sem causa do credor de alimentos. Precedentes. 3. Hipótese em que o devedor dos alimentos pagou as cotas de condomínio e IPTU de imóvel de sua propriedade e no qual residem gratuitamente os alimentandos, obrigação esta que, deveria ter sido adimplida pelos ocupantes do bem. 4. No âmbito do recurso especial, é vedado o reexame das provas dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 5. Agravo provido" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.577.110/SP, 4ª Turma, Rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, j. 08.05.2018).

42 "Agravo de instrumento. Ação de execução de alimentos. Pedido de compensação de pagamentos *in natura*. Decisão proferida em outro agravo, que autorizou a compensação. O alimentante requereu a compensação de valores adimplidos para pagamento das despesas dos exequentes nos autos da ação onde foram fixados os alimentos provisórios em execução e tal pedido foi lá indeferido. Contudo, em sede de antecipação de tutela recursal em outro agravo interposto contra aquela decisão, foi autorizado o abatimento dos valores pagos pelo agravante a título de condomínio e IPTU do imóvel utilizado pela agravada, bem como das mensalidades escolares do filho dos litigantes. Nesse contexto, procede a inconformidade quanto ao indeferimento do pedido de abatimento nos autos da execução. Deram provimento. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 5021712-19.2021.8.21.7000, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 10.06.2021).

43 *Idem*, p. 183.

44 GOMES, José Jairo. *Direito Civil*: introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 556.

"Direito Civil. Direito de Família. Alimentos. Menor incapaz. Prescrição. A prescrição é a
45 regra (CC/2002, art. 189). Inclusive nos casos de prestações alimentares; porém apresenta exceções e dentre estas encontram-se os casos em que prejudica absolutamente incapaz. O artigo 198, inciso I, do Código Civil impede o curso da prescrição para certas ações, excepcionando, assim, a regra geral do artigo 206, parágrafos e incisos, da mesma norma, os quais estipulam regras gerais para a prescrição das ações. Não há necessidade de utilização do princípio da especialidade neste caso porque não se verifica antinomia entre tais normas. Ademais, não corre a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar (CC, arts. 197, inc. II, e 198, inc. I). Recurso conhecido e provido. Unânime" (TJDF, Apelação Cível 20.081.010.044.126, 2ª Turma Cível, Rel. Des. Waldir Leôncio Júnior, j. 04.02.2009).

46 "Civil e processual. Recurso especial. Alimentos provisórios. Termo final. Decisão final, artigo 13, § 3º, da Lei n 5.478/1968. Decisão extintiva da obrigação. Inexistência de recurso com efeito suspensivo. Precedentes. I. Nos termos do artigo 13, § 3º, da Lei n. 5.478/1968 e da jurisprudência pacificada do STJ, os alimentos provisórios são devidos até decisão final. Precedentes. II. Situação, todavia, em que já houve decisão extintiva dos alimentos, sem pendência de recurso com efeito suspensivo, tendo inclusive transitado em julgado, o que afasta a incidência da referida norma. Precedentes. III. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 709.470/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 27.04.2010).

47 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 851.

48 "Civil e processual. Recurso especial. Alimentos. Execução. Inclusão dos avós. Ausência de prequestionamento de norma (Súmulas n. 282 e 356 do STF). Ausência de impugnação a fundamento do acórdão recorrido (Súmula n. 283 do STF). Alimentos definitivos. Retroação. Impossibilidade. Precedentes. Provimento do pleito reformatório. I. Inexistindo pronunciamento do tribunal de origem acerca da aplicabilidade da norma invocada como violada ao caso concreto, improsperável o recurso especial pela ausência de prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356 do STF). II. A ausência de impugnação específica a fundamento que sustenta o acórdão recorrido impede o êxito do recurso especial pela incidência da Súmula n. 283 do STF. III. Ofende o princípio da irrepetibilidade, a retroação, à data da citação, dos efeitos da sentença que fixou os alimentos definitivos em valor inferior ao dos provisórios, anteriormente estabelecidos. Precedentes. IV. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ, REsp 905.986/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 23.11.2010). "Agravo de instrumento. Alimentos. Revisão. Redução. Análise do binômio alimentar. Necessidade e possibilidade. (ir)retroatividade. Observância ao caráter irrepetível dos alimentos. Não vinga a pretensão de redução mais ampla dos alimentos já reduzidos em decorrência da alteração da situação profissional do alimentante, tendo em mira a melhor aplicação do binômio necessidade-possibilidade. Os alimentos são irrepetíveis, portanto, o efeito da sentença que reduz a obrigação alimentos é *ex tunc*. Negaram provimento ao recurso"

(TJRS, Agravo de Instrumento 70064636228, 8ª Câmara Cível, Rel. Alzir Felippe Schmitz, j. 25.06.2015).

49 REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. Coord. Humberto Theodoro Júnior; Fernanda Alvim Ribeiro de Oliveira; Ester Camila Gomes Norato Rezende. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 212.

50 "Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição".

51 "Apelação cível. Ação de repetição de indébito. Sentença de improcedência. Recurso do autor. Alimentos compensatórios arbitrados em favor da ex-esposa. Pleito de repetição da quantia paga. Possibilidade. Verba compensatória que não possui natureza alimentar, pois fixada em ação de divórcio, provisoriamente, com finalidade estritamente indenizatória. Posterior decisão em agravo de instrumento, confirmada em sentença de divórcio e partilha que exonerou o apelante da obrigação, sob o fundamento de que se tratavam de rendimentos profissionais não partilháveis. Dever de restituição, sob pena de enriquecimento ilícito. Determinação para que a demandada devolva o montante pago indevidamente pelo demandante, em dez parcelas mensais fixas. Sentença reformada. Necessidade de redistribuição dos ônus sucumbenciais. Recurso conhecido e provido" (TJSC, Apelação Cível 0305625-87.2018.8.24.0091, 6ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 03.08.2021).

52 "Exoneração de Alimentos. Exegese do § 2º do artigo 13 da Lei de Alimentos. 1. Não se compreende possa estar a movimentar-se atos de execução de débitos alimentares dos quais o alimentante foi exonerado. 2. Se os alimentos fixados ou alterados retroagem à data da citação da respectiva ação, consoante o § 2º do artigo 13 da Lei n. 5.478/1968, também em caso de exoneração retroagem àquele momento. Entendimento contrário seria uma afronta ao princípio do enriquecimento sem causa, sobretudo considerando-se a irrepetibilidade e irrestituibilidade do *quantum* alimentar. Proveram em parte, unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 597.028.406, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Eliseu Gomes Torres, j. 24.09.1997).

Pela devolução das quantias pagas a partir da causa exoneratória, decidiu a Quarta Câmara de Direito Civil na Apelação Cível 2004.034220-9 do TJSC, em 05.06.2008, sendo relator o Des. Monteiro Rocha.

53 "Agravo de instrumento. Dissolução de união estável. Diante da existência de patrimônio comum, adequado, no caso, que o valor utilizado pela agravante, oriundo da conta conjunta dos litigantes, seja compensado quando do ajuste dos quinhões, para fim de averiguação de sua meação, e não descontado da pensão alimentícia, fixada de acordo com o binômio necessidade/possibilidade. Uma das características dos alimentos é sua incompensabilidade com verbas de natureza diversa. Deram provimento. Unânime"

(TJRS, Agravo de Instrumento 70064920416, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 06.08.2015).

54 "Apelação. Embargos à execução de alimentos. Intervenção ministerial. Sentença *extra petita*. Coisa julgada. Litispendência. Compensação de alimentos. Caução. Impenhorabilidade. Honorários advocatícios. Necessária – e, portanto, adequada – a intervenção do Ministério Público em ação que versa sobre alimentos (ainda que entre pessoas atualmente maiores de idade), na medida em que se trata de direito indisponível. Sentença que trata e decide questão expressamente tratada na petição inicial – no caso, 'prescrição intercorrente' – não é *extra petita.* Não se verifica, no caso, a existência de duplicidade de execuções cobrando as mesmas prestações, pelo que descabe falar ou cogitar em ofensa à coisa julgada ou mesmo em litispendência. Inviável compensar valores ainda devidos com eventuais valores pagos no passado, em atenção à irrepetibilidade e incompensabilidade dos alimentos. Desnecessária a prestação de caução por parte dos credores de alimentos, quando patente o estado de necessidade deles. Inteligência do artigo 475-O, § 2º, inciso I, do CPC. Viável penhorar valores depositados em contas bancárias do devedor, ainda que se trate de débito não atual de alimentos, quando não comprovado que os valores alcançados pela constrição são oriundos de salário, rendimento, vencimentos, ou qualquer outra verba de natureza impenhorável. Tratando-se de embargos à execução de alimentos, a fixação dos honorários advocatícios de sucumbência deve tomar por base o valor dado à causa pela inicial, e ser fixado em percentual – no caso, considerando o decaimento praticamente integral do autor, em 15% sobre o valor atualizado da causa. Negaram provimento ao apelo do autor e deram parcial provimento ao apelo do réu" (TJRS, Apelação Cível 70.038.826.913, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 25.11.2010).

55 "Execução de Alimentos. Descabido o pagamento dos alimentos diretamente aos filhos, em vez de serem alcançados à genitora, que detém a sua guarda. Os depósitos feitos configuram mera liberalidade ou adimplemento de encargos outros que assumiu o genitor para com a prole. Agravo desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.007.744.915, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 18.02.2004). "Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Art. 733 do CPC. Ajuizamento da ação anulatória. Suspensão da demanda executiva. Descabimento. Alegada quitação do débito alimentar mediante adimplemento de forma diversa. Mera liberalidade. Impossibilidade de abatimento sem anuência da parte exequente. 1. Embora a validade do acordo de alimentos homologado judicialmente se encontre *sub judice*, tendo em vista o ajuizamento de ação anulatória, tal circunstância não se presta a suspender o trâmite da demanda executiva, nos termos do art. 585, § 1º, do CPC. 2. Sem o consentimento da parte exequente (no caso, inexistente), resta desautorizado o pretendido abatimento do débito alimentar de valores eventualmente pagos por conta da partilha de bens, uma vez que o adimplemento de verba alimentar de forma diversa da estipulada traduz mera liberalidade, insuficiente a justificar a quitação pretendida. Agravo de instrumento

desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70065275547, 8ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 20.08.2015).

56 “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. Re-pele-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 incompensabilidade 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, Apelação Cível 2009.01.1.117504-8, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Flávio Rostirola, j. 29.03.2012).

57 TJRS, Agravo de Instrumento 70.009.258.054, 8ª Câmara Cível, Rel. Walda Maria Melo Pierro, j. 02.12.2004. Também o Agravo de Instrumento 70.010.499.648: “Ação de modificação de cláusula de acordo. Alimentos. Antecipação de Tutela. Fixada a pensão alimentícia – a qual vem sendo paga pelo alimentante –, visando expressamente a garantir também o custeio de escola particular aos alimentandos, cujas mensalidades não estão sendo pagas pela representante legal destes, concede-se parcialmente a tutela antecipada para que as mensalidades da escola sejam pagas diretamente pelo alimentante e descontadas do pensionamento. A compensação dos valores já pagos, contudo, não pode ser determinada em antecipação de tutela, no caso. Agravo de instrumento parcialmente provido” (TJRS, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 17.02.2005).

58 “Agravo de instrumento. Execução de alimentos. Obrigação *in pecúnia*. Cabimento do abatimento de valores pagos *in natura*. Exceção configurada. Os alimentos devem ser pagos na forma definida em juízo, sendo descabida a alteração unilateral da forma de pagamento. Todavia, os valores efetivamente destinados ao pagamento de despesas às quais se destinam a pensão alimentícia, no caso, a saúde do alimentado, não constituem mera liberalidade, senão pagamento parcial da pensão alimentícia feito *in natura*, motivo pelo qual deverá ser considerado para efeitos de cálculo da dívida. Recurso provido.” (TJRS, Agravo de Instrumento 70076087907, 7ª Câmara Cível, Rel. Desa. Liselena Schifino Robles Ribeiro, j. 01.12.2017).

59 “Agravo de instrumento. Família, separação, guarda e alimentos. Alteração da forma de pagamento fixada por esta Corte. Impossibilidade. Posse à agravante de um dos veículos do casal. Possibilidade. Salvo situações especiais, e assim mesmo em caráter excepcional que diz estritamente com o evitar dupla penalização do alimentante, e enriquecimento ilícito dos alimentandos, a forma do pagamento dos alimentos deverá atender à fixação determinada pela Corte, não devendo ser alterada com ressalvas eventuais de que poderão ser abatidos da execução de alimentos os valores já adimplidos pelo varão com as dívidas de condomínio e escola dos filhos, sob pena de evidente desorganização e desrespeito com o que restou estabelecido judicialmente como obrigação atribuída a cada uma das partes. No tocante à posse de veículo de propriedade do casal, pois ainda não partilhado, deve ser autorizada à agravante, porquanto os veículos da família permaneceram na posse exclusiva do agravado. Agravo provido em parte” (TJRS, Agravo de Instrumento 70.034.552.992, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Conrado de Souza Júnior, j. 26.05.2010).

60 Súmula 379 do STF: “No acordo de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais”.

61 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVII, p. 59.

62 No CPC/1973, havia previsão do tema no art. 569: “Art. 569. O credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas”.

63 DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e Sucessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 332.

64 “Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. Alimentos. Separação consensual. Divórcio. Cláusula de dispensa. Postulação posterior. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial. Demonstração analítica. 1. Às questões federais não enfrentadas pelo Tribunal de origem se aplica o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF. 2. Para a configuração do dissídio jurisprudencial, faz-se necessária a indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entre o aresto recorrido e o paradigma, nos termos do parágrafo único, do art. 541, do CPC e dos parágrafos do art. 255 do RISTJ. 3. 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. 4. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, Agravo Regimental 1.044.922-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo Filho, j. 22.06.2010).

65 Súmula 336 do STJ: “A mulher que renunciou aos alimentos na separação judicial tem direito à pensão do ex-marido, comprovada a necessidade econômica superveniente”.

“Previdenciário. Pensão por morte. Cônjuge supérstite. Separação de fato. Necessidade de comprovação da dependência econômica. Reexame da prova. Impossibilidade.

Incidência da Súmula n. 7 do STJ. Recurso especial improvido. 1. O cônjuge supérstite goza de dependência presumida, contudo, estando separado de fato e não percebendo pensão alimentícia, essa dependência deverá ser comprovada. 2. O Tribunal *a quo,* ao reconhecer a inexistência de comprovação da dependência, o fez com base na análise dos elementos probatórios carreados aos autos. Incidência, à espécie, da Súmula n. 7 do STJ. 3. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 411.194, 6ª Turma, Rel. Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 07.05.2007).

66 RODRÍGUEZ, Nieves Martínez. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Madrid: La Ley, 2002. p. 180.

67 ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 314-315.

68 COSTA E SILVA, Antonio Carlos. *Tratado do processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986. 2º v., p. 807.

69 CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade do bem de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 155-156.

70 "Recurso Especial. Direito Civil. Família. Alimentos. Maioridade. Súmula n. 358/STJ. Necessidade. Prova. Contraditório. 1. O advento da maioridade não extingue, de forma automática, o direito à percepção de alimentos, os quais passam a ter fundamento nas relações de parentesco, em que se exige a prova da necessidade do alimentado, que não foi produzida no caso concreto. 2. Incumbe ao interessado, já maior de idade, nos próprios autos e com amplo contraditório, a comprovação de que não consegue prover a própria subsistência sem os alimentos ou, ainda, que frequenta curso técnico ou universitário. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem" (STJ, REsp 1.587.280/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 05.05.2016).

71 Súmula 358 do STJ: "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos".

72 "Recurso Especial. Constitucional. Civil. Processual civil. Alimentos gravídicos. Garantia à gestante. Proteção do nascituro. Nascimento com vida. Extinção do feito. Não ocorrência. Conversão automática dos alimentos gravídicos em pensão alimentícia em favor do recém-nascido. Mudança de titularidade. Execução promovida pelo menor, representado por sua genitora, dos alimentos inadimplidos após o seu nascimento. Possibilidade. Recurso improvido. 1. Os alimentos gravídicos, previstos na Lei n. 11.804/2008, visam a auxiliar a mulher gestante nas despesas decorrentes da gravidez, da concepção ao parto, sendo, pois, a gestante a beneficiária direta dos alimentos gravídicos, ficando, por via de consequência, resguardados os direitos do próprio nascituro. 2. Com o nascimento com vida da criança, os alimentos gravídicos concedidos à gestante serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia em

favor do recém-nascido, com mudança, assim, da titularidade dos alimentos, sem que, para tanto, seja necessário pronunciamento judicial ou pedido expresso da parte, nos termos do parágrafo único do art. 6° da Lei n. 11.804/2008. 3. Em regra, a ação de alimentos gravídicos não se extingue ou perde seu objeto com o nascimento da criança, pois os referidos alimentos foram convertidos em pensão alimentícia até eventual ação revisional em que se solicite a exoneração, redução ou majoração do valor dos alimentos ou até mesmo eventual resultado em ação de investigação ou negatória de paternidade. 4. Recurso especial improvido." (STJ, Terceira Turma, REsp 1.629.423/SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 06.06.2017).

73 "Agravo de Instrumento. Fixação de alimentos gravídicos. Possibilidade, no caso concreto. Lei n. 11.848/2008. Considerando a existência de indícios da paternidade do demandado, cabível a fixação de alimentos gravídicos. Recurso parcialmente provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.028.667.988, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. monocraticamente em 06.03.2009).

74 "Agravo de Instrumento. Ação de alimentos gravídicos. Lei n. 11.848/2008. Ausência de indícios de paternidade. O deferimento de alimentos gravídicos à gestante pressupõe a demonstração de fundados indícios da paternidade atribuída ao demandado, não bastando a mera imputação da paternidade. Exegese do artigo 6º da Lei n. 11.848/2008. Ônus da mulher diante da impossibilidade de se exigir prova negativa por parte do indigitado pai. Ausente comprovação mínima das alegações iniciais, resta inviabilizada, na fase, a concessão dos alimentos reclamados, sem prejuízo de decisão em contrário diante das provas nos autos. Agravo de Instrumento desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.028.646.594, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. André Planella Villarinho, j. 14.04.2009). "Agravo de instrumento. Alimentos gravídicos. Fixação. Em que pese a precariedade probatória própria de processos cuja tramitação apenas se inicia, alega a agravante que manteve uma relação afetiva com o agravado e disto resultou a concepção de um filho. Esta circunstância, somada às fotografias e diálogo mantido pelo aplicativo whatsapp, empresta suficiente verossimilhança ao alegado. Ademais, conforme reiteradamente tenho salientado, em ações dessa espécie, o juiz, de regra, vê-se diante de um paradoxo: de um lado, a prova geralmente não é exuberante e, de outro, há necessidade premente de fixação da verba, sob pena de tornar-se inócua a pretensão, pois, até que se processe a instrução do feito, o bebê já terá nascido. Aqui não é diferente. Alimentos gravídicos fixados em 20% da renda líquida do demandado ou, em caso de desemprego, em 20% do salário mínimo. Deram provimento em parte. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70070511787, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.10.2016).

75 CPC/1973: "Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir: I – nas causas em que há interesses de incapazes; II – nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade; (...)". CPC/2015: "Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no

prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: I – interesse público ou social; II – interesse de incapaz; (...)".

76 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 778.

77 FARIAS, Cristiano Chaves de. A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma questão constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/ IBDFAM, v. 8, 2001, p. 41.

78 "Apelação Cível. Ação de exoneração de pensão alimentícia. Implemento da maioridade civil. Não há falar em exoneração da obrigação do alimentante em relação ao alimentando, ora apelante, tão só pelo fato de que este é maior de idade. À desobrigação do recorrente deve concorrer prova da desnecessidade do alimentando, o que não se verifica no caso vertente. Ademais, com o implemento da maioridade, a persistência do pensionamento alimentar entre pais e filhos tem por lastro a relação de parentesco e o dever de solidariedade familiar, forte nos artigos 1.694 e 1.695, ambos do Código Civil. Apelações providas (Decisão monocrática)" (TJRS, Apelação Cível 70.008.403.446, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 16.04.2004).

79 "Exoneração automática da pensão. Inadmissibilidade. Com a maioridade extingue-se o poder familiar, mas não cessa, desde logo, o dever de prestar alimentos, fundado a partir de então no parentesco. É vedada a exoneração automática do alimentante, sem possibilitar ao alimentando a oportunidade de manifestar-se e comprovar, se for o caso, a impossibilidade de prover à própria subsistência. Precedentes do STJ. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 739.004/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 15.09.2005). "Direito civil e processual civil. Recurso especial. Execução de alimentos. Maioridade. Exoneração automática. Impossibilidade. Com o advento da maioridade é vedada a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos fundada no dever de sustento, a qual terá continuidade com fundamento no dever de parentesco, se comprovada a necessidade pelo filho. Precedentes. Na execução de sentença que condenou o pai a prestar alimentos ao filho, permanece incólume o título executivo judicial ainda que atingida a maioridade porque comprovado no curso do processo que perdura a necessidade do alimentando. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 510.247/SP, 3ª Turma, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, j. 19.05.2005).

80 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 454-455.

81 "Família. União estável. Dissolução. Bens. Dívidas. Divisão. Alimentos. Filho maior. 1. A obrigação alimentar do pai em relação aos filhos cessa com o advento da maioridade, mas não automaticamente. Cessando a obrigação alimentar compulsória, subsiste o dever de assistência fundado no parentesco consanguíneo. 2. 'O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos' (Súmula n. 358/STJ). 3. Visto que, com o advento da maioridade, o dever de prestar alimentos não se extingue de forma

automática, deve-se dar ao alimentando oportunidade de comprovar a impossibilidade de provar a própria subsistência ou a necessidade da pensão por frequentar curso técnico ou universitário" (STJ, REsp 1.292.537/ MG, 3ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 03.03.2016).

82 MADALENO, Rolf. Alimentos e sua restituição judicial. *Direito de Família*: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 51.

83 RODRÍGUEZ, Nieves Martínez. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Madrid: La Ley, 2002. p. 353.

84 "Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso. A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunto. A Lei n. 10.741/2003 atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (artigo 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos. A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12). Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 775.565/SP, 3ª Turma, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, j. 13.06.2006).

85 Súmula 596 – A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais.

86 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994. v. II, p. 716.

87 MADALENO, Rolf. *Direito de Família*: constituição e constatação. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 34.

88 "Processual civil e civil. Direito de família. Art. 535 do CPC. Violação não configurada. Alimentos transitórios devidos entre ex-companheiros. 1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão do recorrente. 2. Entre ex-cônjuges ou ex-companheiros, desfeitos os laços afetivos e familiares, a obrigação de pagar alimentos é excepcional, de modo que, quando devidos, ostentam, ordinariamente, caráter assistencial e transitório, persistindo apenas pelo prazo necessário e suficiente ao soerguimento do alimentado, com sua reinserção no mercado de trabalho ou, de outra forma, com seu autossustento e autonomia financeira. 3. As exceções a esse entendimento se verificam, por exemplo, nas hipóteses em que o ex-parceiro alimentado não dispõe de reais condições de reinserção no mercado de trabalho e, de resto, de

readquirir sua autonomia financeira. É o caso de vínculo conjugal desfeito quando um dos cônjuges ou companheiros encontra-se em idade já avançada e, na prática, não empregável, ou com problemas graves de saúde, situações não presentes nos autos. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Privado desta Corte. 4. Os alimentos transitórios – que não se confundem com os alimentos provisórios – têm por objetivo estabelecer um marco final para que o alimentando não permaneça em eterno estado de dependência do ex-cônjuge ou ex-companheiro, isso quando lhe é possível assumir sua própria vida de modo autônomo. 5. Recurso especial provido em parte. Fixação de alimentos transitórios em quatro salários mínimos por dois anos a contar da publicação deste acórdão, ficando afastada a multa aplicada com base no art. 538 do CPC" (STJ, REsp 1.454.263/CE, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.04.2015).

89 "Civil e processual civil. Alimentos. Exoneração. Inexistência de alteração no binômio necessidade/possibilidade. 1. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges serão fixados com termo certo, a depender das circunstâncias fáticas próprias da hipótese sob discussão, assegurando-se, ao alimentado, tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter pelas próprias forças, *status* social similar ao período do relacionamento. 2. Serão, no entanto, perenes, nas excepcionais circunstâncias de incapacidade laboral permanente, ou ainda, quando se constatar, a impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. 3. Em qualquer uma das hipóteses, sujeitam-se os alimentos à cláusula *rebus sic stantibus*, podendo os valores ser alterados quando houver variação no binômio necessidade/possibilidade. 4. Se os alimentos devidos a ex-cônjuge não forem fixados por termo certo, o pedido de desoneração total, ou parcial, poderá dispensar a existência de variação no binômio necessidade/possibilidade, quando demonstrado o pagamento de pensão por lapso temporal suficiente para que o alimentado revertesse a condição desfavorável que detinha, no momento da fixação desses alimentos. 5. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.188.399/PB, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.06.2011).

90 "Agravo de instrumento. Ação declaratória de união estável. Alimentos provisórios. Necessidade atual da ex-companheira demonstrada. Impossibilidade temporária de trabalho. Filha menor de idade. Necessidades presumidas. Binômio necessidade-possibilidade. Confortável situação econômica e financeira do alimentante evidenciada nos autos. Quantificação do encargo provisório entre o pedido e a oferta. Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do alimentando, mas também em atenção aos recursos da pessoa obrigada. A fixação provisória liminar exige cautela a fim de prevenir hipótese de prejuízo, pelo que se afigura razoável a quantificação inicial em valores moderados, entre a oferta e o pedido, mas considerando a demonstração de que os litigantes costumavam desfrutar de situação econômica e financeira bastante confortável, a qual é mantida pelo agravante em razão das suas atividades empresariais. Trata-se de medida de cautela, no aguardo do desenvolvimento da fase de instrução do feito, que permitirá melhor aferição das alegações das partes acerca do binômio

alimentar. Agravo de instrumento parcialmente provido" (TJRS, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sandra Brisolara Medeiros, j. 22.11.2017).

91 "Apelação. União estável. Alimentos em favor da ex-companheira. Mulher com menos de 50 anos de idade, com prévia experiência profissional e currículo invejável, que ostenta livre trânsito profissional tanto no Brasil, quanto na França, onde já se encontra residindo, mas que se dedicou exclusivamente à família durante a união estável. Binômio necessidade e possibilidade. Alimentos transitórios fixados por 18 meses, ou até a sentença, no importe de R$ 16.000,00 mensais. Indiscutível capacidade financeira do alimentante. Superveniência da sentença que julgou procedente a demanda para fixar alimentos em R$ 21.000,00 até a partilha final do patrimônio comum. Inconformismo do alimentante. Acolhimento parcial. Reconhecido o direito aos alimentos pela companheira, porém, por período transitório, suficiente para ela se recolocar no mercado de trabalho e reconquistar sua autonomia financeira. Tempo suficiente para restruturação econômica. Necessidade suprida. Demanda que não versa sobre alimentos compensatórios, como já decidido no recurso de agravo de instrumento que apreciou a tutela de urgência. Desvinculação dos alimentos à questão patrimonial e à futura partilha. Sentença reformada em parte, para o fim de os alimentos provisórios serem convertidos em definitivos, pelo mesmo período antes determinado, no valor de R$ 16.000,00. Deram parcial provimento ao recurso" (TJSP, Apelação Cível 1037954-93.2019.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alexandre Coelho, j. 21.07.2021).

92 "Civil e processual civil. Alimentos provisórios. Cognição sumária. União homoafetiva. Possibilidade da pretensão sob a ótica familiar. Ausência dos requisitos para a concessão. 1. Em recente decisão (05.05.2011), o e. Supremo Tribunal Federal, quando da análise em conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, aplicando eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, reconheceu, por unanimidade, em julgamento histórico, a união estável entre casais do mesmo sexo como entidade familiar. 2. Dessa forma, nessa modalidade de relação, se afigura legítima a postulação de obter a prestação alimentícia, nos termos do artigo 1.694 do Código Civil. 3. Todavia, cumpre considerar que a fixação dos alimentos assenta-se em dois pontos: nas necessidades do alimentado e nas possibilidades do alimentante, dentro da ótica do princípio da razoabilidade. 4. Não se verificando, destarte, a presença de tais requisitos, máxime pelo postulante exercer atividade remunerada e ser relativamente jovem para o mercado de trabalho, forçoso manter a decisão de origem que indeferiu o pedido de antecipação de tutela, consistente na imediata prestação de alimentos. 5. Agravo de instrumento não provido" (TJDF, Rec 2011.00.2.002057-3, Ac. 529.788, 1ª T. Cív., Rel. Des. Flavio Rostirola, j. 29.08.2011).

93 "Civil. Processual civil. Recurso especial. Recurso manejado sob a égide do CPC/73. Família. Anterior acordo extrajudicial de alimentos firmado no Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da Comarca local. Ação nova de alimentos

extinta por carência de ação em virtude da ausência de interesse processual. Sentença mantida pelo TJ/MG. Aplicação da Teoria da Asserção pela instância ordinária. Nos termos do deduzido na inicial, há interesse de criança em receber alimentos proporcionais às suas necessidades. Retratação manifestada tempestiva e formalmente ao ajuste feito no CEJUSC, fundado na alegação de ser prejudicial aos interesses da criança. Solução da controvérsia, com observância dos princípios de melhor interesse e da proteção integral. Direito indisponível. Possibilidade de retratação do acordo. Precedente do STJ. Necessária intervenção do Ministério Público antes da homologação do ajuste. Precedentes. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.609.701/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 18.05.2021).

94 BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria, régimen jurídico, aspectos legales, jurisprudenciales, doctrinales y prácticos.* Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006. p. 161.

95 GHERSI, Carlos Alberto. *Alimentos.* Cuantificación econômica. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 83.

96 "Execução de alimentos. Pagamento *in natura*. Despesa com saúde e educação. Liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo. 1. Os valores pagos relativamente ao atendimento à saúde e educação não constituem mera liberalidade, senão pagamento parcial da pensão alimentícia feito *in natura*, motivo pelo qual deverão ser abatidos no cálculo da dívida. 2. As despesas relativamente ao clube, que são atividades de lazer, constituem mera liberalidade. 3. Não admitir a compensação desses valores efetivamente pagos para o atendimento das necessidades essenciais dos filhos implicaria enriquecimento sem causa para os credores. Recurso provido em parte" (TJRS, Agravo de Instrumento 70068496371, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 18.05.2016).

97 GHERSI, Carlos Alberto. *Alimentos.* Cuantificación econômica. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 167.

98 BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 204.

99 Neste sentido a 38ª conclusão do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: "Os alimentos podem ser fixados em salários mínimos". Com a seguinte justificativa: "Não é vedada a fixação dos alimentos em salários mínimos porque a proibição constante na Constituição Federal visa impedir vinculações salariais com a finalidade de propiciar àquele piso, ao longo do tempo, um ganho real, que seria inviável de outro modo. Entretanto, tal inconveniente não ocorre com relação aos alimentos, face à natureza e finalidade próprias dessa verba, que se destina a assegurar a subsistência do alimentado e que, por isso mesmo, convém que permaneça atrelada ao salário mínimo, quando o alimentante não desfruta de ganho salarial certo".

[100] GHERSI, Carlos Alberto. *Alimentos.* Cuantificación econômica. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 105-118.

[101] CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 735.

[102] "Agravo Regimental. Os alimentos incidem sobre o salário do divorciando, excluídos somente os descontos obrigatórios – IR e INSS –, incidindo, assim, sobre a previdência privada. Contudo, não incidem os alimentos sobre o décimo terceiro salário, se assim não foi estipulado expressamente na decisão que fixou. Precedente. Agravo regimental parcialmente provido" (TJRS, Agravo Regimental 70.018.773.309, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 29.03.2007). "Apelação cível. Incidência sobre décimo terceiro e férias. Verbas de caráter remuneratório. A obrigação alimentar incide sobre todas as verbas que compõem a remuneração do alimentante, inclusive 13º salário e férias, parcelas que se incorporam à remuneração para todos os efeitos, são obrigatórias e decorrem de lei. Negaram provimento. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 70070391271, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.10.2016).

[103] "Apelações Cíveis. Divórcio direto litigioso. 1) Pensão alimentícia em favor da divorcianda. Ainda que a divorcianda seja formada em Jornalismo e Direito, deve ser pensionada pelo ex-marido se durante os quase trinta anos que perdurou o casamento sempre foi sustentada por ele, tendo exercido a advocacia por pouco tempo, e estando há tempos sem trabalhar, não auferindo qualquer rendimento além da pensão alimentícia. Não havendo demonstração de necessidades extraordinárias e estando o divorciando a sustentar três filhos (já maiores) do casal, não há como majorar-se o percentual alimentar fixado na sentença. 2) Alimentos. Participação nos resultados da empresa. Descabe a incidência da verba alimentar sobre a participação anual do divorciando nos resultados da empregadora, em razão do caráter indenizatório e compensatório de tal pagamento. Precedentes. 3) Frutos civis do trabalho. Exclusão da comunhão. Os depósitos e aplicações financeiras em nome do divorciando por ocasião da separação de fato, oriundos do seu salário, não devem compor a posterior partilha de bens do casal, por força do que dispõe o artigo 263, inciso XIII, do CC/1916, c/c artigo 2.039 do CC/2002. 4) Tempo da separação. Tem-se como início da separação de fato a data em que a ré espontaneamente afastou-se do lar conjugal para residir na casa de sua genitora, que estava enferma, não tendo mais retomado o casamento. 5) Sucumbência. Tendo havido sucumbência recíproca, mas a ré decaído em maior parte do que o autor, correta a distribuição não igualitária dos ônus sucumbenciais, sem compensação. Apelação do autor parcialmente provida, por maioria. Apelação da ré desprovida, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70.017.404.971, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 07.12.2006).

[104] DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 442.

[105] *Idem*, p. cit.

106 “Agravo de instrumento. Ação de revisão e exoneração de alimentos. Ausência de prova da diminuição das necessidades dos alimentados. Obrigação alimentícia estabelecida *intuitu familiae*. Impossibilidade de redução automática do *quantum* alimentar. Necessidade de dilação probatória. 1. No caso, corretamente indeferida a antecipação da tutela, já que inexiste qualquer adminículo de prova indicando que o filho alimentado, que já atingiu a maioridade, não mais necessita dos alimentos (no equivalente a 30% dos rendimentos líquidos do alimentante), maioridade que, por si só, não é motivo a ensejar a pretendida exoneração. 2. Além disso, a obrigação alimentícia foi estabelecida *intuitu familiae* e, segundo compreensão pacificada nesta Corte, descabe proceder-se à redução automática do *quantum* alimentar, ainda que em tese seja provável a exoneração em relação a um ou mais dos credores. 3. Reclamando a solução da questão dilação probatória e ausente de informações atualizadas acerca das necessidades do alimentado menor de idade, que persiste na adolescência, inviável, por ora, a exoneração e redução pretendidas. Agravo de instrumento desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70071288682, 8ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 15.12.2016).

107 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 319.

108 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 223-224.

109 BOECKEL, Fabrício Dani de. *Tutela jurisdicional do direito a alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 29.

110 “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 70 (setenta) anos; III – de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

111 CAMPOS, Roberto D. Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores. Buenos Aires: Hammurabi, 2009. p. 89-90.

112 “Processual civil. Direito civil. Família. Separação judicial. Pensão alimentícia. Binômio necessidade/possibilidade. Art. 1.694 do CC/2002. Termo final. Alimentos compensatórios (Prestação Compensatória). Possibilidade. Equilíbrio econômico-financeiro dos cônjuges. Julgamento *extra petita* não configurado. Violação do art. 535 do CPC não demonstrada. 1. A violação do art. 535 do CPC não se configura na hipótese em que o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida nos autos, não incorrendo em omissão, contradição ou obscuridade. Ademais, a ausência de manifestação acerca de matéria não abordada em nenhum momento do *iter* processual, salvo em embargos de declaração, não configurada ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ação de alimentos, a sentença não se subordina ao princípio da adstrição, podendo o magistrado arbitrá-la com base nos elementos fáticos que integram o binômio necessidade/capacidade, sem que a decisão incorra em violação dos arts. 128 e 460 do CPC. Precedentes do STJ. 3. Ademais, no caso concreto, uma

vez constatada a continência entre a ação de separação judicial e a de oferta de alimentos, ambas ajuizadas pelo cônjuge varão, os processos foram reunidos para julgamento conjunto dos pedidos. A sentença não se restringiu, portanto, ao exame exclusivo da pretensão deduzida na ação de separação judicial, nos limites delineados pelas partes no curso do processo judicial, conforme se infere da sentença. 5. Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação. 6. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o *status* social similar ao período do relacionamento. 7. O Tribunal estadual, com fundamento em ampla cognição fático-probatória, assentou que a recorrida, nada obstante ser pessoa jovem e com instrução de nível superior, não possui plenas condições de imediata inserção no mercado de trabalho, além de o rompimento do vínculo conjugal ter lhe ocasionado nítido desequilíbrio econômico-financeiro. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para fixar o termo final da obrigação alimentar" (STJ, REsp 1.290.313/AL, 4ª Turma, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 12.11.2013).

113 SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito Privado*. Teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 664.

114 AZPIRI, Jorge O. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000. p. 29.

115 "Agravo de instrumento. Ação de divórcio litigioso. Decisão monocrática que fixa alimentos compensatórios em cinco salários mínimos. Irresignação do ex-cônjuge. Acordo firmado entre os litigantes de parcela dos bens partilháveis, o qual restou homologado no juízo de origem. Ausência de bens comuns ao casal que produzam rendimentos sendo administrados pelo insurgente. Não verificado o desequilíbrio na situação econômico-financeira das partes. Viabilidade de exoneração dos alimentos compensatórios. Modificação do *decisum* no ponto. Recurso conhecido e provido" (TJSC, Agravo de Instrumento 4018894-20.2017.8.24.0000, 6ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Stanley Braga, j. 21.11.2017).

116 "(...) III – A definição, assim, de um valor ou percentual correspondente aos frutos do patrimônio comum do casal a que a autora faz jus, enquanto aquele encontra-se na posse exclusiva do ex-marido, tem, na verdade, o condão de ressarci-la ou de compensá-la pelo prejuízo presumido consistente na não imissão imediata nos bens afetos ao quinhão a que faz jus. Não há, assim, quando de seu reconhecimento, qualquer exame sobre o binômio 'necessidade-possibilidade', na medida em que esta verba não se destina, ao menos imediatamente, à subsistência da autora, consistindo, na prática, uma antecipação da futura partilha; IV – Levando-se em conta o caráter

compensatório e/ou ressarcitório da verba correspondente à parte dos frutos dos bens comuns, não se afigura possível que a respectiva execução se processe pelo meio coercitivo da prisão, restrita, é certo, à hipótese de inadimplemento de verba alimentar, destinada, efetivamente, à subsistência do alimentando; V – Recurso ordinário provido, concedendo-se, em definitivo, a ordem em favor do paciente" (STJ, Recurso em *Habeas Corpus* 28.853-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 01.12.2011).

117 "Recurso especial. Direito de Família e processual civil. Ação de exoneração de alimentos. Obrigação alimentar prestada por ex-cônjuge. Excepcionalidade. Pensionamento prolongado. Imprescindibilidade da produção de provas. Cerceamento de defesa reconhecido. (...) 3. Conforme entendimento da doutrina e da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges é transitório, devendo ser assegurado ao beneficiário dos alimentos tempo hábil para que consiga prover a sua manutenção pelos próprios meios. 4. A concessão do pensionamento não está limitada somente à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, tais como a capacidade potencial para o trabalho e o tempo decorrido entre o seu início e a data do pedido de desoneração" (STJ, REsp 1.829.295/SC, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 10.03.2020).

118 "Alimentos. Ex-mulher. Inalterada a situação econômica das partes, descabe exonerar o varão do pagamento dos alimentos pelo fato de a alimentada entreter vínculo afetivo que não configura união estável. Apelo improvido, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70.000.225.854, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, voto vencido, j. 03.11.1999). "Apelação cível. Exoneração de alimentos. Ex-companheira. Constituição de novo relacionamento. Modificação do binômio necessidade/possibilidade. Caso em que restou comprovada a alteração nas necessidades da alimentada, sendo corretamente determinada a exoneração do pensionamento na origem. Manutenção da sentença. Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70060359486, 8ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 11.09.2014).

119 ZULIANI, Ênio Santarelli. *Revista de Direito de Família*, IOB: São Paulo, dez.-jan. 2011, p. 109.

120 "Para a concessão de efeito suspensivo ou da prestação jurisdicional antecipada do recurso, providências excepcionais, necessária a existência dos pressupostos estabelecidos no artigo 558, *caput*, do estatuto processual – a relevância da fundamentação e a possibilidade de lesão grave e de difícil reparação, até o julgamento do recurso. Em análise perfunctória neste momento efetuada, vislumbro a presença do *fumus boni iuris*. O caderno processual demonstra que está em andamento, na comarca de Blumenau, inquérito policial relativo a crime de tentativa de homicídio contra o agravante. O suposto autor do disparo de arma de fogo, reconhecido por uma testemunha (fls. 86/87) e pela própria vítima (fls. 92/93), em seu depoimento, negou a autoria do crime mas, no entanto, declarou ter sido procurado pela agravada para a

execução do ‘serviço’ (fl. 101). Na data de 14 de maio do corrente, foi expedido mandado de prisão contra a ora agravada pelo Juiz da Primeira Vara Criminal da referida comarca (fl. 104). Em outra oportunidade, em cumprimento ao mandado de busca e apreensão expedido pelo Togado *a quo* (fl. 107), foram apreendidos na residência da agravada objetos identificados pelo agravante como sendo de sua propriedade – ações ao portador da Empresa Investimentos e Participações INPASA S/A –, os quais teriam sido furtados por ocasião do arrombamento do cofre de sua residência, ocorrido em meados de abril de 2003 (fl. 106). O parágrafo único do artigo 1.708 do Código Civil de 2002 dispõe que ‘com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor’.

Sílvio Luís Ferreira da Rocha aduz que ‘a ingratidão do alimentado é causa para a extinção da obrigação de prestar alimentos. O alimentante não está obrigado a manter quem, por exemplo, atentou contra a sua vida. É a regra do parágrafo único do artigo 1.708 do novo Código Civil’ (*Introdução ao Direito de Família*. São Paulo: RT, 2003. p. 168). Desta forma, embora não haja sentença penal transitada em julgado contra a agravada, não se pode olvidar que os fatos relatados poderão dar ensejo à extinção do dever de prestar alimentos. Assim, entendo prudente suspender a decisão recorrida, ao menos até o julgamento do agravo. O *periculum in mora*, por sua vez, fica consubstanciado no fato de se tratar de verba alimentar e, portanto, irrepetível. Por tais fundamentos, concedo o efeito suspensivo almejado. Cumpra-se o disposto no artigo 527, incisos V e VI, do CPC. Intime-se. Após, redistribuição. Florianópolis, 28 de junho de 2004”.

121 “Direito de Família. Civil. Alimentos. Ex-cônjuge. Exoneração. Filho concebido após a separação consensual. Dever de fidelidade. Recurso provido. I – Não autoriza exoneração da obrigação de prestar alimentos à ex-mulher o só fato de esta haver concebido filho fruto de relação sexual mantida com terceiro após a separação. II – A separação judicial põe termo ao dever de fidelidade recíproca. As relações sexuais eventualmente mantidas com terceiros após a dissolução da sociedade conjugal, desde que não se comprove desregramento de conduta, não têm o condão de ensejar a exoneração da obrigação alimentar, dado que não estão os ex-cônjuges impedidos de estabelecer novas relações e buscar, em novos parceiros, afinidades e sentimentos capazes de possibilitar-lhes um futuro convívio afetivo e feliz. III – Em linha de princípio, a exoneração de prestação alimentar estipulada quando da separação consensual somente se mostra possível em uma das seguintes situações: *a*) convolação de novas núpcias ou estabelecimento de relação concubinária pelo ex-cônjuge pensionado; *b*) adoção de comportamento indigno; *c*) alteração das condições econômicas dos ex-cônjuges em relação às existentes ao tempo da dissolução da sociedade conjugal. IV – Inaplicável à espécie, porque não se trata no caso de fixação de pensão alimentícia, o entendimento que se vem firmando no sentido de que, hodiernamente, dada a equiparação profissional entre mulheres e homens, ambos disputando em condições de

igualdade o mercado de trabalho, não se mostram devidos, nas separações sem culpa, alimentos aos ex-cônjuges, salvo se comprovada a incapacidade laborativa de um deles" (REsp 21.697-0/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 14.06.1993).

122 CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 952.

123 Enunciado 264: "Art. 1.708: Na interpretação do que seja procedimento indigno do credor, apto a fazer cessar o direito a alimentos, aplicam-se, por analogia, as hipóteses dos incisos I e II do artigo 1.814 do Código Civil".

124 Enunciado 345: "Art. 1.708: O 'procedimento indigno' do credor em relação ao devedor, previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, pode ensejar a exoneração ou apenas a redução do valor da pensão alimentícia para quantia indispensável à sobrevivência do credor".

125 PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 110.

126 "Apelação cível. Ação de alimentos. Majoração do valor. O alimentado é menor e tem necessidades presumidas. O alimentante, por sua vez, apresenta sinais exteriores de riqueza que não condizem com quem não pode pagar os alimentos postulados no valor de 01 salário mínimo. Nesse passo, mostra-se viável a pretensão recursal para majorar os alimentos para o valor inicialmente pleiteado pelo alimentado. Deram provimento ao apelo" (TJRS, Apelação Cível 70071938609, 8ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. 15.12.2016).

127 "Revisão de alimentos. Redução do *quantum*. Constituição de nova família e nascimento de mais filhos. Alteração da capacidade econômica do alimentante. 1. Reputa-se alterada a capacidade econômica do alimentante, quando ele tem ganhos modestos e ocorre a constituição de nova família, com o nascimento de outra filha, ensejando o desequilíbrio no binômio possibilidade-necessidade, o que justifica a revisão do *quantum* alimentar. Pressupostos do artigo 1.699 do CCB. 2. Não se pode privilegiar um filho em detrimento de outros, como se o fato de ter nascido de uma relação anterior conferisse a eles mais direitos. 3. Comprovada a alteração das possibilidades do genitor, em razão da redução dos seus ganhos e do aumento dos seus encargos de família, justifica-se a redução da verba alimentar de forma a torná-la suportável para o alimentante, mas sem desamparar os alimentados, que necessitam do amparo paterno. Recurso desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70071447387, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 30.11.2016).

128 "Agravo de instrumento. Alimentos. Revisão. Adolescente – filha – com 13 anos de idade (DN 09.11.2002). Necessidades presumidas. Ajuste anterior – em 2005 – que ficou alimentos em 25% SM. Pretensão de redução. A superveniência de dois outros filhos, logo em seguida ao ajuste, não se apresenta como causa eficiente para a redução pretendida. A opção por prole numerosa recomenda que o alimentante incremente os seus rendimentos, pois é dele a responsabilidade pelo sustento dos filhos. Agravo

improvido. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70070580386, 8ª Câmara Cível, Rel. Ivan Leomar Bruxel, j. 29.09.2016).

129 "Agravo de instrumento. Revisão de alimentos. Conforme dispõe a conclusão nº 47 do Centro de Estudos deste Tribunal, 'dispondo o alimentante de ganho salarial certo, convém que os alimentos sejam fixados em percentual de seus rendimentos líquidos.' Tal medida se deve exatamente para preservar a proporcionalidade entre a necessidade da beneficiária e a possibilidade do prestador. Embora a constituição de nova família, com filho, não signifique, necessariamente, redução da capacidade financeira do alimentante, é preciso sempre analisar o caso em sua concretude, pois quando se trata de alimentante abonado, o advento de novo filho provavelmente não repercutirá em sua capacidade contributiva. Porém, diversa é a situação quando o alimentante recebe modesta remuneração, como no caso, em que foi admitido em seu empregador em fevereiro de 2013, com salário de R$ 1.250,00. Destarte, face à inequívoca alteração para pior da capacidade financeira do agravante em razão do nascimento de nova filha, adequada fixação dos alimentos em 20% da renda liquida (bruto menos os descontos legais da previdência social e IR) do agravante, observado o PISO de meio salário mínimo, como ofertado pelo agravante. Deram provimento em parte. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70070158159, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.10.2016).

130 "Apelação. Revisional de alimentos. Acordo. Ausência de conhecimento sobre as possibilidades do alimentante. Possibilidade de revisão. Valor. Majoração. Considerando a indisponibilidade do direito aos alimentos e o interesse prevalente de menor absolutamente incapaz, convém amenizar a exigência de alteração em algum dos elementos do trinômio alimentar, para revisar obrigação alimentícia fixada em acordo celebrado sem que o alimentado tivesse conhecimento da realidade econômica do alimentante. No caso, o percentual alimentar previsto no acordo destoa em muito daquele que a Corte considera adequado para casos como o presente. Ademais, o alimentante paga alimentos para outros dois filhos, em valor muito superior ao aqui em revisão, em clara violação ao princípio da isonomia. Daí a necessidade de revisar os alimentos. Deram parcial provimento" (TJRS, Apelação Cível 70.015.430.358, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 10.08.2006).

131 RODRÍGUEZ, Nieves Martínez. *La obligación legal de alimentos entre parientes*. Madrid: La Ley, 2002. p. 490-491.

132 "Apelação cível. Cumprimento de sentença. Alimentos. Ante o não pagamento do valor da dívida no prazo de 10 dias, aplicável a multa prevista no art. 457-J do CPC. Cabível a condenação do executado ao pagamento das custas, visto que deu causa à demanda. Honorários advocatícios já previstos no valor do débito apontado pela contadoria e pago. Deram parcial provimento. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 70064815400, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 29.10.2015).

133 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. II, p. 68.

134 PENHA, José Ribamar Barros. *Imposto de renda pessoa física, norma, doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. São Paulo: MP Editora, 2011. p. 290.

135 ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 447.

Capítulo 12

DO BEM DE FAMÍLIA

12.1. BEM DE FAMÍLIA

O bem de família surgiu no Texas, nos Estados Unidos da América do Norte, no ano de 1845, com a *Homestead Exemptio Act*, destinada a proteger as famílias radicadas na então República do Texas, e livrar de qualquer execução judicial até cinquenta acres de terra rural, ou lote de terreno na cidade, compreendendo a habitação até 500 dólares, os móveis e utensílios de cozinha, no limite de 200 dólares, arados, instrumentos e livros destinados ao comércio e ao exercício profissional, além de um determinado número de animais, e todas as provisões necessárias a um ano de consumo.[1]

Esta versão é contestada por Ana Marta Zilveti, que diz ter surgido o bem de família no início do século XIX, no México, quando o Estado da Coahuila e o Texas ainda faziam parte daquele país e que, posteriormente, este, quando de sua independência, estabeleceu na sua Constituição da República, em 1836, as bases futuras do *homestead*, determinando que todo cidadão residente no Texas, à exceção dos africanos, seus descendentes e dos índios, teria direito a uma porção de terras, reservado um lote maior para os chefes de família e uma porção menor para os solteiros de dezessete

anos para mais. Com a crise econômica desenvolvida nos Estados Unidos, aliada à necessidade de colonização do Texas, surgiu a Lei de Isenção do Local do Lar (*Homestead Exemption Act*), de 26 de janeiro de 1839 para incentivar o povoamento do território texano, sendo o *homestead* incorporado à Constituição Texana de 1845.[2] A Constituição do Texas de 1876 e ainda em vigor, criou o *homestead* urbano de uma família ou de uma pessoa solteira que tem sua residência protegida de execução forçada para o pagamento de débitos de qualquer natureza, salvo pontuais exceções.[3]

A constituição do bem de família tem por escopo a proteção da moradia utilizada como sede da família, que é o núcleo afetivo básico da sociedade, garantindo ao grupo familiar que ela permanecerá salvaguardada das contingências econômicas que possa sofrer, valorizando e enfatizando o fim social da habitação e protegendo a família, que é o pilar da sociedade.[4]

Estas mesmas razões de ordem humanitária foram ponderadas pelo Código de Processo Civil brasileiro, ao considerar absolutamente impenhoráveis as provisões de alimentos (pensões) necessárias à manutenção do devedor e de sua família (art. 833, inc. IV, que considera impenhoráveis as quantias destinadas ao sustento do devedor e de sua família, salvo para pagamento de prestação alimentícia – § 2º), e o imóvel rural, de área de até um módulo, que se estabelece na forma do Estatuto da Terra, conquanto seja o único de que disponha o devedor, ressalvada a hipoteca para fins de financiamento (CPC, art. 833, § 1º). O Código de Processo Civil teve em mira um propósito eminentemente humanitário, destinado a garantir a subsistência do devedor, mas cedeu diante das exceções do artigo 833 do Código de Processo Civil, especialmente quando a constrição era destinada a satisfazer alimentos de incapaz, de mulher viúva, solteira, separada judicialmente, ou de pessoas idosas.

De acordo com Luiz Edson Fachin, o bem de família no Brasil foi proposto primeiro com o nome de “lar de família”, isso no ano de 1893, e

incluído na Parte Geral do Código Civil com a emenda de 1º de dezembro de 1912, por meio de quatro artigos.[5]

Contudo, o deputado paraense Justiniano de Serpa impôs ressalvas à inclusão do instituto na Parte Geral, no Livro das Pessoas, e sugeriu devesse ser deslocado para a Parte Especial do Código, "pois se tratava de uma relação jurídica de caráter particular, e não de um elemento do direito, nem de um preceito de caráter geral", conclui Reinaldo Antônio Aleixo.[6]

Os reclamos foram acolhidos e o instituto foi deslocado para o Livro dos Bens, nos artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916, sem, no entanto, atender às expectativas de sua finalidade social, provavelmente por depender da iniciativa do titular do bem, cujo procedimento de proteção era custoso e dependia de registro público, "além de só ser possível se o cidadão fosse proprietário, no mínimo, de mais de um bem".[7]

12.2. CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA

O bem de família instituído pela Lei 8.009/1990 isenta o imóvel destinado a servir de domicílio da família do devedor, de execução por dívidas de índole civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de qualquer natureza, salvo as exceções previstas em relação aos débitos descritos no seu artigo 3º (revogado pela LC 150/2015), sendo intento do instituto proteger o direito de propriedade que serve de abrigo para a família, não no propósito de asilar o mau pagador, e sim no sentido de equilibrar o processo executivo.[8]

A finalidade do bem de família é proteger a habitação, o lugar comum dos membros da família, fortalecendo o direito ao teto familiar, sem o qual é impensável o desenvolvimento e crescimento das relações familiares.[9]

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, conquanto quitados (Lei 8.009/1990, art. 1º, parágrafo único).

Para Álvaro Villaça Azevedo o "bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade".[10] Entretanto, este conceito tornou-se insuficiente diante do advento do Código Civil de 2002, ao instituir o bem de família voluntário, cuja abrangência foi ampliada para adiante da proteção da moradia familiar, e assim procedeu ao permitir pelo artigo 1.712 do Código Civil a constituição de um fundo patrimonial proveniente de valores mobiliários e cuja renda será aplicada na conservação do imóvel familiar e no sustento da família.

12.3. O ADVENTO DA LEI 8.009/1990

A Constituição Federal de 1988 cuidou de assegurar especial proteção estatal à família (art. 226), constituindo-se a moradia em um direito social prioritário e de dignificação mínima da pessoa (art. 6º), por ser a casa o asilo inviolável do cidadão (art. 5º, inc. XI). A moradia, como expressão e garantia constitucional da dignidade humana, passou a ter valor maior e sobreposto ao direito meramente patrimonial.[11]

Sob o prisma constitucional de prevalência do valor humano sobre o direito de propriedade, o abrigo familiar não pode mais ser visto como reserva de capital e garantia patrimonial, mas deve ser reconhecido em razão da sua finalidade social, de realização de direitos humanos e de elementar necessidade, no propósito de preservar uma moradia familiar, ou mesmo de uma pessoa só, conforme restou, inclusive, enunciado pelo STJ na Súmula 364.[12] A Constituição Federal assegura o direito de propriedade vinculado ao exercício de sua função social, pois existe um interesse

público, soberano, intimamente atrelado aos anseios de uma sociedade mais justa e igualitária.

O bem de família como uma propriedade destinada à moradia da pessoa ou de um grupo familiar tem na sua gênese uma função social, embora não se trate de um direito absoluto, porque pode conflitar com outros direitos de igual dimensão existencial.

A proteção da impenhorabilidade do bem de família da Lei 8.009/1990 amplia o rol de bens impenhoráveis do artigo 833 do Código de Processo Civil, com a impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor, como imposição da lei e independente da vontade do titular do bem, no propósito de salvaguardar a sua moradia familiar. O instituto surgiu em um período de conturbada crise na economia nacional, com registro de altos índices de inflação e toda uma conjuntura social afetada por sucessivos planos econômicos a gerarem insegurança e instabilidade socioeconômica e familiar.

A Lei 8.009/1990 emerge na esteira da nova ordem jurídica da Constituição Federal de 1988, para conferir proteção à moradia da entidade familiar, esta constituída pelo casamento, pela união estável ou proveniente da família monoparental, e dentro do espectro de proteção inclui os móveis que guarnecem a residência, interpretando a jurisprudência brasileira se tratar de bens necessários à uma vida digna e esta, não se limita à morada vazia e destituída de móveis e utensílios essenciais às praticidades e necessidades de uma habitação e ao mínimo de conforto, como também daqueles que proporcionam lazer e bem-estar.

As expressões “casal” ou “entidade familiar” devem ser interpretadas de forma a recolher indistintamente todas as pessoas que integram ou possam integrar uma organização familiar, como prescreve o artigo 170 da Constituição Federal ao tratar de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, e cujo inciso III se refere “à função social da propriedade”, não podendo ser olvidado na aplicação sistemática

dos direitos fundamentais da pessoa a intelecção do artigo 5º, *caput*, da Carta Política de 1988, ao estabelecer que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)".

Desse modo, viúvos, divorciados, irmãos ou irmãs solteiras, todos têm sido na interpretação jurisprudencial e, em especial da Súmula 364 do STJ, destinatários do beneplácito da impenhorabilidade do bem de família, e por que não haveria de merecer igual direito a pessoa solteira, tão só porque não constituiu família? E por qual razão aqueles que constituíram família e depois a dissolveram com o divórcio ou com a separação, mesmo de fato ou de corpos? Também esses não deixaram de ser credores do benefício do bem de família na interpretação reiterada da jurisprudência dos tribunais, o mesmo ocorrendo em relação a quem optou por viver sozinho, e nem por isso com menor dignidade, como decidiu a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao negar provimento ao recurso interposto por ex-esposa que pretendia a penhora do bem de família de seu ex-marido, em virtude de uma dívida em razão da partilha de bens realizada na separação judicial do casal.[13]

A proteção do Estado é dirigida à família, e não à forma pela qual ela é constituída; não obstante existissem resistências em relação às pessoas solteiras e às uniões homoafetivas, em tempos antecedentes ao pronunciamento do STF acerca das uniões homoafetivas, porquanto o bem de família protege a moradia das famílias matrimonializadas, das uniões estáveis, das famílias monoparentais, das uniões livres, sem comunhão de vida e sem o objetivo de constituir família, das mães solteiras, das pessoas viúvas, dos solteiros, daqueles cônjuges ou companheiros, mesmo quando convencionam em não coabitarem, dos irmãos vivendo sob o mesmo teto e das pessoas unidas em identidade de gênero sexual, para cujo relacionamento só existiria o bem de família se um deles adotasse um filho, exigência esta incoerente quando uma pessoa mesmo vivendo sozinha tem sua moradia garantida pela impenhorabilidade do bem de família.

As expressões casal ou entidade familiar abrangem, em síntese, e indistintamente, todas as pessoas integrantes de um organismo familiar, haja vista ser o escopo maior do instituto proteger a dignidade da pessoa, e por isonomia constitucional todos são iguais perante a lei. A Lei 13.144, de 6 de julho de 2015, alterou o inciso III do artigo 3º da Lei 8.009/1990, para resguardar da penhora feita por credor de pensão alimentícia os direitos do coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, salvo quando ambos respondam pela dívida alimentar.

12.4. O BEM DE FAMÍLIA DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil instituiu o bem de família voluntário com o propósito de ampliar o objetivo do bem de família da Lei 8.009/1990, conciliando o bem de família legal com o bem de família convencional, de modo que dispõe o artigo 1.711 do Código Civil estar ao alcance dos cônjuges, ou da entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, a faculdade de destinarem parte de seus bens para instituir bem de família, conquanto não ultrapasse 1/3 (um terço) do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, independente das regras sobre a impenhorabilidade do imóvel, contidas na Lei 8.009/1990 e acréscimos da Lei 13.144/2015.

Como sucede com o bem de família legal, também no bem de família convencional do Código Civil, não pode haver nenhuma restrição do conceito de entidade familiar, pois exista uma ou mais de uma pessoa ocupantes da habitação para identificá-los como uma entidade familiar, ou seja, se formam uma família típica ou atípica, diante das diversas modelagens responsáveis pela geométrica ampliação do conceito clássico de família, fruto da evolução dos costumes sociais.[14]

A jurisprudência estendeu essa sua mesma interpretação no referente ao bem de família convencional, do Código Civil, como já procedia em relação ao bem de família legal, da Lei 8.009/1990, e, destarte, tratou de ampliar a

noção de família tutelada pelo bem familiar por meio da Súmula 364 do STJ, assim como a partir da Constituição Federal a jurisprudência reconheceu novas configurações de entidades familiares, ao estender a proteção legal às uniões estáveis e às famílias monoparentais e destas bases o Supremo Tribunal Federal, com o julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, trouxe existência jurídica para as uniões homoafetivas.

Como aduz Ana Marta Cattani de Barros Zilveti, multiplicaram-se as agregações convivenciais, ligadas não exclusivamente pelo sangue, mas pelo afeto,[15] e, portanto, mesmo um celibatário está apto a constituir bem de família; ou um terceiro, quando institui o bem de família em benefício dos cônjuges ou da entidade familiar por testamento ou por doação (CC, art. 1.711, parágrafo único).

Destarte, na concepção de entidade familiar devem ingressar todas as formas de constituição de família, casados, conviventes, parentes, monoparental, separados, divorciados, viúvos, filhos morando sozinhos, casais homoafetivos; nunca sendo esquecido igualmente, o princípio constitucional da igualdade e a proibição expressa de discriminação sexual (CF, arts. 5º e 3º, inc. IV).

Enfim, o fundamento do bem de família está ligado à proteção da pessoa do devedor e, portanto, protege o lugar em função da pessoa e não pela soma de seus componentes, como nessa direção se encaminhou a jurisprudência em relação ao bem de família legal, não obstante o artigo 1.711 do Código Civil se referisse apenas aos cônjuges e à entidade familiar, como no mesmo sentido expressa o artigo 1º da Lei 8.009/1990, cingindo a proteção da impenhorabilidade ao imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar.[16]

Qualquer dos cônjuges ou conviventes pode constituir por sua iniciativa o bem de família, tendo em conta a igualdade de direitos e de deveres consagrada pelo § 5º do artigo 226 da Carta Federal de 1988, sendo dispensável a outorga ou assentimento do outro consorte, por não importar a

instituição do bem de família em sua alienação ou no gravame de ônus real, mas, pelo contrário, por se tratar de ato de proteção e de conservação dos bens comuns.

Há inquestionável diferença do bem de família voluntário, regulado pelo Código Civil, daquele imposto pela Lei 8.009/1990, por cuja sistemática a proteção da moradia independe da iniciativa dos cônjuges ou de qualquer integrante da entidade familiar para promover os atos de constituição de bem de família.

Evidentemente, o instituidor só pode ser o proprietário do bem, porque ninguém está apto a instituir bem de família com a propriedade alheia, devendo a instituição ser procedida por escritura pública de doação ou por testamento (CC, art. 1.711), sob pena de nulidade do negócio, por não estar revestido da forma prescrita em lei (CC, art. 166, inc. IV).

12.4.1 Objeto do bem de família voluntário

O bem de família consistirá em prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, destinando-se em ambos os casos ao domicílio familiar, e poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família, limitado a 1/3 do patrimônio líquido do instituidor.

Portanto, podem os cônjuges ou conviventes e bem assim qualquer integrante de uma família monoparental e, ainda terceiros, instituírem o bem de família, por escritura pública ou testamento, conquanto respeitem o limite máximo da terça parte (1/3) do seu patrimônio líquido, cujo percentual será apurado no momento da abertura da sucessão quando a instituição for testamentária.

Como estabelece o artigo 1.712 do Código Civil, os imóveis urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, instituídos como bem de família, deverão ser obrigatoriamente destinados a servirem ao domicílio familiar. O

bem de família poderá abranger valores mobiliários, cuja renda será aplicada na conservação do imóvel e no sustento da família.

Isso porque de nada servirá instituir a morada como bem de família se não existirem recursos para a conservação do imóvel residencial, e para o sustento da família, que acabaria sendo levada a se desfazer do imóvel para garantir a sua sobrevivência na ausência de fonte de custeio, sujeitando o bem instituído à sua deterioração física por total falta de conservação.

12.4.2 Valor do bem de família voluntário

E, voltado para essa preocupação acerca da manutenção e conservação do bem de família, cuida o artigo 1.711 do Código Civil de limitar a instituição do bem de família convencional ao máximo de um terço (1/3) do patrimônio líquido do instituidor, existente ao tempo da instituição no caso de doação e verificado por ocasião da abertura da sucessão se a instituição se deu por meio de testamento.

Para efeitos de bem de família são considerados o imóvel destinado à moradia familiar e as aplicações financeiras separadas para manutenção da família e conservação desta residência familiar, não subsistindo um bem sem o outro, ou seja, os valores mobiliários estão inquestionavelmente destinados à conservação do imóvel, e um bem é dependente do outro, não podendo subsistirem isoladamente, porque inviável instituir como bem de família um terço dos valores mobiliários do instituidor, se tanto não for destinado para conservar a morada instituída e para sustentar a família.

O legislador optou por limitar a instituição do bem de família convencional a um terço do patrimônio líquido de seu instituidor, por critério eminentemente subjetivo, porque o montante irá depender das condições econômico-financeiras deste, considerando a relatividade de um terço do patrimônio de um instituidor de classe baixa representar muito

pouco, enquanto o proveniente de um instituidor de classe média ou alta representar valores muito mais significativos.

Como ordenado pelo artigo 1.712 do Código Civil, o bem de família pode ser sobre um prédio residencial urbano ou rural, com suas pertenças e acessórios, sendo facultada a inclusão de valores mobiliários que não podem exceder o valor do prédio instituído em bem de família, à época de sua instituição (CC, art. 1.713). Ocorre, portanto, uma mescla de bem de família imóvel e outro móvel, de montantes que podem ser equiparados até o limite do valor do prédio instituído como bem de família.

Os valores mobiliários estão atrelados aos bens imóveis do artigo 1.712 do Código Civil, conquanto não ultrapassem estes e aqueles um terço do patrimônio líquido do instituidor, sem prejuízo das regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial (Lei 8.009/1990).

Os valores mobiliários se compõem de depósitos em conta corrente, aplicações financeiras, ações, títulos de crédito, entre outras, e precisam ser individualizados na escritura pública de constituição; se forem títulos nominativos devem constar dos registros competentes e estes valores podem ser confiados à administração de uma instituição financeira que ficará como fiel depositária (CC, art. 1.713, § 3º), e o instituidor poderá disciplinar a forma de pagamento da respectiva renda aos beneficiários. No caso de eventual liquidação ou falência da entidade financeira, não serão atingidos os valores que lhe foram confiados como bem de família convencional, sendo transferidos para outra instituição administradora (CC, art. 1.718).

A renda haurida com a aplicação dos valores mobiliários destina-se à conservação do imóvel e ao sustento da família e funciona como um reforço econômico-financeiro ao blindar um terço de seu patrimônio líquido entre recursos financeiros e bens que ficam imunes às execuções judiciais por dívidas posteriores à sua instituição (CC, art. 1.715).

12.4.3 Procedimento de constituição e efeitos

O artigo 1.711 do Código Civil exige a escritura pública de doação ou de testamento como pressuposto de constituição válido e regular do bem de família, e na hipótese do testamento ele só terá efeito depois da morte do instituidor.

A constituição do bem de família produz efeitos a partir de sua inscrição no Registro Imobiliário (CC, art. 1.714), ou desde a data da prenotação da respectiva escritura pública. Não basta, portanto, a escritura pública de instituição do bem de família voluntário, sendo necessária a sua inscrição no Registro de Imóveis. O artigo 261 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos) exige a publicação de edital, nos expressos termos do artigo 262 (LRP), para que, em trinta dias, contados da publicação, algum prejudicado possa reclamar, e, se porventura for apresentada alguma reclamação, é suspenso o registro e cancelada a prenotação. No entanto, o artigo 1.714 do Código Civil dispôs de forma distinta e manda unicamente registrar a escritura no Ofício de Imóveis, não mais vigendo os artigos 261 e 262 da Lei dos Registros Públicos, também tendo sido revogados os seus artigos 263 e 264, pertinentes à reclamação de terceiros, isto porque eles poderiam reclamar no prazo de trinta dias contado da publicação do edital, mas não há mais edital.[17]

Os efeitos do bem de família voluntário perduram enquanto não se produza alguma de suas causas de extinção, dentre as quais não está previsto o mero transcurso do tempo, estabelecendo o artigo 1.722 do Código Civil a sua extinção com a morte de ambos os cônjuges ou conviventes, muito embora o diploma omita por mero lapso a entidade familiar formada pela união estável e também pela maioridade civil dos filhos.

A isenção do bem de família durará enquanto viver um dos cônjuges ou conviventes, ou na falta destes, até que os filhos completem a maioridade (CC, art. 1.716), contanto que não estejam sujeitos à curatela, porque nesta hipótese o filho curatelado segue como dependente, em razão da sua incapacidade para os atos de administração patrimonial da vida civil,

segundo os motivos declinados no artigo 1.767 do Código Civil, sendo certo afirmar hodiernamente que o bem de família legal ou convencional subsiste enquanto estiverem atingindo as suas finalidades de habitação e para conservação desta moradia.

12.4.4 Das isenções

O artigo 1.715 do Código Civil apenas isenta da execução do bem de família as dívidas posteriores ao ato de instituição, salvo aquelas provenientes de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. Esta ressalva já constava do bem de família voluntário previsto no artigo 70 do Código Civil de 1916, quando desobrigava a edificação destinada ao domicílio da família da execução por dívidas, salvo aquelas provenientes de impostos relativos ao mesmo prédio.

Mas quer a lei resguardar não só os impostos predial e territorial, as taxas e contribuições devidas a título de remuneração por serviços públicos prestados em benefício do imóvel, mas também as despesas de condomínio incidentes sobre a economia instituída como bem de família. Não faria sentido isentar o bem imóvel destes custos, pois isto representaria um verdadeiro incentivo à inadimplência, porque qualquer um poderia deixar de atender aos encargos próprios da moradia, e isto seria caótico, se a sua dívida para com o imóvel não pudesse ser executada com a penhora do bem de família, judicializando o inaceitável enriquecimento sem causa.

Na hipótese de execução pelas dívidas mencionadas no artigo 1.715 do Código Civil, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento da família, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, tudo a critério do juiz (CC, art. 1.715, parágrafo único). O reaproveitamento do saldo verificado em prol do devedor mantém o espírito empreendido pelo instituto do bem de família convencional, no pressuposto de defender a família das mazelas financeiras,

podendo o juiz decidir de forma diferente se entender que o instituído não estará sendo efetivamente protegido, ou se antever a forte possibilidade de se repetir o ato espontâneo de inadimplência dos tributos e das despesas de condomínio, se o instituído adquirir nova residência, preferindo ordenar a aplicação da sobra em valores monetários com disponibilidade da renda previamente programada, como faculta o § 3º do artigo 1.713 do Código Civil.

12.5. EXTINÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA

O Código Civil estabelece no artigo 1.722 que a extinção do bem de família só se dará em caso de morte de ambos os cônjuges ou conviventes, que também constituem verdadeiras uniões no seu sentido espiritual, moral, material, constitucional e legal, como explicita o artigo 1.716 do mesmo diploma substantivo civil, sendo que neste artigo mais uma vez se esqueceu o Código Civil de mencionar os conviventes da união estável, destinatários, por igual, da proteção constitucional do bem de família voluntário e assim mesmo a pessoa solteira, separada de fato ou de direito, divorciada ou viúva, como referendado pela Súmula 364 do STJ. Portanto, persiste a afetação enquanto sobrevive um dos cônjuges ou conviventes; mas, se mortos ambos e existindo filhos independentemente de serem menores ou incapazes, mas enquanto alguém estiver ocupando a habitação, não se extingue o bem de família.

O artigo 1.721 do Código Civil determinava que a dissolução da sociedade conjugal não extinguia o bem de família, mas, uma vez dissolvida a sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, o outro sobrevivente ou companheiro tinha a faculdade de pedir a extinção do bem de família, se ele fosse o único bem do casal, permitindo, assim, fosse o bem levado a inventário e partilha aos herdeiros, contudo a Súmula 364 do STJ garante a sobrevida do bem de família para a pessoa viúva, solteira ou separada.[18]

Com a edição da Emenda Constitucional 66/2010 restou praticamente sem utilidade o instituto da separação judicial ou extrajudicial e que só dissolvia a sociedade conjugal, e não o vínculo nupcial, sendo que na atualidade, os casais optam maciçamente pelo instituto da dissolução do casamento, que se dá pelo divórcio, dissolvendo também o casamento pela morte, nulidade ou anulação do matrimônio, persistindo os seus efeitos jurídicos na hipótese de invalidade das núpcias, em relação ao cônjuge de boa-fé, e a união estável se dissolve pela morte ou pela iniciativa dos conviventes e em qualquer destas hipóteses permanece o bem de família, que nos dias atuais independe da existência de uma família, mas sim de pelo menos um residente e cuja dignidade de um mínimo existencial é assegurada pelo bem de família.

---

1 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva. v. 19, p. 1 e 3.

2 ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de Família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 31-33.

3 *Idem*, p. 37.

4 LLOVERAS, Nora. El bien de família y la unión convivencial o de hecho en la Argentina. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa (coord.). *La familia en el nuevo derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. I, p. 260-261.

5 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 143.

6 ALEIXO, Reinaldo Antônio. Do bem de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *Novo Código Civil*: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 486.

7 LONGO, Gabriel Sousa. A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador para a satisfação de crédito locatício. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 196.

8 ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 236.

9 LLOVERAS, Nora. El bien de família y la unión convivencial o de hecho en la Argentina. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa (coord.). *La familia en el nuevo derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. I, p. 258.

10 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: comentários à Lei n. 8.009/1990. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 93.

11 "Sistema financeiro habitacional e processual civil. Execução extrajudicial. Situação. Antecipação de tutela. Imóvel hipotecado. Litígio acerca do débito. Direito à moradia. Proteção. Dignidade humana. Interesse prevalente. A pendência de litígio acerca do débito de mútuo hipotecário torna controvertida a liquidez da dívida e a mora, conferindo verossimilhança ao alegado direito à sustação da execução extrajudicial, para proteção da moradia, indispensável à operacionalização da garantia constitucional à dignidade da vida humana, que se sobrepõe a direitos meramente patrimoniais" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.003.299.401, 9ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Mara Larsen Chechi, j. 28.11.2001).

12 Súmula 364 do STJ: "O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas".

13 "Embargos à execução. Arguição de inépcia da inicial. Entidade familiar. Lei n. 8.009/1990. A desnecessidade de oposição de embargos para arguição da impenhorabilidade do bem de família não eiva de nulidade a sentença que os acolhe, se interpostos. O conceito de entidade familiar, para o reconhecimento da proteção jurídica da Lei n. 8.009/1990, inclui a pessoa separada e sozinha" (TAMG, Apelação Cível 380.931-0, 4ª Câmara Cível, Rel. Juiz Domingos Coelho, j. 19.02.2003).

14 MENIN, Márcia Maria. Do bem de família voluntário. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito Civil, direito patrimonial, direito existencial*. São Paulo: Método, 2006. p. 845.

15 ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 257.

16 Lei 8.009/1990: "Art. 1º 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 proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei".

17 ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 200-201.

18 "Processual civil. Espólio. Declaração de insolvência. Arrecadação de imóvel considerado pelo STJ como bem de família. Ulterior falecimento da viúva-meeira então recorrente. Alteração da situação fática que servira de embasamento à decisão. Determinação do tribunal estadual para que a primeira instância reexaminasse a questão ante o novel quadro. Possibilidade. Ausência de vícios formais. Contrariedade à Lei n. 8.009/1990 não identificada. I. Acórdão estadual que não padece de vícios formais,

rejeitada a sua alegada nulidade. II. Possível, no curso de processo de insolvência civil do espólio, o reexame da impenhorabilidade de imóvel considerado como protegido pela Lei n. 8.009/1990, se alterada a situação fática que embasou a decisão, com o ulterior falecimento da viúva-meeira que se insurgira contra a penhora originária do bem, considerado, então, como de família, por ser sua residência. III. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 327.726/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho, j. 17.05.2007).

Capítulo 13

DA UNIÃO ESTÁVEL

13.1. BREVE RESENHA HISTÓRICA DA UNIÃO ESTÁVEL

A legislação brasileira tradicionalmente apresentava-se em oposição ao concubinato, existindo diversos dispositivos no revogado Código Civil de 1916 a proibirem doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice e outorgando à mulher casada a legitimidade processual para reivindicar os bens comuns, doados ou transferidos pelo marido à concubina, assim como impedindo a instituição da concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida, cujos dispositivos sempre tiveram em mira a concubina de homem casado, em defesa da família matrimonial, única expressão de legítima e exclusiva exteriorização de entidade familiar.

Com o tempo foram editadas leis concedendo tímidos direitos às companheiras viúvas, como sucedeu com o Decreto 2.681, de 7 de dezembro de 1912, ao regular a responsabilidade civil nas estradas de ferro e reconhecer direitos à concubina na indenização decorrente da morte do companheiro em acidente ferroviário e estabelecer, no artigo 22, que no caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a

arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação.[1] O Decreto-lei 4.737, de 24 de setembro de 1942, dispôs sobre o reconhecimento de filhos naturais, mas só após o desquite do ascendente casado, sendo mais tarde estendidas as hipóteses de reconhecimento de filhos extraconjugais, embora em um primeiro estágio o reconhecimento fosse somente para fins alimentares quando o investigado era casado.

A Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, dispôs sobre a Lei Orgânica da Previdência Social e recebeu alterações pela Lei 5.890, de 8 de junho de 1973, cujo artigo 23 admitiu a designação, pelo segurado, da companheira que vivesse sob sua dependência econômica, mesmo não sendo uma companheira exclusiva, quando a vida em comum ultrapassasse cinco anos de convivência devidamente comprovados. O Decreto 72.771, de 6 de setembro de 1973, aprovou o Regulamento da Lei 3.807/1960, com as alterações da Lei 5.890/1973 e atualmente, o Regime Geral da Previdência Social está regulado pelo artigo 201 da Constituição Federal, sendo, em sede infraconstitucional, disciplinado pela Lei 8.212/1991 – plano de custeio – e Lei 8.213/1991 – plano de benefícios – e ambas as Leis são regulamentadas pelo Decreto 3.048/1999.[2]

A Lei 4.297, de 23 de dezembro de 1963, dispôs sobre a aposentadoria e pensões de Institutos ou Caixas de Aposentadoria e Pensões para Ex-Combatentes e seus dependentes, incluindo a companheira, desde que o segurado tivesse convivido maritalmente por prazo não inferior a cinco anos e até a data de seu óbito. A Lei 4.862, de 29 de novembro de 1965, alterou a legislação do Imposto de Renda para admitir que o contribuinte considerasse como sua dependente, pessoa com quem vivesse no mínimo por cinco anos, ao passo que o Decreto-lei 7.036, de 10 de novembro de 1944, reformou a Lei de Acidentes do Trabalho e o Decreto 18.809, de 5 de maio de 1945, aprovou o regulamento da Lei de Acidentes do Trabalho para incluir a companheira da vítima de acidente do trabalho como beneficiária da

indenização devida por sua morte. Posteriormente, a Lei 5.316, de 14 de setembro de 1967, integrou o seguro de acidentes do trabalho na Previdência Social.

A Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973) admitiu o uso pela concubina do patronímico de seu companheiro, contanto já vivessem em concubinato pelo menos há cinco anos, ou em menor tempo se deste relacionamento houvesse filhos e não existisse qualquer impedimento legal para o casamento. A Lei 6.195, de 19 de dezembro de 1974, atribuiu ao Funrural a concessão de prestações por acidente do trabalho, e o Decreto 76.022, de 24 de julho de 1975, aprovou o Regulamento do Seguro de Acidentes do Trabalho Rural, para, igualmente, incluir a companheira mantida há mais de cinco anos como beneficiária do seguro de acidente do trabalho rural. Posteriormente, a Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977) permitiu o reconhecimento de filho extraconjugal por meio de testamento cerrado e, neste aspecto, irrevogável, ao alterar o artigo 1º da Lei 883, de 21 de outubro de 1949.

A cada dia a jurisprudência brasileira engrossava seu repertório em defesa do concubinato, depois convertido em união estável e em todos os graus de jurisdição iam sendo paulatinamente acolhidos direitos tendentes a não mais desamparar a companheira da união livre ou extramatrimonial, partindo da simples e muitas vezes duradoura *afeição carnal*, a que se referem as Ordenações do Reino, até o casamento religioso, com família constituída, onde tudo era concubinato, como bem lembrou Edgard de Moura Bittencourt.[3]

Ordenações do Reino eram as Ordenações Afonsinas; as Ordenações Manuelinas e por fim, as Ordenações Filipinas, que em nada contribuíram para a evolução do *concubinato*, salvo para reprimi-lo.[4] A verdade é que o concubinato sempre foi visto como sendo uma ameaça para o casamento, mas bem concluiu Fernando Torres-Londoño ao estudar o concubinato nos séculos XVII e XVIII no Brasil, de que ele se constituiu em realidade, de

“um casamento pela porta dos fundos que se impunha quando impedimentos, desigualdade ou condições de vida não permitiam o casamento ou lhe tiravam seu sentido de aliança econômica”.[5]

Por sua vez, do Supremo Tribunal Federal surgiram as Súmulas 35, 380 e 382, versando a primeira sobre a indenização da concubina em caso de acidente do trabalho, ou de transporte, pela morte do amásio e se não estavam impedidos de casar; a segunda tratou da partilha do patrimônio adquirido pelo esforço em comum na sociedade de fato; e a terceira dispensando a vida em comum sob o mesmo teto como pressuposto de caracterização do concubinato.[6] Por fim, depois do julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, conferindo ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 175, de 14 de maio de 2013, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Por sua vez, no Recurso Extraordinário 646.721/RS, em 10 de maio e 2017, sendo redator do acórdão do Tema 498 da repercussão geral o Ministro Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal afirmou que: *No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002*.

13.2. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi o marco de elevação do precedente concubinato à condição de união estável, ao enunciar no artigo 226, § 3º, que, “para efeito de 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”.

Com o aval constitucional a união estável adquiria o *status* de entidade familiar, posta ao lado do casamento e da família monoparental, causando verdadeira reviravolta jurídica e social, quando o matrimônio sempre fora o único modo legítimo de constituir família.

Alterava a Constituição Federal de 1988 os paradigmas socioculturais brasileiros, ao retirar o *concubinato* do seu histórico espaço marginal e passava a identificá-lo não mais como uma relação aventureira e de segunda categoria, mas como uma entidade familiar denominada como união estável, assemelhada ao casamento, com identidade quase absoluta de pressupostos, e com a alternativa de ser transformada em casamento.

As estatísticas apontavam para uma notória redução dos matrimônios tradicionais, com um crescimento geométrico das uniões informais, restando o constituinte de 1988 por se dobrar às evidências e assentar a família informal ao lado da família formal do casamento, conferindo aos dois institutos e à família monoparental a merecida proteção estatal.

Mas não foi uma trajetória fácil, porque não foram poucas as vozes levantadas na intransigente defesa do inafastável distanciamento dos dois institutos, todas sustentando que a proteção constitucional às famílias de fato não significava, em hipótese alguma, a equiparação da união estável ao casamento, sentenciando Carlos Alberto Bittar[7] devessem as uniões livres seguir regidas pelas normas existentes e gozando a mulher da união estável do tradicional amparo jurisprudencial quando pudesse comprovar sua efetiva participação na aquisição do patrimônio do companheiro, só prescindindo de regulamentação o procedimento de conversão da união estável em casamento, com o estabelecimento de algumas condicionantes, como o tempo mínimo de convivência, pesando favoravelmente a existência de filhos comuns e demais pressupostos, como o da aparência pública e digna, como a de um casamento, pois do contrário a união informal era tratada como se fosse desvestida de respeito e carente de compostura.

Posições inflexíveis e irredutíveis teimavam em não reconhecer qualquer relação de direito familista no companheirismo, entendendo Yussef Said Cahali[8] que a simples união estável entre o homem e a mulher seguia como mera relação concubinária ou de sociedade de fato, para só produzir os efeitos tradicionalmente reconhecidos e já consagrados pela jurisprudência pretoriana construída antes da Constituição Federal de 1988.

Em provimento jurisprudencial pioneiro, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fez editar a Súmula 14, para atribuir às Varas de família, onde houvesse, a competência para as ações decorrentes da união estável.[9] Atualmente esse tema está pacificado diante da inclusão do instituto da união estável no Livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro.

Em contraponto, ancoraram posicionamentos no sentido de proibir tratamento discriminatório da união estável entre um homem e uma mulher e até mesmo entre pessoas do mesmo sexo diante do julgamento conjunto no Supremo Tribunal Federal da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, por se tratar de uma legítima entidade familiar, cujos direitos e obrigações devem ser encontradas no Direito de Família, e sendo definitivamente superados pressupostos como o da prova do esforço comum, que passa a ser presumido pela tão só existência da união estável, gerando, por consequência, a participação no resultado econômico da relação, salvo contrato escrito em sentido diverso; além da substituição da superada retórica da *indenização de serviços prestados* pelo direito aos alimentos.

Cuidava a jurisprudência e doutrina brasileiras de desenharem os verdadeiros contornos da união estável, diante do longo vazio verificado entre a Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e a edição da Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, como a primeira lei destinada a regulamentar a união estável.

Durante essa semiescuridão de parâmetros, os tribunais brasileiros, embora divergissem em suas conclusões, foram paulatinamente encontrando o caminho da efetiva elevação da união estável à condição de entidade

familiar, quando passaram a reconhecer os mesmos efeitos do casamento ao companheirismo, e a dispensar as derivações projetivas do esforço comum (Súmula 380 do STF) para a aquisição do patrimônio, e o da indenização por serviços prestados, cujo espaço foi ocupado pelo direito aos alimentos, tendo decidido o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, à falta de legislação infraconstitucional regulando o instituto do *concubinato*, devem ser-lhe reconhecidos todos os efeitos jurídicos do casamento.[10]

13.3. A LEI 8.971/1994

A Lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994, foi inspirada no Projeto de Lei 37, de 1992, de autoria do Senador Nelson Carneiro e chegou com seis anos de atraso para responder àqueles que, desde a Constituição Federal de 1988, proclamavam a necessidade de edição de lei infraconstitucional para regulamentar a união estável, e reconhecê-la como uma entidade familiar sujeita de direitos similares ao instituto do matrimônio. De má técnica legislativa, ambígua, gerou mais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, quando, por exemplo, excluiu da sua atuação as uniões de pessoas separadas de fato, e também retrocedeu quando estabeleceu um tempo mínimo de cinco anos de convivência para a efetiva configuração da união estável, isto quando ausente prole, como se a estabilidade do relacionamento fosse contada pelos dias e noites de coabitação e não pela qualidade e pela intensidade da relação afetiva.

A questão da partilha dos bens nas situações de dissolução da união estável não mereceu nenhuma referência na Lei 8.971/1994, permitindo que os tribunais divergissem acerca dos efeitos matérias da união informal em caso de dissolução judicial, sendo bastante comum aplicarem à época, o verbete 380 do STF.[11] Uma corrente de juristas passou a sustentar a aplicação imediata de um regime legal de comunhão de bens à união estável, com presunção de mútua aquisição, por equiparação ao regime de bens do

casamento e por decorrência da eficácia constitucional do artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, afastando a união livre do Direito das Obrigações e determinando a aplicação analógica das regras do Direito de Família ao instituto da união informal e nessa direção os fatos foram conduzindo a jurisprudência, de forma que todos os bens adquiridos durante a constância da união estável deveriam ser partilhados em partes iguais pelos companheiros, independentemente da efetiva contribuição financeira para a aquisição, ressalvada a possibilidade de convencionarem de maneira distinta por contrato escrito.

13.4. A LEI 9.278/1996

Posteriormente, veio a lume a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, com o objetivo de regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal.

Tratava-se, originariamente, do Projeto de Lei 1.888/1991, de autoria da deputada Beth Azize, cujo projeto buscara inspiração nos estudos do Professor Álvaro Villaça de Azevedo, realizados para regulamentar a matéria da união estável por inteiro, com a ab-rogação da Lei 8.971/1994. Todavia, um substitutivo reduziu o âmbito da nova lei e ensejou a edição da Lei 9.278/1996, a qual não corrigiu todas as falhas da lei anterior, mas reconheceu a existência da união estável, no caso de haver precedente separação de fato de convivente casado, diante da evidência do desaparecimento do impedimento do casamento pela separação de fato, como por fim foi consagrado pelo artigo 1.723, § 1º, do Código Civil.

O *caput* do artigo 5º da Lei 9.278/1996 tratou de estabelecer um regime de comunhão dos bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, que assim passavam a ser considerados frutos do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrária em contrato escrito. A Lei 9.278/1996, ao

regular a comunhão de bens na união estável coroou uma longa história doutrinária e jurisprudencial de paulatino reconhecimento da comunhão dos aquestos e da divisão por igual, dos bens adquiridos durante a constância da união estável, independentemente de contribuição pecuniária efetiva para a aquisição onerosa dos bens, ressalvada a possibilidade de convencionarem diferente, por contrato particular ou por escritura pública. Fecha-se, finalmente, um ciclo de injustiças que teimava em negar valor e importância ao trabalho doméstico da companheira, muitas vezes silencioso e anônimo, de repetição, sem repercussão financeira direta, mas fundamental para a completa harmonização familiar e distribuição de tarefas a permitir que o parceiro buscasse no labor externo a paga necessária ao sustento e a construção do lastro patrimonial da família.

Outro aspecto positivo da segunda lei da convivência foi o fato de ela não repetir o equívoco antecedente, de só configurar as uniões estáveis com existência fática mínima de cinco anos, ou por qualquer tempo se houvesse prole. Sempre foi tarefa dos tribunais e não do legislador definir a união estável, valendo-se de subsídios indicados de longo tempo pela doutrina, como a ostensividade ou notoriedade das relações, a comunidade de vidas, a fidelidade, a continuidade da relação e a dependência econômica.[12]

13.5. O PROJETO DE LEI 2.686/1996

O Projeto de Lei 2.686/1996 foi de iniciativa do Ministério da Justiça, e tinha por escopo regulamentar o § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, dispondo sobre o Estatuto da União Estável e assim restaria por revogar as Leis 8.971/1994 e 9.278/1996. Tinha a finalidade de corrigir falhas e preencher lacunas das precedentes leis[13] e pretendia uniformizar um prazo mínimo de cinco anos de convivência como requisito da união estável, buscando dessa forma evitar supostas inseguranças e disparidades, salvo existindo filhos, em cuja hipótese o prazo para sua caracterização ficava

reduzido para dois anos de convivência. Outro requisito era o da coabitação sob o mesmo teto, considerado pelo projeto como importante divisor de águas para diferenciar a união estável de um simples namoro. O Projeto de Lei 2.686/1996 foi vencido pela edição e vigência do atual Código Civil.

13.6. ORIGEM E DEFINIÇÃO

A família é um fenômeno da natureza, e não uma criação da sociedade e do legislador, este apenas instituiu o casamento como um modelo de conduta social. Para algumas sociedades, prevalece o casamento religioso; para outras, o matrimônio civil, e outros tantos estados organizados reconhecem as duas formas de união, estando ambas a merecerem o mesmo valor legal. Entretanto, é inegável constatar que as primeiras famílias foram constituídas pela simples e prosaica convivência, sustentando Olga Jubert Gouveia Krell[14] que a família matrimonial nasceu da valorização do seu aspecto econômico, em detrimento do elemento afetivo que caracterizava aquelas uniões conhecidas por sua informalidade.

Sua existência é instintiva, contínua, e desafia os céticos prognósticos de esfacelamento da instituição familiar, como demonstra o volume crescente de divórcios e a correlata redução dos casamentos; em contraste com o geométrico crescimento dos agrupamentos afetivos e sexuais de homens e mulheres constituindo informalmente suas células familiares, delas gerando prole, e desenvolvendo vidas e famílias distanciadas das convenções sociais.

Para Ignácio Gallego Domínguez[15] o crescimento das uniões estáveis deve ser atribuído, entre outros motivos, à impossibilidade jurídica de casar, quando não havia o divórcio; além de fatores sociais, como razões de índole econômica, vontade de comprovar a compatibilidade da convivência e o desejo de subtrair-se às obrigações ou prejuízos que podem surgir no

casamento, como alimentos e partilha de bens, efeitos estes já regulamentados na legislação brasileira para a união estável.

O casamento jamais reinou isolado na sociedade brasileira como única espécie de família, porque sempre esteve secundada pela chamada família *ilegítima* ou informal, com perfil dissociado das regras jurídicas, sem, no entanto, desfocar-se de seus preceitos naturais, permitindo-se seguir pelo influxo do instinto humano, sua mais dignificante manifestação, conceituando Rodrigo da Cunha Pereira a união estável, como sendo "a relação afetivo-amorosa entre um homem e uma mulher, não adulterina e não incestuosa, com estabilidade e durabilidade, vivendo sob o mesmo teto ou não, constituindo família sem vínculo do casamento civil".[16]

13.7. A EXPANSÃO DAS UNIÕES LIVRES

Mostram as estatísticas a crescente diminuição dos índices de nupcialidade, cedendo o casamento espaço para as relações informais, e anotando Eduardo Estrada Alonso[17] existir uma pluralidade de variantes geográficas e históricas que conduziram à expansão das uniões livres, impedindo casais de se unirem pelo matrimônio, e cujas razões podem ser de ordem econômica, social, legal, ideológica ou religiosa.[18]

Falava-se em crise da instituição familiar, afirmando Yussef Said Cahali, residir justamente a crise da família, "na exaltação de pretensos valores novos e contingentes, e que se assinala pelo enfraquecimento gradativo da disciplina familiar, pela desconsideração paulatina do significado do vínculo matrimonial, pelo relaxamento dos costumes, pelas liberdades e concessões de toda ordem, como justificativa do descarte de preconceitos tradicionais, criando com isto um quadro favorável ao aumento progressivo das separações entre cônjuges".[19] Em verdade a família não sofreu colapso algum e segue sendo a base da sociedade, não apenas no plano legal, mas igual e principalmente no mundo axiológico, apenas que vai

se reestruturando, buscando novos modelos e desenhando diferentes configurações, pois se alteram os hábitos e os costumes de uma sociedade moderna e igualitária. Se for verdade que se perdeu a tolerância e diante das primeiras dificuldades da vida os cônjuges logo se divorciam, inquestionavelmente o modelo dominante do matrimônio foi reduzindo sua ocupação social. Com a difusão de novos valores ligados à autonomia dos gêneros e o livre e obrigatório desenvolvimento pessoal, a vontade e o afeto se habilitam como precursores dos vínculos familiares, e os laços emocionais aceitam formar ou dissolver as uniões dissociadas de um roteiro cerimonial, para buscar caminhos mais facilitadores e menos traumáticos de formação e dissolução de uma sociedade familiar. É o fim do modelo patriarcal e o início do modelo nuclear da família soerguida no companheirismo e afeto, aduzindo Fábio Alves Ferreira,[20] ser a revolução sexual dos anos 1960, o marco inaugural da acentuada queda da taxa de nupcialidade e um sensível aumento no número de divórcios, o que não significa pensar no fim da entidade familiar, mas na sua reformulação social motivada por diferentes fatores que afugentam parceiros do modelo matrimonial. Países pobres e em desenvolvimento são muito mais propícios a expandirem as uniões informais, exatamente em razão das dificuldades de as pessoas arcarem com os custos básicos de um matrimônio formal.

13.7.1 Motivos econômicos

Integram o rol de pessoas desinteressadas do protocolar casamento todos aqueles que por sua condição de viúvos, solteiros, divorciados por alguma razão poderiam perder seu crédito alimentar, ou a sua pensão previdenciária se casassem.

Segundo Eduardo Estrada Alonso, diante da crise econômica atual, renunciar a direito alimentar ou ao benefício previdenciário, especialmente em países de forte proteção social, suporia aceitar, em muitos casos, a

carência total de recursos econômicos, sem os quais seria difícil aspirar a uma vida conjugal digna.[21]

Essas hipóteses são frequentes na processualística brasileira, de pessoas divorciadas ou viúvas, pensionadas por direito de alimentos ou pela previdência social, e que deixam de casar para não pôr em risco o crédito alimentar ou a sua pensão previdenciária. É comum casais manterem relacionamento exclusivo, estável, entretanto, sem coabitação, justamente para não caracterizar uma união estável, e assim não colocarem em precipitação a sua segurança material, entendendo a jurisprudência que o direito aos alimentos não pode impor ao alimentando um dever de castidade.[22]

Em muitos casos a convivência também não ocorre no casamento, por variados fatores, como os de cunho profissional, ou por razões de ordem geográfica, e inclusive por impedimentos ocasionais. Por outro ângulo de análise, a miséria tem sido fator preponderante de limitação ao casamento formal, especialmente nos países subdesenvolvidos, cujos casais não conseguem arrostar os elevados gastos representados com a contração e celebração do matrimônio. São obstáculos econômicos para o casamento a carestia de vida, a falta de emprego, a extrema dificuldade de acesso à moradia, em imóvel próprio ou por locação, o excesso de oferta de mão de obra e a baixa remuneração, a maior dificuldade encontrada pelos jovens na sua inclusão no mercado de trabalho, podendo estes, inclusive, serem considerados os principais fatores de desestímulo ao matrimônio formal e da crescente opção pela constituição da família informal.

13.7.2 Motivos sociais

Para Eduardo Estrada Alonso a desigualdade social também tem sido causa de desaprovação do casamento entre pessoas de classes menos elevadas, porque provoca uma infundada reação de vergonha dos seus

componentes, de se apresentarem socialmente com o seu parceiro, ou pelo temor da desaprovação social, cujo fato desemboca em uma convivência oculta e desvinculada de formalidade.[23]

13.7.3 Motivos legais

Até a aprovação do divórcio no Brasil, em 1977, não existia a dissolução do vínculo do casamento, salvo pela morte, anulação ou nulidade do casamento, de sorte que todas as pessoas eram apenas *desquitadas* e com este estado civil não podiam recasar, sendo forçadas a viver em uniões meramente informais. Nessa situação também se encontram as pessoas separadas de fato ou que foram oficialmente separadas, enquanto não promoverem o seu divórcio, porque têm um impedimento legal para o casamento, uma vez que a separação judicial apenas dissolve a *sociedade conjugal* e não o vínculo do casamento, só atingido pelo divórcio (CC, art. 1.571, § 2º).

Presente o impedimento legal para o casamento, parceiros assumem o seu relacionamento na esfera informal da mútua convivência, e se desejarem podem transformá-la em casamento (CF, art. 226, § 3º; CC, art. 1.726).

Para Eduardo Estrada Alonso os impedimentos legais funcionam para muitos casais como um incentivo à união informal, exatamente porque abominam as numerosas formalidades pré-nupciais, temem as consequências econômicas e legais de uma dissolução da sociedade nupcial, e por isso tudo preferem um *casamento de ensaio*, que pode ser desfeito em caráter oficioso, adotando por comodidade a fórmula da união livre.[24]

13.7.4 Motivos ideológicos

Uma das causas ideológicas apontadas por Eduardo Estrada Alonso para o crescimento das uniões livres reside no sentimento libertário dos jovens que querem afirmar sua personalidade, e em nome dela rechaçam

todas as religiões e todas as instituições tradicionais, como as do matrimônio civil e religioso, servindo a união informal como uma forma de contestação.

No Brasil crescem exponencialmente as uniões entre pessoas que iniciam novos relacionamentos, surgindo um ou ambos de casamentos desfeitos e geralmente de experiências traumáticas e onerosas, preferindo optar pela informalidade da livre união, quando muito documentada por um contrato escrito de convivência, com a adoção usual do regime convencional da separação de bens.

Nesse grupo ideológico se enquadra outro conjunto de pessoas que busca desenvolver um relacionamento de experiência, para verificar no curso da convivência as probabilidades de erros e de acertos, de modo a melhor avaliarem a continuação ou o desfazimento ágil e igualmente informal da sua relação, com insuperáveis vantagens sobre o casamento formal.

13.7.5 Motivos raciais e religiosos

Ainda de acordo com Eduardo Estrada Alonso, diversidades de raças e religiões também são fatores que contribuem para o crescimento das uniões estáveis, muitos optando exclusivamente pelos ritos conjugais de suas comunidades e rechaçando o matrimônio civil.[25]

13.7.6 Outras causas de disseminação da união estável

Em que pesem as razões até agora levantadas, a conferirem uma variegada origem de causas a justificarem o crescente número de uniões informais em confronto com os casamentos civis, o principal motivo de propagação da união estável estaria na inegável mudança de mentalidade da sociedade ocidental,[26] onde são experimentadas radicais transformações na maneira de viver das pessoas, especialmente nas grandes metrópoles, cujos

valores sociais, morais e religiosos não mais se apresentam rígidos e de transcendental importância, como ocorreu pela herança cultural dos seus antecessores, ao venerarem o culto ao casamento formal e a sua indissolubilidade, como se a felicidade partisse da convivência conjugal, e não da realização afetiva.

13.8. PRESSUPOSTOS DE CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

Durante longo tempo a sociedade e, no seu encalço, a lei mantiveram o concubinato, agora elevado à condição de entidade familiar, constituído pela união estável, numa faixa de inescondível preconceito, objetando a família natural até a superação desse preconceito com o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. A união estável se forma à imagem do casamento, sendo impossível ignorar a contingência social de casais vivendo sob o regime da união estável, cujo esboço pressupõe alguns requisitos previstos em lei, como será visto a seguir.

13.8.1 Diversidade de sexos

De conformidade com o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, merecia proteção como entidade familiar apenas a união estável entre o homem e a mulher, estabelecendo como pressuposto de constituição a diversidade de sexos.

Igual disposição consta do artigo 1.723 do Código Civil, ao reconhecer como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, afirmando Paulo Nader,[27] em doutrina anterior ao julgamento histórico do STF em maio de 2011, restar estreme de dúvida a impossibilidade da união estável nas relações homoafetivas, só podendo ser alcançado este avanço, admitido pela jurisprudência brasileira, se efetivamente for removido o obstáculo constitucional, embora reconheça existir uma tendência mundial em defesa

da união estável entre homoafetivos,[28] mas não se aplicando as normas civis das relações não matrimonializadas às relações homoafetivas. Entretanto, toda esta discussão restou terminantemente superada no plano judicial com o julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal, da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, conferindo ao artigo 1.723 do Código Civil interpretação conforme a Constituição Federal, para excluir daquele dispositivo todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*. Como bem exposto no REsp 1.183.378/RS, julgado em 25 de outubro de 2011, pela Quarta Turma do STJ, na relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, vive-se uma nova fase do Direito de Família e a adoção de um *poliformismo familiar*, em que outros arranjos afetivos são igualmente aptos a constituir família e receber especial proteção do Estado. Vive-se, portanto, no ordenamento jurídico brasileiro um sistema igualitário de casamento ou estável convivência, em que as expressões homem e mulher devem ser substituídas por *cônjuges* ou *conviventes*, em uma luta que, lembra a doutrina, sempre despertou fortes e acalorados debates sejam mediante a atividade judicial com sentenças e acórdãos que movimentaram o tratamento do tema a nível legislativo, ou no caminho inverso.[29]

13.8.1.1. União homoafetiva

No campo do Direito, a heterossexualidade era pressuposto reclamado para a caracterização da união estável, contudo, e notadamente no palco doutrinário e jurisprudencial, havia se estabelecido acirrado debate na defesa do reconhecimento das uniões homoafetivas como sendo uma entidade familiar, tese consagrada pelo STF ao reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo, e não obstante este julgamento, ainda podem ser encontradas manifestações pessoais contrárias e favoráveis às uniões homoafetivas, mas, diante do efeito *erga omnes* da decisão do Supremo

Tribunal Federal, sem mais nenhuma repercussão que pudesse impedir o reconhecimento judicial da união entre pessoas do mesmo sexo.

Antigamente a união entre pessoas do mesmo sexo configuraria um *casamento inexistente*, ao lado do matrimônio nulo e do anulável, como previa o artigo 1.628, letra *e*, do Código Civil português, sem dispositivo similar no Direito brasileiro, sendo a inexistência de matrimônio entre duas pessoas do mesmo sexo fruto da construção doutrinária e jurisprudencial a partir do sistema jurídico edificado, mas cuja alínea *e* do artigo 1.628 do Código Civil de Portugal foi revogada pela Lei 9, de 31 de maio de 2010, que aprovou o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo.

O afeto, igualmente presente nas uniões homoafetivas, é idêntico ao elemento psíquico e volitivo das uniões conjugais e de companheirismo, não há dúvida, mas, em sentido oposto à afirmação do afeto como legitimação da entidade familiar, posicionava-se Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves,[30] para quem a família estava adiante da mera união livre de duas pessoas de sexos diferentes ou iguais, e verificava que o afeto também podia envolver pessoas casadas em uma relação adulterina, e disso a Constituição Federal não trata ao conferir proteção estatal à entidade familiar.

Havia uma corrente refratária ao reconhecimento da união homoafetiva e pela qual só deveriam ser partilhados na dissolução da sociedade de fato os bens hauridos com o efetivo esforço comum, como sucedeu no REsp 773.136/RJ, da Terceira Turma, relatado pela Ministra Nancy Andrighi.[31] Não foi diferente no voto vista do Ministro Fernando Gonçalves ao admitir que o direito positivo não vedava a união de pessoas do mesmo sexo, mas disse que a legislação citada somente reconhecia, para fins de união estável a união de pessoas de sexos opostos. Ponderava o Ministro Fernando Gonçalves "não haver condições de reconhecimento de união estável na relação afetiva de pessoas do mesmo sexo, porque o *desideratum* dos textos relativos à convivência entre um homem e uma mulher é a constituição de família e no campo do casamento e da união estável, à luz do que dispõe o

artigo 226, § 3º, da Constituição Federal, mais o artigo 1º da Lei n. 9.278/1996 e os artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil, apenas poderia ser reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher. Vale reprisar: para os demais efeitos – patrimoniais, previdenciários, eleitorais etc. – não é vedado o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo. Para fins, entretanto, de união estável como entidade familiar, enquanto subsistente a norma constitucional e as disposições legais em apreço, a vedação existe, carecendo, portanto, o pleito neste sentido de possibilidade jurídica, entendida como tal a falta de amparo no direito material".[32]

Também o desembargador Sérgio Chaves não encontrava nenhum resquício de núcleo familiar na união de dois homens ou de duas mulheres, apenas pelo fato de nutrirem afeto entre si, observando que o fato jurígeno a demandar a especial proteção do Estado é a constituição de uma família, e sua função social.[33] Mas Sérgio Chaves admitia fossem as relações jurídicas oriundas das uniões homoafetivas julgadas pelas varas e câmaras especializadas em Direito de Família, onde houvesse, gerando, no entanto, uma sociedade de fato, com caráter eminentemente patrimonial; não enxergava, porém, nessas uniões, a aura de uma família constituída sob a especial proteção do Estado.

Para esta corrente contrária ao reconhecimento da união homoafetiva, ela não se inseria no contexto de entidade familiar sob a proteção do Direito de Família em analogia à união estável ou ao casamento, porque jamais lograria no então estágio legislativo alcançar a qualidade de união estável e muito menos sua conversão em casamento, por lhe faltar o pressuposto da diversidade de sexos dos seus componentes. Isso não significaria afirmar que as relações patrimoniais entre pares homoafetivos seriam incompatíveis com o reconhecimento de direitos civis das pessoas homossexuais, pois como apontava Guilherme Calmon Nogueira da Gama, devia ser "considerada a presença da sociedade de fato entre os parceiros, pois foi

constituída apenas pelo consenso, sem formalidades, mas permitindo a produção de efeitos jurídicos patrimoniais entre os partícipes. A orientação constante da Súmula n. 380 do Supremo Tribunal Federal, consoante a qual 'comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, seria cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum', podia perfeitamente ser adotada em relação aos parceiros, sendo indispensável que se adotasse a distinção entre 'concubinato' e sociedade de fato de acordo com a evolução jurisprudencial a respeito".[34]

Na direção oposta, reconhecendo os efeitos jurídicos inerentes à união homoafetiva, ponderava Maria Berenice Dias[35] tratar-se de puro preconceito constitucional emprestar juridicidade somente às uniões estáveis entre um homem e uma mulher, quando nada realmente estaria diferenciando a convivência homoafetiva da união estável heterossexual.[36] Nenhuma relação afetiva poderia ficar à margem da proteção estatal, haja vista ser preceito da Carta Federal e convalidado como cláusula pétrea o respeito à dignidade da pessoa humana, e a homoafetividade é um fato da vida e que respeita à esfera privada de cada um.

Princípio absoluto, "consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil, o qual costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, e representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, para irradiar efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizar não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado".[37]

A Constituição Federal proclama o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à intimidade (art. 5º), constituindo fundamento da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor, idade e quaisquer outras formas de preconceito (art. 3º, inc. IV), sendo punida qualquer manifestação de discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inc. XLI), elevando como

princípio basilar de toda a estrutura constitucional o intransigente respeito à dignidade da pessoa humana, e das relações de cada indivíduo, que goza da mais absoluta autonomia na busca da sua felicidade pessoal e afetiva, sendo indiferente ao Direito a orientação sexual da pessoa, posto se tratar de um fato da vida, e cuja direção sexual não pode sofrer qualquer constrangimento ou restrição, sendo dever do Estado acolher as uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo, porque inconstitucional qualquer entendimento em contrário por reprimir minorias sociais,[38] e mesmo porque não existe nos textos legais qualquer proibição de extensão do regime da convivência estável às uniões homoafetivas.

As uniões homoafetivas constituem uma inescondível realidade social incapaz de ser ignorada, sobremodo quando cada vez mais se apresentam instituições e organizações engajadas pela busca da aceitação e respeito pelas minorias. Enfim, com o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132-RJ, proposta pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/ DF, em votação unânime, foram reconhecidas as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conquanto atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre o homem e a mulher, afirmando o Ministro Ayres Britto, como relator, que a preferência sexual de cada indivíduo não pode ser utilizada como argumento para se aplicar leis e direitos diferentes aos cidadãos e ao julgar procedentes as ações, com eficácia vinculante e efeito *erga omnes*, e concluiu por atribuir ao artigo 1.723 do Código Civil "interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como 'entidade familiar', entendida esta como sinônimo perfeito de 'família'. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva". Na mesma direção votaram os demais Ministros: Luiz Fux,

Cármen Lúcia A. Rocha, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Cesar Peluzo.[39]

Posteriormente, no REsp 1.183.378-RS, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, deu provimento ao recurso especial para que duas mulheres pudessem promover a habilitação civil de seu casamento que fora negado nas duas instâncias anteriores,[40] surgindo no rastro desses julgamentos paradigmas e procedimentos administrativos, decisões judiciais e administrativas promovendo o casamento civil de casais homoafetivos, ou deferindo habilitações de casamentos homoafetivos que administrativamente ainda eram negadas e igualmente convertendo uniões estáveis homoafetivas. Está tramitando o Estatuto da Diversidade Sexual e a Proposta de Emenda Constitucional encabeçados pelo Conselho Federal da OAB e o próprio Estatuto das Famílias de autoria do IBDFAM que abstrai do artigo 20 do Estatuto da Família[41] a referência ainda presente no artigo 1.514 do Código Civil (dentre outros dispositivos legais) de 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".

Deixam, assim, de ser comportamentos tachados de perversos e patológicos, e passam a merecer cada vez mais a aceitação da sociedade, a partir do reconhecimento do direito individual de cada um eleger a sua própria orientação sexual.

No campo do Direito Previdenciário, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por meio do Ministro Ayres Britto como relator, em 17 de fevereiro de 2012, concluiu que possuem repercussão geral as questões constitucionais alusivas à possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável homoafetiva e à possibilidade de reconhecimento jurídico de uniões estáveis concomitantes, proveniente de acórdão oriundo do Tribunal de Justiça de Sergipe inadmitindo a coexistência de duas unidades familiares com características de publicidade, continuidade e durabilidade, objetivando o

pagamento de pensão por morte. Lembrando, por fim, a Resolução 175, do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013, vedando às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento de pessoas de mesmo sexo (Resolução 175/2013, art. 1º) e o Provimento 37, também do Conselho Nacional de Justiça, datado de 7 de julho de 2014, facultando o registro da união estável prevista nos artigos 1.723 a 1.727 do Código Civil, mantida entre o homem e a mulher, ou entre duas pessoas do mesmo sexo, no Livro "E" do Registro Civil das Pessoas Naturais e na esteira dessa completa interação do casamento homoafetivo decorre o REsp 1.302.467/SP, datado de 3 de março de 2015, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, reconhecendo a Quarta Turma do STJ o direito a alimentos do companheiro do mesmo sexo que restou em situação financeira precária.[42]

13.8.2 Coabitação

Diz Carlos Celso Orcesi da Costa[43] decorrer da coabitação um conjunto de pequenos deveres, miúdos, permanentes, mas que dão substância espiritual à união. Estes deveres são encontrados no diuturno conviver, pela presença contínua dos companheiros, só alcançável pela moradia sob o mesmo teto. É a presença do companheiro à mesa, ao lado da parceira e dos filhos comuns, para auscultar-lhes as queixas e as vontades, no exercício prático do dever de assistência moral e espiritual. É a presença física a permitir a prestação sexual recíproca, além do diuturno contato com as necessidades materiais e imateriais da família informalmente constituída, tornando a relação afetiva prática e factível para o atendimento pontual a todos os deveres da entidade familiar.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama[44] pontua a controvérsia reinante sobre a dispensabilidade da coabitação, a partir da Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal,[45] a qual dispensa a convivência sob o mesmo teto no

concubinato, atual união estável, posicionando-se a doutrina por sua excepcionalidade, sempre quando existirem motivos de saúde ou em razão da profissão, enquanto vozes contrárias, como a de Yussef Said Cahali, concluem como perfeitamente dispensável a coabitação dos companheiros, considerando as características de configuração da união estável e por ela prescindir da convivência sob o mesmo teto, por ranço da sua marginalização precedente.

Fernando Malheiros Filho[46] pesquisou a origem jurisprudencial do verbete 382 do STF, para identificá-la em dois arestos distanciados entre si por quase trinta anos, tratando ambos de ações de investigação de paternidade, onde era discutida a exata interpretação da palavra *concubinato*, então inserta no inciso I do artigo 363 do Código Civil de 1916, a fim de verificar se as relações sexuais seriam deduzidas somente se houvesse uma convivência habitual entre a genitora do investigante e o investigado, coincidente com a época da concepção, permitindo uma analogia com a presunção da paternidade do casamento, ou se era suficiente para gerar esta presunção uma rotina de visitas dos *concubinos*, dispensada a coabitação. Para aquela época e para efeitos de reconhecimento da paternidade se mostrou dispensável a coabitação dos conviventes, até porque a união estável, nem de longe, desenhava o perfil alcançado pelo instituto da convivência alçado à condição de entidade familiar com a Carta Política de 1988, e tanto isso é verdade que, próximo à promulgação da Constituição Federal, a jurisprudência já ensaiava exigir a coabitação como pressuposto de configuração da união estável.[47]

O artigo 1.723 do Código Civil não condiciona a existência de coabitação para formação da união estável, embora inclua entre os seus requisitos a convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, e convivência pressupõe como regra a coabitação, mesmo quando pudesse ser admitida a ausência da moradia conjunta, mas tão somente como exceção, nunca como regra geral.[48]

Nessa linha de direção, em obra clássica de Álvaro Villaça Azevedo, é dito que o dever coabitacional é de ordem pública, imposto aos cônjuges enquanto durar a convivência no lar conjugal, extensível aos conviventes, porquanto se trata de um dever que está implícito na convivência dos companheiros (CC, art. 1.723).[49] Evidentemente, sempre que as exceções pela não coabitação não venham acompanhadas de uma vontade real de dissolver o relacionamento, como explica Eduardo Estrada Alonso,[50] jamais elas podem provocar a negação de todo o efeito jurídico de uma plena e vigente convivência informal, tanto no tocante aos seus resultados materiais como pela vontade dos parceiros de continuarem juntos. Contudo, são regras de verdadeira exceção, e a coabitação, havida como dever dos cônjuges (CC, art. 1.566, inc. II), onde a vida em comum no domicílio conjugal é elemento do matrimônio; não deixa de ser requisito de fundamental relevância para o alcance dos objetivos específicos da sociedade familiar informal a habitação comum, cuja moradia deve ser escolhida pelo casal (CC, art. 1.569) e esse também é o pensamento de Nicolau Eládio Bassalo Crispino ao prescreve ser "a regra comum a de que o casal que vive em união estável construa a sua família dentro de um só lar, em um só teto, em um só lugar".[51]

13.8.3 Prazo para constituição

O artigo 1.723 do Código Civil também não estabeleceu qualquer requisito temporal para configurar a mútua convivência, e desse modo consagrou a tendência verificada desde a edição da Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, cujo texto legal deixou de exigir o clássico tempo mínimo de cinco anos, como elemento imprescindível de certeza para o reconhecimento jurídico de uma relação de união estável.[52] Durante muitos anos a jurisprudência brasileira, e assim reiterava a doutrina pátria, reclamava a existência de mínimos cinco anos de convivência como tempo necessário para a caracterização de um *concubinato*, e este requisito foi abolido em

boa hora pelo legislador, ao deixar a tarefa de identificar uma união estável para a apreciação judicial casuística, e delegar ao magistrado a função de encontrar em cada caso levado à sua jurisdição os requisitos de configuração da união estável exigidos no *caput* do artigo 1.723 do Código Civil.

Os casamentos também não dependem do tempo, sendo grande o número de divórcios em curto espaço de matrimônio e nem por isto seus efeitos jurídicos deixam de ser reconhecidos, partilhando entre os cônjuges ou conviventes o patrimônio porventura realizado, e, eventualmente, reconhecendo os demais direitos e deveres examinados, sempre quando for constatado no relacionamento estável o ânimo de constituir família.

Importa para a configuração da união estável a verificação factual da existência do indissociável *consentimento*, porque, tal como ocorre no casamento, também na união estável não há como reconhecer a sua constituição se a relação for destituída do informal consentimento, este identificado pela dupla vontade dos conviventes em convergirem para a formação de uma família em estado de comunhão plena de vida.

Consentimento que na união estável é observado pelo comportamento dos conviventes, isto quando não afirmam sua mútua convivência em contrato escrito. Trata-se do consentimento emitido pelas palavras, sinais, comportamento e atitudes dos conviventes capazes, encontrando-se a total sintonia entre a vontade interna e a vontade manifestada pelo casal convivente, porque ao contrário do matrimônio, onde os cônjuges expressam sua vontade *a fortiori* de constituir família (CC, art. 1.535), na união estável esta mesma vontade precisará ser garimpada pelo comportamento social externado pelos conviventes. E nesse processo de pública celebração reside a crucial diferença quando comparada a união estável ao casamento, porque neste último é imprescindível a formalidade nupcial, convalidada pelo expresso e solene consenso público dos contraentes, documentado o ato pelo assento oficial do matrimônio, redigido pelo oficial do Registro Civil.

Já a união estável ressente-se dessa prévia celebração, cometendo ao juiz de direito a tarefa nem sempre simples de declarar caso a caso, processo por processo, quando estão ou não presentes os pressupostos substitutivos do consentimento matrimonial. Deve dizer o juiz, quando a tanto for convocado, se nesta ou naquela união asseverada como estável realmente foi albergada a vontade incontroversa dos conviventes de se terem em comunhão plena de vida, e de constituírem família à semelhança do casamento.[53]

Procura o julgador um seriado de requisitos, cujo somatório permite avaliar se determinado casal convive em união estável, e dentre os pressupostos afigura-se como essencial determinar a ocorrência do efetivo consentimento, configurado na vontade determinante de formar uma união ao estilo do casamento, de viver como se tratasse de uma relação conjugal, compartilhando duas vidas, que antes transitavam separadas, agora, em uma real união de fato, onde cada um dos conviventes tem a exata dimensão e a natural capacidade de entender e, principalmente, querer viver como se casado fosse, e para isso o tempo é irrelevante.

13.8.4 Convivência pública

Dentre os pressupostos de configuração da união estável está a convivência pública, no sentido de, preferencialmente morarem juntos, mantendo vida em comum, em comunhão plena, como para o casamento registra igual exigência o artigo 1.511 do Código Civil, sob o mesmo teto, à semelhança do matrimônio, onde a coabitação é dever expresso do casamento, conforme artigo 1.566, inciso II, do Código Civil, salvo justificadas exceções.

Exceções também admitidas no casamento, surgidas pelos mais variados motivos, como negócios, saúde, longas viagens ou até eventual cumprimento de pena criminal; mas nada realmente justifica a exclusão da

coabitação e a comunidade de leito na união estável, mesmo porque é a prolongada presença na habitação em completa união de corpos e de espíritos que faz presumir a estabilidade da relação.

Já quando a Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, havia dispensado a convivência sob o mesmo teto para formação da união estável, lembra Américo Luís Martins da Silva[54] ter havido um verdadeiro alvoroço social, com pessoas desesperadas com seus envolvimentos afetivos de simples namoro,[55] preocupadas em ter de assumir pagamentos de pensões alimentícias ou precisar dividir bens, estando dispostas ao rompimento do namoro.

Não há razão alguma para a dispensa da coabitação na união estável e nem há outro sentido na exigência de *convivência pública* para a sua configuração, considerando tratar-se de uma entidade familiar protegida pelo Estado e construída ao espelho do casamento, apenas sem a formalidade pública da sua constituição, mas em nada mais se diferenciando de uma família matrimonial, equiparação esta muita mais evidenciada depois da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 879.694/MG, assentando o Supremo Tribunal Federal que a união estável, ao menos para efeitos patrimoniais, é igual ao casamento. A convivência *more uxorio*, como se fossem casados, que deve ser pública, embora não precise ser notória, é aquela relação conhecida no meio social dos conviventes, perante seus vizinhos, amigos, parentes e colegas de trabalho, afastada qualquer conotação de clandestinidade, ou segredo da união, em relação oculta aos olhos da sociedade, dissimulada, como se fossem amantes em relação precária e passageira e não estáveis parceiros afetivos.

Conforme Euclides de Oliveira, ficam afastadas da configuração de uma entidade familiar aquelas relações consistentes em encontros velados, às escondidas, só conhecidos no estrito ambiente doméstico, incompatíveis com a constituição de uma verdadeira família no seio social,[56] revestidas da mais pura clandestinidade, com instabilidade típica daquelas relações de

efêmera duração, com mera divisão de leitos, sem o objetivo de constituir família.[57]

13.8.5 Continuidade

A continuidade da convivência também reflete a sua estabilidade e seriedade, embora não possa ser descartada a existência de eventuais lapsos de interrupção ocasionados por brigas e desinteligências comuns entre casais, que depois se reconciliam, ou cujo relacionamento já estava precedentemente caracterizado quando surgiu o rompimento. Rusgas e desavenças acontecem em qualquer espécie de relacionamento, mas ao fim e ao cabo interessa apurar caso a caso e encontrar ao menos um razoável e consistente elo de vinculação, sem muita importância ao tempo de duração, embora seja um dado histórico interessante observar que até a edição da Lei 9.278/1996, por tradição legal, doutrinária e jurisprudencial, uma união estável somente era reconhecida após cinco anos de vida em comum, ou dois anos de convivência se do relacionamento resultasse prole, de acordo com a alteração trazida pela Lei 8.971/1994, tendo sido derrubada essa exigência de um prazo fixo mínimo, porque engessava no tempo uma relação amorosa que podia perfeitamente subsistir por menor tempo e sem deixar de configurar uma união estável apenas porque teria tido um tempo mais curto de duração, devendo o relacionamento ser computado sim, pelo andamento de sua efetiva e sólida existência, por sua qualidade e não pela quantidade de sua duração, devendo ser reconhecidos com os efeitos jurídicos com os resultados econômicos proporcionais ao tempo de permanência da relação, dividindo os companheiros, se o regime de bens permitir, o patrimônio comunicável que foi adquirido durante a exata existência, constância e duração da estável união.

Portanto, breves rompimentos e circunstanciais separações não são de molde a desnaturar a união estável, e sendo de pequena duração, seguindo-se

da reconciliação do casal,[58] não haverá de afetar a sua conformação como entidade familiar, salvo se trate de separação a denotar efetiva ruptura do relacionamento, servindo de marco final da união, devendo ser lembrado tampouco subsistirem os efeitos do casamento na separação de fato, que é o marco da comunicação de bens.

Ocorrendo a separação de fato, será tarefa do juiz verificar se presentes os pressupostos configuradores do relacionamento estável, e se a separação simplesmente representou o termo final da união, ou se justamente essas seguidas interrupções impediram reconhecer a continuidade e consequente estabilidade, capazes de identificar judicialmente uma genuína entidade familiar.

13.8.6 Com objetivo de constituir família

A união estável a merecer a proteção do Estado é aquela moldada à semelhança do casamento, na qual os conviventes têm a indubitável intenção de constituir família. Por conta disso, devem ser descartadas da configuração de união estável as hipóteses de simples namoro,[59] ou mesmo o período de noivado, salvo estejam estas denominações dissimulando uma união já estabelecida e de sólida convivência, como facilmente pode ocorrer quando um casal de noivos antecipa a sua coabitação, estimulado o par pela compra ou locação de residência para servir de futura habitação conjugal, e trata de mobiliar o imóvel e antecipar a sua mudança, ou simplesmente, um dos noivos tem residência própria e nela acolhe seu parceiro afetivo antes mesmo de formalizar a sua união pelo casamento civil.

O propósito de formar família se evidencia por uma série de comportamentos exteriorizando esta intenção, a começar pela maneira como o casal se apresenta socialmente, identificando um ao outro perante terceiros como se casados fossem, sendo indícios adicionais e veementes a mantença de um lar comum e os sinais notórios de existência de uma efetiva rotina

familiar, que não pode se resumir a fotografias ou encontros familiares em datas festivas ou viagens de lazer, a frequência conjunta a eventos familiares e sociais, a existência de filhos comuns, o casamento religioso, e dependência alimentar, ou indicações como dependentes em clubes sociais, cartões de créditos, previdência social ou particular, como beneficiário de seguros ou planos de saúde, mantendo também contas bancárias conjuntas.

Nem sempre casais tencionam constituir família, embora muitas vezes um dos partícipes alimente este desejo, e quando os dois assim o querem, com efeito, que cuidarão de construir e pôr em prática os elementos configuradores da formação de uma união estável como entidade familiar. A só existência de um filho comum não significa o reconhecimento automático da vontade de compor família, porque a prole pode ter vindo por descuido dos namorados ou *ficantes*, ou pelo desejo parental de apenas um dos parceiros.[60]

Os principais aspectos de uma relação familiar são:

a) A identidade de afeto, *assim entendida a comunidade afetiva do casal que busca compartir um projeto e um estilo próprio de vida, com um grau e uma intensidade igualmente desejadas e desenvolvidas pelos conviventes, envoltos em assistência e cooperação mútuas, expressadas por diferentes formas de solidariedade de que se impregna o companheirismo instalado entre os conviventes, para desfrutarem das alegrias e satisfações da vida, como para enfrentarem as situações adversas.*

b) O desenvolvimento da personalidade, *em que os pais, no recesso do lar, também constroem o ambiente favorável para a criação e educação dos filhos, preparando-os para a vida, desenvolvendo a sua personalidade não apenas em função dos seus progenitores, presentes, se possível, na orientação e*

educação diária, cuja tarefa inclui todos os membros da família, em qualquer idade, em suas diversas etapas, assinalando Francisco E. Abbate[61] *que os membros da família se complementam sobre a base da mutualidade, pela qual os pais atendem às necessidades próprias dos filhos, com condutas e atitudes, e por sua vez respondem às suas próprias necessidades. Essa interação funciona como essência do relacionamento familiar, por produzir satisfação recíproca e desenvolver o amadurecimento dos filhos que recebem dos genitores os cuidados e a educação, e para sua execução é imperativo um mínimo de estabilidade e unidade afetiva.*

c) O compartilhamento, *porque a vida familiar deve ser compartilhada, e o par afetivo deve desenvolver um relacionamento gratificante, criar as condições favoráveis para o saudável amadurecimento da relação, a permitir o crescimento e fortalecimento da entidade familiar, para que assim possua um grau suficiente e desejável de harmonia doméstica, com seus aspectos de unidade no afeto mútuo e adequada proporção entre os múltiplos aspectos da vida familiar.*[62]

Nessa linha de pensamento deve ser vista a união estável e a emissão da vontade de constituir família, que não tem uma fórmula própria, sacramental e única, mas é pesquisada no comportamento global dos conviventes, considerando a coabitação, passível de ser dispensada por ponderáveis exceções, sua prolongada convivência, eventual existência de contrato escrito de união estável, e a apresentação pública dos conviventes em comunhão de vida, como se fossem marido e mulher.[63]

Possivelmente, a pesquisa do ato volitivo de querer constituir família seja a maior tarefa do julgador quando enfrenta uma demanda declaratória de

união estável, sendo impossível reconhecer qualquer formação de entidade familiar quando a relação se ressente desse livre e consciente objetivo de seus partícipes.

13.8.7 Inexistência de impedimento matrimonial

Prescreve o § 1º do artigo 1.723 do Código Civil, não se configurar a união estável na hipótese de ocorrerem os impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil, ressalvando, no entanto, a hipótese do inciso VI, no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou divorciada.

Certamente não poderá constituir uma união estável quem, por razões morais ou eugênicas, também não puder casar por impedimento absoluto do artigo 1.521 do Código Civil, devendo para tanto afastar da concepção de união estável relacionamento eivado por qualquer impedimento especificamente arrolado no referido artigo 1.521. A Lei 13.811/2019 derrogou o artigo 1.520 do Código Civil, que no passado permitia o casamento de menores de 16 (dezesseis) anos para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal, ou em caso de gravidez, e autorizava o juiz a suprir o consentimento dos pais para evitar a aplicação de pena ao agressor, e agora que o casamento de menor de 16 anos está terminantemente proibido, de igual modo, não será reconhecida qualquer união estável, conforme costumam concluir os tribunais quando estendem às convivências estáveis os efeitos jurídicos do casamento, asseverando que qualquer interpretação contrária seria um desestímulo ao casamento e um estímulo à união estável.

No entanto, de modo expresso, o parágrafo primeiro do artigo 1.723 do Código Civil admite a existência de estável convivência quando um dos conviventes ou ambos, embora casados, estejam de fato ou judicialmente separados ou simplesmente divorciados (EC 66/2010) de seus respectivos cônjuges.

Incontroverso na doutrina e jurisprudência que a separação de fato ou de corpos autorizam a formação de uma nova entidade familiar, e isto restou definitivamente consolidado com a expressa ressalva do atual § 1º do artigo 1.723 do Código Civil, ao corrigir a flagrante falha verificada na edição da Lei 8.971/1994, anteriormente retificada pela Lei 9.278/1996. É a convivência, e não o casamento meramente formal, que condiciona à formação ou não de um novo relacionamento.

13.9. CONCEITO DE UNIÃO ESTÁVEL

A mútua convivência outrora era identificada como *concubinato*, instituto legalmente marginalizado, até ser elevado à condição de entidade familiar com a Constituição Federal de 1988. Entretanto, a união estável sempre esteve presente na realidade social mundial, encontrando por sua informalidade e pela ausência de custo na sua constituição, condições bastante propícias para o seu crescimento como forma de constituir família.

A união estável nasce do descompromisso e merece referência a experiência da antiga União Soviética, que, a partir da revolução bolchevista, admitiu o matrimônio e o divórcio de fato, desprovidos de total formalidade e com os mesmos efeitos jurídicos que teriam se fossem atos jurídicos regularmente celebrados.

No Direito brasileiro a união estável mereceu o *status* de entidade familiar, também podendo os conviventes convertê-la a qualquer tempo em casamento (CF, art. 226, § 3º; CC, art. 1.726)[64] e encontrou na sociedade brasileira ampla adesão, sem ser efetivamente possível distinguir os pares casados civilmente dos conviventes de fato, cometendo ao julgador promover, quando provocado, a tarefa de depuração das relações, para reconhecimento oficial e declaração judicial dos seus efeitos pessoais e materiais do reconhecimento de uma entidade familiar estável, mas somente se, com a prova processual for verificada a intenção de constituir família, e

uma vez presentes os demais pressupostos elencados no artigo 1.723 do Código Civil, afastados os impedimentos absolutos do artigo 1.521 do Código Civil, pois como visto, não pode viver em união estável quem também não pode legalmente casar.

Naturalmente deve ser afastado do conceito de união estável qualquer pressuposto de que sua constituição se dê unicamente entre um homem e uma mulher, porquanto casamento e união estável também são judicialmente protegidos quando formatados entre pessoas do mesmo sexo, uma vez presentes os pressupostos do artigo 1.723 do Código Civil.

Embora os dois institutos não encontrem diferenças no plano dos fatos e da convivência social, teima o legislador em estabelecer notórias e injustificadas discriminações em todos os aspectos pessoais e patrimoniais da união estável, e se mostrava ainda mais impiedoso no direito sucessório, quer no fato de excluir o convivente da hierarquia da ordem de vocação hereditária (CC, art. 1.845), quer ao se olvidar de indicar o convivente supérstite como herdeiro necessário, tendo só direito hereditário aos bens adquiridos onerosamente na vigência do relacionamento, além de haver subtraído o companheiro sobrevivente da quota hereditária mínima de 25%, reservada ao cônjuge (CC, art. 1.832) e de não lhe haver estendido o direito real de habitação, contudo, todas estas discriminações parece terem desaparecido com o julgamento da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 878.694 de Minas Gerais que concluiu pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil e entendeu que a Constituição Federal garante a equiparação entre união estável e casamento no tocante aos direitos sucessórios.[65]

13.10. DIREITOS E DEVERES DOS CONVIVENTES

Embora a Constituição Federal atribua à união estável o *status* de entidade familiar, não há completa simetria entre os direitos e deveres

impostos aos companheiros pelo artigo 1.724 do Código Civil, em cotejo com os direitos e deveres impostos aos cônjuges pelo artigo 1.566 do Código Civil, não obstante o RE 878.694/MG se transforme na porta de entrada para a mais justa equiparação.

Ainda antes do advento do Código Civil de 2002, por força do artigo 226, § 3º, e do artigo 5º, ambos da Constituição Federal, todo o tratamento diferenciado porventura verificado entre o instituto do casamento e da união estável era considerado inconstitucional, tanto que o STF considerou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, e como tal deve ser considerado a atual codificação civil que criou um inexplicável abismo entre as duas entidades familiares.

Por conta da legislação, não haveria na união estável exigência da coabitação, e, em contrapartida, há para a convivência a exigência de lealdade, em contraste com o dever de fidelidade com menor raio de ação.

Embora a coabitação não conste do artigo 1.724 do Código Civil do rol de deveres recíprocos dos conviventes, dispensava a vida *more uxorio* dos concubinos a Súmula 382 do STF. A jurisprudência e a doutrina vêm resistindo em reconhecer o relacionamento estável ressentido da vida em comum sob o mesmo teto,[66] salvo quando demonstradas e ponderadas as eventuais exceções, como as de conviventes que trabalham em cidades distintas, ou quando mantêm seus filhos de relações precedentes em suas respectivas moradias de origem, sem alterar a rotina da família, mas identificando um local próprio, rotineiro e neutro de encontros, como uma terceira residência adquirida para servir de referência para a nova entidade familiar. De qualquer forma existem diretivas meramente éticas de deveres pertinentes tanto ao casamento como para a união estável, descritas estas, no artigo 1.724 do Código Civil.

13.10.1 Lealdade

Ser fiel ou leal é corresponder à confiança do parceiro; a lealdade vai além do compromisso de fidelidade afetiva, abrange um amplo dever de respeito e de consideração devida mutuamente entre os companheiros, no propósito de perpetuarem a sua relação afetiva.

O dever de fidelidade obriga aos cônjuges a não cometerem o adultério, ou seja, não ter relações sexuais consumadas com outra pessoa que não seja o seu companheiro, e além deste elemento objetivo constituído pela prática de relações sexuais consumadas também mantenha um elemento subjetivo, consubstanciado na consciência de não violar o dever de fidelidade, sequer pela tentativa, ou por condutas licenciosas ou desregradas de um convivente nas suas relações com terceiros, pois tais atitudes igualmente revelam quebra do dever de fidelidade.[67] A prática de alguma deslealdade por parte de um dos companheiros ou até de ambos, é causa de reprovação restrita ao plano pessoal do companheiro ofendido, que poderá decidir pela cessação da mútua convivência, sem qualquer relevância jurídica, muito embora possa ser fonte de eventual dever de indenizar nos termos gerais. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina não viu desfigurado o dever de lealdade em uma relação homoafetiva aberta, em que seus partícipes mantinham, esporadicamente, relações puramente sexuais e despidas de *affectio maritalis* com terceiras pessoas, concluindo o relator da Apelação Cível 0026473-62.2010.8.24.0023, o desembargador Jorge Luis Costa Beber, da 1ª Câmara de Direito Civil, em 09 de novembro de 2017, que *a fidelidade não se confunde com a lealdade esperada dos conviventes quanto ao trato da relação, quando ambos decidiram livremente, conduzir sua relação de modo diverso*. Fica assim a critério do parceiro ofendido optar pelo término objetivo de sua união afetiva.

13.10.2 Respeito

O dever de respeito é acima de tudo um compromisso moral e de formação que o ser humano deve exercer em todas as suas relações pessoais, especialmente em suas demandas afetivas por se constituir em condição fundamental para a harmonia e evolução da família constituída com suporte no afeto, no respeito e na admiração. Cada companheiro é sujeito de direito e deve reverenciar as liberdades individuais e os direitos de personalidade do outro, originando-se esse preceito do *dever geral de respeito* que resulta dos direitos pessoais fundamentais constitucionalmente reconhecidos a cada cidadão.[68]

O direito ao respeito merece proteção jurídica integral para a conservação do bom relacionamento na sociedade, no qual as pessoas devem se abster de ofender outrem, em seu brio, ou em seu pudor, no propósito de evitar a criação de conflitos de relacionamento, capazes de perturbar a paz social e familiar. Acrescenta Carlos Alberto Bittar[69] constituir-se violação ao direito de respeito a atribuição genérica de qualificativos deprimentes ou constrangedores, reprovados pelo ordenamento jurídico, em prol da tranquilidade social, e, se é condição inerente à vida social, com mais razão ainda deve ser o ponto de partida para a harmonia afetiva do casamento, da união estável e de todos os relacionamentos familiares e afetivos.

13.10.3 Assistência

O dever de mútua assistência é recíproco entre os conviventes e deve ser considerado em todas as suas dimensões, do ponto de vista do socorro material e espiritual. No plano material, o dever de assistência implica assegurar as necessidades do lar, em total sintonia e solidariedade, um e outro contribuindo para a tranquilidade física e psíquica dos componentes da entidade familiar, respeitados os limites econômicos e financeiros dos companheiros.

O dever de mútua assistência material é prestado na vigência da entidade familiar de modo voluntário e solidário, e trata-se de uma cooperação entre os companheiros e que muito mais se aviva diante da coabitação dos conviventes, pois se mostram diuturnos os encargos financeiros e imateriais da relação estável. Por conta disso, qualquer descumprimento à mera recomendação ética e social do agir comum entre os conviventes, não importa em cominar qualquer sanção formal ao companheiro violador, que não sofre nenhuma desaprovação jurídica pela transgressão dos deveres.

Postas essas ressalvas, uma vez sendo preciso proclamar judicialmente o direito à subsistência alimentar, o norte da obrigação material estará no binômio necessidade-possibilidade, estatuído também entre os conviventes pelo artigo 1.694 do Código Civil, como uma obrigação de cunho alimentar.

Ocorrendo a ruptura da união estável, os companheiros podem pedir uns aos outros os alimentos necessários à sua sobrevivência, sem qualquer perquirição sobre as causas que levaram à dissolução do relacionamento, tendo em conta a ausência de qualquer dispositivo de lei condicionando os alimentos à isenção de culpa pela separação dos conviventes, como ao contrário acontecia com relação aos alimentos provenientes do vínculo de casamento, quando a separação judicial litigiosa permitia apurar a responsabilidade pelo rompimento do casamento, para o efeito de restringir o direito alimentar dos cônjuges, em conformidade com o artigo 1.702 e o parágrafo único do artigo 1.704, ambos do Código Civil, desaparecendo a pesquisa judicial da culpa e dos seus efeitos sobre o eventual crédito alimentar do cônjuge financeiramente dependente.

A jurisprudência já vinha paulatinamente afastando a discussão da culpa na separação judicial litigiosa,[70] assim como sempre afastou a sua verificação processual nas demandas de dissolução das relações de convivência,[71] para manter apenas a pesquisa processual da efetiva necessidade dos alimentos e da sua extensão temporal, e concluir se os

alimentos entre pares afetivos cujo vínculo se desfaz devem ser transitórios ou compensatórios, mas cujo exame de culpa ficou definitivamente afastado do Direito brasileiro depois da edição da Emenda Constitucional 66/2010, que instituiu o divórcio como única causa e objetiva, de dissolução do casamento.

Conforme Nieves Martinez Rodríguez,[72] muitas causas e de diversas índoles levam o alimentando à situação de necessidade e da qual padece, desde o total azar, como fatores sociais ou econômicos alheios ao controle do alimentando, até as causas diretamente imputáveis ao seu comportamento, existindo um variado elenco de razões das quais pode derivar o seu estado de necessidade, como: *a*) uma grave enfermidade ou um acidente; *b*) um sinistro imprevisto; *c*) a impossibilidade de acesso a um posto de trabalho, e neste aspecto muito contribuem os arranjos conjugais sobre cujos relacionamentos optam os cônjuges ou conviventes por assumirem exclusivamente tarefas meramente domésticas; *d*) a dispensa laboral independente do comportamento do empregado, ou qualquer outra circunstância que tenha impossibilitado de arrostar diretamente os custos de sua subsistência.

13.10.4 Dever imaterial

No dever de assistência imaterial dos conviventes viceja um efeito de caráter eminentemente pessoal, no socorro às desventuras do companheiro, o qual deve ser apoiado nas adversidades da sua vida, compartilhando das suas dores e padecimentos, das suas tristezas e alegrias. É um dever intrínseco e espontâneo que os conviventes mantêm de mútua cooperação entre os componentes da união, que implica uma obrigação de socorro e auxílio espiritual mútuo. Carlos Dias Motta identifica o dever material como um *princípio da solidariedade espiritual*, que atende ao princípio da dignidade humana, devendo os parceiros compartilhar dores e alegrias,

distribuindo-se em mútuo amparo, pois um e outro não podem "tornar única a sua subjetividade pessoal", devendo "solidarizar-se reciprocamente e compartir numa unidade biográfica que constitua uma vida em comum, uma unidade de destinos ou um consórcio de toda a vida".[73]

13.10.5 Guarda, sustento e educação dos filhos

A guarda, o sustento e a educação dos filhos é tarefa dos pais no casamento e na união estável, variando apenas a custódia física da prole em razão da coabitação dos genitores. É mandamento constitucional imposto aos pais de todos os matizes, sejam eles de vínculos conjugais, conviventes, monoparentais, biológicos, adotivos ou socioafetivos, porque deles é o dever de assistir, criar e educar os filhos menores em todas as suas fases de desenvolvimento, até chegarem à idade adulta, quando devem estar preparados para assumirem as suas responsabilidades pessoais e sociais, tornando-se indivíduos produtivos e muito provavelmente também eles pais.

O dever de educar integra o de criar e assistir o menor, e todos atuam na formação da personalidade do menor. Para Ana Carolina Brochado Teixeira,[74] está implícito no dever de educar a obrigação de promover o integral desenvolvimento do filho, na plenitude dos aspectos de sua personalidade, de forma a prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho, mediante a sua educação integral.

Vivendo os pais em lares distintos, a guarda será do detentor da posse física da prole, sem interferência no poder familiar que permanece íntegro e ativo em relação a ambos os genitores, mesmo depois da separação formal dos ascendentes, salvo tenha algum deles sido destituído do poder familiar.

Fracionada a guarda em decorrência da dissolução da união de fato do casal, deverão ser regulamentadas as visitas – o que, em realidade, respeita a um dever de convivência – e estabelecido o montante necessário à alimentação dos filhos, assim compreendidos os custos com moradia,

alimentação propriamente dita, saúde, educação, vestuário e lazer, dentre outras necessidades que se fizerem presentes e cujas carências são invariavelmente atendidas pelos pais durante a constância da união estável.

13.10.6 A coabitação como dever natural

Embora a Súmula 382 do STF refira não ser a coabitação elemento essencial da união estável, e conquanto o artigo 1.724 do Código Civil também não elenque a mútua convivência como um dos deveres da união estável, sua ausência deve ser vista como exceção e não como regra geral. A dispensa da vida *more uxorio* pelo verbete 382 do STF está atrelada à época do concubinato, sem proteção legal e sem *status* de entidade familiar.

A base de sustentação do verbete 382 do STF era a ação de investigação de paternidade regulada no revogado artigo 363 do Código Civil de 1916 (*vide* item 13.8.2. *supra*).

Embora muitos conviventes mantenham habitações separadas e não residam na mesma moradia, comportam-se e mantêm vida social de casados, e nesta condição frequentam a sociedade, e nela circulam como se fossem cônjuges, nítidos parceiros, enfim, uma família, e usualmente com prole comum.

Não que sejam obrigados à vida sob o mesmo teto, pois podem apresentar sólidas e compreensíveis razões para habitarem moradias distintas, como, por exemplo, filhos de casamentos precedentes, preferindo os conviventes manterem suas próprias habitações, onde continuam residindo com a prole do casamento anterior; contudo, como ressalva, especialmente quando a união estável imita o casamento e tem na sua formação, como imperativo natural, a convivência sob o mesmo teto, mas, com efeito, que uma relação aberta e sem compromisso dos parceiros, que apenas convivem para a participação e realização de viagens e eventos

sociais, não pode ser comparada a um casamento informal, pois lhe falta o pressuposto do propósito fundamental de ter pretendido constituir família.

13.10.7 O nome na união estável

É do nome da pessoa que emerge a sua identificação exclusiva dentro de sua comunidade e esta sua identidade adquire caracteres de indisponibilidade, imprescritibilidade e imutabilidade. Já com referência aos esposos, embora o matrimônio não faça surgir entre o casal o vínculo de parentesco, do ponto de vista social e legal a adoção nupcial do sobrenome conjugal não deixa de identificar uma unidade familiar, sendo que, inicialmente, apenas a mulher adotava e de forma obrigatória, o patronímico do marido, depois evoluindo para tornar-se uma faculdade e com a igualdade dos gêneros sexuais também passou a ser uma opção do homem agregar ao seu nome, com o casamento, o apelido de família de sua mulher. Como visto, o uso do sobrenome do homem pela sua mulher, tanto na instituição do casamento como na união estável já teve maior repercussão social e importância pessoal, pois a adoção do patronímico do marido pela esposa era condição obrigatória do matrimônio e que identificava a existência do casamento, que era havido como a única forma legítima de constituir família. Contudo, para a união estável não existia semelhante disposição legal, sobretudo porque se tratava de uma relação sem proteção legal e cujo relacionamento era socialmente segregado. Tampouco o Código Civil vigente tratou de regulamentar o uso do sobrenome na união estável, ao contrário do que faz em relação ao casamento civil.

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), alterada pela Lei 6.216, de 30 de junho de 1975, prevê a averbação, por exceção, do patronímico do companheiro, no registro de nascimento, ditando no artigo 57, § 2º, que: “A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável,

poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas".[75]

Por sua vez, o § 3º do artigo 57 da Lei 6.015/1973 exige uma vida em comum de um mínimo de cinco anos ou a existência de filhos da união, e o § 4º só admite o pedido de averbação do patronímico da companheira, quando o companheiro for *desquitado* e sua ex-esposa houver sido condenada ou tiver renunciado ao uso dos apelidos do marido. Os termos jurídicos e as imposições legais são antigos e contraditórios; primeiro porque não há mais como limitar à mulher companheira e com as restrições da Lei de Registros Públicos, o direito ao uso do sobrenome do companheiro na união estável, pois a recíproca deve ser igualmente verdadeira, podendo também o companheiro adotar o sobrenome de sua parceira, ou como ordena o § 1º do artigo 1.565 do Código Civil, no casamento qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro.

Sucedendo a dissolução da união estável fica a critério da companheira ou do companheiro que adotou o patronímico de seu parceiro retomar seu apelido de família, não havendo nenhuma repercussão da culpa que deixou de ser apurada no casamento com a Emenda Constitucional 66/2010 e cuja discussão causal nunca teve curso na união estável.

13.11. CONTRATO DE CONVIVÊNCIA

Pela via do *contrato de convivência*, os integrantes de uma união estável promovem a autorregulamentação do seu relacionamento, no plano econômico e existencial, e a contratação escrita do relacionamento de união estável não representa a validade indiscutível da convivência estável, porque o documento escrito pelos conviventes está condicionado à correspondência fática da entidade familiar e dos pressupostos de

reconhecimento (CC, art. 1.723), ausentes os impedimentos previstos para o casamento (CC, art. 1.521), porque não pode constituir uma união estável quem não pode casar, com as ressalvas do § 1º do artigo 1.723 do Código Civil.

Inegável, contudo, a utilidade do contrato de convivência como instrumento de prova da união estável, atestado por testemunhas se realizado por instrumento particular,[76] e dispensadas as testemunhas se formalizado por instrumento público, podendo o contrato ser levado a registro no Cartório de Títulos e Documentos, para conhecimento de terceiros (art. 127 da Lei 6.015/1973), afora a faculdade do registro da escritura pública de contrato e distrato envolvendo união estável, regulamentado pelo artigo 2º do Provimento 37, do Conselho Nacional de Justiça, de 7 de julho de 2014, havendo aqueles que advogam para a segurança jurídica, a averbação da escritura pública de união estável na matrícula do imóvel junto ao Ofício Imobiliário.

Sendo um contrato, exige agente capaz (CC, art. 104, inc. I), objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (CC, art. 104, incs. II e III). Não há exigência de forma especial para a declaração de vontade (CC, arts. 107 e 1.725), sendo livre a escolha do contrato particular ou público, embora o último seja mais seguro, na hipótese de discussão judicial acerca da eficácia do negócio jurídico.[77]

Bruno Canísio Kich[78] sugere, como conteúdo mínimo do contrato entre companheiros, o registro do tempo do convívio, com a indicação da data de início do relacionamento, seguindo-se por prazo indeterminado, salvo que os conviventes tenham contratado a sua relação estável depois de desfeita, quando então podem consignar o tempo exato de duração. Costuma conter cláusulas acerca do regime de bens a ser adotado pelos contratantes, dentre os regimes regulados para o matrimônio, embora nada impeça possam ser mescladas características de cada um dos diferentes regimes, como por exemplo, a adoção de um regime de total separação de bens, com exceção da

moradia dos conviventes, cujo imóvel se comunicaria entre eles. Sem nenhuma sombra de dúvida que o contrato de convivência declinando tempo e início de relacionamento deve corresponder à realidade, representando a referência do seu termo inicial apenas um início de prova, mas não uma prova absoluta, inquestionável e incontroversa, sendo bastante comum conviventes consignarem falsamente relacionamentos de maior duração.

De qualquer modo, a exemplo do pacto antenupcial do casamento, também o contrato de convivência da união estável está sujeito à decretação judicial de nulidade de qualquer cláusula ou convenção que contravenha disposição absoluta de lei (CC, art. 1.655).

Desse modo, será nula qualquer convenção entre os conviventes a respeito de direitos hereditários, como está expresso no artigo 426 do Código Civil, por ser vetada qualquer disposição contratual acerca da herança de pessoa viva, ou de cláusulas dispensando direitos e deveres próprios da união estável (CC, art. 1.724), como o de lealdade e assistência recíproca, ou cláusula de renúncia ao direito alimentar no caso de ruptura do relacionamento estável, porque esses são deveres pessoais igualmente previstos em lei para o instituto da união estável e que derivam naturalmente da celebração informal desse casamento de fato.

13.11.1 A retroatividade restritiva do contrato de convivência

Doutrina e jurisprudência admitiam o afastamento da comunicação dos bens se a qualquer tempo, inclusive com efeito retroativo, os conviventes confeccionassem um contrato escrito de convivência deliberando em sentido contrário.[79] Entretanto, essa orientação foi revertida a contar da Apelação Cível 70062734736, do Tribunal de Justiça do RGS, no sentido de que a escritura pública de união estável ou o contrato privado de sua constituição, no que tange ao regime de bens, não pode ter efeito retroativo,[80] e neste

sentido vem se pronunciando o Superior Tribunal de Justiça em diversos e reiterados julgamentos, como no REsp 1.843.825/RS, relatado pelo Ministro Moura Ribeiro em 15.12.2020, e no REsp 1.383.624/MG, julgado em 02.06.2015; no REsp 1.481.888/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Buzzi em 10.04.2018, no Agravo em Recurso Especial 1.184.412/RS, julgado em 26.06.2018, ou no AgInt no REsp 1.751.645/MG;[81] ou do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 1.597.675/SP, em 25.10.2016; ou ainda no Recurso Especial 1.845.416/MS.[82]

A mutabilidade do regime de bens exige redobrada cautela do intérprete da lei, porque a livre-modificação do regime pode abrir as portas do abuso, notadamente diante da inevitável fraqueza do cônjuge ainda tomado pela cegueira da paixão.[83] Ora, o súbito contrato de convivência para regular o passado patrimonial dos conviventes que seguem juntos ou não, não aceita dissolver uma sociedade afetiva de divisão de aquestos, para começar imediatamente outra relação com o mesmo parceiro em um regime de não comunicação dos bens que já são comuns. A hipótese instiga a promover a prévia liquidação dos bens da primeira relação, quando evidenciada ou não a continuação do relacionamento afetivo, não sendo coerente que um dos conviventes renunciasse aos bens que já lhe pertencem pela presunção de condomínio e de comunicação, até porque é princípio consagrado de direito de a renúncia ser sempre expressa,[84] jamais presumida pela singela alteração contratual de um regime de comunicação de bens em outro de total separação.

Sob o risco de convalidar a fraude, toda a modificação de um regime econômico de comunicação de bens capaz de restringir direitos construídos na constância da união pressupõe a prévia liquidação do regime patrimonial anterior e a obrigatória divisão dos bens amealhados pelo regime automático da comunhão parcial incidente no período da precedente união estável, diante da ausência de anterior contrato escrito.[85]

Aceitar a renúncia indireta dos bens após a aquisição do patrimônio, por contrato escrito pelos conviventes formatando novo regime de bens, ou porque decidiram casar e firmar pacto antenupcial de completa separação retroativa de bens, só poderia ser considerada válida quando não prejudicasse terceiros e quando não atentasse contra a ordem pública, tampouco prejudicasse o próprio convivente atingido pela súbita perda de sua meação.

A renúncia dissimulada por simples contrato escrito de convivência, utilizado para afastar a presunção de comunhão parcial dos aquestos, deve ser rejeitada por seu infausto efeito de enriquecer sem justa causa apenas o companheiro beneficiado pela renúncia do outro, e por atentar contra a moral e o direito, ao permitir restrições de ordem material de efeito retroativo. Apagar acordos tácitos de comunhão parcial justamente quando a lei presume a comunicação dos bens pela inércia contratual dos conviventes, para depois permitir a renúncia patrimonial por mero contrato, surgido quase sempre no auge do desgaste da relação, seria admitir uma forma ilícita e imoral de empobrecer inadvertida e gratuitamente um dos parceiros em benefício do outro, tanto que o STJ tem negado o efeito retroativo ao regime da separação de bens.[86]

13.11.2 Regime de bens

Decorre do artigo 1.725 do Código Civil a presunção de incidência do regime de comunhão dos bens amealhados durante a convivência estável, com a aplicação literal dos dispositivos pertinentes ao regime da comunhão parcial de bens previsto para o casamento, diante da ausência de contrato escrito dos conviventes elegendo regime patrimonial igual ou diverso. Portanto, na união estável o companheiro é materialmente equiparado ao cônjuge, devendo ser partilhados por metade, para cada convivente, ao tempo da dissolução do vínculo, os bens adquiridos na constância do

relacionamento, ressalvadas apenas as exceções legais de incomunicabilidade, e recaindo sobre o acervo dos companheiros a presunção de comunicação, desafetada da aquisição onerosa, não se comunicando os bens doados apenas para um dos conviventes, os herdados ou sub-rogados em seu lugar, ou os bens cujo título de aquisição tenha uma causa anterior ao relacionamento (CC, arts. 1.659 e 1.661), como também não se comunicam os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento, ou à união estável, como, por exemplo, um contrato de compra e venda de bem imóvel quitado antes do relacionamento e escriturado na constância da convivência.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama[87] defende a comunhão tão somente dos aquestos adquiridos onerosamente pelos companheiros, pois não admite a equiparação do regime legal de bens do artigo 1.725 do Código Civil, ao regime da comunhão parcial de bens, devendo ser excluídos os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; as benfeitorias em bens particulares de cada companheiro; e os frutos dos bens particulares de cada convivente, percebidos na constância da união estável, ou ainda pendentes quando da dissolução da união estável.

No entanto, essa não se afigura como a solução mais adequada, ao criar diferenças entre os institutos do casamento e da união estável, até porque, quando o artigo 1.725 do Código Civil ordena a aplicação do regime da comunhão parcial à união estável, o faz ressalvando a eventual existência de *contrato escrito* entre os companheiros, haja vista que o contrato dos companheiros difere na sua concepção e formação do pacto antenupcial dos cônjuges, e admite procedimento, acréscimos e restrições inadmissíveis para o matrimônio e lembrando que depois do julgamento pelo STF da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 878.694/MG, cada vez mais se aproxima a completa equivalência da união estável ao casamento.

13.11.3 Conversão em casamento

A opção pela conversão da união estável em casamento remonta ao § 3º do artigo 226 da Constituição Federal, ao estabelecer deva a lei facilitar sua conversão em matrimônio, advindo sua regulamentação infraconstitucional do artigo 8º da Lei 9.278/1996.[88]

A conversão da união estável em casamento tem intrigado a doutrina brasileira, ao permitir aos mais conservadores defenderem a existência de uma espécie de subclasse de entidade familiar.

Em sintonia com o artigo 1.726 do Código Civil, os companheiros devem requerer ao juiz a conversão da sua união estável em casamento[89] e não mais ao oficial do Registro Civil, como previa o artigo 8º da Lei 9.278/1996, por meio de processo próprio de habilitação para o casamento, havendo quem afirme ser inconstitucional o artigo 1.726 do Código Civil, porque o procedimento judicial não facilita converter a união estável em casamento, como ordena o artigo 226, § 3º, da Constituição Federal. No Estado do Rio Grande do Sul o procedimento para a transformação da união estável em casamento está regulado pelos Provimentos 27/2003 e 39/2003 da Corregedoria-Geral da Justiça, passando a integrar os artigos 148 a 157 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul (Provimento 32/06-CGJ), sendo que a conversão é requerida ao juiz de direito, com a intervenção do promotor público, e, uma vez homologada a conversão, o juiz ordenará o registro para que o oficial proceda ao assento no Livro B-Auxiliar, ao passo que a conversão em casamento civil da cerimônia religiosa é processada diretamente no Registro Civil.

Decidindo o juiz pelo provimento da conversão da união estável em casamento, ordenará a lavratura desse assentamento que dispensa o processo de habilitação para o matrimônio, evidentemente se também ausentes os impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil (art. 149 do Provimento 32 do CGJ).

Todavia, a lei autoriza a conversão da união estável em casamento, no que difere da habilitação do casamento quanto aos seus efeitos no tempo; considerando que o matrimônio civil direto tem seus efeitos operados a partir da data de sua celebração, sem nenhuma retroação no tempo, seu efeito é *ex nunc*. Já na conversão da união estável em casamento os efeitos se operam *ex tunc*, são retroativos à data do início da união estável. A conversão difere também da celebração do casamento típico, porque além da legalização da união de fato ocorre igualmente o reconhecimento legal da constituição de uma família em data precedente ao casamento formal.[90]

Sendo os efeitos retroativos à data da constituição da união estável, o regime de bens eventualmente eleito pelos nubentes em pacto antenupcial também tem efeito retroativo ao início da união estável, podendo causar indesejáveis e impensáveis prejuízos para um dos conviventes, se porventura elegerem o regime retro-operante da total separação de bens, deixando de se comunicar patrimônio amealhado na constância da união estável e sobre cujo relacionamento incidia pelo silêncio de qualquer contrato de convivência um regime presumido de comunhão de bens.[91] Contudo, a conversão de precedente união estável em casamento chama a atenção para o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil que impõe o regime obrigatório da separação de bens para a pessoa maior de setenta anos (Lei 12.344/2010), cuja restrição não deve ser aplicada, permitindo assim, a livre-escolha do regime matrimonial para o septuagenário, na hipótese de ter existido comunhão precedente de vida ou da qual tenham resultado filhos, tal qual previa o artigo 45 da Lei do Divórcio (Lei 6.515/1977). Assim, se uma pessoa de mais de setenta anos quer converter sua união estável em casamento poderá fazê-lo pelo regime que melhor lhe aprouver, pois o permissivo do artigo 45 da Lei do Divórcio surgiu para atender, com espírito de justiça, aos casais que mantinham convivência informal, estimulando o casamento daqueles que se achavam em união natural e afastando a presunção de mero interesse material.[92] Deve ser registrado que o processo

judicial de conversão da união estável em casamento desatende ao preceito constitucional do artigo 226, § 3º, da Carta Política de 1988, que manda a lei facilitar sua conversão em casamento e o procedimento judicial nada tem de facilitador. Já no Estado de São Paulo, pelo Provimento 25/2005, atualizado pelo Provimento 14/2006 da Corregedoria-Geral de Justiça, a conversão da união estável em casamento será administrativa, requerida pelos conviventes perante o Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais (art. 87 do Provimento 14/2006-CGJ/SP), iniciando-se um processo de habilitação e, estando em termos o pedido, inexistindo impedimentos legais, será lavrado o assento da conversão da união estável em casamento.

13.11.4 Contrato de namoro

Para as gerações formadas em período anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988 os relacionamentos afetivos obedeciam a clássicos estágios de desenvolvimento, iniciando com o namoro, o noivado e a instituição do casamento, como única forma legítima de constituir família. Com o afrouxamento dos costumes, associado à igualdade e liberdade dos gêneros sexuais, a convivência informal, que não reconhecia efeitos jurídicos era um porto seguro para o livre e descompromissado exercício das relações afetivas, abrindo espaço até para namoros furtivos ou proibidos, como sucedeu na Apelação Cível 70.033.697.871, do TJRS que negou reconhecer a existência de uma união estável entre uma mulher e um padre, pois se tivesse o sacerdote realmente intenção de constituir família teria largado o sacerdócio para se dedicar à sua vida pessoal.[93] Com a total liberdade sexual os estágios do inicial namoro,[94] com o posterior noivado[95] e final casamento perderam seu espaço e importância, criando-se novas configurações onde muito delas se inclinam na mera diferença de tempo e amadurecimento das relações.

Com a liberdade sexual e a facilidade dos rompimentos afetivos,[96] sem se revestir das características de um casamento ou de uma união estável surge, o denominado "namoro estável ou qualificado", reservado para aqueles pares que querem ter o direito de não assumirem qualquer compromisso entre eles e muito menos tencionam constituir família, embora estejam sempre juntos em viagens e principalmente em finais de semana, e que rotineiramente pernoitam na habitação um do outro, e frequentam as festas familiares em comum.[97] Como observa Maria Aracy Menezes da Costa, nenhum namorado consta como dependente do outro na previdência social, e eles mantêm suas contas bancárias individuais[98] e seus próprios endereços residenciais, não tendo o ânimo de formar família e tampouco desejam ter filhos em comum, e, portanto, embora se trate até de um namoro prolongado e com congresso íntimo, não induz ao estabelecimento de uma união estável.[99]

Com efeito, a união estável exige pressupostos mais sólidos de configuração, não bastando o mero namoro, por mais firme ou qualificado que se apresente, porquanto apenas a convivência como casal estável, de comunhão plena e vontade de constituir família concretiza a relação durável, da qual o namoro é apenas um projeto que ainda não desenvolveu e talvez sequer evolua como entidade familiar.[100] Portanto, nenhuma validade terá um precedente *contrato de namoro* firmado entre um par afetivo que tencione evitar efeitos jurídicos de sua relação de amor, porque seus efeitos não decorrem do contrato e sim do comportamento socioafetivo que o casal desenvolver, pois, se com o tempo eles alcançaram no cotidiano a sua mútua satisfação, como se fossem marido e mulher e não mais apenas namorados, expondo sua relação com as características do artigo 1.723 do Código Civil, então de nada serviu o contrato preventivo de namoro e que nada blinda se a relação se transmudou em uma inevitável união estável, pois diante destas evidências melhor teria sido que tivessem firmado logo um *contrato de convivência* modelado no regime da completa separação de bens.

13.12. CONCUBINATO E RELAÇÕES PARALELAS

O artigo 1.727 do Código Civil consagra a distinção estabelecida entre a união estável e o concubinato, expressando, a primeira, a união entre duas pessoas, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (CC, art. 1.723), tirante os impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil; não incidindo o inciso VI, no caso de a pessoa se achar separada de fato. Portanto, ressalva expressamente o § 1º do artigo 1.723 do Código Civil o reconhecimento de uma união estável entre pessoas que, embora casada qualquer uma delas, se achem separadas de fato ou divorciadas.

A palavra *concubinato* no passado era utilizada como sinônimo de união estável; contudo, desde o advento do artigo 1.727 do Código Civil, apenas identifica uma relação adulterina, e que refoge ao modelo de união estável, o qual só admite envolvimento afetivo quando for apto a gerar efeitos jurídicos, podendo a pessoa ser casada, mas devendo estar separada de fato ou divorciada.

O mesmo raciocínio pode ser focalizado em uma união estável e paralelamente existir um segundo relacionamento, ou seja, duas relações *estáveis* plúrimas e simultâneas.

Concubinato é uma união *impura*, representando uma ligação constante, duradoura e não eventual, na qual os partícipes guardam um impedimento para o matrimônio, por serem casados, ou pelo menos um deles mantém íntegra a vida conjugal e continua vivendo com seu cônjuge, enquanto ao mesmo tempo mantém um outro relacionamento, este de adultério, ou de amasiamento.

O Código Civil define o concubinato como sendo as “relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar” (art. 1.727), mas, logicamente, não inclui neste conceito as pessoas casadas, mas separadas de fato ou divorciadas, habilitadas, portanto, a constituir união estável. O impedimento para uma nova união não se encontra no estado civil da pessoa,

a qual pode ser casada ou manter uma relação de união estável, mas desde que esteja separada de fato ou de corpos do cônjuge ou precedente companheiro, abarcando também as relações estáveis existentes entre duas pessoas do mesmo sexo.

A censura da lei incide sobre o paralelismo dessas uniões, tendo em conta o princípio da monogamia, não visto apenas como uma norma moral, mas sim como um preceito básico e organizador das relações jurídicas da família brasileira,[101] como forma de organização, representando um envolvimento afetivo paralelo, de curta ou longa duração, uma indisfarçável infidelidade que continua trazendo perturbação para dentro da sociedade conjugal ou convivencial de orientação monogâmica.

O princípio da monogamia encontra eco no artigo 1.521, inciso VI, do Código Civil, quando proíbe novo casamento de pessoa casada, sob pena de nulidade das segundas núpcias (CC, art. 1.548, inc. II), sendo inclusive a bigamia tipificada como crime pelo artigo 235 do Código Penal.

Concubinato também existe entre as pessoas impedidas de casar pelo vínculo de parentesco ou de afinidade e, destarte, mantendo relações incestuosas.[102] Contudo, a geração de efeitos jurídicos não é de todo descartada no concubinato, havendo divergência, notadamente jurisprudencial, acerca do reconhecimento de direitos às relações concomitantes. A referência não é feita ao estabelecimento de uma sociedade de fato, afeita ao direito das obrigações, e que durante décadas conduziu a doutrina e a jurisprudência brasileiras para o estabelecimento de direitos aos casais *concubinos*, assim reconhecidos até o advento da Constituição Federal, ao instituir a entidade familiar da atual união estável.

Atualmente a união estável é regulada pelo Direito de Família, enquanto o concubinato de pessoa casada e não separada constitui uma sociedade de fato, surgida de um relacionamento adulterino estável, rotineiro, duradouro. Sucedendo a aquisição de bens, por não se tratar de uma entidade familiar constitucional, por afrontar o princípio da monogamia

das uniões afetivas, esta relação deve ser disciplinada pelo Direito das Obrigações, com vistas a inibir o enriquecimento indevido (CC, art. 884). No entanto, não se trata de um ponto de vista pacífico, tampouco unânime, havendo quem defenda e admita a dualidade de relacionamentos estáveis.

Julgados cada vez mais frequentes têm reconhecido a dúplice união afetiva e procurado realinhar a postura judicial que, a meu ver, costuma punir a esposa com a invasão na sua meação, apenas pelo fato de ela ter em regra, tido conhecimento da existência do concubinato mantido pelo marido.

Tem sido corriqueiro deparar com decisões judiciais reconhecendo efeitos jurídicos às uniões concubinárias, correlatas ao casamento ou paralelas a outra união estável, perfilhando todos os direitos pertinentes ao casamento, como se fosse possível manter dois *casamentos* em tempo integral, para conferir com sua ruptura a divisão dos bens entre três pessoas (*triação*), à razão de um terço dos bens para cada personagem do estável triângulo amoroso, além de ordenar a divisão da previdência social ou um duplo pagamento de pensão alimentícia.

Essa tendência em admitir a existência paralela de duas famílias, quando duradouras, muitas delas com a existência de prole, vem sendo paulatinamente admitida pelos pretórios brasileiros. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao lado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é outro exemplo dessa convergência, e que em nada destoa da orientação do tribunal gaúcho, como sucedeu na Apelação Cível 1.0017.05.016882-6/003, julgada em 20 de novembro de 2008, relatada pela Desembargadora Maria Elza, que admitiu a união dúplice para evitar irresponsabilidades e o enriquecimento ilícito de um companheiro em desfavor do outro. Posteriormente, em aresto datado de 18 de dezembro de 2008, curiosamente, a Desembargadora Maria Elza, no Processo 1.0024.07.690802-9/001(1), não reconheceu efeitos jurídicos ao relacionamento paralelo.

Renata Miranda Goecks e Vitor Hugo Oltramari defendem o reconhecimento oficial das uniões paralelas desenvolvidas dentro do

princípio da boa-fé e afirmam que descabe ao Estado negar a realidade e pretender que a concomitância de relações seja algo distante do Direito de Família.[103] Ana Carolina Brochardo Teixeira e Renata de Lima Rodrigues admitem por igual as relações paralelas, conquanto elas cumpram, reciprocamente, funções familiares na vida uma das outras, porque o *princípio da monogamia*, historicamente, está atrelado aos mandamentos da segurança jurídica e tutela prioritária do patrimônio, fatores que ficaram em segundo plano no ordenamento brasileiro, que, na atualidade, prioriza a realização direta da dignidade humana.[104]

Entrementes, o Direito de Família não contempla as relações poliândricas ou poligâmicas, quer preexista casamento ou apenas precedente união estável, nada diferenciando o fato de a pessoa ser ou não civilmente casada com outra quando convive em dupla união. A união livre, para ter validade jurídica, não ficou dispensada da monogamia, sendo expressamente excluídas pelo artigo 1.727 do Código Civil do conceito de união estável as relações não eventuais entre o homem e a mulher impedidos de casar, por já serem casados ou por viverem concomitantemente com outro companheiro. A lei rejeita a relação extraconjugal simultânea com a união legítima, assim como afasta duas uniões legítimas ou informais, salvo exista separação formal, de corpos ou de fato, pois nestas hipóteses não subsiste o dever de fidelidade de uma relação que já terminou no mundo dos fatos.

Não constitui outra família quem prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar pelo matrimônio, ou pela via informal da união estável, uma entidade familiar. Aliás, querendo constituir família com a amante, tudo o que o bígamo precisa fazer é romper de fato ou de direito a sua relação com a outra pessoa, ficando até dispensado do divórcio judicial ou extrajudicial, porque com gesto simples de romper factualmente o passado lhe basta para assentar no presente uma relação de fidelidade e de exclusividade com o novo parceiro, e esta é a atitude suficiente para

concluir pelo fortalecimento dos laços da nova relação e de que concentrou seus desejos e esforços em uma nova e única entidade familiar.

Na linha de oposição ao reconhecimento da união dúplice está Zeno Veloso, ao rejeitar o concubinato múltiplo, pois ele não caracteriza uma união estável, mas ressalva a união estável do convivente de boa-fé. Zeno Veloso diz que podem ocorrer uniões estáveis, mas sucessivas, e que retratam diferentes experiências afetivas de épocas distintas, cada uma no seu devido tempo, mas não ao mesmo tempo.[105]

Rodrigo da Cunha Pereira ressalta a boa intenção do artigo 1.727 do Código Civil, ao distinguir o concubinato adulterino da união estável, pois no concubinato, casamento não desfeito na prática, deve ser tratado pelo Direito das Obrigações.[106]

Tais relações concomitantes são catalogadas como sociedades de fato e, conforme já prescrevia a Súmula 380 do STF, os que se veem prejudicados pelo ilícito enriquecimento e pelo acréscimo patrimonial do parceiro se socorrem do equilíbrio econômico proveniente do campo do Direito das Obrigações. A decisão antes destacada foi sustentada no ordenamento jurídico brasileiro que prestigia e adota o *princípio da monogamia*, e inviabiliza o reconhecimento jurídico de uniões estáveis paralelas, sempre quando hígido o casamento ou a anterior união informal.

Quer o texto legal preservar a qualidade de cônjuge e de companheiro, quando exercidos na sua plenitude e sem qualquer solução real de continuidade, não podendo ser equiparada uma união estável a um concubinato adulterino, por mais tempo que a infidelidade tenha durado e por mais prole que eventualmente tenha gerado, até porque, a descendência não é gerada exclusivamente no casamento ou em uma relação de união estável.

Pesam no conceito as exigências de exclusividade, fidelidade, vida em comum sob o mesmo teto com durabilidade. O vínculo entre companheiros imita o casamento ou no dizer tradicional é *more uxorio*. Todo o

relacionamento se faz, às claras, sem ocultação. Os dois frequentam a sociedade onde, reciprocamente, se tratam como marido e mulher".[107]

E a grande realidade está em constatar que, na relação adulterina de união estável paralela ao casamento sempre faltarão ao conjunto afetivo os requisitos da fidelidade e da exclusividade na coabitação, porque o concubino por ser casado não é fiel à esposa, mas com ela tem um contrato precedente de matrimônio; mas tampouco está sendo fiel à concubina, pois segue amando e vivendo com a sua esposa, da qual não está faticamente separado e nem dela quer realmente se separar, como mostra que verdadeiramente não quer formar família com a amante.

Não constitui outra família aquele que prossegue residindo com a esposa e com os filhos conjugais, pois é pressuposto da vontade de formar família estar desimpedido para formalizar pelo casamento ou pela união estável uma nova e efetiva entidade familiar.

Karin Wolf escreve não constituir família quem mantém um relacionamento à margem do casamento e prossegue residindo com o cônjuge e com os filhos e a existência de uma união concomitante a um casamento sempre representará uma relação de total adultério.[108] Interessante extrair de uma extensa análise jurisprudencial a aplicação corriqueira do chamado instituto da sociedade de fato, como instrumento de amparo às relações de afeto que não configuram uma união estável, diante da ausência dos pressupostos de constituição e de validade, mas que, no terreno do direito obrigacional evita prejuízos causados pelo indevido enriquecimento de um dos concubinos em detrimento do seu parceiro. Especialmente quando há aquisição de patrimônio ou de sua valorização, constando o bem apenas em nome de uma das partes, embora o acréscimo patrimonial tenha decorrido da contribuição financeira e do esforço material de ambos, ou até só do outro cujo nome não aparece no registro civil de domínio.

A distinção feita acerca da existência de uma união estável e uma sociedade de fato, não mais se utilizando a doutrina das expressões

concubinato puro e impuro, não é de todo impertinente, quando se tem em consideração que toda a sociedade de fato carrega na sua história uma relação com relativa duração e estabilidade, apenas que maculada pelo impedimento da formação familiar monogâmica, pois é exigência do senso médio do cidadão brasileiro que os companheiros sejam pessoas desimpedidas e, portanto, livres, e assim, aptas a contraírem matrimônio.[109]

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça vinha decidindo invariavelmente no intuito de afastar qualquer efeito jurídico ao duplo e paralelo relacionamento afetivo, sem nenhuma indicação de separação de fato do cônjuge adúltero. Como pode ser conferido no REsp 931.155/RS, da Terceira Turma do STJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, em julgamento ocorrido em 7 de agosto de 2007, e no REsp 1.754.008/RJ, em julgamento ocorrido em 13 de dezembro de 2018, da Quarta Turma do STJ, na relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.[110] Entretanto, no REsp 1.185.337-RS, a Terceira Turma do STJ, em julgamento datado de 20 de março de 2015, o Relator, Ministro João Otávio de Noronha, manteve a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quarenta anos, em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas.[111]

Contudo, chamado a se pronunciar em plenário, na sessão virtual de 11.12.2020 a 18.12.2020, sobre as uniões estáveis concomitantes, no Recurso Extraordinário 1.045.273/SE, o Supremo Tribunal Federal, na Repercussão Geral 529, decidiu por maioria, nos termos do voto do relator Ministro Alexandre de Moraes, vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio, negar provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese: “A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1.723, § 1°, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para

fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico brasileiro".

13.12.1 Do concubinato de boa-fé

Entretanto, o Código Civil no artigo 1.561 resguarda o casamento putativo em relação ao cônjuge de boa-fé, aproveitando aos filhos os efeitos civis do casamento, e em relação ao parceiro de boa-fé, que desconhecia a existência do impedimento ao estabelecimento de sua união estável, de o seu companheiro ser civilmente casado e estar convivendo ao mesmo tempo com o cônjuge, enquanto mantém este segundo relacionamento afetivo e estável.

Boa-fé, por evidente, suficientemente escusável, pois deve conter a presença de diligência, cautela e interesse da parte acerca das qualidades daquele que elegeu para ser seu parceiro, pois não se espera que a escolha de um companheiro não passe por um razoável e diligente crivo de informações precedentes, ou como ensina Alípio Silveira, "a vítima deve ter sido cautelosa, diligente, ou então deverá apresentar um motivo razoável por não ter diligenciado",[112] para não descobrir em tempo e a tempo, que seu companheiro era casado e que vivia ao mesmo tempo com seu cônjuge. Cuida-se do erro de fato, desconhecendo o concubino a preexistência do casamento de seu parceiro e, sobretudo, ignorando que seu companheiro segue coabitando com seu cônjuge, sendo hábil o suficiente para dissimular uma separação de fato que em realidade não existe. Não é nada fácil lograr convencer judicialmente a escusabilidade do erro, pois como ensina Yussef Said Cahali, "não basta à boa-fé, a errônea representação da realidade, mas se reclama tenha sido usada certa diligência visando atingir, ainda que sem êxito, a exata notícia da coisa, configurada assim a boa-fé no resultado negativo da atividade intelectual exercida para se conhecer a verdade".[113]

Desconhecendo a deslealdade do parceiro casado, instaura-se uma nítida situação de união estável putativa, devendo ser reconhecidos os

direitos do companheiro inocente, o qual ignorava o estado civil de seu parceiro afetivo, e tampouco a coexistência fática e jurídica do precedente matrimônio, fazendo jus, salvo contrato escrito, à meação dos bens amealhados onerosamente na constância da união estável putativa em nome do parceiro infiel, sem prejuízo de outras reivindicações judiciais, como uma pensão alimentícia, se provar a dependência financeira do companheiro casado, e, se porventura o seu parceiro vier a falecer na constância da união estável putativa, poderá se habilitar à herança do *de cujus*, em relação aos bens particulares (CC, art. 1.829 e REx 646.721/RS), percebendo igual quinhão se concorrer com filhos próprios, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança (CC, art. 1.832), em concorrência com os ascendentes (CC, art. 1.829, II), ou a toda herança (CC, art. 1.829, III) e ao direito previdenciário.[114]

13.13. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A união estável, que usualmente nasce da informalidade, também pela informalidade poderia ser extinta uma vez terminada a convivência, dispensadas tanto a intervenção judicial como qualquer solenidade extrajudicial (CPC, art. 733). Tecnicamente, portanto, a simples separação de fato daria término natural à união estável, mesmo porque jamais houve discussão de causa nas uniões de fato, como sucedia com as separações judiciais antes da Emenda Constitucional 66/2010.

Contudo, uniões estáveis que gerassem filhos e aquisição e bens produziam, consequentemente, efeitos jurídicos a serem judicialmente resolvidos, quer pela ótica do litígio – quando os conviventes estivessem em desacordo quanto aos efeitos jurídicos relacionados à guarda, aos alimentos e à convivência dos filhos –, quer quando estas divergências também fossem identificadas nas relações horizontais entre os conviventes, em termos de partilha e eventual dependência alimentar de um companheiro em relação ao

outro. Acaso harmonizados quanto aos termos destes efeitos próprios de uma entidade familiar desfeita, podiam os conviventes fazer uso da dissolução consensual e judicial de sua união estável, requerendo, ao mesmo tempo, a declaração de existência desse relacionamento e a homologação de sua dissolução, regulados todos os demais efeitos jurídicos respeitantes aos filhos, aos alimentos e à eventual divisão de bens considerados comuns e partilháveis.

Sendo consensual ou litigiosa, a dissolução se dava sempre pela via judicial, pois não havia legalmente previsão para a dissolução consensual de uma união estável, cuja fórmula fora relegada pela Lei 11.441/2007. No entanto, a ausência de expressa previsão legal para a ruptura consensual e extrajudicial da união estável nunca foi empecilho para que conviventes se valessem de uma escritura pública para a dissolução formal, amistosa e bilateral da sua união estável. O Código de Processo Civil corrigiu a omissão da Lei 11.441/2007 ao regulamentar, no artigo 733, a extinção consensual extrajudicial da união estável mediante escritura pública, não havendo nascituro ou filhos incapazes, e no artigo 732 mandando aplicar, no que couber, as disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensuais, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável, ficando as ações contenciosas de reconhecimento e extinção de união estável regulamentadas pelos artigos 693 e seguintes do CPC.

---

1 PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato*: união estável. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1994. p. 16-17.

2 DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 43.

3 BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. 1º v., p. 95.

[4] CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. *A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 45.

[5] TORRES-LONDOÑO, Fernando*. A outra família*: concubinato, Igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Edições Loyola, 1999. p. 199.

[6] Súmula 35 do STF: “Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”. Súmula 382 do STF: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato”.

[7] BITTAR, Carlos Alberto. Os novos rumos do Direito de Família. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 33.

[8] CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: RT. t. 1, p. 13.

[9] Súmula 14 do TJ/RS: “É da Vara de Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável (Constituição Federal, art. 226, § 3º)”.

[10] “Ao concubinato *more uxorio* podem ser atribuídos todos os efeitos do casamento, desde que não firam direitos de terceiros. O regime de bens será o da comunhão parcial, não tendo mais aplicação a Súmula n. 380 do STF, após a vigência da CF de 1988, pois dispensado o esforço financeiro comum na amealhação do patrimônio. Sentença confirmada” (TJRS, Apelação Cível 594.083.826, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Heerdt, j. 21.12.1994). *RJTJRS* 169/329.

[11] Súmula 380 do STF: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

[12] GIORDANO, João Batista Arruda. A união estável. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 45, p. 256, mar. 1989.

[13] OLIVEIRA, Euclides de. *União estável*: do concubinato ao casamento, antes e depois do novo Código Civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 99.

[14] KRELL, Olga Jubert Gouveia. *União estável*: análise sociológica. Curitiba: Juruá, 2003. p. 36.

[15] DOMÍNGUEZ, Ignácio Gallego. *Las parejas no casadas y sus efectos patrimoniales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1995. p. 41.

[16] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 28-29.

[17] ALONSO, Eduardo Estrada. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 36.

[18] *Idem*, p. 37.

19 CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 24-25.

20 FERREIRA, Fábio Alves. *O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e sua transformação num casamento não solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 44.

21 *Idem*, p. 37.

22 "Apelação cível. Exoneração de alimentos com pleito alternativo de redução. Ex-mulher e filha maior. Manutenção da pensão em favor da ex-esposa, pessoa idosa. Ausência de prova da alegada união estável pela alimentada. Cabível exoneração de alimentos em face de filha maior de idade, formada, que exerce atividade laboral. Deve ser mantida a pensão alimentícia em favor de ex-mulher, idosa, que, por ocasião da separação, já se encontrava aposentada por invalidez, mormente quando não comprovada a alegada união estável com outro homem. Mera relação de namoro não conforta o pleito de exoneração de alimentos, já que, com a separação, não mais existe o dever de fidelidade recíproca, podendo a alimentada relacionar-se livremente, desde que não mantenha relacionamento nos moldes de uma união estável ou casamento, mantendo, assim, suas necessidades em relação à pensão alimentícia auferida. Negaram provimento à apelação" (segredo de justiça) (TJRS, Apelação Cível 70028638476, 7ª Câmara Cível, Rel. André Luiz Planella Villarinho, j. 15.04.2009).

23 ALONSO, Eduardo Estrada. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 38-39.

24 *Idem*, p. 40.

25 *Idem*, p. 42.

26 *Idem*, p. 43.

27 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 589.

28 "Apelação Cível. Ação declaratória. União homoafetiva. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência de ação. Sentença mantida. A impossibilidade jurídica do pedido ocorre quando a ordem jurídica não permite a tutela jurisdicional pretendida. Na esteira da jurisprudência deste Tribunal de Justiça, diante da norma expressa, contida no artigo 226, § 3º, da Constituição da República, somente entidade familiar pode constituir união estável, através de relacionamento afetivo entre homem e mulher. Revela-se manifestamente impossível a pretensão declaratória de existência de união estável entre duas pessoas do mesmo sexo" (TJMG, Apelação Cível 1.0024.04.537121-8/002, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Domingos Coelho, j. 24.05.2006).

29 DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa. *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, 2010. p. 223.

30 CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen

(coord.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 382.

31 "Direito civil. Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo. Efeitos patrimoniais. Necessidade de comprovação do esforço comum. Sob a ótica do direito das obrigações, para que haja partilha de bens adquiridos durante a constância de sociedade de fato entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova do esforço comum, porque inaplicável à referida relação os efeitos jurídicos, principalmente os patrimoniais, com os contornos tais como traçados no artigo 1º da Lei n. 9.278/1996. A aplicação dos efeitos patrimoniais advindos do reconhecimento de união estável a situação jurídica dessemelhante viola texto expresso em lei, máxime quando os pedidos formulados limitaram-se ao reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, com a proibição de alienação dos bens arrolados no inventário da falecida, nada aduzindo a respeito de união estável. Recurso conhecido e provido". "Recurso Especial. Relacionamento mantido entre homossexuais, sociedade de fato. Dissolução da sociedade. Partilha de bens. Prova. Esforço comum. Entende a jurisprudência desta Corte que a união entre pessoas do mesmo sexo configura sociedade de fato, cuja partilha de bens exige a prova do esforço comum na aquisição do patrimônio amealhado. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 648.763/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 07.12.2006).

32 REsp 820.475/RJ.

33 CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 382-383.

34 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 161.

35 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 43.

36 Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3300-0 o Supremo Tribunal Federal foi instado a declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei 9.278/1996, que, ao regular o § 3º do artigo 226 da Constituição, reconheceu, unicamente, 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". A ADIn foi proposta pela Associação da Parada do Orgulho dos Gays, Lésbicas, Bissexuais e Transgêneros de São Paulo e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo, sustentando o caráter fundamental do direito personalíssimo à orientação sexual e a qualificação jurídica das uniões homoafetivas como entidade familiar. Em decisão monocrática datada de 03.02.2006, o Ministro Celso de Mello declarou extinto o processo, por insuperável razão de ordem formal, já que a ADIn impugnava norma legal já revogada (Lei 9.278/1996) pelo Código Civil em vigor, constando ao final de sua

decisão a utilização de meio processual adequado à discussão *in abstracto*, do que dispõe o artigo 1.723 do Código Civil, diante da relevantíssima tese pertinente ao reconhecimento, como entidade familiar, das uniões estáveis homoafetivas.

37 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 109-110.

38 "Apelação Cível. União homoafetiva. Reconhecimento. Princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade. É de ser reconhecida judicialmente a união homoafetiva mantida entre duas mulheres de forma pública e ininterrupta pelo período de 16 anos. A homossexualidade é um fato social que se perpetua através dos séculos, não mais podendo o Judiciário se olvidar de emprestar a tutela jurisdicional a uniões que, enlaçadas pelo afeto, assumem feição de família. A união pelo amor é que caracteriza a entidade familiar e não apenas a diversidade de sexos. É o afeto a mais pura exteriorização do ser e do viver, de forma que a marginalização das relações homoafetivas constitui afronta aos direitos humanos por ser forma de privação do direito à vida, violando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Negado provimento ao apelo" (TJRS, Apelação Cível 70.012.836.755, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 21.12.2005).

39 GERBASE, Ana Brúsolo. *Relações homoafetivas*. Direitos & conquistas. São Paulo: Edipro, 2012. p. 21-22.

40 "Direito de Família. Casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (homoafetivo). Interpretação dos arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil de 2002. Inexistência de vedação expressa a que se habilitem para o casamento pessoas do mesmo sexo. Vedação implícita constitucionalmente inaceitável. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF (...)".

41 EF: "Art. 20. O casamento é civil e produz efeitos a partir do momento em que os nubentes manifestam a vontade de estabelecer o vínculo conjugal e o Juiz de Paz os declara casados".

42 "Direito de família e processual civil. União entre pessoas do mesmo sexo (homoafetiva) rompida. Direito a alimentos. Possibilidade. Art. 1.694 do CC/2002. Proteção do companheiro em situação precária e de vulnerabilidade. Orientação principiológica conferida pelo STF no julgamento da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF. Alimentos provisionais. Art. 852 do CPC. Preenchimento dos requisitos. Análise pela instância de origem. 1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n. 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do

Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *entidade familiar*, entendida esta como sinônimo perfeito de *família*; por conseguinte, 'este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva'. 3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual. 4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença. 5. Como entidade familiar que é, ou natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI n. 4.277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros. 6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa. 7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que 'não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro'. 8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide. 9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante. 10. A conclusão

que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI n. 4.277/DF e ADPF 132/RJ), incluindo-se ao o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar. 11. Recurso especial provido".

43 COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio*. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1, p. 330.

44 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*: uma espécie de família. São Paulo: RT, 1998. p. 199.

45 Súmula 382 do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

46 MALHEIROS FILHO, Fernando. *União estável*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 43.

47 "A relação aberta não constitui nenhuma forma de concubinato; tal relação é definida na essência e estruturalmente ao descompromisso dos parceiros; daí que não se há de falar em união estável entre homem e mulher" (TJSP, Apelação Cível 167.994-1, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Ribeiro, j. 10.09.1992).

48 "União estável. Pressupostos. *Affectio maritalis*. Coabitação. Publicidade da relação. Prova. 1. A união estável assemelha-se a um casamento de fato e deve indicar uma comunhão de vida e de interesses, reclamando não apenas publicidade e estabilidade, mas, sobretudo, um nítido caráter familiar, evidenciado pela *affectio maritalis*, que, no caso, não restou comprovada. 2 Ficando evidenciado que o relacionamento era, no máximo, de mero namoro, pois ausente prova cabal da residência sob o mesmo teto e da manifesta intenção de constituir uma família, a improcedência da ação se impõe. Recurso desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70071686885, 7ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 14.12.2016).

49 AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*: inadimplemento. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 119.

50 ALONSO, Eduardo Estrada. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Madrid: Civitas, 1986. p. 65.

51 CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. *A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 145.

52 "Recurso especial. Civil. Família. Reconhecimento de união estável *post mortem*. Entidade familiar que se caracteriza pela convivência pública contínua, duradoura e com objetivo de constituir família (*animus familiae*). Dois meses de relacionamento. Sendo duas semanas de coabitação, tempo insuficiente par se demonstrar a estabilidade necessária para reconhecimento da união de fato. 1. O Código Civil definiu a união estável como entidade familiar entre o homem e a mulher, 'configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família' (art. 1.723). 2. Em relação à exigência de estabilidade para configuração da união

estável, apesar de não haver previsão de um prazo mínimo, exige a norma que a convivência seja duradoura, em período suficiente a demonstrar a intenção de constituir família, permitindo que se dividam alegrias e tristezas, que se compartilhem dificuldades e projetos de vida, sendo necessário um tempo razoável de relacionamento. 3. Na hipótese, o relacionamento do casal teve um tempo muito exíguo de duração – apenas dois meses de namoro, sendo duas semanas em coabitação –, que não permite a configuração da estabilidade necessária para o reconhecimento da união estável. Esta nasce de um ato-fato jurídico: a convivência duradoura com intuito de constituir família. Portanto, não há falar em comunhão de vidas entre duas pessoas, no sentido material e imaterial, numa relação de apenas duas semanas. 4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.761.887/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 06.08.2019).

53 "Apelação cível. Ação declaratória de reconhecimento de união estável *post mortem*. Requisitos. Ônus da prova. Precedentes. Sentença de improcedência confirmada. Nos termos da legislação civil vigente, para o reconhecimento de união estável, incumbirá a prova, a quem propuser o seu reconhecimento, de que a relação havida entre o casal foi pública, contínua, duradoura e destinada à constituição de um núcleo familiar. Não comprovada a presença da *affectio maritalis* no relacionamento amoroso descrito nos autos, que assumiu publicamente contornos de mero namoro, conforme se extrai da prova oral produzida, mister a confirmação da sentença que julgou improcedente a pretensão. Apelo desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70068796341, 7ª Câmara Cível, Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 30.11.2016).

54 SILVA, Américo Luís Martins da. *Evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. p. 206.

55 "União estável. Ausência de requisitos. Descabimento. Demonstrado que, antes de coabitarem por curto tempo, as partes viviam com seus pais, e sua relação era de simples namoro, não se implementa o convívio constitucional inexistindo prole ou prova de contribuição para o cabedal existente no dissídio. Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 598.232.684, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 02.12.1998).

56 OLIVEIRA, Euclides de. *União estável*: do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 132.

57 PEREIRA, Áurea Pimentel. *União estável*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 84.

58 OLIVEIRA, Euclides de. *União estável*: do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 131.

59 "Apelação cível. Ação declaratória de reconhecimento e dissolução de união estável cumulada com partilha de bens. Requisitos. Alegações da autora não comprovadas. Sentença confirmada. Nos termos da legislação civil vigente, para o reconhecimento de união estável, incumbirá a prova, àquele que propuser o seu reconhecimento, de que a

relação havida entre o casal foi pública, contínua, duradoura e destinada à constituição de um núcleo familiar. Não comprovada a presença da *affectio maritalis* no relacionamento amoroso descrito nos autos, que, embora duradouro, assumiu publicamente contornos de mero namoro, conforme se extrai da prova oral produzida, mister a confirmação da sentença que julgou improcedente a pretensão. Apelo desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70067976712, 7ª Câmara Cível, Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 26.10.2016).

60 "Agravo de instrumento. Ação de exoneração de alimentos c/c pedido de tutela antecipada. Liminar concedida. Constituição de nova família e exercício de atividade remunerada. Assertivas não corroboradas pelo conjunto probatório. Demandada acometida de doença psiquiátrica. Necessidade e possibilidade mantidas. *Decisum* reformado. Recurso provido. O nascimento de um filho com terceira pessoa não demonstra, por si só, a constituição de nova família por parte da demandada, cuja incapacidade a impede de exercer atividade laborativa, motivos pelos quais merece reforma a decisão que concede antecipação de tutela para exonerar seu ex-cônjuge do pagamento da verba alimentícia" (TJSC, Agravo de Instrumento 2006.007.271-7, 3ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 27.07.2006).

61 ABBATE, Francisco E. *Armonía conyugal*: aportes médico-psicológicos. Buenos Aires: Astrea, 1987. p. 74.

62 *Idem*, p. 75.

63 "Apelação Cível. União estável. Agravo retido. Uma vez encerrada a instrução não há como manter nos autos declarações de pessoas que seriam ouvidas como testemunhas e não o foram porque arroladas extemporaneamente, o que seria o mesmo que produzir a prova indeferida por meio de declarações escritas. Caracterização da união estável. Requisitos. Para que fique caracterizada a entidade familiar denominada união estável deve restar configurada uma comunhão plena de vida, nos moldes de um casamento. O Estado-Juiz deve ter um certo pejo para intervir na vida privada das pessoas e dizer que, embora não tenham casado, obtiveram os efeitos plenos de um casamento. Antes e acima de tudo, deve ser respeitada a opção das pessoas, a liberdade individual de cada um constituir a forma de relacionamento que melhor lhe aprouver, indagando, com muita cautela, as razões pelas quais essas pessoas teriam optado por não casar, podendo fazê-lo, mas não o fazendo. E, por isso, só reconhecendo a união estável em situações em que ela esteja palpitante na prova dos autos, nunca em situações dúbias, contraditórias, em que a prova se mostre dividida, porque assim estar-se-á casando de ofício quem não o fez *motu proprio*. Negaram provimento ao agravo retido, por unanimidade. Deram provimento ao apelo, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70006235287, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 16.06.2004).

64 A Lei 9.278/1996, em seu artigo 8º, já facultava a conversão da união estável em casamento. dade do referido art. 1.790, por entender que a Constituição Federal garante a equiparação entre união estável e casamento no tocante aos direitos sucessórios. É

certo que, apesar de atualmente estar suspenso aquele julgamento no âmbito do STF, em razão de um pedido de vista, já há sete votos proferidos no sentido da dita inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, o que mostra de modo claro a orientação, ao menos majoritária, daquela Corte. Deram provimento unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70069712990, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 24.11.2016).

65 "Agravo de Instrumento. Sucessões. Inventário. Sucessão do companheiro. Aplicação da ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.829 do Código Civil. Julgamento em curso de Recurso Extraordinário, sinalizando a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil. Não obstante o teor do art. 1.790 do Código Civil, na sucessão do companheiro há de se observar a regra da ordem de vocação hereditária trazida pelo art. 1.829 do mesmo diploma legal, considerando que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 878.694, cuja repercussão geral foi reconhecida, sinalizou, por expressiva votação, pela inconstitucionali-

66 "União estável. Não integra o período de namoro o prazo de vigência da união estável, devendo-se ter como termo *a quo* do relacionamento, para efeitos de partição patrimonial, o momento em que passaram a coabitar sob o mesmo teto. Danos emergentes. Lucros cessantes. Partilha. Descabe a divisão da indenização recebida a título de danos emergentes e lucros cessantes, se o veículo, que pertencia exclusivamente ao réu, sofreu acidente de trânsito em período anterior ao início da união estável. Os honorários pertencem aos advogados e não podem ser compensados. Deram parcial provimento ao apelo do réu, e negaram ao da autora, por maioria. Segredo de justiça" (TJRS, Apelação Cível 597.242.791, 7ª Câmara Cível, Rel. Des.ª Maria Berenice Dias, j. 24.06.1998).

67 COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003. p. 391.

68 PITÃO, França. *União de facto no Direito Português, a propósito da Lei n. 135/1999, de 28/08*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 64.

69 BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1, p. 293.

70 "Família. Separação judicial litigiosa e alimentos. Sociedade conjugal, responsabilidade pelo rompimento. Caso em que, evidenciada a insuportabilidade da vida em comum, descabe atribuir a culpa pelo término do casamento a qualquer um dos cônjuges, segundo entendimento já sedimentado nesta Corte. Decreto judicial de separação das partes que se impõe mantido, assim como os alimentos fixados em prol do cônjuge virago. Binômio alimentar, necessidades/possibilidades, dependendo de cotejo pelo conjunto dos fatos. Vínculo de dependência econômica existente entre as partes, desde o matrimônio, a embasar o direito ao pensionamento, estabelecido em valor razoável. Hipótese em que o ex-cônjuge não exerce atividade laboral, não possuindo condições de prover o sustento próprio. Impossibilidade econômica para arcar com o pensionamento

sequer invocada pelo alimentante. Precedentes jurisprudenciais. Ação procedente. Sentença mantida. Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70.015.545.585, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 17.08.2006).

71 "Agravo de Instrumento. União estável. Questão da culpa. Não se pode aplicar a presunção de culpa no que não há presunção legal. A evolução do Direito de Família demonstra que a análise da culpa é ultrapassada. Agravo desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.011.069.606, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Carlos Stangler Pereira, j. 07.07.2005). "União estável. Dissolução. Culpa. Guarda de filha. Estudo social. A culpa não é critério para a ruptura da união estável, como também ocorre na separação, interessando apenas a prova do dissídio afetivo, inclusive concretizado pelo afastamento do parceiro. A sedizente culpa materna não acarreta a perda da guarda, notadamente quando elementos processuais demonstram seu desvelo com a infante e o estudo social de meras informações de vizinhos, sem entrevistar as partes. Apelação provida, em parte, para manter a guarda da filha com a mãe" (TJRS, Apelação Cível 70.001.843.507, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 21.03.2001).

72 RODRÍGUEZ, Nieves Martinez. *La obligación legal de alimentos entre parentes*. Madrid: La Ley, 2002. p. 249.

73 MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007. p. 308-309.

74 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 137.

75 "Civil. Processual civil. Recurso especial. União estável. Alteração do assento registral de nascimento. Inclusão do patronímico do companheiro. Possibilidade. I. Pedido de alteração do registro de nascimento para a adoção, pela companheira, do sobrenome de companheiro, com quem mantém união estável há mais de 30 anos. II. A redação do art. 57, § 2º, da Lei 6.015/1973 outorgava, nas situações de concubinato, tão somente à mulher, a possibilidade de averbação do patronímico do companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, desde que houvesse impedimento legal para o casamento, situação explicada pela indissolubilidade do casamento, então vigente. III. A imprestabilidade desse dispositivo legal para balizar os pedidos de adoção de sobrenome dentro de uma união estável, situação completamente distinta daquela para a qual foi destinada a referida norma, reclama a aplicação analógica das disposições específicas do Código Civil relativas à adoção de sobrenome dentro do casamento, porquanto se mostra claro o elemento de identidade entre os institutos e a parelha *ratio legis* relativa à união estável, com aquela que orientou o legislador na fixação, dentro do casamento, da possibilidade de acréscimo do sobrenome de um dos cônjuges, pelo outro. IV. Assim, possível o pleito de adoção do sobrenome dentro de uma união estável, em aplicação analógica do art. 1.565, § 1º, do CC/2002, devendo, contudo, em atenção às peculiaridades dessa relação familiar, ser feita sua prova documental, por instrumento público, com anuência do companheiro cujo nome será adotado. V. Recurso especial provido" (STJ, REsp

1.206.656/GO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16.10.2016). “Registro civil. Registro de escritura pública de união estável. Pretensão de acréscimo do sobrenome do companheiro ao da companheira. Possibilidade. Inteligência dos artigos 57, § 2º, da Lei dos Registros Públicos, e 1.565, § 1º, do Código Civil, em consonância com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Dúvida improcedente, determinando-se o registro da escritura, com acréscimo do sobrenome” (TJSP, Apelação Cível 9000001-04.2013.8.26.0541, Conselho Superior de Magistratura do TJSP, Rel. Des. Hamilton Elliot Akel, j. 18.03.2014).

76 OLIVEIRA, Euclides de. *União estável*: do concubinato ao casamento. 6. ed. São Paulo: Método, 2003. p. 155.

77 “Apelação cível. União estável. Partilha. Separação de bens. A autora, apelante, requereu fosse a ela concedida a casa inacabada que foi edificada sobre terreno de sua propriedade, contudo, a sentença partilhou este bem outorgando 50% dos direitos e ações atinentes à edificação ao réu. Impõe-se reformar a decisão que extrapola os limites do pedido da petição inicial, uma vez não só não há nos autos pedido do demandado para partilha de bens como os litigantes lavraram escritura pública declaratória de união estável estabelecendo o regime da separação total de bens. E mais, ele, regularmente citado, não ofereceu contestação. Exposto o contexto do pedido e da ausência de impugnação pelo demandado, impõe-se reformar a sentença para manter com apelante a integralidade dos direitos e ações referentes à edificação da casa mencionada na petição inicial. Deram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 70070729074, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.10.2016).

78 KICH, Bruno Canísio. *Contrato de convivência*. 2. ed. Campinas: Agás Juris, 2001. p. 132-135.

79 Esta foi a decisão tomada pela Sétima Câmara Cível do TJRS, na Apelação Cível 70.007.651.292, julgada em 30.06.2004, relatada pelo Des. Luiz Felipe Brasil Santos. Na mesma linha de pensamento a Apelação Cível 70.009.937.582, também da Sétima Câmara Cível do TJRS, relatada pelo Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, em julgamento datado de 10.11.2004, e assim ementado: “Divórcio direto. Reconvenção. Pedido de reconhecimento de união estável em período anterior. Inocorrência. 1. Embora viável o pedido de reconhecimento de união estável em período anterior ao casamento, não se reconhece tal característica ao relacionamento entretido quando não comprovada a estabilidade da relação nem a intenção de constituição de uma família. 2. Quando existe união estável antes do casamento, não se cogita de partilha quando o casal estabelece, em pacto antenupcial, a incomunicabilidade de todos os bens havidos antes e durante o casamento. Recurso desprovido”.

80 “Apelação cível. União estável. Partilha de bens. Pacto de separação de bens. Escritura pública de união estável. Validade. AJG. Descabimento. 1. Deve ser reconhecida a união estável no período em que o casal conviveu sob o mesmo teto., com publicidade e notoriedade, evidenciando comunhão de vida e de interesses. 2. Havendo ajuste entre os

conviventes acerca do regime de bens, através de escritura pública, e não restando comprovada a existência de vício de consentimento ou qualquer outra irregularidade, a transação se revela hígida, sendo válida e eficaz relativamente aos efeitos patrimoniais, mas é inadmissível a retroatividade dos efeitos. 3. É cabível a partilha dos bens adquiridos onerosamente no curso da união estável, até a data em que o casal estabeleceu o regime da separação de bens mediante escritura pública. 4. A sub-rogação constitui exceção à regra da comunicabilidade e somente pode ser reconhecida quando cabalmente comprovada. 5. Considerando que a autora requereu o pagamento das custas ao final e que foi reconhecido o seu direito à partilha dos bens adquiridos onerosamente antes da lavratura da escritura pública de união estável, não faz ela jus ao benefício da gratuidade da justiça. 6. Havendo decaimento de ambas as partes, devem ser redimensionados os ônus de sucumbência. Recurso provido" (TJRS, Apelação Cível 70062734736, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 25.03.2015).

81 "Agravo interno no Recurso Especial. Autos de agravo de instrumento na origem. Inventário. Decisão monocrática que proveu o apelo nobre. Insurgência da companheira supérstite. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a eleição de regime de bens diverso do legal, que deve ser feita por contrato escrito, tem efeitos apenas *ex nunc*, sendo inválida a estipulação de forma retroativa. 2. Na linha dos precedentes do STJ, os argumentos trazidos em agravo interno que não foram objeto do acórdão do Tribunal a quo, nem das contrarrazões ao recurso especial, não serão passíveis de conhecimento, por importar em inovação recursal, a qual é considerada indevida em virtude da preclusão consumativa. 3. Agravo interno desprovido" (STJ, 4ª Turma, j. 04.11.2019).

82 "Civil. Processual civil. Direito de Família e das Sucessões. Omissões e contradições. Inocorrência. Questões examinadas e coerentemente fundamentadas. Erro, fraude, dolo ou sub-rogação de bens particulares. Questão não reconhecida pelo acórdão recorrido. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Formalização da união estável. Desnecessidade. Caracterização que independe de forma. Efeitos patrimoniais da união estável. Regime de bens. Aplicabilidade da regra do art. 1.725 do CC/2002 e do regime da comunhão parcial, na ausência de disposição expressa e escrita das partes. Submissão ao regime de bens impositivamente estabelecido pelo legislador. Ausência de lacuna normativa que sustente a tese de ausência de regime de bens. Celebração de escritura pública de incomunicabilidade patrimonial com eficácia retroativa. Impossibilidade, pois configurada a alteração de regime com eficácia *ex tunc*, ainda que sob o rótulo de mera declaração de fato preexistente" (STJ, REsp 1.845.416/ MS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, j. 17.08.2021).

83 MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2003. p. 170.

84 CC: "Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente".

85 CC: “Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

86 “Civil e processual civil. Recurso especial. Separação. Julgamento *extra petita*. Regime de bens. Efeitos sobre o patrimônio comum anterior ao casamento. 1. Recurso especial em que se discute, além de possível julgamento *extra petita*, os efeitos decorrentes da opção por um determinado regime de bens, em relação ao patrimônio amealhado pelo casal, antes do casamento, mas quando conviviam sob a forma de sociedade de fato. 2. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo, em consideração ao pleito global formulado pela parte. 3. Deduzido pedido para a partilha de todo o patrimônio amealhado durante o casamento, engloba-se, por conclusão lógica, precedentes períodos ininterruptos de convívio sob a forma de união estável ou sociedade de fato, porque se constata a existência de linha única de evolução patrimonial do antigo casal, na qual os bens adquiridos na constância do casamento são fruto, em parcela maior ou menor, do período pré-casamento, quando já existia labor conjunto. 4. Convolada em casamento uma união estável ou sociedade de fato, optando o casal por um regime restritivo de compartilhamento do patrimônio individual, devem liquidar o patrimônio até então construído para, após sua partilha, estabelecer novas bases de compartilhamento patrimonial. 5. A não liquidação e partilha do patrimônio adquirido durante o convívio pré-nupcial, caracterizado como sociedade de fato ou união estável, importa na prorrogação da cotitularidade, antes existente, para dentro do casamento, sendo desinfluente, quanto a esse acervo, o regime de bens adotado para viger no casamento. 6. Recurso provido” (STJ, REsp 1.263.234/TO, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.06.2013).

87 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Regime legal de bens no companheirismo. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 3, p. 356-357.

88 Lei 9.278/1996: “Art. 8º Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio”.

89 No Rio Grande do Sul a transformação da união estável em casamento foi normatizada pelo Provimento 027/2003 da CGJ. Devendo ser procedida mediante pedido ao juiz, que designará audiência para ouvir os requerentes e duas testemunhas desimpedidas e insuspeitas, indagando o juiz sobre os requisitos de configuração da união estável (CC, art. 1.723) e ainda sobre os impedimentos legais, podendo ser dispensada a audiência oral se os conviventes comprovarem a união estável mediante documentos e declarações de próprio punho, com firma reconhecida por autenticidade, inexistirem impedimentos. A petição inicial deverá ser instruída com a certidão de casamento ou documento equivalente, dele constando a opção quanto ao regime de bens e referência sobre o uso do sobrenome. O juiz, a pedido dos requerentes, poderá fixar o prazo a partir

do qual a união estável restou caracterizada. Homologada a conversão, o juiz ordenará o registro para que o Oficial proceda ao assento no livro B-Auxiliar.

90 OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato*: novos rumos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997. p. 149.

91 Nesse sentido, *vide* MADALENO, Rolf. A retroatividade restritiva do contrato de convivência. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, n. 33, p. 147-160, dez.-jan. 2006.

92 CORREA, Orlando de Assis; MOURA, Mário Aguiar. *Divórcio*: teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1978. p. 183-184.

93 "Apelação Cível. Reconhecimento de união estável. Relação afetiva mantida com sacerdote. Namoro furtivo. A união estável é relação fática, de forma que somente pode produzir efeitos jurídicos com a comprovação, em juízo, dos requisitos necessários para a sua caracterização. Incomprovada a *affectio maritalis*, decorrente da existência de convivência pública, contínua, duradoura, e estabelecida com objetivo de constituir família, não é de ser reconhecida a união estável. Recurso improvido, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70.033.697.871, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 25.03.2010).

94 "Apelação Cível. União estável. Reconhecimento e partilha de bens. Para a caracterização da união estável é imprescindível a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. No caso dos autos, o relacionamento no período anterior ao casamento ostentou contornos de um namoro, inexistindo, portanto, o objetivo de constituição de família. Existindo prova da contribuição efetiva do casal na aquisição de bens em período anterior ao casamento, nos moldes de uma sociedade de fato, tais bens devem ser partilhados. Para o reconhecimento da sub-rogação é imprescindível a demonstração segura do encadeamento entre alienações e aquisições dos bens supostamente sub-rogados, devendo ser especificado quais os valores empregados, comprovando-se que os mesmos advieram da alienação de bens particulares. Recursos parcialmente providos" (TJRS, Apelação Cível 70.026.643.957, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda, j. 13.11.2008).

95 "Apelação cível. União estável. Requisitos. Namoro. Insuficiência de provas. Para a caracterização da união estável é imprescindível a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. No caso dos autos, o relacionamento ostentou contornos de um namoro/noivado, inexistindo, portanto, o objetivo de constituição de família. Negaram provimento" (TJRS, Apelação Cível 70066716259, 8ª Câmara Cível, Rel. José Pedro de Oliveira Eckert, j. 19.11.2015).

96 "Reconhecimento de união estável *post mortem*. Sentença de parcial procedência. Comprovação de convivência estável por apenas dois anos (de 2004 a 2006). Recurso da autora. Rompimento fartamente documentado. Prova testemunhal dando conta da retomada do relacionamento amoroso, porém sem a seriedade de propósitos de outrora.

Existência de envolvimento afetivo do falecido com outras mulheres a denotar o diferente tom assumido pelo casal após o término da união em 2006. Simples namoro que difere ontologicamente da relação preconizada pela Constituição e pelo CC/2002 (art. 1.723). Recurso conhecido e desprovido" (TJSC, Apelação Cível 2014.037134-2, 6ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Ronei Daielli, j. 04.11.2014).

97 "Recurso especial e recurso especial adesivo. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável, alegadamente compreendida nos dois anos anteriores ao casamento, c.c. partilha do imóvel adquirido nesse período. 1. Alegação de não comprovação do fato constitutivo do direito da autora. Prequestionamento. Ausência. 2. União estável. Não configuração. Namorados que, em virtude de contingências e interesses particulares (trabalho e estudo) no exterior, passaram a coabitar. Estreitamento do relacionamento, culminando em noivado e, posteriormente, em casamento. 3. Namoro qualificado, verificação. Repercussão patrimonial. Inexistência. 4. Celebração de casamento com eleição do regime da comunhão parcial de bens. Termo a partir do qual os então namorados/noivos, maduros que eram, entenderam por bem consolidar, consciente e voluntariamente, a relação amorosa vivenciada, para constituir, efetivamente, um núcleo familiar, bem como comunicar o patrimônio haurido. Observância. Necessidade. 5. Recurso especial provido, na parte conhecida; e recurso adesivo prejudicado" (STJ, REsp 1.454.643/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, j. 03.03.2015).

98 COSTA, Maria Aracy Menezes da. Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (coord.). *Direito de Família*: diversidade e multidisciplinaridade. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. p. 176.

99 "União estável. Inexistência de vida sob o mesmo teto. Relacionamento de namoro. Insuficiência probatória dos requisitos legais formadores da união estável. É certo que houve relacionamento amoroso entre a apelante e o falecido, mas a relação afetiva não evoluiu no prolongado período informado pela autora para uma união estável – especialmente pela circunstância, afirmada pela própria apelante, de que cada um mantinha a sua própria residência. E esta opção faz muita diferença porquanto se de uma relação que em tudo se assemelha ao casamento se tratasse, e sendo ele pessoa mais velha com problemas de saúde, por certo fariam o compartilhamento pleno de suas vidas, habitando diuturnamente sob o mesmo teto em permanente troca de cuidados e atenções. Além disto, sendo o falecido militar reformado, nada nos autos informa acerca de eventual inclusão da autora como sua dependente em benefícios funcionais, como assistência à saúde, por exemplo. Nem mesmo existência de conta conjunta em estabelecimento bancário ou cadastro comercial foram referidos durante a instrução do feito. Em conclusão, os requisitos da união estável não se encontram comprovados pela escassa, e insuficiente, prova produzida pela apelante. Negaram provimento. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 70057015596, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30.01.2014).

[100] "Apelação Cível. União estável. Namoro e posterior noivado que não caracterizam a entidade familiar. Improcedência. Se os litigantes namoravam, noivaram e depois tiveram convivência marital por apenas seis meses, não se configura a união estável, ante a ausência de um dos requisitos legais que é a entidade familiar duradoura. E não demonstrada a participação da autora na edificação da casa objeto de partilha, não se configura também sociedade de fato. Improcedente a ação de reconhecimento da união estável, descabe no juízo da família o pedido de indenização por danos morais. Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70.017.790.668, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Siqueira Trindade, j. 18.01.2007). "Ação declaratória de união estável. A circunstância de a requerente ter namorado e inclusive noivado com o filho dos requeridos, até o trágico falecimento deste, não é razão eficiente para impor o reconhecimento de união estável que se configura com a efetiva comunhão de vida ao efeito de constituição de uma família. A provável possibilidade do casamento, não fosse o trágico evento, não é situação eficiente ao reconhecimento da união estável. Ausência de prova de eventual contribuição da requerente à constituição de patrimônio comum que desautoriza o reconhecimento de indenização pela existência de sociedade de fato. Recurso desprovido" (TJRS, Apelação Cível 70.015.096.894, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 28.02.2007).

[101] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 107.

[102] Conforme Eva Giberti, Silvio Lamberti, Juan Pablo Viar e Noemi Yatorno (*Incesto paterno-filial*: una visión multidisciplinaria, perspectivas históricas, psicológicas, jurídicas y forenses. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998. p. 24): "O incesto constitui um precedente da violência contra o gênero mulher cuja característica reside em que o violador é o pai da vítima".

[103] GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, diante dos princípios constitucionais aplicáveis. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008. p. 402.

[104] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade.* São Paulo: Atlas, 2010. p. 137.

[105] VELOSO, Zeno. *União estável*. Pará: CEJUP, 1997. p. 77.

[106] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2003. p. 264.

[107] FIGUEIREDO, Sálvio de. *Apud* BENJÓ, Simão Isaac. União estável e seus efeitos econômicos, em face da Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, p. 61, 1991.

108 WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 183.

109 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*: uma espécie de família. São Paulo: RT, 1998. p. 116.

110 "Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. Casamento e concubinato simultâneos. Improcedência do pedido. A união estável pressupõe a ausência de impedimentos para o casamento, ou, pelo menos, que esteja o(a) companheiro(a) separado(a) de fato, enquanto a figura do concubinato repousa sobre pessoas impedidas de casar. Se os elementos probatórios atestam a simultaneidade das relações conjugal e de concubinato, impõe-se a prevalência dos interesses da mulher casada, cujo matrimônio não foi dissolvido, aos alegados direitos subjetivos pretendidos pela concubina, pois não há, sob o prisma do Direito de Família, prerrogativa desta à partilha dos bens deixados pelo concubino. Não há, portanto, como ser conferido *status* de união estável a relação concubinária concomitante a casamento válido. Recurso especial provido". "(...) Previdenciário. Concubinato adulterino. Relação concorrente com o casamento. Embaraço à constituição de união estável. Aplicação. Impedimento. 1. A jurisprudência desta Corte prestigia o entendimento de que a existência de impedimento para o matrimônio, por parte de um dos componentes da casa, embaraça a constituição da união estável. 2. Agravo regimental improvido" (Agravo Regimental no Recurso Especial 1.016.574/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03.03.2009).

"Recurso Especial. Ação de reconhecimento e de dissolução de união estável c/c pedido de arrolamento e partilha de bens. União estável concomitante a casamento sem separação de fato. 1. À luz do disposto no § 1º do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, a pedra de toque para o afeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. Nesse viés, apesar de a dicção da referida norma também fazer referência à separação judicial, é a separação de fato (que, normalmente, precede a separação de direito e continua após tal ato formal) que viabiliza a caracterização da união estável de pessoa casada. 2. Consequentemente, mantida a vida em comum entre os cônjuges (ou seja, inexistindo separação de fato), não se poderá reconhecer a união estável da pessoa casada. Nesse contexto normativo, a jurisprudência do STJ não admite o reconhecimento de uniões estáveis paralelas ou de união estável concomitante a casamento em que não configurada separação de fato. 3. No caso dos autos, procedendo-se à revaloração do quadro fático delineado no acórdão estadual, verifica-se que: (a) a autora e o réu (*de cujus*) mantiveram relacionamento amoroso por 17 anos; (b) o demandado era casado quando iniciou tal convívio, não tendo se separado de fato de sua esposa; e (c) a falta de ciência da autora sobre a preexistência do casamento (e a manutenção da convivência conjugal) não foi devidamente demonstrada na espécie, havendo indícios robustos em sentido contrário.

4. Desse modo, não se revela possível reconhecer a união estável alegada pela autora, uma vez que não foi atendido o requisito objetivo para sua configuração, consistente na inexistência de relacionamento de fato duradouro concomitante àquele que pretende proteção jurídica. 5. Uma vez não demonstrada a boa-fé da concubina de forma irrefutável, não se revela cabida (nem oportuna) a discussão sobre a aplicação analógica da norma do casamento putativo à espécie. 6. Recursos especiais do espólio e da viúva providos para julgar improcedente a pretensão deduzida pela autora".

111 "Recurso especial. Concubinato de longa duração. Condenação a alimentos. Negativa de vigência de lei federal. Caso peculiaríssimo. Preservação da família x dignidade e solidariedade humanas. Sustento da alimentanda pelo alimentante por quatro décadas. Decisão. Manutenção de situação fática preexistente. Inexistência de risco para a família em razão do decurso do tempo. Comprovado risco de deixar desassistida pessoa idosa. Incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humanas. Dissídio jurisprudencial. Inexistência de similitude fático-jurídica. 1. De regra, o reconhecimento da existência e dissolução de concubinato impuro, ainda que de longa duração, não gera o dever de prestar alimentos a concubina, pois a família é um bem a ser preservado a qualquer custo. 2. Nada obstante, dada a peculiaridade do caso e em face da incidência dos princípios da dignidade e solidariedade humana, há que de se manter a obrigação de prestação de alimentos a concubina idosa que os recebeu por mais de quatro décadas, sob pena de causar-lhe desamparo, mormente quando o longo decurso do tempo afasta qualquer risco de desestruturação familiar para o prestador de alimentos. 3. O acórdão recorrido, com base na existência de circunstâncias peculiaríssimas – ser a alimentanda septuagenária e ter, na sua juventude, desistido de sua atividade profissional para dedicar-se ao alimentante; haver prova inconteste da dependência econômica; ter o alimentante, ao longo dos quarenta anos em que perdurou o relacionamento amoroso, provido espontaneamente o sustento da alimentanda, determinou que o recorrente voltasse a prover o sustento da recorrida. Ao assim decidir, amparou-se em interpretação que evitou solução absurda e manifestamente injusta do caso submetido à deliberação jurisprudencial. 4. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando os julgados dissidentes tratam de situações fáticas diversas. 5. Recurso especial conhecido em parte e desprovido".

112 SILVEIRA, Alípio. *O casamento putativo no direito brasileiro*. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1972. p. 39.

113 CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979. p. 81.

114 "Direito de Família. Reconhecimento e dissolução de dupla união estável. Morte do companheiro. Pretensão secundária de recebimento de benefícios previdenciários junto ao INSS. União estável putativa. Prova oral e documental que evidencia a existência de duplicidade de uniões. Companheiras que, mutuamente, desconhecem essa realidade. Boa-fé configurada. Putatividade que implica a proteção jurídica de ambos os relacionamentos. Divisão igualitária da pensão deixada pelo varão (art. 226, § 3º da CF e

arts. 1.723 e 1.561 do CC). Recursos improvidos. 1. A união estável é reconhecida como entidade familiar consubstanciada na convivência pública, contínua e duradoura com o fito de constituição de família, competindo à parte interessada demonstrá-la adequada e concretamente, seja por elementos de prova oral ou documental. 2. Embora seja predominante, no âmbito do direito de família, o entendimento da inadmissibilidade de se reconhecer a dualidade de uniões estáveis concomitantes, e de se dar proteção jurídica a ambas as companheiras em comprovado o estado de recíproca putatividade quanto ao duplo convívio com o mesmo varão, mostrando-se justa a solução que alvitra a divisão da pensão derivada do falecimento dele e da terceira mulher com quem fora casado" (TJSC, Apelação Cível 2009.041434-7, 4ª Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 10.11.2011).

Capítulo 14

TUTELA

14.1. CONCEITO

Em situação normal os filhos são cuidados, criados e educados por seus genitores, ambos, se possível, e só por um deles na hipótese de uma relação monoparental, que pode surgir de diversos fatores, como a morte de um dos pais, ausência, separação legal de fato ou de corpos, divórcio, falta de reconhecimento da filiação, ou dissolução de união estável. Enquanto presente ao menos um dos genitores, este exercerá na sua plenitude o poder familiar.

A tutela é instituto de proteção de menores mediante a qual é outorgada a representação, o governo e assistência dos menores de idade que carecem dos pais, seja porque um dos progenitores é incapaz e o outro é ausente; ou ambos são ausentes; ou mesmo ambos sejam incapazes; seja porque tenham sido privados do poder familiar, ou porque o exercício do poder familiar tenha sido judicialmente suspenso; ou porque tenham falecido.

A finalidade da tutela é a proteção e representação legal, oficial dos menores de idade cujos pais não podem exercer o poder familiar, tratando-se, portanto, de uma instituição jurídica substitutiva do poder familiar e

finaliza com a maioridade do tutelado que em razão da sua idade não pode exercer por si seus direitos e contrair obrigações, em contrapartida da curatela que usualmente não tem termo de finalização, salvo que o incapaz recobre sua plena capacidade de discernimento.

A tutela é o poder conferido pela lei a uma única pessoa capaz para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do poder familiar.[1] As normas que regulam a tutela unipessoal no Código Civil de 2002, estão desfocadas da realidade e dos rumos que vem tomando o Direito no respeitante aos melhores interesses das crianças e dos adolescentes, e que são justamente menores que, privados da representação dos genitores, pela ausência, impossibilidade, morte ou incapacidade dos pais exercerem o poder familiar, mas que ficarão sob os cuidados de um único tutor, pois é nesse sentido a orientação da legislação brasileira ao legitimar apenas uma pessoa para o *munus* do exercício da tutela, como pode ser depreendido, dentre outros dispositivos do Código Civil brasileiro, dos artigos 1.729, 1.730, 1.731, 1.732, 1.733, 1.735 e 1.736.

Esse modelo de exercício unipessoal da tutela é considerado velho e paternalista,[2] um resquício do ultrapassado sistema do pátrio poder suprimido com a Constituição Federal de 1988 e de um contexto social e jurídico divorciado da realidade. No plano legal o cargo de tutor é atribuído exclusivamente ao homem ou exclusivamente à mulher mesmo sendo casados ou conviventes, mas sem mais nenhuma preferência pelo homem, como ordenava o Código Civil de 1916. Por isso pergunta Dolores Loyarte a razão pela qual os filhos dos avós precisam de dupla autoridade parental e proteção e seus netos, filhos de seus próprios filhos, só precisam de uma única representação, preferindo a um avô e deixando a lei o outro de suplente, como se não fosse verdadeiramente participar da vida diária do neto que não ficou sob sua tutela legal.[3] A realidade sociofamiliar estava sendo atrofiada pela irrealidade jurídica, havia uma profunda quebra ideológica entre as normas da tutela, curatela e as do poder familiar e da

guarda, que admitem um exercício conjunto dos pais dos deveres e direitos derivados da guarda e do poder familiar, mas que não os reconhecia na tutela e tampouco na curatela, pois só desta forma estariam efetivamente sendo consultados os melhores interesses da criança e do adolescente socialmente vulnerado pela perda do poder familiar de seus pais.[4]

Contudo, a partir da edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania, surge, entre outros, o artigo 1.775-A do Código Civil, que autoriza o juiz a estabelecer a curatela compartilhada na nomeação de curador para a pessoa com deficiência e como de acordo com o artigo 1.781 do Código Civil, as regras a respeito da tutela aplicam-se à curatela, pelo raciocínio inverso da aplicação das regras da curatela à tutela, viabiliza-se a possibilidade de uma tutela compartilhada.

A tutela tem a finalidade de dar proteção à pessoa do menor e administrar os seus bens, e serve como um sucedâneo do poder familiar ao incapaz, que em razão da idade é tolhido da integral capacidade civil e, por isso, necessita da proteção tutelar. Destina-se, enfim, a substituir o poder familiar dos filhos menores postos em tutela, em razão do falecimento dos pais; ou sendo estes julgados ausentes, se por outra razão não decaíram do poder familiar (CC, art. 1.728, inc. II), em virtude da suspensão (CC, art. 1.637) ou de destituição do poder familiar (CC, art. 1.638).

A ausência dos pais pode ser voluntária, quando representada pelo abandono, sendo causa de perda do poder familiar (CC, art. 1.638, inc. II), mediante ação específica de declaração judicial de ausência e decretação de perda do poder familiar, sendo a perda do poder familiar a condição indispensável para a prole menor de idade ser posta sob tutela (Lei 8.069/1990, art. 36, parágrafo único), e será involuntária se os pais forem declarados ausentes e enquanto não houver provas de sua morte,[5] e, se só um

dos genitores for declarado ausente, exercerá o outro, presente, o poder familiar.

Aqui subentendida a ausência por presunção de morte, não a ausência decorrente da incúria, negligência ou abandono dos filhos, causa de destituição do poder familiar. Acaso o ausente regresse sem ter sido declarada a perda do poder familiar, reassumirá o seu papel, como se a ausência tivesse tão somente gerado um efeito suspensivo.[6]

Pode ocorrer de os próprios pais serem civilmente incapazes de exercer o poder familiar, ficando eles sujeitos à curatela de um terceiro, mas esta incapacidade tende a ser de ordem patrimonial, circunscrita às restrições do artigo 1.782 do Código Civil.

Sucedendo a impossibilidade de os pais exercerem o poder familiar, o Estado então supre essa incapacidade e atribui o cuidado da pessoa e dos bens do menor a um tutor. Se porventura for nomeada uma tutela conjunta, por analogia ao artigo 1.775-A do Código Civil, esta prevalecerá; caso contrário, sendo indicados dois tutores e não acatado o compartilhamento da tutela, subsistirá somente para que os tutores sirvam à tutela na ordem em que forem designados, em caso de morte, incapacidade, escusa ou impossibilidade de um deles.[7]

Portanto, a tutela é incompatível com o poder familiar, porque estando vivo e presente qualquer um dos genitores, e não tendo sido suspenso, ou judicialmente destituído do poder familiar, ele exercerá soberanamente o encargo parental, mesmo voltando a casar com outra pessoa (CC, art. 1.636).

O tutor exerce um múnus público, delegado pelo Estado ao transferir a uma terceira pessoa o encargo de zelar pela criação, educação e pelos bens do menor posto sob tutela. A tutela substitui o poder familiar, e se trata de institutos de finalidades semelhantes, porque visam à preservação do patrimônio do menor tutelado, e têm em mira o atendimento aos integrais interesses do menor, para um crescimento sem percalços, com um sadio

desenvolvimento físico e mental, de modo que o tutelado possa construir sua vida, seu futuro e o futuro de sua geração.

Em sua essência, a tutela é uma instituição de amparo, cuidando um terceiro de preencher o vazio deixado pela falta ou ausência dos pais, encarregado o tutor de cuidar do menor, velar por sua saúde e moral, atender aos itens pertinentes à sua educação, administrar seus bens, para, em suma, suprir a incapacidade transitória da criança ou adolescente, que em razão da sua idade e menor desenvolvimento e tirocínio mental não pode, ainda, levar a cabo os atos de sua vida civil por absoluta falta de aptidão natural,[8] mas, com efeito, que um tutelado em evidente estado de vulnerabilidade veria hierarquizada sua integral proteção, posta em pé de igualdade com o realismo do poder familiar, se puder ser destinatário de uma tutela conjunta e de dupla proteção, como sucede na vida prática e na sua realidade social.

14.2. A TUTELA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer do pedido de tutela quando se tratar de criança ou adolescente incidente nas hipóteses do artigo 98 da Lei 8.069/1990 (ECA), quando os direitos da criança e do adolescente forem ameaçados ou violados por ação ou falha da sociedade ou do Estado, diante da falta, omissão ou abuso dos pais ou do responsável.

A opinião da criança deve ser considerada (ECA, art. 28, § 1º) e se faz necessária a existência de um vínculo afetivo ou ao menos de afinidade entre a criança ou adolescente e sua futura família, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida (ECA, art. 28, § 3º), e busca prestigiar os laços consanguíneos que os une.[9]

14.3. MODALIDADES DE TUTELA

O Direito brasileiro repete as três espécies de tutela do Direito Romano: *a) testamentária*; *b) legítima*; e *c) dativa* (CC, arts. 1.729 a 1.732), tendo todas elas a mesma finalidade, ocorrendo tão somente uma variação na forma de nomeação do tutor.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves,[10] existem outras modalidades de tutela, como a *tutela de fato ou irregular* e a *tutela ad hoc*. A tutela dos menores abandonados era referida pelo artigo 1.734 do Código Civil e atualmente encontra-se regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009, alterou diversos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente e, em especial, o artigo 1.734 do Código Civil, estabelecendo que as crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

A tutela fática indicada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, também denominada tutela irregular, ocorre quando uma pessoa zela pelo menor e por seus bens, sem ter sido nomeada para este encargo.[11] Essa espécie de tutela não tem nenhuma validade legal, e não passa de um circunstancial administrador dos interesses econômico-financeiros do menor.

Referência adicional e complementar deve ser feita à *tutela ad hoc*, também denominada *provisória* ou *especial*, quando uma pessoa é nomeada apenas para representar o menor na prática de certo ato, sem terem sido os pais destituídos do poder familiar. É a curadoria especial prevista no inciso I do artigo 72 do Código de Processo Civil e no artigo 1.692 do Código Civil, sempre quando houver conflito de interesse entre o incapaz e seus pais ou para com o seu tutor.

Por último existe a *tutela dos índios*, isso porque ainda há muitos povos indígenas sem contato com a civilização, e o parágrafo único do artigo 4º do Código Civil, estabelece que *a capacidade dos indígenas será*

regulada por legislação especial, a saber, a Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, o denominado Estatuto do Índio, cuja tutoria é exercida pela União Federal, por intermédio da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), até se adaptarem à civilização.

A validade de um negócio jurídico praticado entre um índio e uma pessoa estranha à sua comunidade indígena deve contar com a intervenção da FUNAI, sob pena de nulidade, salvo fique demonstrando ter o índio praticado o negócio com conhecimento e consciência dos efeitos jurídicos do negócio e não lhe sobrevindo qualquer prejuízo.[12]

Pelo artigo 9º do Estatuto do Índio é facultado ao silvícola requerer a sua liberação do regime tutelar e adquirir plena capacidade, uma vez estando presentes os seguintes pressupostos: *a*) idade mínima de 21 anos, reduzida para 18 anos pelo vigente Código Civil; *b*) conhecimento da língua portuguesa; e, *c*) razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.[13]

A Lei 12.010/2009 estabeleceu no § 6º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente exigências adicionais para a colocação em família substituta de criança e adolescente indígena ou proveniente de comunidade remanescente de quilombo, no sentido de ser respeitada a identidade social e cultural da criança e adolescente indígena, os seus costumes, suas tradições e instituições, devendo sua recolocação familiar ocorrer no seio de sua comunidade ou junto a membros da mesma etnia.

14.4. TUTELA TESTAMENTÁRIA

O direito de nomear tutor compete aos pais, em conjunto, razão pela qual a tutela testamentária vem em primeiro plano, por permitir aos genitores, mediante testamento ou documento autêntico, indicarem o tutor para os seus filhos (CC, art. 1.729, parágrafo único).

A Lei 12.010/2009 também empreendeu alteração no artigo 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao determinar que o tutor nomeado por testamento ou por qualquer documento autêntico, como previsto no parágrafo único do artigo 1.729 do Código Civil, deverá, no prazo de trinta dias após a data do óbito do testador e detentor do poder familiar, ingressar com pedido destinado ao controle judicial do ato, observado o procedimento previsto nos artigos 165 a 170 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Prescreve ainda o parágrafo único do artigo 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente, devam ser observados os requisitos previstos nos artigos 28 e 29 do Estatuto, os quais dispõem sobre as regras pertinentes à colocação em família substituta, somente sendo deferida a tutela testamentária se efetivamente restar comprovada se tratar de medida vantajosa ao tutelado e que não existe outra pessoa em melhores condições de assumir o encargo. Dessa forma, não obstante exista uma manifestação de última vontade, ela não é soberana e será apreciada sob a ótica exclusiva do menor a ser tutelado, com uma inclinação impositiva para a colocação do tutelado em família substituta, devendo, por prudente e quando factível, ser ouvida a criança ou adolescente e confrontados o grau de parentesco, de afinidade e de afetividade da criança com o tutor.

Procedida a nomeação do tutor por testamento, cada um dos genitores terá de confeccionar a sua própria cédula testamentária, haja vista a vedação do testamento conjuntivo (CC, art. 1.863). Como cada ascendente terá de realizar o seu próprio testamento, um e outro teriam de confirmar o tutor indicado, afirmando Heloísa Maria Daltro Leite ser necessário haver expressa concordância daquele que não testou, pai ou mãe, sob pena de não prevalecer a indicação testamentária,[14] mas esta dificuldade deixa de existir se a nomeação conjunta do tutor se dá quando os pais o fazem em conjunto e por documento ou ato autêntico, assim subentendido quando lavrado por escritura pública, ou mesmo por instrumento particular, conquanto permita identificar a realidade da identidade dos signatários do documento particular

e a veracidade da declaração por eles prestada, sendo reconhecidas suas firmas por autenticidade.

A escritura pública deve atender aos requisitos ordenados no artigo 215 do Código Civil, enquanto o instrumento particular está regulamentado pelo artigo 221 do mesmo Código Civil. A indicação da tutela só terá validade jurídica se o genitor estava, ao tempo de sua morte, no exercício do poder familiar, e, evidentemente, o tutor indicado só exercerá a tutoria se o outro ascendente também já houver falecido ou se foi destituído do poder familiar (CC, art. 1.730).

A instituição de tutor testamentário é negócio jurídico unilateral, que independe da manifestação do tutor, o qual poderá aceitar ou recusar o encargo, ao alegar alguma das escusas constantes do artigo 1.736 do Código Civil, não obstante a escusa de maior relevância, a exigir todos os cuidados do juiz, realmente decorra da falta de vontade, da ausência de afinidade e de afetividade do tutor indicado para o menor, devendo a autoridade judiciária deixar de observar a indicação se assim entender importante e necessário aos efetivos interesses do incapaz, observando antes de tudo o disposto no artigo 37 e seu parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, alterado pela Lei Nacional da Adoção (Lei 12.010/2009) para haver como prioridade do tutelado a sua colocação em família substituta.

14.5. TUTELA LEGÍTIMA

Na falta da tutela testamentária, por inexistência ou nulidade do testamento ou do documento autêntico, será deferida a tutela legítima, preferindo a legislação (CC, art. 1.731) recaia a nomeação sobre os parentes do menor, sendo preferencialmente chamados para o exercício da tutela: *a*) os ascendentes, preferindo os de grau mais próximo, ou seja, os avós em vez dos bisavós, aos parentes mais remotos; *b*) os colaterais até o terceiro grau, preferindo os de grau de parentesco mais próximo, e os mais velhos aos

mais moços, devendo o juiz avaliar qual deles se apresenta mais habilitado para o exercício da tutela em benefício do menor.

Certamente não poderá existir nenhum rigor nessa escolha da tutela, haja vista ser função do julgador encontrar no tutor aquela pessoa verdadeiramente habilitada a atender aos efetivos e indissociáveis interesses superiores da criança e do adolescente,[15] de acordo com os critérios ordenados pelo artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente e como, em realidade, já procediam os pretórios brasileiros e orientava a doutrina deva o juiz nomear pessoa idônea e que demonstre maior afinidade e afetividade com a criança ou adolescente, como estatuído no § 2º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Não é outra a interpretação extraída do inciso II do artigo 1.731 do Código Civil, quando ordena escolha o juiz, dentre os parentes, o mais apto para exercer a tutela em benefício do menor,[16] porquanto no critério de aptidão está umbilicalmente subentendida a existência de maior afinidade e afetividade com a criança e adolescente e para tanto o infante deve ser ouvido previamente e sua opinião devidamente considerada, servindo a ordem de nomeação do artigo 1.731 do Código Civil como uma mera referência que deve ser desconsiderada pelo juiz quando a nomeação legal não se mostrar conveniente para o infante.

O juiz não está de modo algum adstrito à escolha de um parente consanguíneo do tutelado, tendo a obrigação de nomear pessoa realmente idônea e capacitada ao encargo, podendo e até devendo ser um estranho, se dentre os familiares não encontrar ninguém com tais características, às quais devem ser acrescentados outros elementos indispensáveis, relacionados com a afinidade e afetividade para com o menor a ser posto sob tutela. Esse é o propósito único da escolha do tutor pela autoridade judicial, porque nenhuma escolha será plena e satisfatória se não tiver em mira o melhor e superior interesse do menor tutelado, e tampouco se o tutor carecer de

idoneidade, ou a nomeação se apresentar inconveniente para a pessoa do tutelado.

14.6. TUTELA DATIVA

A tutela dativa ocorre quando inexiste nomeação testamentária e tampouco seja possível indicar algum parente consanguíneo do menor, porque inexistente ou porque os existentes não são idôneos, foram excluídos, removidos da tutela, ou dela se escusaram (CC, art. 1.732, incs. I, II e III). Embora não conste por expresso do artigo 1.732 do Código Civil, a autoridade judicial também cuidará de nomear tutor dativo idôneo, se perceber completa ausência de afinidade e afetividade entre o parente e o menor tutelando, sempre atento ao inciso II do artigo 1.731 do Código Civil, o qual permite ao juiz escolher *o mais apto a exercer a tutela* e que demonstre a maior relação de *afinidade ou de afetividade* para com o menor, a fim de evitar ou minorar as consequências decorrentes da medida, como encerra o § 3º do artigo 28 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A tutela dativa é recurso judicial derradeiro, e ela atribui ao juiz a tarefa de nomear o tutor depois de esgotadas as possibilidades de manutenção do menor em seu círculo familiar, tendo como exigência do artigo 1.732 do Código Civil o pressuposto da mostra de idoneidade do tutor, o qual deve residir no mesmo domicílio do menor. A identidade de domicílios não é requisito essencial na tutela legítima da nomeação de parente consanguíneo, porque a manutenção do tutelando no seu círculo familiar compensa a eventual mudança de seu domicílio, enquanto na tutela dativa, ficando o menor sob a tutela de pessoa estranha à família, ao menos a sua dor será minorada se permanecer no seu *habitat* de origem.

A opção pelo tutor dativo só se deve dar depois de esgotadas todas as possibilidades de manter o menor dentro dos seus vínculos familiares, mesmo dentre aqueles parentes não enumerados no artigo 1.731 do Código

Civil, inclusive pela indicação de algum parente afim, como dá a entender o artigo 1.737 do Código Civil, ao explicitar ser obrigatória a indicação de tutor consanguíneo ou afim.

Prescreve o artigo 1.733 do Código Civil deva ser nomeado um único tutor aos irmãos órfãos, no propósito de facilitar a administração dos bens dos irmãos que não devem ser separados para evitar uma nova perda com a traumática separação dos vínculos de afeto que naturalmente devem unir os irmãos, esfacelando mais ainda seus laços parentais, quando já foram afastados da convivência de seus pais, não impedindo, obviamente, a nomeação de dois tutores que compartilham o encargo, pois diante do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que acrescentou o artigo 1.775-A ao Código Civil, afigura-se viável a indicação de tutela compartilhada, que se mostra muito mais natural e eficiente aos efetivos interesses do tutelado, quem, afinal de contas, em regra contava com dois pais.

Desta forma perde sentido a disposição legal de que se constasse do testamento a nomeação de mais de um tutor, sem indicar a ordem de preferência, estabelecia o § 1º do artigo 1.733 do Código Civil, tivesse sido deferida a tutela ao primeiro, e os outros o sucederiam pela ordem de nomeação, se ocorresse a morte, a incapacidade, a escusa ou qualquer outro impedimento do tutor precedente, pois era ausente do Direito brasileiro a tutela conjunta. Já pelo § 2º do artigo 1.733 do Código Civil, quem instituir um menor como seu herdeiro ou legatário tem a faculdade de lhe nomear um curador especial para os bens testados, ainda que o beneficiário se encontre sob o poder familiar, ou tutela. Essa hipótese é bastante comum entre casais divorciados, quando não confiam ou não aceitam sejam seus bens pessoais, na sua falta, administrados pelo ex-cônjuge, ex-parceiro ou por algum ascendente do menor, quando se trate de uma família monoparental.

Para amenizar ao menos em parte essa preocupação, independentemente da procedência do temor pela administração dos bens do

menor pelo ascendente sobrevivente, cujo medo possa estar apenas refletindo velhos e insolúveis ressentimentos, tem o doador testamentário, ascendente ou terceiro, parente ou não do menor, a faculdade de indicar um curador especial encarregado de administrar os bens legados ou instituídos, enquanto não se extinguir o poder familiar do ascendente sobrevivente, ou a relação de tutoria pela emancipação ou maioridade, quando então o beneficiário toma posse e passa a administrar pessoalmente os bens por ele herdados.

14.7. EXCLUSIVIDADE DA TUTELA

Para cada filho haveria um tutor e aos irmãos órfãos dar-se-ia um só tutor (CC, art. 1.733), prevendo o Código Civil a nomeação de um *protutor* (CC, art. 1.742), com a função de fiscalizar o exercício da tutela, cuja restrição, como visto anteriormente, cede diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do artigo 1.775-A do Código Civil.

O protutor é nomeado quando a tutela importa na administração do patrimônio do tutelado, salvo se trate de um acervo de pouca importância.[17]

As normas aplicáveis ao protutor são as mesmas disposições que regem os deveres do tutor, inclusive no concernente às diretivas sobre capacidade, aptidão, chamamento, eleição, obrigação de assumir o encargo e negativa de desempenhá-lo, envolvendo a obrigação de prestação de contas e a responsabilidade criminal.[18]

14.8. INCAPAZES DE EXERCER A TUTELA

Em consonância com o artigo 1.735 do Código Civil existem pessoas com restrições ao exercício da tutela, que estão impedidas por não reunirem o conjunto de condições exigidas por lei, e se porventura forem inadvertidamente nomeadas deverão ser destituídas do encargo. Trata-se de

uma *escusa proibitória*, na lição de Carlos Roberto Gonçalves, para distinguir das *escusas voluntárias* do artigo 1.736 do Código Civil.[19]

14.8.1 Idoneidade

O critério de idoneidade não pode ser de um rigor capaz de impedir o juiz de considerar a soma dos elementos fáticos que melhor identifique os interesses do tutelando. A idoneidade é apreciada por meio de múltiplas qualidades, atitudes e possibilidades, conforme as restrições declinadas no artigo 1.735 do Código Civil, sendo incontroverso que a solvência e reputação do candidato à tutoria carregam o sentido moral e material de indissociável verificação.

Assim visto, não podem ser tutores, conforme disposição legal:

I – Aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens. *A razão é óbvia, porque quem não detém a administração de seu próprio patrimônio, como o falido e o insolvente não reabilitados, o incapaz em razão da idade, o interdito e o surdo-mudo incapaz de expressar a sua vontade, são pessoas, exemplificativamente, destituídas de atributos imperativos para, tampouco, administrarem bens alheios.*

O exercício do encargo da tutela exige responsabilidade e capacidade, não convindo conferir tão relevante encargo a quem já demonstrou não estar apto a cuidar de si mesmo e dos seus bens pessoais. Nesta categoria ingressam aqueles interditados por incapacidade mental, com restrições circunscritas aos limites do artigo 1.782 do Código Civil, que, se não podem gerir seus próprios bens, por evidente que não poderão administrar os bens do tutelado.

II – Aqueles que, no momento de lhes ser deferida a tutela, se acharem constituídos em obrigação para com o menor, ou tiverem que fazer valer direitos contra este, e aqueles cujos pais, filhos ou cônjuges tiverem

demanda contra o menor. Não só o cônjuge, mas também o companheiro que tiver alguma demanda contra o menor. *Esse impedimento não é apenas de caráter pessoal, mas extensivo aos familiares, ao cônjuge e, obviamente, também ao companheiro, alçada como foi a união estável à condição de entidade familiar com a Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 3º).*

O motivo desse impedimento está na colisão de interesses do tutelando e do tutor, necessariamente estendido às pessoas vinculadas ao tutelado por parentesco, afinidade ou afetividade, tudo com vistas a exorcizar toda e qualquer suspeita.[20]

III – Os inimigos do menor, ou de seus pais, ou que tiverem sido por estes expressamente excluídos da tutela. *Não aconselha o bom senso nomear como tutor inimigo do menor, ou de seus pais, muito embora se pudesse imaginar que uma criança de tenra idade não pudesse ter inimigos, mas, por mais isento que seja o infante, não estará livre da incidência de uma inimizade de seus pais, com reflexos lançados sobre o menor.*[21]

Essa inimizade em relação aos pais não chega a afetar a nomeação eventual do padrasto ou da madrasta como tutores, porque a inimizade pode perfeitamente não ser de molde a atingir a pessoa do tutelando, que conviveu com o parente afim, tanto que o artigo 1.737 do Código Civil viabiliza a indicação dos afins. Apenas para título de comparação, o Recurso Especial 1.106.637/SP, da Terceira Turma do STJ, figurando como Relatora a Ministra Nancy Andrighi reconheceu que o padrasto é pessoa dotada de legítimo interesse para promover ação de destituição do poder familiar do pai biológico, e requerer a adoção arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade socioafetiva[22] e se o parente afim tem legitimidade para requerer a perda do poder familiar, o vínculo de adoção de um enteado, e até mesmo promover o reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva perante o oficial de registro civil da pessoa natural

(Provimento CNJ 63/2017), mesmo que mantenha relação de inimizade com o ex-marido ou pai biológico de seu enteado, esta inimizade não se espraia, necessariamente, para a pessoa do tutelando.

IV – Os condenados por crime de furto, roubo, estelionato, falsidade, contra a família ou os costumes, tenham ou não cumprido pena. *O motivo está na falta de idoneidade dessas pessoas com antecedentes criminais praticados contra o patrimônio, tenham ou não sido condenados, pois nada as recomendam para cuidarem da pessoa do menor e de seus bens. Da mesma forma em relação aos condenados por crime contra a família ou os costumes, diante da clara mostra de falha de sua personalidade, completamente incompatível com o munus da tutoria.*

V – As pessoas de mau procedimento, ou falhas em probidade, e as culpadas de abuso em tutorias anteriores. *As pessoas acusadas de mau procedimento são aquelas que "atentam contra os bons costumes, acusadas de corrupção de menores, conquistadores de mulheres casadas, ébrios, jogadores profissionais, os que exercem profissões ilícitas",*[23] *independentemente de investigação judicial, mas baseado na informação geral, colhida entre pessoas do povo. São falhas de probidade moral e social.*

VI – Aqueles que exercerem função pública incompatível com a boa administração da tutela. *Não é o exercício de qualquer função pública havida como incompatível ao encargo de tutor, mas aquela hipótese de um juiz que atuou no processo, o promotor ou mesmo o escrivão que podem se julgar impedidos. Logo, a incapacidade de exercício da tutela em razão da função pública será casuística, apenas incidindo essa hipótese se ficar evidenciada a dificuldade e a incompatibilidade de uma tutela efetivamente voltada ao interesse e à proteção do menor e na administração de seus bens.*

14.9. DESIGNAÇÃO DO CONVIVENTE COMO TUTOR

A legislação brasileira não traz nenhuma referência expressa sobre a possibilidade de ser indicado como tutor o companheiro de seu progenitor, embora disponha o artigo 1.729 do Código Civil tenham os pais o direito de nomear o tutor de seus filhos e, por seu turno, prescreva o artigo 1.737 da Lei Civil não estar obrigado a aceitar a tutela quem não for parente do menor.

A nomeação do tutor pelo pai ou pela mãe está dentro dos direitos inerentes ao poder familiar e a lei não proíbe se dê essa nomeação na pessoa da companheira ou do companheiro do genitor que o indicou na tutela testamentária, para assumir o encargo no caso de seu falecimento e, por evidente, se já faleceu o outro progenitor, ou foi declarado ausente, ou também por ignorada ou desconhecida a sua existência, e, ainda, se porventura foi destituído do poder familiar. Essa faculdade de nomeação do companheiro como tutor decorre da tutela testamentária e assegura, se acolhida pelo juiz (ECA, art. 37), a permanência do menor no mesmo núcleo familiar ao qual pertence, talvez de longo tempo, e na companhia de seus meios-irmãos,[24] sem solução de continuidade no cumprimento das fundamentais funções familiares.

Ademais disso, o próprio juiz poderia indicar na tutela dativa o convivente afim, padrasto do menor, como sendo o mais adequado tutor, não apenas se não existirem parentes que poderiam ser chamados a exercer a tutoria, ou existindo não sendo capazes, mas porque concluiu ser o convivente sobrevivente e afim, oriundo da união estável de família reestruturada, a pessoa mais conveniente para o exercício da tutela, por permitir a continuação no mesmo núcleo familiar.

Deve a autoridade judicial controlar a idoneidade moral e financeira do convivente indicado e se dita nomeação favorece ao menor, convindo ouvi-lo a respeito da nomeação.

14.10. ESCUSA DOS TUTORES

Antes o Código Civil tratou (art. 1.735) das pessoas incapazes de exercerem a tutela, por inaptidão ou ilegitimidade, e o artigo 1.736 da Lei Civil cuidou de indicar as pessoas habilitadas a se escusarem do exercício da tutoria e o artigo 760 do Código de Processo Civil confere o prazo de cinco dias para o tutor ou curador eximir-se do encargo apresentando escusa ao juiz, contado: (inciso I – antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; inciso II – depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa).

A incapacidade para o exercício do *munus* público da tutela retira de determinadas pessoas a aptidão e legitimidade para a função tutelar, enquanto a escusa cuida tão somente da faculdade de algumas pessoas que seriam obrigadas a servirem como tutores, as quais poderão, no entanto, ficar desobrigadas desse encargo, invocando alguma das causas indicadas no artigo 1.736 do Código Civil.

Esse é um elenco meramente exemplificativo de causas justificativas para a escusa da missão do tutor, existindo outras a serem livremente apreciadas pelo magistrado, não havendo nenhum exagero na afirmação de o exercício da tutoria depender, fundamentalmente, da empatia, afetividade, afinidade e disposição para a assunção do encargo de tutor, pois não seria crível pudesse a autoridade judicial ordenar uma tutoria contra a vontade e indisposição da pessoa indicada para exercer a tutela, independentemente de essa pessoa estar enquadrada entre aquelas obrigadas ao cargo e dela não se escusa.

Na escusa a pessoa indicada seria obrigada a aceitar a incumbência; contudo, poderá se afastar por decisão judicial declaratória, por estar presente uma causa de escusa, que afasta esse dever,[25] admitindo o Direito brasileiro se escusem da tutela:

14.10.1 Mulheres casadas

E o Código Civil começa, curiosamente, dispensando da tutela a mulher casada, pela razão, não explicitada na lei, de a mulher casada possuir inúmeros afazeres domésticos e profissionais, escusas estas completamente estranhas e inconstitucionais diante da isonomia dos gêneros sexuais, cujo princípio também impõe ao homem uma diversidade de atribuições, conquanto na prática possam não ser respeitadas essas normas de paridade. A escusa já estava prevista no Código Civil de 1916 e sua origem remonta às Ordenações Filipinas, não mais se justificando em tempos de completa igualdade constitucional dos sexos.

Vale destacar não estar a mulher impedida de aceitar a tutoria, mas tão somente tem a faculdade de não a aceitar, sem precisar justificar a sua escusa, sendo-lhe suficiente demonstrar a prova do casamento, evidentemente, estendendo-se essa mesma desculpa à mulher na união estável, a qual precisará comprovar a existência da entidade familiar.

A justificativa só fazia sentido quando a mulher casada era dependente social e financeiramente do marido, e não tinha autonomia de decisão, ficando à mercê da aprovação do esposo havido como chefe da sociedade conjugal.

Contudo, a evasiva das mulheres casadas está desconectada da política social e jurídica de integral igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher, e aceitar a exclusão da tutoria da mulher em razão do inciso I do artigo 1.736 do Código Civil, seria ignorar a sua inconstitucionalidade.

14.10.2 Maiores de sessenta anos

Também quem atinge os sessenta anos de idade pode escusar-se do exercício da tutoria, independentemente do sexo, por acreditar o legislador que nessa quadra da vida a pessoa pudesse se devotar apenas aos seus interesses pessoais, não parecendo adequado exigir das pessoas

consideradas idosas um esforço adicional de se dedicarem à criação, educação e administração da vida e da pessoa de um menor, quando já estão, em realidade, buscando o merecido repouso por sua trajetória pessoal, familiar e profissional, e devido à sua idade já se mostram inábeis e contraindicadas ao encargo. A idade dos sessenta anos guarda coerência com o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) que consolidou alguns direitos e assegurou outros às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, estabelecendo que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas todas as oportunidade e facilidades para a preservação de sua saúde física e mental.[26]

Mesmo porque a escusação é facultativa e não seria recomendável se o sexagenário demonstrasse não mais guardar qualquer disposição para o exercício da tutela, não sendo inclusive apropriado para o menor ter como tutor pessoa contrariada com a função, sendo obrigação da autoridade judicial levar em linha de absoluta prioridade os superiores interesses da criança e do adolescente.

Para esse difícil encargo é curial sejam indicadas pessoas com menos idade e maior disposição física, psicológica e até emocional, porque, na maioria das vezes, quem já criou os seus filhos não se sente compelido a ser judicialmente habilitado ao súbito poder familiar. Diferente seria se o genitor ancião fosse convocado ao exercício da curatela, por exemplo, de uma filha que restou incapacitada de gerir seus bens e sua pessoa.

14.10.3 Aqueles que tiverem sob sua autoridade mais de três filhos

O inciso III do Código Civil de 1916 só escusava quem tivesse em seu poder mais de cinco filhos,[27] hipótese distanciada da atual família brasileira, que vem reduzindo cada vez mais o número de filhos, já sendo difícil encontrar na conformação familiar desse século famílias com três filhos,

cuja prole tem sido limitada a um ou dois rebentos, sendo um exagero do legislador facultar a escusa para aqueles que tenham sob a sua autoridade ao menos três filhos, cuja hipótese elevaria para quatro pessoas sob o seu encargo se um pai de três filhos for indicado para a tutela de um órfão.

Aqueles que se escusam por terem mais de três filhos sob a sua autoridade não precisam demonstrar se trate de seus próprios filhos, e tampouco precisam provar que a prole está sob a sua guarda fática ou jurídica, sendo suficiente estejam estes três filhos sob a sua autoridade direta, e que sejam financeiramente seus dependentes, desinteressando a idade desses filhos, sejam eles menores ou maiores de idade, porque a justificativa não exige a restrição da menoridade. No entanto, deverão ser filhos, não podendo haver escusa pela guarda ou dependência de netos, muito embora possa ser evidente o mesmo conjunto de dificuldades previsto para a hipótese de inciso III do artigo 1.736 do Código Civil, ou seja, filhos e netos sob a sua dependência e inclusive eventual guarda e o mesmo pode ser dito quando o lugar de filhos ou netos é ocupado por enteados.

Em verdade, sempre deverá o juiz levar em conta qualquer causa capaz de agravar o exercício do encargo, não havendo como onerar quem tenha netos sob a sua autoridade e dependência, por mais estreitos possam ser os vínculos com o tutelado, pois criará um problema e não uma solução ao impor uma administração tutelar visivelmente onerosa para o tutor.

14.10.4 Enfermidade

Se a pessoa está acometida de alguma enfermidade, está incapacitada para a função, não vislumbrando nenhuma possibilidade de lhe impor um encargo quando ela mesma é dependente de cuidados especiais, não importando avaliar as condições dessa doença, porque a razão da escusa reside na comprovação da impossibilidade de exercício do *munus publico* em razão do estado de saúde, cujo fato requer atenção para o doente e, se

possível, para a sua recuperação, e a lei não exige se trate de enfermidade irreversível.

14.10.5 Habitação distante

Apenas na hipótese de o tutor ser dativo é exigido que resida no domicílio do pupilo, conforme determinado no *caput* do artigo 1.732 do Código Civil, cujo requisito não ocorre na tutela legítima e tampouco na testamentária, certamente motivado pela compensação verificada pelo fato de o pupilo ficar sob a custódia tutelar de pessoa da mais absoluta confiança e da manifesta vontade do ascendente, no caso de a indicação ser testamentária, ou com algum parente ascendente ou colateral, cujos laços familiares mantêm o tutelado na esfera doméstica, mesmo estando geograficamente distanciado de seu antigo *habitat* é de se presumir reste a distância compensada pelos vínculos de afinidade e afetividade presentes na escolha e eleição do respectivo tutor.

De outro lado, na tutela dativa não haveria como exigir do tutor o sacrifício de exercer seu *munus* em domicílio diverso da sua residência e dos seus interesses profissionais.

Entretanto, nada refere a legislação a respeito da mudança de domicílio, embora dela possa ser cogitada judicial proibição quando puder acarretar algum evidente prejuízo ao menor, como afastá-lo dos seus parentes, não obstante possa o tutor justificar satisfatoriamente a necessidade de sua transferência em razão de promoção profissional, devendo ser examinado pelo juiz o caso prático.

14.10.6 Os que já exercerem tutela ou curatela

Não há como exigir uma sobrecarga do encargo público ao exercício da tutela ou da curatela de quem já exerce as funções de tutor ou de curador (CC, art. 1.736, VI). A escusa é plenamente justificada para não

sobrecarregar quem já é tutor ou curador e está prestando a sua colaboração, muito embora o preexistente exercício desse encargo não impeça nova nomeação, ficando ao arbítrio exclusivo da pessoa indicada apontar ou não a sua escusa.

Os exemplos são infindáveis de pessoas com singular disposição e abnegação, que não medem esforços para atender o próximo e seguem no exercício do encargo da tutela e por vezes até convertida em curatela.

14.10.7 Militares em serviço

O militar está sempre sujeito às transferências de domicílio em razão da natureza do serviço que presta às Forças Armadas, dificultando o bom exercício da função de tutor diante das incertezas da convocação para atuar em outra frente geográfica e cujas constantes mudanças podem resultar em prejuízo para o pupilo e para a administração de seus bens, porque a tutela precisa ser exercida no local onde se encontram os bens do tutelado, o que ficaria sobremaneira dificultado, senão inviabilizado, se o tutor tivesse domicílio em local diverso, e quanto mais distante pior para a administração, em nada recomendando, bastando imaginar um empresário ausente da vida diária de seu empreendimento.

Não existindo bens do tutelado desaparece essa dificuldade, ficando apenas a nota destoante para o possível afastamento do menor para com seus vínculos de parentesco e de amizade e suas referências pessoais, ao fixar domicílio em local diverso de onde se encontra e onde mantém suas raízes.

Entretanto, a lei apenas restringe a tutoria aos militares da ativa, não estendendo a escusa aos inativos, porque não estão mais sujeitos aos deslocamentos de sua atividade.

14.10.8 Aos que não forem parentes do menor

Situa o artigo 1.737 do Código Civil não ser exigível a assunção do encargo de tutor dativo sobre pessoa que não seja parente do menor, quando houver no lugar parente idôneo, consanguíneo, socioafetivo ou afim em condições de exercê-la. O motivo decorre da preferência de o pupilo continuar sob a custódia de familiar, parente ou afim, conservando seus laços com a sua família, conquanto se apresente esse parente, ou afim, como pessoa inquestionavelmente idônea para o exercício da tutoria. Apenas se ausente parente consanguíneo, socioafetivo ou afim, e idôneo, deve recair o encargo de tutor dativo sobre um estranho.

O parentesco em linha reta não tem limite na contagem de graus e na linha colateral não passa do quarto grau, enquanto no âmbito do parentesco por afinidade abarca apenas os ascendentes e irmãos do cônjuge ou convivente.

14.11. PRAZO DE ESCUSA E DECISÃO JUDICIAL

Pelo Código Civil a escusa deveria ser apresentada nos dez dias subsequentes à designação da tutoria, contando como dia *ad quem* aquele imediatamente posterior à certificação judicial da escolha do tutor. O artigo 760 do Código de Processo Civil reduziu o prazo para cinco dias, para o tutor ou curador eximirem-se do encargo apresentando escusa ao juiz, contado (inciso I – antes de aceitar o encargo, da intimação para prestar compromisso; inciso II – depois de entrar em exercício, do dia em que sobrevier o motivo da escusa). Enquanto o juiz não admitir a justificação, o tutor ou curador devem exercer o encargo, dele só sendo dispensados quando o magistrado admitir a recusa, mas se não a admitir, prescreve o artigo 1.739 do Código Civil, exercerá o nomeado a tutela, enquanto o recurso interposto não tiver provimento, e responderá desde logo pelas perdas e danos que o menor venha a sofrer. Evidentemente essa obrigação de

ressarcir os eventuais prejuízos sofridos pelo pupilo pressupõe a desídia do nomeado, esquivando-se do encargo no curso da apelação por ele interposta.

Não exercido o direito à escusa no prazo de cinco dias (CPC, art. 760), repu-tar-se-á renunciado ao direito de alegá-la, não por presunção, mas por preclusão.[28]

Pode acontecer de o motivo escusatório só surgir depois de já aceita a tutela ou curatela, quando o limite de cinco dias reabre e será contado do surgimento do fato escusatório, como, por exemplo, porque o nomeado atingiu os sessenta anos de idade, iniciando o prazo no dia seguinte à data de seu aniversário, ou porque o indicado recebeu sob a sua autoridade um terceiro filho.

Esse prazo preclusivo superveniente de escusa é relativo, porque o motivo de dispensa não deixa de se confundir com a própria cessação das funções de tutor, previstas pelo artigo 1.764 do Código Civil, já que o alcance da causa legítima de escusa em seguir sendo tutor deve prevalecer sobre o juízo discricionário da autoridade judicial, porque a cessação da tutela é ato judicial cogente, sem margem para imposição do encargo, senão pela cumplicidade voluntária do nomeado, vale dizer, por sua livre faculdade de aceitar continuar na função de tutor.

14.12. DO EXERCÍCIO DA TUTELA

A tutela é um *munus publico,* é instituto voltado à proteção do menor fora do poder familiar, e o tutor, sob certo aspecto, substitui os pais, exercendo os direitos e deveres relacionados à pessoa e aos bens do tutelado, evidentemente com as ressalvas e restrições previstas na lei, em nada se comparando com o poder familiar, com maior raio de independência e ação.

É o juiz o verdadeiro responsável pelo efetivo exercício da tutela, porque dele o tutor necessita de autorização para a prática de vários atos

consolidados no artigo 1.748 do Código Civil, assim como deve o tutor reclamar ao juiz as providências pertinentes à correção do menor, quando houver por bem. Portanto, as funções do tutor concernentes à administração dos bens do tutelado, quanto aos seus cuidados pessoais, de proteção e atenção aos interesses do tutelado, ficam sob a constante inspeção do juiz.[29]

O artigo 1.748 da Lei Civil enumera uma série de atos do tutor, dependentes da conformidade do juiz da tutoria, e que não se esgotam no conteúdo desse dispositivo, e já no parágrafo único condiciona a eficácia do ato à aprovação ulterior do juiz sob pena de contaminá-lo pela nulidade.

O tutor não tem uma atuação independente e amplamente discricionária ao espelho do poder familiar, porque é dependente da supervisão judicial que impõe limites entre a tutela e o poder familiar. Não é outra a interpretação do artigo 1.741 do Código Civil, ao expor ser incumbência do tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito do menor, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

14.12.1 Do exercício da tutela quanto à pessoa do tutelado

Com relação à pessoa do tutelado, dispõe o artigo 1.740 do Código Civil ser função do tutor dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, que, em princípio, devem ser alcançados por meio dos recursos obtidos com os eventuais bens existentes em nome do pupilo, e não havendo bens e nem rendas os alimentos devem ser buscados entre os parentes do tutelado, conforme artigo 1.694 do Código Civil, e, por fim, não tendo o menor parentes obrigados a prestar alimentos, esses devem ser concedidos diretamente pelo tutor.

Possuindo rendas e bens para atender aos gastos demandados pela educação e com a alimentação do pupilo, convém seja fixada uma soma mensal destinada a essa finalidade, a ser atendida com os recursos

produzidos pelos bens do menor, e se as rendas e frutos não forem suficientes poderá ser empregado o capital, isso quando os pais não houverem fixado a quantia necessária (CC, art. 1.746).

Nada impede sejam revistos judicialmente os valores definidos para satisfazer as despesas referentes à educação e alimentação do pupilo, ocorrendo variação das pautas estabelecidas, como, por exemplo, a ampliação dos estudos do infante, agora com novas necessidades de aprendizagem, de idioma ou de algum esporte e assim por diante, ou mesmo quando houver a redução de gastos ou diminuição dos ingressos, cujas hipóteses sugerem a adequação dos valores, como usualmente também acontece na revisão de qualquer vinculação alimentar.

Na hipótese de os bens não serem suficientes ou se tratar de menor indigente, carecendo dos meios para a cobertura de seus gastos, repita-se, o tutor deve acionar os parentes do tutelado para buscar o alimento, ou o necessário complemento.

De acordo com o inciso V do artigo 1.748 do Código Civil brasileiro, o tutor deve buscar prévia autorização judicial para promover demanda alimentar endereçada aos parentes do tutelado, e se o menor não tiver parentes obrigados a lhe prestarem alimentos, ou esses não tiverem condições de alimentá-lo, passa a ser obrigação do tutor prestar diretamente os alimentos necessitados pelo tutelado e também com autorização judicial o tutor poderá colocar o pupilo em outra casa ou lhe contratar um trabalho ou um estágio remunerado.[30]

O tutor está encarregado de educar o menor, podendo lhe impor alguns castigos e proibições, usualmente utilizados pelos pais para a correção das travessuras dos filhos, proibindo a criança de brincar, acessar a internet e os jogos eletrônicos ou de assistir à televisão, ou de sair com seus amigos, de jogar futebol, estando vetado sob todas as hipóteses o castigo físico no menor. E verificando o tutor o excesso de limites por parte do tutelado, mantendo o infante um comportamento antissocial, de enfrentamento e de

rebeldia, dispõe o inciso II do artigo 1.740 do Código Civil, deva o tutor reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, que o menor seja submetido a correção, podendo ser levado à presença do juiz para ouvir os conselhos e admoestações verbais, ou ordenar o acompanhamento do menor por assistente social, psicólogo, pedagogo ou outro profissional.[31]

Por fim, dispõe a legislação que seja estabelecido um canal de diálogo entre o tutor e o tutelado, notadamente na tomada de decisões do interesse do menor, se este já contar com doze anos de idade.

14.12.2 Do exercício da tutela quanto ao patrimônio do tutelado

Impõe o artigo 1.741 do Código Civil administre o tutor, sempre sob a inspeção do juiz, os bens do tutelado em proveito do menor, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé.

A atuação do tutor como administrador dos bens do tutelado se sujeita às pautas impostas por lei, atuando em primeiro plano como um *bom chefe de família*, agindo com escrúpulo, correção e diligência no trato com os bens e interesses econômicos do tutelado, respondendo civilmente pelos danos e prejuízos que por culpa, ou dolo, causar ao tutelado (CC, art. 1.752). Será direta e pessoal a responsabilidade do juiz, quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver nomeado oportunamente (CC, art. 1.744, inc. I) e subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, quando se tornou suspeito (CC, art. 1.744, inc. II).

De conformidade com o artigo 1.745 do Código Civil, os bens do menor serão entregues ao tutor mediante termo especificado desses bens e seus valores, ainda que os pais tenham dispensado o inventário dos bens do tutelado.

Imperativo o inventário dos bens pertencentes ao menor, quando da sua entrega para a administração do tutor, mesmo diante da dispensa dos pais de

o tutor firmar recibo dos bens inventariados. Os bens não só devem ser inventariados como igualmente devem ser avaliados, de tudo sendo lavrado termo judicial firmado pelo juiz, pelo representante do Ministério Público e pelo tutor.

Se o patrimônio do menor for de valor considerável, o juiz poderá condicionar o exercício da tutela à prestação de caução bastante, podendo dispensá-la se o tutor for de reconhecida idoneidade. Comete à autoridade judicial decidir acerca da dispensa da caução em se tratando de tutor de reconhecida idoneidade, nada referindo sobre a dispensa de caução formulada na tutela testamentária pelos pais do menor. Em sendo a dispensa da caução pelo tutor um ato discricionário do juiz, em princípio, os pais do tutelado poderiam dispensar a caução na tutela testamentária, em razão da confiança que depositam na idoneidade moral do tutor por eles indicado, tanto que o escolheram para o encargo. Seria um contrassenso desautorizar essa dispensa da caução feita pelos pais em tutela testamentária, fato permitido no Direito chileno, sob o aforismo de "quem pode mais pode menos".[32]

O legislador não reproduziu a exigência da hipoteca legal no Código Civil em vigor, e no artigo 2.040 da Lei Civil, inclusive, autorizou o cancelamento das hipotecas já inscritas em razão do Código Civil anterior. O primeiro sinal de dispensa da especialização da hipoteca surgiu com o primitivo artigo 37 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), depois alterado pela Lei 12.010/2009, não apenas diante da inexistência de bens ou rendimentos do tutelado, mas porque a exigência também careceria de utilidade prática, e ainda dispensava da especialização em hipoteca quando houvesse qualquer motivo relevante, não preestabelecendo a lei critérios para a dispensa, cujo exame ficava circunscrito ao prudente arbítrio da autoridade judiciária, como seria o caso da notória idoneidade moral do tutor, como previsto pelo parágrafo único do artigo 1.745 do Código Civil, dispensando o tutor da prestação de caução,[33]

não estando o tutor isento de responder civil e criminalmente por irregularidade perpetrada durante sua gestão tutelar.[34]

14.12.3 A administração dos bens e a tutela conjunta

No sistema jurídico brasileiro o tutor é o representante legítimo do menor, e como ensinam Pires de Lima e Antunes Varela, retratando o antigo direito português, "a singularidade do tutor era imposta na lei pela necessidade de garantir a unidade de orientação da pessoa do pupilo e a uniformidade de gestão de seu patrimônio, e pela conveniência de facilitar ou agilizar a atuação do gestor, evitando as demoras e embaraços provenientes de eventual discordância entre os dois ou mais titulares da tutela, perante as numerosíssimas questões que pode suscitar a educação de uma criança, ou seu encaminhamento para a vida e até a administração dos seus bens".[35] O Código Civil português permite a tutela conjunta, deixando ao encargo de outrem a administração dos bens do menor (CC português, art. 1.922) e eliminou a figura do protutor, como também prevê a tutela conjunta o artigo 105 do vigente Código Civil e Comercial argentino (Ley 26.994/2014). Veja-se que o próprio Código Civil brasileiro admite a administração por uma terceira pessoa de certos bens dos filhos que seguem sob o poder familiar (CC, art. 1.693), havendo, em tese, a conveniência da aplicação de uma tutela conjunta não somente nessas hipóteses referidas no artigo 1.693 do Código Civil, mas, também, sempre que o juiz não encontrasse no tutor unipessoal as características necessárias para a administração dos bens do pupilo, ficando o administrador encarregado de abonar o tutelado, por força dos rendimentos dos seus bens, as importâncias necessárias à sua manutenção, podendo, na atualidade, ser aplicado por analogia à curatela o artigo 1.775-A do Código Civil, acrescido ao sistema jurídico brasileiro pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Até para se eximir de responsabilidades, mediante prévia autorização judicial, pode se fazer necessária a contratação de pessoas físicas ou jurídicas para as quais será delegada a realização de atos de gestão mais complexos, que exijam conhecimentos técnicos não possuídos pelo tutor, ou porque ele não se sinta habilitado a exercê-los, ou ainda em razão da distância física de onde tais atos precisem ser realizados (CC, art. 1.743).

Este caráter de unipessoalidade e de indivisibilidade da tutela vem sendo repensado em outros países, como sucedeu com o Código Civil da Espanha com as alterações introduzidas no Código Civil espanhol pela Ley 13, de 24 de outubro de 1983, ao criar a possibilidade da tutela plural, a ser exercida em conjunto quando os fatos não recomendarem a existência de um tutor único. Na Espanha foi substituída a *tutela de família* que se mostrou superada pela *tutela de autoridade*, sendo criados órgãos de proteção da pessoa e dos bens, admitindo possam ser tutores as pessoas físicas que se encontrem em pleno exercício de seus direitos civis e não incorram nos impedimentos do artigo 243 do Código Civil espanhol, como também as pessoas jurídicas que não tenham finalidade lucrativa, e sim altruística, com o propósito da proteção de menores e incapazes, como acontecem, por exemplo, com as instituições destinadas à recuperação da saúde mental e reabilitação de pessoas drogadas e outras corporações, associações ou fundações de interesse público reconhecido pela lei.[36] A tutela conjunta será determinada quando concorrerem circunstâncias especiais com a pessoa do tutelado ou de seus bens e pelas quais convenha separar como encargos distintos o de tutor da pessoa e o de tutor dos bens, cada um atuando independentemente e no âmbito de sua competência, devendo os dois tomar decisões conjuntas quando suas deliberações disserem respeito ao modo de atuação e resultado conjunto de ambas as administrações.[37]

A lentidão da justiça e a insuficiência de meios de que ela dispõe, também contribuem para aumentar a morosidade e aconselham que se elimine a exigência prévia de autorização judicial, e que a autorização

precedente seja substituída por uma posterior prestação de contas tão pronto seja efetivado o negócio, de modo a conferir maior liberdade e autonomia para o tutor gerir com mais agilidade os assuntos econômico-financeiros do seu pupilo e arremata o autor dizendo que a agilidade requisitada na atualidade é consequência da forma de viver das pessoas do século XXI e que só irá se remediar se contar com a mudança de leis e do Poder Judiciário.[38] Foi-se o cenário de uma *tutela de família* em cuja essência se radica deixar que tudo se submeta e se resolva pela autoridade do juiz, convertido em *grande protetor* do incapaz, substituindo pais e familiares na hora de configurar o futuro do tutelado. Realmente, nada recomenda em contrário o exercício da tutela plural, separando os cargos de tutor da pessoa do pupilo e de tutor dos bens do tutelado, cometendo o encargo a pessoas diferentes, com funções, habilidades, qualidades, talentos e pressupostos diferentes, porque nem todo bom chefe de família será necessariamente um bom administrador, podendo ser confiada a tutela dos bens do incapaz a uma pessoa física ou jurídica, mas profissionalizando a administração do patrimônio do tutelado e outra pessoa encarregada da formação e educação do tutelado, criando uma nítida separação entre o que os espanhóis convencionaram chamar de *tutela real*, que é destinada à administração dos bens do tutelado e a *tutela pessoal* que é destinada a administrar a formação pessoal do tutelado.

14.13. ATRIBUIÇÕES DO TUTOR

Nesse espectro o tutor adquire representação legítima, com características semelhantes às do poder familiar, mas cuja atuação é prioritariamente controlada pelo Poder Judiciário, estando seus atos sujeitos à prévia aprovação judicial, muito embora algumas funções do tutor dispensem a prévia intervenção judicial.

De acordo com o artigo 1.747 do Código Civil, compete ao tutor, sem necessidade de prévia autorização judicial, representar o menor até os 16 anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte (inc. I); receber as rendas e pensões do menor, e as quantias a ele devidas (inc. II), sobre cujos valores deverá prestar contas no fim de cada ano de administração (CC, art. 1.756); fazer-lhe as despesas de subsistência e educação, bem como as de administração, conservação e melhoramentos de seus bens (inc. III); alienar os bens do menor destinados à venda (inc. IV), e, bem assim, promover-lhe, mediante preço conveniente, o arrendamento de bens de raiz (inc. V).

São atos que, embora não reclamem a prévia autorização do juiz, não deixam de ser submetidos ao seu pontual e posterior controle, quando da prestação anual de contas feita pelo tutor, ou sob a fiscalização do protutor, quando designada pessoa de confiança do juiz para esse encargo.

Dentre esses atos constam a representação e a assistência do pupilo antes e depois dos 16 anos de idade, sendo nulos os atos praticados sem a intervenção do tutor.

O tutor tampouco prescinde da autorização judicial para receber as rendas devidas ao tutelado, provenientes, por exemplo, de aluguéis ou pensões da previdência pública ou privada, mesmo porque qualquer crédito recebido pelo tutelado será reportado na prestação anual de contas.

De outra banda, na lida diária do exercício da tutoria surgem despesas ordinárias de subsistência e educação do tutelado, assim como gastos com a administração e conservação ou melhorias dos bens do pupilo, cujos pagamentos podem ser atendidos com os recursos hauridos pelo menor, de tudo prestando as devidas contas ao cabo de cada ano.

Para Paulo Nader, o encargo retratado no inciso IV do artigo 1.747 do Código Civil considera a hipótese de o pupilo manter pequeno comércio, ficando o tutor encarregado das vendas dos bens postos em alienação comercial, não podendo ser confundido com a venda dos bens de uso

pessoal do menor, mas somente aqueles advindos da sua produção econômica, como o produto de uma colheita,[39] ou quiçá, um trabalho artesanal.

Por fim, a legislação vigente dispensa de prévia autorização judicial o arrendamento pelo tutor de bens de raiz do pupilo; quer sejam de seu domínio ou do seu usufruto, eles podem ser locados, desde que o tutor celebre contrato locativo destinado a preservar os interesses financeiros do tutelado e preveja as garantias contratuais de praxe, como, por exemplo, fiadores solventes, até porque o tutor responde pelos prejuízos que, por culpa, ou dolo, causar ao tutelado (CC, art. 1.752) e a dinâmica dos negócios não mais guarda espaço para a prefacial e morosa coleta do aval judicial, como se o tutor fosse incapaz de bem gerenciar os interesses econômicos do seu pupilo, razão pela qual o modelo espanhol pode servir de inspiração para a realidade brasileira, e ser ponderada e avaliada a possibilidade do exercício conjunto da tutoria, conforme a capacidade de administração patrimonial do tutor, que precisa ser apurada antes da sua nomeação para o cargo, especialmente considerando esta possibilidade da curatela conjunta (CC, art. 1.775-A). Acaso desprovido ou já despojado de um bom senso de administração, não se afigura de todo estranho, seguindo o primado dos *melhores interesses da criança e do adolescente*, exercite o juiz a possibilidade concreta de separar talentos e habilidades, pois, podem muito bem os avós, por exemplo, acaso indicados como tutores, se mostrarem como excelentes educadores, contudo desprovidos do fôlego necessário para a administração profissional dos bens do tutelado, o que não deveria afastar ou impedir pudesse o julgador brasileiro de adotar na prática processual a tutela conjunta, voltando os olhos judiciais para o *princípio dos melhores interesses* do tutelado.

14.13.1 Atos de competência do tutor sujeitos à prévia autorização judicial

Em contrapartida, o artigo 1.748 da Lei Civil enfileira os atos de competência do tutor sujeitos à prévia autorização judicial, a começar pelo pagamento das dívidas do menor (inc. I); assim como necessita do aval da autoridade judicial para aceitar herança pelo menor, legados ou doações, ainda que com encargos (inc. II), para transigir (inc. III); para vender bens móveis do menor, cuja conservação não mais convenha, e os imóveis nas hipóteses permitidas pela lei, nos casos descritos no artigo 1.750 do Código Civil, sempre que houver manifesta vantagem para o tutelado (inc. IV); e, por último, não pode o tutor propor em juízo ações, ou nelas assistir o menor, sem o referendo judicial, devendo promover todas as diligências, defesas e requerimentos a bem do menor (inc. V), como por evidente não pode o tutor constituir direitos reais sobre os bens de raiz do tutelado. No caso de falta de autorização, a eficácia de ato do tutor depende da aprovação posterior do juiz; se entender viável, poderá ratificar ato jurídico realizado em prol do pupilo e promovido sem a prévia autorização judicial.

Não mais se circunscrevem esses atos aos de mera gestão ou administração ordinária, visto estarem emanados de uma carga maior de responsabilidade, porquanto a má administração pode acarretar sérios reflexos econômicos no patrimônio do tutelado, razão pela qual não permite a lei brasileira a livre-administração tutelar, sendo dependentes de autorização do juiz (CC, art. 1.748).

Embora até os 16 anos incompletos o tutor represente o pupilo, e entre os 16 e 18 anos incompletos o tutelado seja apenas assistido pelo tutor, nas hipóteses negociais do artigo 1.748 do Código Civil, a vontade do tutelado, assistido ou representado por seu tutor, continua carecendo de autorização judicial. Dessa forma, dívidas contraídas por obrigações do menor só poderão ser liquidadas depois de autorizado o pagamento pelo juiz, para evitar a ocorrência de fraudes e danos às receitas financeiras do tutelado, com a assunção de débitos inexistentes ou superestimados.

Também depende de autorização judicial a aceitação de heranças, legados ou doações, ainda que com encargos (CC, art. 1.748, inc. II), e com razão se faz imprescindível a vênia judicial para o tutelado renunciar a heranças, legados ou doações, a fim de evitar assuma o menor, indiretamente, encargos que onerem seu patrimônio.[40]

A venda dos bens móveis do pupilo só se pode dar quando se mostrar inconveniente a sua conservação, sobrecarregando o menor, e tampouco pode vender os bens imóveis do tutelado fora das hipóteses do artigo 1.750 do Código Civil, constatada efetiva vantagem financeira para o infante. Essa proibição é absoluta, passível de anulação, se não merecer ratificação judicial, factível dentre outras conjecturas, quando for verificado pelo juiz serem insuficientes as rendas do pupilo para os gastos de sua educação e alimentação; quando for necessário pagar dívidas do tutelado, sem qualquer outra opção ou fonte de custeio; quando o imóvel estiver deteriorado e não existirem condições materiais de promover a sua reparação, sem onerar ainda mais o menor; quando a conservação do imóvel projeta para um gasto mais elevado, por sua idade e má conservação, ou por sua desvalorização em razão da localização do imóvel; quando o pupilo é condômino de coproprietário e se faça imprescindível a extinção desse condomínio por desejo do outro proprietário; quando os genitores do menor já haviam contratado a alienação do imóvel e até no caso de desapropriação por utilidade pública, mostrando-se, nesse caso, inócua qualquer resistência do juiz da tutela.

14.14. VEDAÇÕES AO TUTOR

O tutor não pode adquirir por si, ou por interposta pessoa, mediante contrato particular, bens móveis ou imóveis pertencentes ao menor (CC, art. 1.749, inc. I). Tampouco essa aquisição poderia se dar mediante escritura pública, pois seu mote é evitar qualquer sombra de suspeição, ou ausência

de transparência na relação jurídica existente entre o tutor e o tutelado, não cogitando o legislador de conferir espaço para transações gratuitas (inc. II) ou onerosas entre o tutor e o menor, sob pena de quebrar a aura de moralidade e de honestidade que dá sustentação e deve permear o encargo, devendo ser coactados todos os possíveis canais capazes de levar ao abuso ou à exploração dos bens e interesses materiais do menor, deles se aproveitando o tutor por meio de negócios translativos,[41] inclusive constituindo-se cessionário de crédito ou de direito, contra o menor (inc. III), abalando a confiança recíproca que deve pairar sobre a relação entre tutor e tutelado.

Veda o dispositivo legal que o tutor diretamente, ou por interposta pessoa, contrate com terceiros no seu notório interesse, compreendendo-se como terceiros o seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer de seus ascendentes ou descendentes, seus irmãos ou afins, inclusive seus eventuais sócios empresariais, ou quaisquer outras pessoas postas na negociação para dissimularem a proibição legal do artigo 1.749 do Código Civil. A sanção à infração dessa norma é a nulidade absoluta, por tratar-se de contrato proibido pela lei.

14.15. O PROTUTOR

A figura jurídica do protutor não existia no Código Civil de 1916, não obstante Pontes de Miranda a ele se referisse como sendo a pessoa que, sem ter sido legalmente investida nas funções de tutor, as exercia.[42]

Não é essa a definição e nem o sentido que lhe empresta o artigo 1.742 do Código Civil, ao estabelecer consistir a atividade do protutor em vigiar, fiscalizar e intervir na administração do tutor e cuja circunstância certamente, tal como posta pela codificação brasileira, será ato de desconfiança e inibição ao encargo do tutor, porque o protutor será nomeado para desempenhar o papel de *longa manus* do juiz,[43] como pessoa da sua

confiança e encarregada, em última análise, de acompanhar os passos do tutor na condução da boa administração dos bens do tutelado, mas revelando uma inescondível desconfiança sobre a efetiva idoneidade do tutor, sendo mais indicado buscar desde logo um tutor mais recomendado para a função de administrar e zelar pelos bens do pupilo e assim evitar atritos e inibições provenientes de desnecessária crise de confiança ou adotar a figura da tutoria conjunta e pela qual resta nomeado um tutor pessoa física ou jurídica encarregada exclusivamente da administração dos bens do tutelado.

É incoerente a nomeação de um protutor para fiscalizar os atos de administração do tutor, quando o requisito fundamental na assunção do encargo é o de ser idôneo, mostrando que o problema reside sobre a efetiva capacidade de administração do tutor, melhor servindo, por isto, a tutela plural e que separa a tutela real da tutela pessoal. Ao depois disso, não há como perder de vista se tratar a tutela de um encargo obrigatoriamente sujeito à fiscalização judicial, onde a qualquer tempo a autoridade judicial pode acionar o Ministério Público, ou a autoridade policial para reclamar as providências necessárias à defesa intransigente dos interesses do tutelado, inclusive suspendendo ou removendo o tutor. Seria mais coerente nomear o tutor tão somente para atuar nos atos de representação, proteção e amparo do menor, voltada a sua atividade para a guarda, educação, formação, assistência moral e espiritual do menor, e para os cuidados com a sua saúde, como naturalmente deve agir e se preocupar um bom pai de família, deixando as relações patrimoniais ao encargo do protutor, aproveitando a brecha legal de referência da figura jurídica do protutor, não em razão da idoneidade, mas sim, considerando gozar o tutor do elo de afinidade e de empatia para com o tutelado, e indicado o protutor por sua formação intelectual e profissional, experiência e credibilidade, para exercer os atos de gestão dos bens do tutelado e só nesse aspecto se justifica a nomeação de um protutor, valendo-se o juiz brasileiro da interpretação dos artigos 1.742 e 1.743 do Código Civil para introduzir por analogia a figura da tutela

conjunta, já que bens e interesses administrativos exigem conhecimentos técnicos (CC, art. 1.743), ou no mínimo certa habilidade e disposição pessoal, sendo melhor nomear desde logo quem por competência faça certo do que um protutor para corrigir ou fiscalizar o que o juiz teme possa ser feito errado (CC, art. 1.742).

O protutor tem as mesmas funções do tutor, inclusive no tocante à prestação de contas e à responsabilidade civil e criminal. Sua nomeação é dativa e atende aos mesmos pressupostos de admissão, obrigatoriedade do encargo, causas de escusa e incapacidade, assim como as garantias para a sua nomeação judicial. Ao protutor será arbitrada uma gratificação módica pela fiscalização efetuada (CC, art. 1.752, § 1º), em valor inferior à verba fixada em prol do tutor, o que logicamente não faria nenhum sentido se o protutor fosse nomeado justamente para o exercício da administração e não apenas de fiscalização dos bens do tutelado, devendo sua remuneração ser paga em valor proporcional à importância dos bens administrados, tal qual será remunerado o tutor, salvo não existam bens, por cuja evidência a consequência natural será a da gratuidade do encargo.

Pelo § 2º do artigo 1.752 da Lei Civil são solidariamente responsáveis pelos prejuízos as pessoas às quais competia fiscalizar a atividade do tutor, assim entendido o protutor e o juiz e as que concorrerem para o dano.

14.16. RESPONSABILIDADE DO JUIZ

A responsabilidade do juiz será direta e pessoal quando não tiver nomeado o tutor, ou não o houver feito oportunamente (CC, art. 1.744, inc. I), e subsidiária, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito (CC, art. 1.744, inc. II).

Segundo o artigo 143 do Código de Processo Civil,[44] o juiz responderá por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo

ou fraude e quando se recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

O juiz responde direta e pessoalmente se deixou de nomear tutor ou não o fez no tempo oportuno, e cuja injustificada negligência, ao deixar de nomear ou retardar a nomeação de tutor, foi o elo causal que concorreu para o prejuízo moral ou material do menor.

O texto trata de responsabilidade direta do juiz perante a vítima do erro judiciário ou da omissão e não de eventual ação regressiva do Estado, não obstante há quem defenda a responsabilidade civil do Estado, do qual o juiz é seu agente.

Trata-se da responsabilidade pessoal do juiz em razão da sua prestação jurisdicional, em nada interferindo na responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes,[45] devendo a responsabilidade ser examinada em demanda autônoma.

Mas somente haverá culpa por omissão quando expressamente a lei determinar que o juiz pratique determinado ato, que tem de fazê-lo,[46] como no dever imposto por lei de nomear tutor para o filho sob tutela, nas hipóteses do artigo 1.728 do Código Civil.

O juiz tem ampla margem discricionária para exigir caução do tutor, podendo dispensá-la se assim entender conveniente, devendo para tanto ponderar a despeito da idoneidade do tutor, em confronto com o valor do patrimônio do tutelado a ser administrado, e a maior ou menor complexidade na administração desse acervo. Consideradas essas circunstâncias e avaliada a plausibilidade de risco ao patrimônio do tutelado, o juiz responde subsidiariamente pelos danos sofridos pelo pupilo, por ter deixado de exigir caução quando eram bastante admissíveis os riscos de dano ou quando deixa de substituir o tutor nos casos de remoção judicial (CC, art. 1.735).

14.17. REMUNERAÇÃO DO TUTOR

O exercício da tutoria é remunerada e será proporcional à importância dos bens administrados, sem que a lei estabeleça o *quantum* ou percentual a ser fixado. O artigo 128 do Código Civil e Comercial argentino (Ley 26.994/2014) prescreve deva o tutor receber por seus cuidados e trabalhos a décima parte dos frutos líquidos dos bens do menor de idade, tomando em conta, para efeito de apuração do montante líquido, os gastos despendidos na produção dos frutos, todas as pensões, contribuições públicas ou cargas usufrutuárias a que está sujeito o patrimônio do menor.

Para o Direito argentino a retribuição do tutor é denominada *décima*, mesma percentagem prevista pelo parágrafo único, do artigo 431 do Código Civil brasileiro de 1916, não se confundido a remuneração com o reembolso dos gastos efetuados pelo tutor para com o tutelado. Contudo, inovando, o Código Civil de 2002 não estabelece um percentual da renda líquida dos bens do menor, cabendo ao juiz fixar essa quantia, segundo aconselha Zeno Veloso, observando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.[47]

14.18. RESPONSABILIDADE DO TUTOR

O tutor responde pelos danos causados por sua culpa ou dolo ao pupilo (CC, art. 1.752), assim como eventuais prejuízos que cause ao menor serão de responsabilidade solidária do protutor e do juiz. A obrigação de indenizar é decorrência de um ato ilícito ou de uma infração contratual e visa a recompor o patrimônio do lesado ou compensá-lo pelos danos morais sofridos.[48]

A responsabilidade do tutor é subjetiva, por incidência da regra geral do artigo 186 do Código Civil, por cujo dispositivo comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, assim como o abuso do direito (CC, art. 187), igualmente se constitui em um ato ilícito, mas o tutor só responde pelos prejuízos causados ao pupilo se agiu com

culpa ou com dolo, ou se agiu com abuso do direito, como tampouco responde pelo caso fortuito ou pela força maior.

O dever de reparar exige os seguintes pressupostos: *a*) ação ou omissão dolosa ou culposa do tutor no exercício da tutoria; *b*) a ocorrência de dano material ou moral; *c*) o nexo causal entre a ação ou omissão, culposa ou dolosa, e o resultado danoso.

Evidentemente, a responsabilidade do tutor só tem início com a sua nomeação, mesmo tendo apresentado escusa contra a designação, independente do recurso interposto contra a nomeação (CC, art. 1.739).

A responsabilidade civil se espraia solidariamente àquelas pessoas às quais competia fiscalizarem a atividade do tutor, como o protutor, quando nomeado, o juiz e o promotor de justiça, que têm participação obrigatória na defesa dos interesses do menor.

O tutor tem direito ao ressarcimento daquilo por ele legalmente despendido no exercício da tutela, salvo na hipótese do menor abandonado, onde o encargo é voluntário, gratuito e transitório.

14.19. BENS DO TUTELADO

Os artigos 1.753 e 1.754 do Código Civil estabelecem algumas orientações a serem observadas pelos tutores no exercício do encargo da tutela, como devem agir os bons e idôneos administradores. No caso de valores financeiros, o tutor deve manter em seu poder somente os recursos necessários para as despesas corriqueiras com o sustento do tutelado, na sua educação e na administração de seus bens, aplicando as rendas remanescentes dos bens do pupilo, desempenhando a sua administração com os cuidados de um pai de família, e atento aos melhores e mais seguros investimentos, preferindo sempre os bancos ou títulos públicos e aquelas aplicações garantidas pelo Governo.

Para Carlos Eduardo Nicoletti Camillo,[49] não se harmoniza com a isonomia constitucional privilegiar a instituição bancária oficial diante de qualquer instituição financeira idônea autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

Diametralmente contrário o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira,[50] para quem a indicação de *estabelecimento bancário oficial* no artigo 1.754 do Código Civil exclui qualquer outra instituição financeira privada, mesmo os bancos estaduais, porque não estão sob a responsabilidade da União.

Se houver necessidade, os objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis serão avaliados por pessoa idônea e, após autorização judicial, serão alienados, e o seu produto 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 aplicados na aquisição de imóveis, conforme for determinado pelo juiz (CC, art. 1.753, § 1º).

O mesmo destino terá o dinheiro de qualquer outra procedência (CC, art. 1.753, § 2º), porque o tutor só deve manter em seu poder o dinheiro necessário para cobrir as despesas imediatas do pupilo, considerando seus custos diários e as despesas periódicas, despendidas no mês, sendo de bom senso e de rigor para a transparência de sua administração que pelo menos proteja os recursos sobressalentes da depreciação inflacionária, quando mais não deva, com efeito, fazê-los render em favor do tutelado.

Também em nome da transparência, lisura e correção da administração, os depósitos e aplicações bancárias dos capitais do menor devem ser realizados em nome dele.

Conforme o § 3º do artigo 1.753 da Lei Civil, os tutores respondem pela demora na aplicação dos valores referidos nos parágrafos precedentes, pagando não só os juros, conforme dicção da lei, mas, evidentemente,

ressarcindo todos os frutos e rendimentos que deixaram de ser recolhidos pela tardança ou omissão do tutor na aplicação do dinheiro do menor.

Para João Andrades Carvalho, não dando o tutor o destino legal aos bens do pupilo, estará sujeito ao crime de desleixo, ou à pena mais grave de apropriação indébita, caso não preste as contas devidas ou não o faça minuciosamente em relação a tais bens, podendo também ser enquadrado na tipificação genérica do artigo 249 da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).[51]

14.20. PRESTAÇÃO DE CONTAS

Ressalva expressamente o texto legal a obrigatoriedade da prestação de contas pelo tutor da sua administração sobre os bens do pupilo, no exercício de sua tutela, embora tivessem os pais do tutelado disposto em contrário (CC, art. 1.755). Não há qualquer possibilidade de isenção ou restrição das contas, as quais não podem ser afastadas pela antecipada dispensa dos pais do tutelado ou por liberalidade ou discricionariedade judicial. Tem a autoridade judicial o dever de exigir a rendição bianual das contas da administração do tutor (CC, art. 1.757), que ao fim de cada ano de administração também submete ao juiz o balanço respectivo (CC, art. 1.756), o qual, depois de aprovado, será anexado aos autos do inventário (CC, art. 1.756) e sempre que cessada a tutela ou a curatela (CPC, art. 763, § 2º).

É, portanto, norma cogente a rendição de contas da administração do tutor, sob pena de responder o juiz pelas perdas e danos, e visa a assegurar a transparência, lisura e preservação dos bens do pupilo, postos para a administração de um tutor. Antes, é dever de render contas de todo aquele que, de alguma forma, gere bens e valores de terceiro, como faz o tutor ao administrar os bens e as rendas do tutelado, nada precisando informar se inexistirem recursos e bens.

Conforme parágrafo único do artigo 1.757 do Código Civil, as contas serão prestadas em juízo e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial[52] os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma do § 1º do artigo 1.753 da Lei Civil, quando evidentemente se tratar de saldo aprazível, o que não acontece quando apenas remanescem valores sem maior significado, a serem logo utilizados para as corriqueiras despesas do pupilo.[53]

Eventual quitação do tutelado não é capaz de elidir a prestação de contas, como dispõe o artigo 1.758 do Código Civil, cujo dever e responsabilidade do tutor subsistem por inteiro, enquanto não aprovadas as contas pelo juiz, evitando desse modo qualquer prejuízo ao pupilo que, demovido pelos laços de afinidade construídos da relação desenvolvida com o seu tutor, atingindo a maioridade ou sendo emancipado, se sinta compelido ou motivado a dar quitação às contas prestadas pelo tutor, sendo nulas essas contas quitadas pelo infante, que antes precisam passar pelo crivo judicial.

Aprovadas as contas, os saldos devem ser recolhidos a estabelecimento bancário oficial, ou utilizados para a aquisição de bens imóveis, ou títulos da dívida pública, conforme decisão judicial, que se guiará pela melhor rentabilidade e segurança no retorno financeiro do investimento (CC, art. 1.753, § 1º).

A prestação de contas é apresentada na forma mercantil, devendo ser lançadas no livro as rendas ordinárias e extraordinárias do tutelado, inclusive com a eventual venda de bens e as suas despesas com alimentação, educação, farmácia, médico, dentista, transporte, livros escolares, vestuário, luz, água, condomínio etc., de tudo sendo anexados os respectivos comprovantes, como recibos, notas dos ganhos e das despesas.

Na hipótese de falecimento do tutor, ausência, ou de sua interdição, as contas deverão ser prestadas por seus herdeiros ou representantes legais (CC, art. 1.759).

O tutor será reembolsado das despesas justificadas e realizadas em inequívoco proveito do menor (CC, art. 1.760), sendo passíveis de ressarcimento aqueles gastos efetivados em proveito do tutor.

As despesas oriundas da prestação de contas, provenientes de custas judiciais, honorários advocatícios e até da tomada dos serviços de um contabilista, correm por conta do tutelado (CC, art. 1.761), se ele dispuser de recursos e condições para o atendimento desses custos inerentes à prestação de contas.

A sentença de prestação de contas não exclui a ação que o menor tem contra o tutor para obter a indenização das perdas e danos causados, como tampouco a ação subsidiária contra o juiz que tenha nomeado o tutor, ou aprovado as contas, ou a ação direta, quando não haja nomeado, ou no caso de não ter sido oportuna a nomeação.[54]

Na prestação de contas, o objeto visado é o acertamento, não o resultado, que pode até ser negativo, se apurado que o pupilo deve dinheiro a seu tutor, tendo contra si um saldo devedor. Como informa Ernane Fidélis dos Santos,[55] em toda prestação de contas há de existir um saldo, que poderá ser zero, ou favorável a uma das partes, e deverão ser prestadas na forma mercantil, com a especificação de receitas, despesas e saldo, sendo instruídas com os documentos justificativos, embora existam algumas despesas que dispensam prova documental, como passagem com ônibus urbano, pequenas refeições e até algumas vezes com corridas de táxi.

14.21. CESSAÇÃO DA TUTELA

A tutela intenta dar o necessário amparo àqueles que perderam seus pais, e foi projetada no interesse e no benefício do menor, cessando o encargo quando cessar a condição de pupilo, isto é, com a maioridade, com a emancipação do menor (CC, art. 1.763, inc. I) ou decaindo ele sob o poder familiar, no caso de reconhecimento paterno ou materno de filiação, ou

adoção (CC, art. 1.763, inc. II). A rigor, não são causas exaurientes de cessação da tutela, porque também enseja cessação da tutela a morte do tutelado, sua ausência com presunção de falecimento, assim como cessa a tutela se o menor contrair matrimônio (CC, art. 5º, inc. II), evidentemente que com a vênia judicial e ouvido o tutor. Recuperando os pais o poder familiar, do qual haviam sido suspensos ou destituídos (CC, arts. 1.637 e 1.638), também nesse caso cessa a relação de tutela.

14.22. DAS FUNÇÕES DO TUTOR

Por seu turno, cessam as funções do tutor (CC, art. 1.764) quando expirar o termo, em que era obrigado a servir, estabelecendo o artigo 1.765 do Código Civil um espaço mínimo de dois anos, podendo continuar no exercício da tutela, além do prazo previsto, se o quiser o tutor e o juiz julgar conveniente ao menor (CC, art. 1.765, parágrafo único). Ainda cessa a tutoria sobrevindo legítima escusa, nas hipóteses aventadas pelos artigos 1.736 e 1.737 do Código Civil, como por igual é causa de cessação da tutoria a remoção judicial do tutor quando acusado de conduta dolosa ou culposa na administração dos bens e da pessoa do tutelado. A remoção se dá nos termos do artigo 761 do Código de Processo Civil, mediante requerimento judicial do Ministério Público ou de quem tiver legítimo interesse, podendo o juiz, nos casos de extrema gravidade, suspender liminarmente o exercício das funções do tutor.

Estabelece o artigo 1.766 do Código Civil que será destituído o tutor, aqui entendida a destituição como sinônimo de remoção, quando negligente, prevaricador ou incurso em incapacidade.

Entretanto, olvidou-se a Lei de incluir como causa adicional de cessação da tutoria a morte do tutor, e sua ausência por presunção de falecimento, muito embora o legislador não tenha se esquecido de

estabelecer que nos casos de morte, ausência ou interdição do tutor, as contas serão prestadas por seus herdeiros ou representante (CC, art. 1.759).

---

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 253-254.

2 LOYARTE, Dolores. Tutela-curatela: ejercicio compartido. Enfoques actuales. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa (coord.). *La familia en el nuevo derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009. t. II, p. 268.

3 *Idem*, p. 271.

4 *Ibidem*, p. 272.

5 CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 18.

6 SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Da ausência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 288. 7 SUBIES, Laura B. *Tutela y curatela*. Representación de menores e incapaces. Buenos Aires, 2010. p. 215.

8 BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988. p. 391.

9 VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. *Poder familiar e tutela*: à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Florianópolis: OAB/SC, 2005. p. 171.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. VI, p. 625.

11 *Idem*, p. cit.

12 GOMES, José Jairo. *Direito Civil*: introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 165.

13 *Idem*, p. cit.

14 LEITE, Heloisa Maria Daltro. *O novo Código Civil do Direito de Família*. LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 451.

15 "Ação ordinária para destituição de pátrio poder c/c tutela. Guarda definitiva não impugnada. Ajustamento do menor no seio da família substituta. Interesse da criança. Prevalência. Abandono ocorrido há mais de dez anos. Perda do poder familiar. Medida extrema. Ausência de prova. Nas ações de destituição de pátrio poder, deve-se ter em vista, primordialmente, o interesse dos filhos, que há de preponderar sobre as condições emotivas dos genitores. Entretanto, ocorrido o abandono há mais de dez anos e não

comprovada a prática atual de ato ensejador da perda do poder familiar pelos pais biológicos da criança, não há como se deferir a pretensão, dada a gravidade de tão extremada medida. A destituição do poder familiar é a mais grave sanção imposta aos pais que faltarem com os deveres em relação aos filhos; essa é a literalidade do artigo 1.638 do vigente Código Civil, que basicamente renova o texto do artigo 395 do CC/1916. O direito do filho ao respeito, previsto no artigo 227 da CF/88 e artigos 15 e 17 do ECA, consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente. Assim, além dos direitos fundamentais da pessoa humana, goza a criança e o adolescente do direito subjetivo de desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, preservando-lhe sua liberdade e dignidade" (TJMG, Apelação Cível 1.0261.97.000513-6/001, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Gouvêa Rios. *DJMG* 23.12.2004, inserto na *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, n. 31. p. 131-132, ago.-set. 2005)."Apelação cível. Tutela de menor. Pais falecidos. Guarda fática exercida pela avó materna. Interesse da criança. Verificado pelo estudo social que a menina está bem inserida no ambiente em que vive com a avó materna, tendo suas necessidades supridas, merece ser mantida a sentença que deferiu a tutela à avó materna e não à irmã por parte de pai. Apelação desprovida" (TJRS, Apelação Cível 70061953386, 7ª Câmara Cível, Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 29.10.2014).

16 "Família. Tutela. Busca e apreensão de menor. Deferimento. Decisão que se recomenda mantida. Necessidade de dilação probatória acerca da conveniência de conferir a tutela à irmã mais velha do menor. Alteração do estado atual que deve ser mantido, evitando profundas alterações, até maiores esclarecimentos acerca das condições que mais favorecem os interesses do menor. Agravo de Instrumento desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.012.446.993, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 01.12.2005).

"Agravo de Instrumento. Estatuto da Criança e do Adolescente. Tutela. Feito pendente de instrução. Ausência de clareza acerca dos fatos. Solução que visa a preservar os interesses do menor que, ao que parece, está sendo prejudicado. Recurso desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.013.979.091, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 15.03.2006).

17 ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1979. t. IV – 2º, p. 310-311.

18 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 257.

19 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6, p. 631.

20 CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 40.

21 *Idem*, p. 41.

22 “Direito civil. Família. Criança e adolescente. Adoção. Pedido preparatório de destituição do poder familiar formulado pelo padrasto em face do pai biológico. Legítimo interesse. Famílias recompostas. Melhor interesse da criança. O procedimento para a perda do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de pessoa dotada de legítimo interesse, que se caracteriza por uma estreita relação entre o interesse pessoal do sujeito ativo e o bem-estar da criança. O pedido de adoção, formulado neste processo, funda-se no art. 41, § 1º, do ECA (correspondente ao art. 1.626, parágrafo único, do CC/2002), em que um dos cônjuges pretende adotar o filho do outro, o que permite ao padrasto invocar o legítimo interesse para a destituição do poder familiar do pai biológico, arvorado na convivência familiar, ligada, essencialmente, à paternidade social, ou seja, à socioafetividade, que representa, conforme ensina Tânia da Silva Pereira, um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança, sem a concorrência do vínculo biológico (*Direito da criança e do adolescente* – uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 735). O alicerce, portanto, do pedido de adoção reside no estabelecimento de relação afetiva mantida entre o padrasto e a criança, em decorrência de ter formado verdadeira entidade familiar com a mulher e a adotanda, atualmente composta também por filha comum do casal. Desse arranjo familiar, sobressai o cuidado inerente aos cônjuges, em reciprocidade e em relação aos filhos, seja a prole comum, seja ela oriunda de relacionamentos anteriores de cada consorte, considerando a família como espaço para dar e receber cuidados. Sob essa perspectiva, o cuidado, na lição de Leonardo Boff, ‘representa uma atitude de ocupação, preocupação, responsabilização e envolvimento com o outro; entra na natureza e na constituição do ser humano. O modo de ser cuidado revela de maneira concreta como é o ser humano. Sem cuidado ele deixa de ser humano. Se não receber cuidado desde o nascimento até a morte, o ser humano desestrutura-se, definha, perde sentido e morre. Se, ao largo da vida, não fizer com cuidado tudo o que empreender, acabará por prejudicar a si mesmo por destruir o que estiver à sua volta. Por isso o cuidado deve ser entendido na linha da essência humana’ (*apud* PEREIRA, Tânia da Silva. Ob. cit. p. 58). Com fundamento na paternidade responsável, ‘o poder familiar é instituído no interesse dos filhos e da família, não em proveito dos genitores’ e com base nessa premissa deve ser analisada sua permanência ou destituição. Citando Laurent, ‘o poder do pai e da mãe não é outra coisa senão proteção e direção’ (*Principes de Droit Civil Français*, 4/350), segundo as balizas do direito de cuidado a envolver a criança e o adolescente. – Sob a tônica do legítimo interesse amparado na socioafetividade, ao padrasto é conferida legitimidade ativa e interesse de agir para postular a destituição do poder familiar do pai biológico da criança. Entretanto, todas as circunstâncias deverão ser analisadas detidamente no curso do processo, com a necessária instrução probatória e amplo contraditório, determinando-se, outrossim, a realização de estudo social ou, se possível, de perícia por equipe interprofissional, segundo estabelece o artigo 162, § 1º, do Estatuto protetivo, sem descurar que as hipóteses autorizadoras da destituição do poder familiar – que devem estar sobejamente comprovadas – são

aquelas contempladas no artigo 1.638 do CC/2002 c.c. artigo 24 do ECA, em *numerus clausus*. Isto é, tão somente diante da inequívoca comprovação de uma das causas de destituição do poder familiar, em que efetivamente seja demonstrado o risco social e pessoal a que esteja sujeita a criança ou de ameaça de lesão aos seus direitos, é que o genitor poderá ter extirpado o poder familiar, em caráter preparatório à adoção, a qual tem a capacidade de cortar quaisquer vínculos existentes entre a criança e a família paterna. O direito fundamental da criança e do adolescente de ser criado e educado no seio da sua família, preconizado no artigo 19 do ECA, engloba a convivência familiar ampla, para que o menor alcance em sua plenitude um desenvolvimento sadio e completo. Atento a isso é que o Juiz deverá colher os elementos para decidir consoante o melhor interesse da criança. Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delineiam no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras. Por tudo isso – consideradas as peculiaridades do processo –, é que deve ser concedido ao padrasto – legitimado ativamente e detentor de interesse de agir – o direito de postular em juízo a destituição do poder familiar – pressuposto lógico da medida principal de adoção por ele requerida – em face do pai biológico, em procedimento contraditório, consonante o que prevê o artigo 169 do ECA. Nada há para reformar no acórdão recorrido, porquanto a regra inserta no artigo 155 do ECA foi devidamente observada, ao contemplar o padrasto como detentor de legítimo interesse para o pleito destituitório, em procedimento contraditório. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.106.637/SP, 3ª Turma, Rel. Min.ª Nancy Andrighi, j. 01.06.2010).

23 CARVALHO, João Andrades. Ob. cit., p. 41.

24 GROSMAN, Cecília P.; ALCORTA, Irene Martinez. *Famílias ensambladas*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000. p. 246-247.

25 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 287.

26 BEZERRA, Rebeca Monte Nunes. Instituição do Estatuto do Idoso – conceito de idoso. In: PINHEIRO, Naide Maria (coord.). *Estatuto do Idoso comentado*. Campinas: LZN, 2006. p. 6.

27 "Nomeação de tutor. Sua escusa, por ter seis filhos menores, que vivem em sua companhia. Artigo 414, inciso III, do Código Civil. É de ser dispensado do encargo da tutela quem tem seis filhos menores a seu cuidado, pois não poderia desempenhá-la convenientemente. É ele, segundo provou, pai de seis filhos menores os quais vivem em sua companhia. Sendo assim, nos termos do artigo 414, inciso III, do Código Civil, assiste-lhe direito de escusar-se do encargo a que foi chamado. Pouco importa continuem sob a guarda de sua mãe os menores, filhos de Artur Morandi. A escusa

invocada pelo agravante encontra apoio na lei, que não faz restrição alguma. Como ensina Estevam de Almeida (*Direito de Família*, p. 419), a escusa legal baseia-se em que não poderia convenientemente atender à direção da pessoa e do patrimônio do tutelado quem já tem a seu cuidado tantos filhos" (Tribunal de Apelação de São Paulo, Agravo de Instrumento 22.386, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. Macedo Vieira, j. 04.05.1944; extraído da obra de BUSSADA, Wilson. *Código Civil brasileiro interpretado pelos tribunais*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1982. v. 2, t. VII, verbete 2.157, p. 106).

28 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XVI, p. 418.

29 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. t. XVII, p. 182.

30 URIARTE, Jorge A. *Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*. BUERES, Alberto J.; HIGHTON, Elena I. (coord.). 1. ed. 2. reimpr. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 862.

31 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 637.

32 PAZOS, Rene Ramos. *Derecho de Familia*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993. p. 461.

33 "O novo Código Civil não prevê a especialização de hipoteca legal para garantir a gestão do tutor, mas possibilita a imposição de caução, real ou fidejussória, para esse fim. Caso em que deve ser imposta à tutora a obrigação de prestar caução, como forma de garantir o patrimônio do incapaz. Deram parcial provimento" (TJRS, Apelação Cível 70.013.032.669, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 15.12.2005).

34 SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: comentários. São Paulo: RT, 1994. p. 59.

35 LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. V, p. 445-446.

36 LACRUZ BERDEJO, José Luis *et alii*. *Elementos de Derecho Civil*. Familia. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2008. p. 421.

37 LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*. Principios de Derecho Civil VI. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 373.

38 *Idem*, p. cit.

39 NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5, p. 639.

40 PATIÑO, Ana Paula Corrêa. *Direito Civil*. Direitos de Família. São Paulo: Atlas, 2006. p. 203.

41 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. t. XVII, p. 190.

42 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 256.

43 LEITE, Heloisa Maria Daltro. *O novo Código Civil*: do Direito de Família. LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002. p. 484.

44 Igual dispositivo consta do artigo 49 da Lei Orgânica da Magistratura.

45 CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 628.

46 LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000. p. 253.

47 VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. t. XVII, p. 194.

48 FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 13.

49 CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Comentários ao Código Civil artigo por artigo*. CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (coord.). São Paulo: RT, 2006. p. 1.260-1.261.

50 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 14. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, p. 466.

51 CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 68.

52 "Interdição. Depósito de dinheiros e valores pertencentes ao interdito. Realização em estabelecimento bancário oficial. Norma de natureza cogente. Determinação judicial de que se faça no Banco Nossa Caixa que nada tem de ilegal, encontrando apoio no art. 1.753, §§ 1º e 2º, do Código Civil, c/c o art. 666, I, do Código de Processo Civil. Pretendida realização, tão só, nos valores que os apelantes entendem como líquidos. Inadmissibilidade. Recurso parcialmente provido para exonerar o curador da abertura de conta, em qualquer banco, com os valores liberados do depósito em conta oficial, e destinados à satisfação das despesas ordinárias de sustento do interdito e administração dos seus bens, bem como da remuneração do encargo" (TJSP, Apelação Cível 342.056-4/4, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Waldemar Nogueira Filho, j. 14.12.2004, acórdão inserto na *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 30, p. 86, aresto n. 2.973, jun.-jul. 2005).

53 "Apelação cível. Interdição. Prestação de contas. Desnecessidade. Ausência de patrimônio. Ganhos módicos. Consideradas as particularidades do caso, em que se observa que a interditada não titula patrimônio e recebe benefício previdenciário que nem mesmo satisfaz integralmente a mensalidade do lar geriátrico em que reside e as suas despesas pessoais (material de higiene, medicação, roupas etc.), mostra-se desarrazoada a determinação de prestação de contas de forma anual. Apelo provido"

(TJRS, Apelação Cível 70067028910, 8ª Câmara Cível, Rel. Ricardo Moreira Lins Pastl, j. 04.02.2016).

54 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 307.

55 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3, p. 36.

Capítulo 15

DA CURATELA

15.1. DA CURATELA

No Direito brasileiro, o instituto da curatela importa na representação legal dos incapazes maiores de idade (CC, art. 1.767), que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (inc. I); (inc. II, revogado pela Lei 13.146/2015); dos ébrios habituais; dos viciados em tóxicos (inc. III); (inc. IV, revogado pela Lei 13.146/2015); e dos pródigos (inc. V).

Quando examinada a Parte Geral do Código Civil (Livro I, Das Pessoas, Título I, Das Pessoas Naturais) o Capítulo I, que cuida da Personalidade e da Capacidade, verifica-se que, após o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015), foi derrogado o artigo 3º do Diploma Substantivo Civil, cujo inciso II determinava serem absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tivessem o necessário discernimento para a prática desses atos. Ademais, o artigo 4º do Código Civil agora dispõe serem relativamente incapazes a certos atos os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (inc. I), os ébrios habituais,

os viciados em tóxicos, (inc. II); aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (inc. III); e os pródigos (inc. IV), ressalvando, no parágrafo único, que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. Porém, nenhuma referência é feita à curatela, cujo estudo só surge com o aprendizado do Direito de Família, no Livro IV, Título IV, quando trata da *tutela e da curatela*.

Os institutos da tutela e curatela destinam-se a suprir a incapacidade das pessoas para a prática dos atos da vida civil. A tutela é voltada à proteção dos incapazes menores de idade que se encontram fora do poder familiar, enquanto a curatela protege os incapazes maiores ou emancipados, que, impossibilitados de administrar sua pessoa e seus bens, eram obrigatoriamente submetidos a ela, sempre representados por um curador.

A curatela consiste no direito de governar igualmente a pessoa e os bens dos incapazes maiores de idade, protegendo não apenas a saúde do curatelado, como também o colocando a salvo dos riscos a que está exposto com relação aos terceiros em função de sua falta de consciência.

Dispõe o artigo 1.774 do Código Civil serem aplicáveis à curatela, naquilo que couberem, as disposições concernentes à tutela, não sendo, contudo, admitida a curatela testamentária, como permite o Direito argentino,[1] porque é sempre o juiz quem defere a curatela, a qual poderá ser *legítima* ou *dativa*, preferindo a lei a nomeação do cônjuge ou companheiro, não separado de fato ou divorciado (EC 66/2010; CC, art. 1.775), o pai ou a mãe na ausência ou impedimento do cônjuge (§ 1º), e, na falta destes, o descendente que se mostrar mais apto, preferindo os de grau de parentesco mais próximo aos mais remotos (§ 2º), e na falta das pessoas mencionadas compete ao juiz a escolha do curador (§ 3º). A curatela testamentária na Argentina só tem assento quando o incapaz é solteiro, viúvo ou divorciado e sem filhos maiores de idade e capazes, pois, do contrário, a lei argentina chamará para o encargo alguma destas pessoas em detrimento daquele curador indicado em testamento pelo progenitor falecido, afigurando-se

prático permitir que o curador ascendente indique em testamento a pessoa que gostaria que continuasse como curador do incapaz que não tem outros parentes, cônjuge ou companheiro para ser nomeado de acordo com a preferência disposta em lei, e os artigos 60 e 139 do atual Código Civil e Comercial argentino (Ley 26.994/2014) permitem que a pessoa capaz possa designar, mediante uma *diretiva antecipada*, quem deverá exercer sua curatela acaso lhe sobrevenha a incapacidade civil e correlata interdição. José Ramón Díez Rodríguez define a declaração de vontade antecipada, ou as igualmente denominadas *instruções prévias*, como "um mero consentimento do paciente prestado por antecipação para ser aplicado com efeitos futuros, e unicamente naqueles casos em que o sujeito não possa expressar sua vontade no momento concreto de sua aplicação".[2] No Brasil, a Resolução 1.995, de 9 de agosto de 2012, do Conselho Federal de Medicina, considera válida e eficaz a declaração prévia de vontade e respeito à autonomia privada do paciente terminal, e inexiste legislação específica acerca das diretivas antecipadas ou do *testamento vital*.

Com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ou Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (EPD – Lei 13.146, de 6 de julho de 2015), houve uma profunda alteração no regime legal da incapacidade civil. O artigo 2º da referida lei considera como pessoa deficiente aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial. Ademais, o artigo 6º da EPD dispõe que tal deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa; portanto, ela tem plenamente preservada sua capacidade para casar ou constituir união estável (inc. I); exercer direitos sexuais e reprodutivos (inc. II); exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar (inc. III); conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória (inc. IV); exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária (inc. V) e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando,

em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (inc.VI). Trata-se o Estatuto da Pessoa com Deficiência de uma preocupação da comunidade internacional em assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania (EPD, art. 1º). Em conformidade com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o ponto de partida do Estatuto da Pessoa com Deficiência é o de garantir o direito à igualdade de oportunidades e de tratamento, assim como o exercício real e efetivo de direitos por parte das pessoas com deficiência, em identidade de condições com o restante dos cidadãos e cidadãs, por meio da promoção da autonomia pessoal, da acessibilidade universal, do acesso ao emprego, da inclusão comunitária e de uma vida independente, com a erradicação de toda forma de discriminação, relativizando, quando for o caso, a interdição e a limitando às restrições constantes do artigo 1.782 do Código Civil, para privar o interditado de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

15.2. CONCEITO

Embora todo o indivíduo maior de idade deva reger sua pessoa e administrar seus bens, sendo presumida a sua capacidade com a assunção da maioridade civil, há pessoas que, por causa transitória ou permanente, não podem exprimir sua vontade, ou que por deficiência mental, assim como os ébrios habituais e os viciados em tóxicos e os pródigos, não têm o completo discernimento, e, portanto, acham-se impossibilitadas de cuidarem dos seus próprios interesses e por isso sujeitam-se à curatela, como medida de amparo e de proteção.[3]

A curatela é um encargo conferido a alguém, para ter sob a sua responsabilidade uma pessoa maior de idade, que não pode reger sua vida sozinha e, em especial, administrar os seus bens. Serve a curatela como uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e deve durar o menor tempo possível (EPD, art. 84, § 3º), sendo restrita a interdição aos atos de natureza negocial e patrimonial, sem afetar, no entanto, os direitos de ordem pessoal, que permanecem íntegros.[4]

A curatela protege os adultos portadores de deficiência mental, quando destituídos de discernimento para o exercício dos atos de administração da vida civil, e, bem ainda, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os pródigos e o nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher e não detendo o poder familiar (CC, art. 1.779). O critério adotado pelo Código Civil para que alguém possa ser declarado incapaz de reger seus bens por deficiência mental é de caráter biológico, porquanto a deficiência mental deve ser de tal gravidade, que seja possível afirmar que o enfermo não governa sua própria conduta, constituindo-se em um estado ordinário de saúde, e não um estado acidental. A doença mental não precisa ser contínua, mas tem de ser habitual, ainda que o curatelado detenha intervalos de lucidez, a enfermidade manifesta-se sempre presente. Em suma, o pressuposto da interdição do deficiente mental é de que seu estado de alienação seja habitual ou permanente e que a enfermidade incida de forma a privar o sujeito de poder governar seus bens.[5]

A curatela, em sua atual configuração jurídica, visa prestar assistência ao incapaz, zelar por suas rendas e seus bens e tomar as decisões de seu interesse, devendo prestar contas, em juízo, dos rendimentos, despesas e bens do interditado. O atual escopo da curatela é ser uma medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, com a menor duração possível (EPD, art. 84, § 3º), restringindo-se aos aspectos de natureza negocial e patrimonial. Assim, a curatela não mais

atinge os direitos pessoais, ou seja, não mais impede o casamento nem o exercício do poder familiar, e assegura à pessoa com deficiência o direito de trabalhar, de votar, de ser testemunha e de obter documentos oficiais que sejam do seu interesse.[6]

No dizer de Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento,[7] a curatela é um *munus publico* equiparado à tutela, é uma prestação imposta por lei, indivisível e gratuita, como o serviço do júri, a prestação do serviço militar e eleitoral, por cujo exercício o cidadão presta um benefício coletivo, ou no interesse da pátria, da ordem social e jurídica, sendo a curatela uma função resultante da solidariedade humana.

O Código Civil também faz referências à outra ordem de nomeação de curadores, que não se confundem com a curatela proveniente da interdição, para atuarem em feitos na proteção de interesses, como o da pessoa declarada ausente (curadoria de ausentes do art. 22); o curador do filho, quando no exercício do poder familiar se o seu interesse colidir com os dos pais (art. 1.692); a nomeação de curador especial para administrar os bens deixados a menor instituído herdeiro ou legatário, mesmo quando se encontre sob o poder familiar, ou tutela (art. 1.733, § 2º) e o curador da herança jacente (art. 1.819).

15.3. PESSOAS SUJEITAS À CURATELA

O artigo 1.767 do Código Civil dispõe quais são as pessoas maiores de idade sujeitas à curatela, e, portanto, sujeitas à interdição, ficando evidente que a Lei Civil rechaça a possibilidade de incapacidade em função somente da integridade física da pessoa, apenas porque ela se acha impossibilitada de praticar determinados atos por limitações físicas, quando então não há de ser falado em incapacidade civil.

Como por igual não se acha incapacitado para os atos da vida civil quem se encontra doente, mesmo quando sua enfermidade seja crônica,

ocorrendo igual situação com relação aos idosos e os moribundos, como lembra Jean Carbonnier[8] ao referir o casamento *in extremis* dos moribundos, cuja liberalidade feita ao leito da morte goza de integral validade.

Estão sujeitos à curatela o nascituro e as pessoas que, por razões congênitas, não se acham habilitadas para a administração de seus bens, ainda se trate de um fenômeno transitório.[9]

A incapacidade civil comporta gradações, podendo ser absoluta ou relativa, em que a primeira implica a completa vedação para o exercício de atos da vida civil, precisando ser representada por terceiros que realizam por ela os atos da vida civil, ao passo que a incapacidade relativa a pessoa está autorizada a praticar por si só alguns atos, sendo assistida nos demais. Contudo, Célia Barbosa Abreu já sugeria uma nova leitura do artigo 1.772 do Código Civil e diz existir uma diversidade de transtornos mentais que afetam a capacidade do indivíduo para a prática de determinados atos, mas não de outros, e, além disto, os vários transtornos mentais apresentam-se de forma distinta sobre o livre desenvolvimento das pessoas, não se adequando a soluções rígidas e absolutas, mas, ao contrário, exigem, no plano jurídico, respostas flexíveis, com diferente *estatuto protetivo*, superando confusões entre a capacidade para atos de natureza patrimonial e extrapatrimonial,[10] e cuja gradação em respeito à efetiva dignidade constitucional do curatelado poderia atribuir desfecho diverso ao REsp 1.414.884/RS.[11]

Isto porque nem mesmo as pessoas absolutamente incapazes são incapazes para exercer todos os atos da vida civil e de manifestação de sua personalidade, acrescentando Célia Barbosa Abreu que a diferença efetiva que existe entre os considerados incapazes e os plenamente capazes está, na maior parte das vezes, apenas no que diz respeito às suas potencialidades.[12]

Tampouco será qualquer enfermidade ou doença mental passível de interdição, ficando pendente de perícia psiquiátrica que verifique a extensão da incapacidade, quando existente, e seu reflexo na intelecção e discernimento da pessoa, capaz de restringir ou inibir a sua livre-

manifestação de vontade. Portanto, não será qualquer enfermidade mental que dará lugar à declaração de interdição, não existindo uma resposta fechada para as hipóteses de incapacidade mental, cuidando a doutrina de ofertar algumas classificações meramente indicativas acerca de certos padecimentos mentais, podendo ser afirmado, segundo a lição de María Victoria Famá, Marisa Herrera e Luz María Pagano que: "toda limitação à capacidade supõe uma limitação à liberdade pessoal, e a inclusão do sujeito entre os que detêm personalidade psicótica só deve ser admitida quando o desequilíbrio psíquico – não mórbido – for acentuado, grave e acarrete fundado perigo para sua subsistência, com capacidade da pessoa produzir dano a si e ao seu patrimônio".[13]

Não haverá curatela sem prévia interdição judicial do incapaz, consolidada em sentença declaratória do estado demencial das pessoas arroladas no artigo 1.767 do Código Civil, à qual estão sujeitos, portanto, os deficientes mentais e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, com diminuição ou impossibilidade de concreta manifestação de vontade. A mesma incapacidade parcial aplica-se aos pródigos.

Como as pessoas com deficiência mental ou intelectual deixaram de ser consideradas absolutamente incapazes com a sanção da Lei 13.146/2015, que ratifica a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, sua interdição deve ser pronunciada segundo o estado ou o desenvolvimento mental do interdito, com os limites da curatela, que irão se circunscrever às restrições do artigo 1.782 do Código Civil, que respeita às mesmas exceções da interdição do pródigo. A doutrina argentina e portuguesa, ao contrário da legislação brasileira em vigor desde o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que ordena a interdição parcial, noticiam uma diferença entre *incapacidade* e *inabilitação*, ocorrendo esta última quando não é a razão ou o discernimento da pessoa que se encontram afetados, mas sua vontade é que se encontra comprometida, como no

exemplo do pródigo, do surdo-mudo, do cego, ou daquele que abusa de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes, e estas circunstâncias os tornam incapazes de reger convenientemente o seu patrimônio,[14] sendo promovida a declaração judicial de sua inabilitação em processo similar ao de interdição por incapacidade, sendo distintos os efeitos jurídicos da sentença já que a ingerência da curatela é eminentemente patrimonial.[15]

15.4. CURATELA DO NASCITURO

O nascituro é uma pessoa condicional, cuja aquisição de personalidade fica na dependência da condição suspensiva de nascer com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, art. 2º).[16] A vida intrauterina ou mesmo *in vitro* confere apenas personalidade jurídica formal, adquirindo personalidade jurídica material tão somente ao nascer com vida.

Ele é destinatário dos direitos de personalidade, como *o direito à paternidade, direito à identidade, direito à indenização por morte do pai que não conheceu, direito a alimento para uma adequada assistência pré-natal, direito à imagem, direito à honra*, detendo capacidade de direito, mas não de exercício de direito, cujos interesses serão representados pelos pais ou por um curador.

Os direitos materiais do nascituro dependem do seu nascimento com vida, como a doação e a herança. A lei brasileira não impõe qualquer outra condição para a aquisição da personalidade jurídica, qual não seja a do nascimento com vida para o início da personalidade, pois tendo adquirido personalidade humana será titular de direitos.

Não há como esquecer que o nascituro se trata de um ser humano vivo e merecedor de toda a proteção jurídica, pois, como assevera Pedro Pais de Vasconcelos, ele não é uma víscera da mãe, é ser vivo, em desenvolvimento, e se o próprio cadáver tem um regime jurídico de proteção, cujos direitos da

personalidade quanto ao nome, a imagem e a sepultura lhe são dispensados, não há como negar sua humanidade.[17] Ainda segundo Pedro Pais de Vasconcelos, é no campo do relacionamento social que o nascimento com vida do nascituro adquire maior relevância, porquanto ele passa a se relacionar com a *polis* e não mais apenas com a mãe, em cujo seio viveu durante sua concepção.[18]

Enquanto a personalidade jurídica da pessoa humana tem início com o nascimento com vida, essa condição não exclui o nascituro da proteção dos direitos inerentes à sua personalidade, como o direito de nascer; de não ser ferido fisicamente, preservada, portanto, sua integridade física; a não ser manipulado ou perturbado geneticamente, a ser bem tratado e a receber os cuidados próprios de sua condição.[19]

Polêmica que aumenta diante das técnicas de procriação artificial *in vitro* surge quando fecundado um embrião fora do útero materno e crioarmazenado pelos bancos de preservação de embriões e gametas e pelas clínicas de fertilização assistida, resultando definir se este ser humano em desenvolvimento, não inserido no corpo de uma mulher, merece a mesma tutela jurídica do embrião *in útero* e se pode ser considerado uma pessoa.[20]

Maria Helena Diniz[21] também observa que os concepturos (embrião ou nascituro) têm seus direitos resguardados desde a concepção e conclui que se as normas os protegem é porque têm personalidade jurídica.[22]

Nesta direção segue Stela Barbas, ao descartar a tese de só o nascimento com vida conferir personalidade jurídica ao concepto, e de que os embriões criopreservados que "não nascem", não podem ser destinatários de personalidade jurídica, porque para essa autora portuguesa a vida começa na fecundação e segue até a morte, representando o nascimento apenas o início de uma fase, sobre a qual outras se seguirão. Inexiste diferença qualitativa entre a vida nascida e a não nascida, e seria incoerente dizer que uma criança antes do parto ainda não seria um ser humano. Desde a

concepção, há vida, existência humana que não pode ser prejudicada por se encontrar no útero materno ou porque foi fertilizado *in vitro*.[23]

Não obstante as modernas técnicas de inseminação artificial, não há de se falar em nascituro enquanto o óvulo fertilizado *in vitro* não houver sido implantado no útero materno, porque somente após a implantação se iniciará a gravidez, e o ciclo humano de nascer, crescer, reproduzir e morrer, porque não sendo implantado no útero, como fato biológico imprescindível para a constituição do ser humano, o embrião poderá ser mantido *in vitro* durante muito tempo, tornando-se irrelevante a sua fertilização.[24] Portanto, o embrião fertilizado *in vitro*, a partir da sua implantação no útero, deve ser considerado nascituro e, a contar do nascimento com vida, sujeito de direito e titular de personalidade jurídica.[25]

Embora estejam resguardados legalmente os direitos do nascituro pelo artigo 2º do Código Civil, igual proteção não encontra o embrião, que, antes de implantado no ventre materno não pode ser considerado nascituro, mas só sujeito de direitos.[26]

Esse artigo de lei dispõe que o nascituro adquire personalidade jurídica com o nascimento, ainda que tenha respirado por breve momento, embora outras legislações atribuam o termo inicial da personalidade jurídica ao momento da concepção.

Existem diferentes doutrinas acerca do começo da personalidade jurídica, e a primeira dessas teorias é denominada *concepcionista*, pela qual, a personalidade jurídica é atribuída desde a concepção no útero materno, não devendo ser confundida a qualidade de ser pessoa ou personalidade com a capacidade de ser titular de direitos, mesmo sem poder exercê-los, uma vez que ficam condicionados ao nascimento com vida do seu destinatário, como ocorre em relação ao nascituro. Silma Mendes Berti atenta para a dificuldade em estabelecer se o direito à vida é mais importante do que seria o direito à integridade física, acresce dizendo não existir uma resposta satisfatória em função da definição da Corte

Constitucional Federal da Alemanha, de que "a vida, no sentido da existência histórica de um ser humano, existe segundo os conhecimentos biológicos e psicológicos estabelecidos, ao menos a contar do 14º dia seguinte à concepção (nidação, individualização)".[27] Logo, antes do 14º dia posterior à concepção seria a integridade física do nascituro que estaria em risco, e não a sua vida, porquanto a vida só viria após o 14º dia.

Já a teoria *natalista* entende ser a personalidade um atributo adquirido após o nascimento com vida, e que o nascituro somente tem expectativa de direitos, desde a sua concepção. Para a teoria *natalista*, o nascituro não tem capacidade de direito, e a lei apenas protege os direitos que estão condicionados ao seu nascimento com vida ao respirar o ar atmosférico,[28] pouco importando o tempo de sobrevivência.

Adepto à teoria *natalista*, Vicente Ráo diz que: "A proteção dispensada ao nascituro, isto é, ao ser concebido, mas ainda não nascido, não importa em reconhecimento nem atribuição de personalidade, mas equivale, apenas, a uma situação jurídica de expectativa, de pendência, situação que só com o nascimento se aperfeiçoa, ou, então, indica a situação ou fato em virtude do qual certas ações podem ser propostas, ou ao qual se reportam, retroativamente, os efeitos de determinados atos futuros".[29]

A teoria *natalista* foi adotada no artigo 2º do Código Civil brasileiro, ao condicionar o reconhecimento da personalidade civil da pessoa ao seu nascimento com vida, não obstante deixe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Uma terceira corrente é chamada de *condicional* e admite a personalidade retroativa à concepção, desde que ocorra o nascimento com vida. Durante a gestação o nascituro tem a proteção da lei a determinados direitos de ordem pessoal e patrimonial, sujeitos a uma causa suspensiva do nascimento.

Quando o artigo 2º do Código Civil dispõe que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, está por se referir aos direitos

hereditários, de quando falece o pai, e deixa mulher grávida e herança, para cuja hipótese o artigo 1.779 do Código Civil prevê a nomeação de um curador ao nascituro, não detendo a gestante o poder familiar, e se a mulher estiver interditada seu curador também será o do nascituro, conforme parágrafo único do citado artigo 1.779 do Código Civil. Também deve ser assegurado ao nascituro o direito a alimentos, para garantir-lhe o direito de nascer com vida cujo direito na atualidade é garantido pela Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina os alimentos gravídicos.[30]

Adotasse o Código Civil a doutrina concepcionista, e o feto seria considerado como pessoa, sujeito de direitos que não estariam condicionados ao nascimento com vida.

15.5. VELHICE

A idade avançada importa no desgaste de alguns órgãos e do seu funcionamento, mas não significa sua inabilitação para os atos da vida civil apenas em razão da sua senectude, a qual não se confunde com a senilidade, e designa uma zona de penumbra onde se encontra todo aquele que não goza do uso normal de suas faculdades mentais.

Cada vez maior a expectativa de vida do ser humano e cada vez maior o número de idosos vivendo sozinhos, sendo responsáveis pelo tráfico jurídico dos seus interesses econômicos e financeiros, mudando os arranjos do passado, quando os mais velhos eram cuidados por seus filhos, porque havia temor pudessem ser manipulados por estranhos e pessoas interesseiras, fato até hoje presente na codificação civil, quando restringe a liberdade conjugal do septuagenário obrigado a casar pelo regime legal da separação de bens (CC, art. 1.641, inc. II).

Nem sempre o perigo vem de estranhos, podendo também ser produzido e isto ocorre com muita frequência entre as pessoas mais próximas, de algum familiar que abusa da débil vontade do idoso no

propósito de manipular seus interesses financeiros e hereditários, devendo o juiz sempre ser muito cauteloso com proposições judiciais de interdição de pessoas idosas, porquanto podem encobrir querelas familiares, rancores antigos que se manifestam de maneira vingativa ou ambições, podendo a interdição judicial se configurar no maior dano causado aos interesses de quem tem o direito e ainda goza da faculdade de exercer livremente os atos de sua vida civil.

A senectude é a velhice normal, fisiológica, com a involução e o normal deterioramento que o organismo humano experimenta no curso dos anos, e entranha uma diminuição na sua capacidade de discernir. Constitui um estado de inferioridade; porém, tal inferioridade e desgaste não são patológicos e, portanto, não podem justificar uma interdição,[31] embora a pessoa idosa esteja mais propensa às espertezas daqueles que a vigiam ou dela se aproximam com ocultos propósitos, tornando-se pessoas socialmente vulneráveis.

A incapacidade não decorre exclusivamente do avanço da idade e, sim, de haver efetiva perda pelo ancião das suas faculdades cognoscitivas, que podem ser apuradas para dar margem à demanda declaratória de nulidade de um contrato celebrado por uma pessoa idosa e mentalmente incapaz. Como igualmente pode ser proposta demanda de anulação do contrato por vício de consentimento quando incide negociação dolosa, aproveitando-se da fragilidade e da redução ou excesso de confiança da pessoa idosa, porque, lembra Isabel Zurita Martín,[32] "os anciãos que vivem sós e sem familiares por perto, e aqueles recolhidos aos asilos, constituem um coletivo especialmente suscetível de maquinações negociais dolosas por parte de terceiros".

Não é, no entanto, o mero fato da velhice fisiológica da pessoa contratante que dá nascimento à presunção de incapacidade, mas sim as provas médicas ou psicológicas pertinentes e que diagnostiquem a sua eventual falta de capacidade, sendo imperioso distinguir entre a simples

ancianidade e a senilidade que ocasiona a incapacidade ou inabilitação para o exercício dos atos da vida civil, de modo a permitir que o idoso siga conduzindo sua vida como fazem seus semelhantes, senão em pé de igualdade em razão de suas maiores dificuldades próprias da idade, também não em situação de inferioridade precisando ser representado por um curador. A idade avançada só pode ser considerada como causa de interdição quando for a causa direta do transtorno integral e persistente das funções psíquicas.

Ao contrário do ancião em perfeito estado de sua saúde mental para a sua faixa de idade, o senil é aquele que além da velhice padece de uma alteração patológica de suas faculdades mentais e só estes são passíveis de interdição judicial.[33] A senilidade é uma enfermidade, cujo começo não é possível determinar de maneira satisfatória, com manifestações físicas ou psíquicas, caracterizadas por perdas quantitativas e qualitativas desarmônicas e irreversíveis, e que evolui no aspecto físico com a decrepitude ou no psíquico com a senilidade. A senilidade representa a expressão patológica da velhice.[34]

Diante do avanço da idade, infelizmente, a sociedade tem constrangido os idosos, socialmente desconsiderados, e não é incomum depararem com parentes próximos buscando interditá-los com receio de dilapidarem seus pertences e suas riquezas materiais, já reivindicadas pelos futuros herdeiros vocacionados em lei, com suas intangíveis legítimas. Essas pessoas veem nos idosos um inexplicável estado de inferioridade, especialmente quando voltam a se enamorar de outra pessoa e se permitem inferir por esse conjunto de circunstâncias estarem os anciãos debilitados e carentes de aptidão para a regência isolada e autônoma de seus bens e da sua pessoa. Assevera Antonio Carlos Marcato que, além daquelas situações de incapacidade previstas no Estatuto da Pessoa com Deficiência, outras exigem especial atenção, como a *incapacidade do idoso*, referida pelo artigo 10, §§ 1º e 2º, da Lei 8.842/1994 (Lei do Idoso) e artigo 17 da Lei 10.741/2003 (Estatuto do

Idoso),[35] reconhecendo a Terceira Turma do STJ, no REsp 1.927.423/SP, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze e julgado em 27 de abril de 2021, a excepcional decretação da curatela de pessoa idosa portadora de incapacidade absoluta relatada em perícia judicial.[36]

15.6. ENFERMIDADE OU DEFICIÊNCIA MENTAL

A capacidade civil pressupõe na pessoa uma vontade sã e apta para atuar por si mesma na vida jurídica, mas não gozam integralmente dessa capacidade as pessoas privadas de sua razão por enfermidade mental.

Os portadores de enfermidade ou deficiência mental têm a sua incapacidade fundada na inaptidão para se conduzirem com independência, autonomia e eficiência na administração de seus bens.

Há um extenso leque de anomalias psíquicas; contudo, nem todas levam à incapacidade civil e nem todas importam na interdição do enfermo mental. A diversidade de estados patológicos admite uma gradação das qualidades psíquicas do doente, variando entre distúrbios evidentes e extremos, até os distúrbios menos evidentes e pouco perceptíveis.

Pertence à ciência médica identificar os tipos de enfermidade capazes de privar o sujeito de discernimento, ficando para a justiça a tarefa de interditar a pessoa portadora da doença mental diagnosticada e identificada como hábil a tornar a pessoa incapaz de reger os seus bens, sendo certo que ninguém será havido por demente, para os efeitos de sua interdição, sem que a demência ou causa de incapacidade seja judicialmente verificada e declarada por juiz competente.

A interdição visa à proteção do interditado e deve durar enquanto presente a sua incapacidade para reger os atos de administração de seus bens, devendo ser levantada a curatela ao cessar a causa da interdição. A Lei 13.146/2015 (EPD, art. 123, inc. VII) revogou o artigo 1.780 do Código Civil, que permitia à pessoa enferma ou que fosse deficiente física, mas

impossibilitada de reger plenamente seus negócios ou bens, de requerer ela mesma a nomeação de um curador para cuidar de alguns ou de todos os seus negócios ou bens, até porque este é o escopo final da curatela em seu atual estágio legal.

15.6.1 Intervalos lúcidos

Por intervalos lúcidos compreenda-se uma remissão temporal e completa da enfermidade por um lapso de tempo mais ou menos prolongado, no qual o enfermo mental tem plena consciência de si e do que o rodeia,[37] com o retorno, portanto, completo do demente à razão. Porém, não se trata de um estado permanente, senão transitório, porque, em razão da condição cíclica da enfermidade ela fatalmente voltará.[38] O período de sanidade mental que sucede entre um e outro quadro patológico configura um autêntico intervalo lúcido, que interessa ao Direito para determinar a validade dos atos jurídicos realizados durante estes espaços de lucidez, não inquinando de nulidade os atos civis praticados durante os estados de compreensão. Adverte Tobías, citado por María Victoria Famá, Marisa Herrera e Luz María Pagano, que os intervalos lúcidos não podem ser inferidos de momentos fugazes, em que, por instantes ou horas, a agitação ou a loucura desapareçam ou se acalmam transitoriamente, em cujos espaços a afetação mental continua latente, como tampouco aqueles estados de remissão da enfermidade em níveis que apenas atenuam a doença mental e cujos níveis somente revelam uma aparência de saúde mental.[39]

15.7. AQUELES QUE, POR CAUSA TRANSITÓRIA OU PERMANENTE, NÃO PUDEREM EXPRIMIR SUA VONTADE

O inciso I do artigo 1.767 do Código Civil tem em mira os portadores de deficiência física transitória ou permanente que os impede de externar a

vontade, como no caso dos surdos-mudos sem condições de se comunicarem. Aos deficientes auditivos o Código Civil de 1916 associava a interdição àqueles que não haviam recebido educação capaz de os habilitar a enunciarem precisamente a sua vontade. A lei civil revogada flexibilizava os limites da interdição na medida em que o surdo-mudo pudesse enunciar alguma vontade, tanto que o artigo 451 do Código Civil de 1916 explicitava que, pronunciada a interdição do surdo-mudo, o juiz assinaria os limites da interdição, segundo o desenvolvimento mental do interdito. Era pretensão do vigente Código Civil, como já observava Pontes de Miranda, se "considere absolutamente incapaz o surdo-mudo que não possa exprimir a sua vontade, quer por ser a surdo-mudez oriunda de lesão central e agravada pela idiotia ou imbecilidade, quer por ser ainda inculto o surdo-mudo apto à educação".[40]

Como ensina Ghirardi, existe uma classe de surdos-mudos cuja deficiência decorre de uma lesão ou anormalidade mental, não podendo escutar e nem falar porque o seu cérebro não tem essa aptidão e, portanto, não podem ser reeducados e nem resgatados para a sociedade, enquanto não se curem do mal que causou a surdo-mudez.[41]

Existe o surdo-mudo capaz de ser recuperado para a vida social com métodos de reeducação por meio de gestos e sinais, ou pela leitura de lábios, e o aprendizado de vocalização de sons articulados, porque são capazes de discernir, embora não sejam capazes de expressar oralmente a sua vontade.[42] E se o surdo-mudo receber educação adequada e puder se expressar de forma inequívoca, por escrito, ou de qualquer outra maneira, de forma compreensível e coerente, seria, aos olhos do Código Civil, uma pessoa plenamente capaz, ou por meio de sinais se comunicar com outra pessoa, ainda que poucos compreendam a linguagem dos sinais, sempre ele deverá reger a sua pessoa e os seus bens, se já tiver alcançado a maioridade civil. Entrementes, toda esta distinção perdeu sua finalidade, porquanto pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência todo deficiente ou enfermo é

considerado parcialmente capaz para exercer, ao menos, os atos da sua vida civil, muito embora possa não o ser para os atos de gestão e de administração dos seus bens.

15.8. DEFICIENTES MENTAIS

Os deficientes mentais referidos no inciso III do artigo 1.767 do Código Civil são os que têm o seu discernimento reduzido,[43] e são considerados parcialmente capazes para o exercício dos atos pessoais de suas vidas, embora não sejam considerados capazes para as atividades de cunho patrimonial, gozando de uma capacidade relativa.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, a deficiência mental "deriva de fatores congênitos[44] ou adquiridos,[45] mas possuem incapacidade parcial ou um pouco de discernimento. Os estados mentais destes sujeitos são reversíveis, de acordo com o resultado da perícia médica. Os deficientes mentais, os ébrios habituais e os toxicômanos podem retomar ao gozo pleno de seus direitos civis, tão logo se encontrem livres da influência da bebida ou das drogas e das causas geradoras do seu desequilíbrio psíquico.[46]

15.9. ÉBRIOS HABITUAIS

Tenha-se por embriaguez habitual o frequente e imoderado consumo de bebidas alcoólicas, de modo a deixar a pessoa com os sentidos perturbados, extasiados, e a repetição dessa ingestão se transforma em um alcoolismo crônico.[47] Não interessa ao direito protetivo da curatela a intoxicação casual, episódica, que não chega a alterar as condições psíquicas e a compreensão do indivíduo.

Passíveis de interdição são os alcoolistas permanentes, anormais e, portanto, mentalmente enfermos, e por isto podem ser perniciosamente influenciados em sua vontade em prejuízo de seus interesses e bens.[48]

Alcoólatra crônico deve ser considerado quem consome bebidas etílicas quando sequer se extinguiram os efeitos da ingestão anterior, causando um embotamento geral das faculdades mentais da pessoa, e que nunca se interrompe porque sempre está bebendo.[49]

A persistência com o vício pode levar ao extremo do *delirium tremens*, psicose aguda, informa Ghirardi, desenvolvida a partir do alcoolismo crônico e capaz de levar à morte.[50]

A interdição do ébrio habitual deve durar o tempo necessário para a sua cura, sendo levantada se ele se encontrar em condições de manifestar a sua vontade sobre gerenciamento de seus bens.

15.10. OS VICIADOS EM TÓXICOS

A curatela dos toxicômanos não era regulada pelo Código Civil de 1916 e, sim, inicialmente, pelo Decreto 4.294, de 6 de julho de 1921, e, posteriormente, por meio do Decreto 891, de 25 de novembro de 1938. A principal característica da toxicomania está na insuperável necessidade de drogar-se, com tendência ao aumento das doses ingeridas, e a dependência física e por vezes psicológica que ela provoca, chegando a um estágio no qual a droga produz no viciado uma inaptidão para cuidar dos próprios interesses, precisando recorrer à sua interdição para a sua salvaguarda.[51]

Segundo Ghirardi, a adicção causa uma verdadeira enfermidade emocional, capaz de ocasionar transtornos psicológicos, transitórios, duradouros e crônicos, a ponto de uma superdose de substâncias químicas poder provocar a morte e com a sequela de que muitos dependentes chegam a cometer delitos para obter fundos para comprarem as drogas.[52]

Evidentemente, a questão transcende da esfera civil da curatela e transita pela seara penal, dispondo a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, a qual revogou a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, “sobre medidas para prevenção do uso indevido,

atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências".

Pela vigente Lei de Tóxicos, o usuário passa a ser abordado como uma vítima direta das drogas e deixa de ser o vilão social, ocupando-se o Estado em promover medidas para a ressocialização de dependentes, no lugar de privá-lo da sua reintegração social.

O uso eventual de tóxicos não conduz à curatela, mas sim o seu consumo habitual e a total dependência física ou psíquica. A sua incapacidade também é relativa, com as restrições indicadas no artigo 1.782 da lei civil, e a sua interdição tem a duração do tempo pertinente à sua cura.

15.11. OS PRÓDIGOS

O pródigo é a pessoa perdulária, que por desordem de espírito ou de costumes dissipa injustificadamente o seu patrimônio, sendo que a sua interdição tem por escopo proteger o seu acervo em razão de seus dependentes, e bem assim de seus herdeiros ou sucessores. Conforme a doutrina argentina, este comportamento pode ser causado por alterações das faculdades mentais, devido a hábitos mal adquiridos, ou à debilidade crônica ou adquirida para opor resistência às tentações do gasto desmedido, inútil, irracional e injustificado.[53]

Para Pontes de Miranda o "pródigo é a pessoa que faz despesas imoderadas, superiores às suas rendas, e de que resulte a dissipação de seu patrimônio".[54] O perdulário desperdiça seus haveres, gasta mais do que ganha, mas não se confunde com o investidor, porque este se aventura em empreitadas de risco, por vezes sem sucesso,[55] e assim soma despesas pelo infortúnio do empreendimento, e por vezes alcança níveis de insolvência pessoal.

A prodigalidade, notadamente quando se trata de um empresário ou de alguém que explora comercialmente uma atividade rural ou algum outro empreendimento onde está focada a sua fortuna, e o risco de sua efetiva dilapidação,[56] requer a demonstração inequívoca da real dilapidação desvairada e irracional de parcela importante de seu patrimônio ou negócio, valendo-se o julgador inclusive de dados periciais. Existem quatro espécies de prodigalidade: *a*) a primeira é a dos onemaníacos, e tem por causa uma verdadeira desordem das faculdades mentais, sendo um dos sintomas a impulsão consciente, invencível e desenfreada para a aquisição de objetos de toda a ordem; *b*) a segunda direciona para o impulso dos jogos, vivendo sob a irresistível compulsão ao jogo, travando um conflito interno de pesar e arrependimento; *c*) os dipsomaníacos formam a terceira espécie, a de indivíduos que experimentam uma sensação de incompletude que gera uma dependência alcoólica ou por drogas; e, finalmente, *d*) a quarta compreende os depravados de moralidade corrompida, que dilapidam o seu patrimônio em diversão, mulheres, luxo, doações,[57] empréstimos etc.[58]

A interdição do pródigo tem como finalidade resguardar os ocasionais direitos dos seus herdeiros necessários e assegurar a manutenção de seus dependentes. Pela disposição revogada o pródigo só seria interditado se tivesse cônjuge, ascendentes ou descendentes que promovessem a sua curatela.[59] Na atualidade, a interdição pode ser promovida pelos pais ou tutores, pelo cônjuge, companheiro ou por qualquer parente e pelo Ministério Público se existirem parentes do pródigo, pelo tutor e até pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditado (CPC, art. 747); mas, assim como nas demais espécies de curatela, a sua interdição só irá privá-lo dos atos capazes de comprometer o seu patrimônio, ficando proibido de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração (CC, art. 1.782), podendo o interdito exercer quaisquer outros atos sem a assistência de seu curador, conquanto não se

refiram à alienação, gravame e dissipação de seus bens, podendo exercer por igual sua profissão e ocupar cargos públicos.[60]

Se a prodigalidade for o único sintoma de degeneração, a incapacidade do pródigo será relativa e, portanto, limitada (CC, art. 1.782). Por conta justamente dessas diferenças de efeitos, porquanto o curador do pródigo zela por seus bens e não pela sua pessoa, cujos cuidados não lhe competem, é que legislações como a da Argentina e de Portugal, por exemplo, preveem a *inabilitação* do pródigo e não a sua *interdição*, exatamente porque o curador não representa o inabilitado, mas o assiste unicamente, em atos específicos relacionados com o seu patrimônio, que evitem a dilapidação de sua fortuna, formando um ato jurídico complexo, em uma espécie de adição de vontades, a do pródigo e a do curador.[61] O codificador argentino rechaçou a interdição do pródigo, explica Vélez Sarsfield em nota ao artigo 54 do revogado Código Civil argentino, correspondente ao artigo 48 do Código Civil e Comercial em vigor (Ley 26.994/2014) pelas seguintes razões:

1) A prodigalidade não altera as faculdades mentais;
2) A liberdade individual não deve ser restringida senão em casos de interesse público, imediato e evidente;
3) Diante das diferentes maneiras de fazer gastos inúteis que terminem com uma fortuna, não há meios de distinguir com certeza o pródigo daquele que não é perdulário, dentro do estado de nossos costumes e tudo seria arbitrário para os juízes, interditando alguns, enquanto seguiriam inúmeros outros dissipadores;
4) Deve cessar a tutela dos poderes públicos sobre as ações dos particulares, pois não é possível colocar um limite aos gastos de cada pessoa, e aquele que fosse considerado pródigo só seria usado e abusado de sua propriedade, sem que tivesse infringido lei alguma.[62]

15.12. AUTOCURATELA

A *autocuratela* ou autotutela como é denominada no direito alienígena, respeita a um *mandato preventivo*, afigurando-se em um mecanismo jurídico consistente em uma declaração de vontade firmada por uma pessoa capaz, que de forma preventiva, diante de uma situação de incapacidade, previsível ou não, por padecer de uma enfermidade degenerativa, por exemplo, organiza sua futura curatela, indicando atitudes a serem tomadas quanto à sua pessoa e em relação a seus bens, organizando preventivamente a sua curatela, podendo estabelecer órgãos de fiscalização de gestão dos seus bens e designando as pessoas que irão integrar estes órgãos. Em uma declaração de vontade firmada por escritura pública estabelece disposições acerca da administração e da afetação das rendas advindas de seus bens e a sua utilização pelas pessoas designadas. Trata-se de um mandato preventivo geral para assegurar que as medidas relativas ao exercício da capacidade do mandante sigam respeitando seus direitos, sua vontade e suas preferências.[63] A autocuratela permite que a pessoa designe quem ela gostaria que a protegesse e cuidasse, mas cuja manifestação não evita o processo de interdição nem a designação de outro curador, especialmente em processo contencioso de curatela, ficando submetido à decisão judicial a circunstancial denegação do nome indicado para a autocuratela, em decisão motivada e sempre tomada no interesse do curatelado, e só tem eficácia caso o mandante perca a capacidade de gerir seus bens.[64]

15.13. AÇÃO DE INTERDIÇÃO

A incapacidade precisa ser judicialmente declarada, por meio de um processo de interdição, disciplinado entre os procedimentos pelo artigo 747 e seguintes do Código de Processo Civil, bem como nas disposições da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/1973) e pela Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 (EPD).

A ação de interdição deve ser proposta por alguma das pessoas indicadas no artigo 747 do Código de Processo Civil: pelo cônjuge ou companheiro; pelos parentes ou tutores; pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; pelo Ministério Público e, embora o EPD tivesse criado uma quarta hipótese autorizando o próprio deficiente a requerer sua curatela, o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2016) terminou revogando o artigo 1.768 do Código Civil, no qual estava inserida a legitimidade do curatelado, devendo, de qualquer sorte, a legitimidade ser comprovada por documentação que acompanhe a petição inicial (parágrafo único do art. 747 do CPC).

De acordo com o inciso II, do artigo 747 do CPC, a ação de interdição pode ser promovida pelos parentes ou tutores, que podem ser os pais, tanto um como o outro (ou o pai ou a mãe), ou até mesmo em requerimento para uma administração compartilhada, que não obriga tenham ambos os pais de promover a interdição.

O Ministério Público, em princípio, só irá requerer a interdição em caso de doença mental grave (CPC, art. 748); se não existir ou não a promover alguma das pessoas designadas nos incisos I, II e III do artigo 747 do CPC; ou se, existindo, estas pessoas forem incapazes (CPC, art. 748, inc. II).

Não sendo o órgão do Ministério Público o requerente da interdição, o *parquet* funcionaria no feito como representante do incapaz, ou um curador à lide, quando fosse o requerente da interdição (CPC, art. 752, § 1º).

Mas, como observa Carlos Roberto Gonçalves,[65] a nomeação do Ministério Público como curador especial do interditando tornou-se questão controvertida com o advento da Constituição Federal em 1988, porque a instituição atua no feito como *custos legis*, e tem a função de fiscalizar a regularidade da atuação dos curadores anteriormente nomeados.

A inconstitucionalidade advém do inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal, o qual veda a atuação do Ministério Público como

representante judicial,[66] estando vetada a dúplice atuação ministerial como fiscal da ordem jurídica e representante da parte,[67] devendo ser destacado que a curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei, conforme dispõe o artigo 72, parágrafo único, do CPC/2015.

Antes de pronunciar-se acerca da interdição, o juiz poderá ser assistido por especialistas, quando então tratará de entrevistar minuciosamente o interditando 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 (CPC, art. 751), tendo em linha de consideração a defesa dos interesses do interdito e não daqueles que buscam a sua interdição, muitas vezes embalados pelo propósito da inibir a livre-disposição de vontade do curatelando, cujo patrimônio pessoal já vai sendo monitorado para assegurar potencial herança, que querem proteger pelo temor de uma dilapidação por haver o interditando dado sinais de descontrolada disposição de seus bens, ou por estar exercendo atos de generosidade e de doação das suas riquezas, especialmente ao travar novas relações afetivas.

Nessas ocasiões tem sido bastante comum os virtuais herdeiros demonstrarem preocupações pessoais com a sanidade do interditando, tratando de enquadrá-lo na categoria dos pródigos quando ele passa a fazer uso de suas riquezas em razão de uma relação afetiva com uma nova pessoa que surgiu em sua vida particular.

De qualquer modo, o magistrado deve buscar o auxílio de especialistas como médicos, psiquiatras e psicólogos, para assessorá-lo profissionalmente, no sentido de apurar a efetiva existência da causa de interdição, considerando, ademais de tudo, indispensável o contato pessoal do juiz com o suposto incapaz, como ordena o artigo 751 do Código de Processo Civil, deva o interditando comparecer perante o julgador para ser minuciosamente interrogado acerca de sua vida, negócios, bens e do mais

que parecer ao decisor necessário para avaliar o estado mental do curatelado.

Entretanto, é essencial a perícia técnica, porque nem sempre os sintomas da incapacidade estão visíveis e perceptíveis, necessitando o julgador do indispensável apuro profissional, mesmo quando o curatelado possa lhe parecer visivelmente incapaz, ou, ao contrário, claramente capaz, porque certas doenças psíquicas só se manifestam em episódicos surtos.

Uma vez pronunciada a interdição dos deficientes mentais referidos no inciso III do artigo 1.767 do Diploma Substantivo Civil, ordena o inciso I do artigo 755 do CPC que assine o juiz os limites da curatela, segundo o estado ou desenvolvimento mental do interdito, devendo, em regra, circunscrever-se às restrições constantes do artigo 1.782 da mesma Lei Civil, diante das significativas modificações introduzidas pelo artigo 114 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), que passou a considerar como absolutamente incapazes somente os menores de 16 anos, devendo ser considerados relativamente incapazes os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos, e por isso poderão ser privados apenas em parte dos atos da sua vida civil, com as restrições específicas do artigo 1.782 do Código Civil, por lhes reconhecer a legislação ora vigente algum discernimento para a prática de outros atos da vida, que não demandem riscos ou prejuízos para o curatelado e para os seus bens, ficando privado de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração (CC, art. 1.782), cujas hipóteses a legislação argentina e portuguesa tratam como processo de *inabilitação*.

O inciso II do artigo 755 do Código de Processo Civil de 2015 determina que, ao decretar a interdição, o juiz considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades,

vontades e preferências, encaminhando a sua interdição para uma evidente gradação de suas capacidades, e nesse sentido avançado a legislação brasileira deixa de se orientar apenas nos extremos de *tudo ou nada*, ou de incapacidade para todos os atos da vida civil, ou só para os de administração, existindo entre esses dois extremos potencialidades cuja ação pode ser livremente atribuída ao interdito. Dispõe o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que ela não afeta a plena capacidade da pessoa para casar ou constituir união estável; exercer direitos sexuais e reprodutivos; exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, mas sem preservar a autonomia patrimonial.

Entretanto, seguirão existindo situações nas quais não será viável e prudente preservar o livre-arbítrio sobre direitos pessoais de quem, efetivamente, não tem nenhuma capacidade de exprimir sua mínima e mais pungente vontade pessoal, como seria o exemplo de uma paciente em estado de coma, ou em outra posição semelhante e de idêntica restrição total da sua vontade pessoal. O desembargador Francisco Loureiro, do Tribunal de Justiça de São Paulo, demonstra isso em voto que proferiu na Apelação Cível 0307038-84.2009.8.26.0100, na qual faz relevante consideração no sentido de ser inegável que o EPD buscou conferir maior autonomia às pessoas com deficiência, retirando-lhes possíveis estigmas decorrentes do processo de interdição, mas que, uma interpretação meramente literal de suas regras poderia retirar a proteção de que se ressentem as pessoas que não apresentam total discernimento para a prática dos atos da vida civil. Além disso, se, porventura, a capacidade de entendimento e de autodeterminação da pessoa com deficiência for reduzida em maior ou

menor grau, diz o relator, afigura-se perfeitamente possível e recomendável a instituição de curatela ou do procedimento de tomada de decisão apoiada, podendo a curatela ser parcial ou total, dependendo do grau de comprometimento das faculdades mentais do curatelado. Assim, por sinal, faculta o § 1º do artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao ressalvar que, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei, qual seja, a uma interdição total se lhe faltarem as mínimas condições de discernimento, até porque, o direito de poder tomar suas próprias decisões pressupõe que ao menos a pessoa seja capaz de fazê-lo,[68] não sendo discriminatórias medidas específicas que sejam necessárias para lograr a efetiva igualdade de fato de pessoas real e totalmente incapazes. Em socorro ao § 1º do artigo 84 do EPD, vem o artigo 749 do CPC, ao referir ser incumbência do autor da interdição especificar, na petição inicial, os fatos que demonstram a incapacidade do interditando para administrar seus bens e, se for o caso, para praticar atos da vida civil, demonstrando que a incapacidade não é apenas restrita aos atos de gestão patrimonial, mas que seguem sim abarcando a prática de atos pessoais.

Uma vez pronunciada a sentença de interdição, seus efeitos operam desde logo (*ex nunc*), independentemente de ter sido interposto recurso de apelação, o qual será recebido unicamente no seu efeito devolutivo, em conformidade com o artigo 1.012, § 1º, inciso VI, do Código de Processo Civil. Pelo § 3º do artigo 755 do Código de Processo Civil, a sentença de interdição será inscrita no registro de pessoas naturais e imediatamente publicada na rede mundial de computadores – permitindo concluir pelo efeito meramente devolutivo da sentença –, sendo igualmente publicada no sítio do tribunal a que estiver vinculado o juízo e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça, onde permanecerá por seis meses, na imprensa local, uma vez, e no órgão oficial, por três vezes, com intervalo de dez dias, constando do edital os nomes do interdito e do curador, a causa da

interdição, os limites da curatela e, não sendo total a interdição, os atos que o interdito poderá praticar autonomamente.

A ausência de publicação não nulifica os efeitos da interdição, e permite presumir a boa-fé de terceiros, salvo prova em contrário.[69] Assim, se terceiro adquire bem do interditado, e desconhece a interdição por não ter sido publicada, poderá ver o negócio rescindido, mas não precisará indenizar pelos frutos percebidos.

15.14. DAS DISPOSIÇÕES COMUNS À TUTELA E À CURATELA

Tanto a tutela como a curatela identificam-se por serem institutos voltados à defesa da pessoa e na proteção e administração de seus bens, exigindo a intervenção estatal em razão da incapacidade dos indivíduos, por causa da idade ou da incapacidade proveniente de transtornos mentais e de comportamento.

Em conformidade com o artigo 1.781 do Código Civil, aplicam-se à curatela as disposições legais concernentes à tutela, observadas as restrições previstas no art. 1.772 e as modificações apontadas nos artigos 1.775 a 1.778 da Lei Civil.

São requisitos aos encargos da curadoria e da tutela a idoneidade de ambos, podendo escusar-se da curatela as mesmas pessoas destinatárias desta faculdade de dispensa do encargo da tutela (CC, art. 1.736); devendo ambos administrarem os bens do incapaz, sob a inspeção direta do juiz (CC, art. 1.741); podendo o juiz condicionar o exercício do encargo à prestação de caução (CC, art. 1.745, parágrafo único); mantendo ambos as atribuições de administração estabelecidas pelos artigos 1.748 e 1.749 do Diploma Substantivo Civil, sempre supervisionadas pelo magistrado, com as vedações expressas do artigo 1.749 do Código Civil; respondendo um e outro pelos prejuízos que, por culpa ou dolo, causarem ao tutelado ou

curatelado (CC, art. 1.752). Todas as regras definidas nos artigos 1.753 e 1.754 do Código Civil, quanto ao dinheiro, objetos de ouro e prata, pedras preciosas e móveis do tutelado, também são aplicáveis ao curatelado. Ambos devem apresentar balancetes no final de cada ano e prestar contas de suas administrações de dois em dois anos, ou sempre quando o juiz achar conveniente e sempre quando deixarem o exercício do encargo (CC, arts. 1.755, 1.756 e 1.757). Entretanto, sendo curador o cônjuge, ficará dispensado da prestação de contas se for casado pelo regime da comunhão universal de bens, salvo expressa determinação judicial (CC, art. 1.783).

Embora não haja nenhuma referência à união estável no tocante à liberação da prestação de contas, também é de ser considerada a dispensa da prestação de contas no caso de a convivência ter sido contratada pelo regime convencional da comunhão de bens (CC, art. 1.725).

15.15. PESSOAS HABILITADAS AO EXERCÍCIO DA CURATELA

Decretada a interdição, dispõe o artigo 1.775 do Código Civil, deverá o cônjuge ou o companheiro não separado de fato ou divorciado ser o curador do outro, quando interditado.

Somente na falta do cônjuge ou do companheiro, ou sendo esses faticamente separados, será nomeado como curador legítimo o pai ou a mãe, sem nenhuma ordem de preferência e, na falta destes, o descendente mais apto.

Portanto, preferencialmente, servirá como curador do interdito o seu cônjuge ou companheiro, acaso convivendo ao tempo da interdição, e tampouco estivessem legalmente divorciados ou separados de fato, e esta preferência também está ordenada no artigo 747 do Código de Processo Civil.[70]

A curatela é ordenada no interesse do interditado, e a lei pressupõe seja do interesse comum ao seu cônjuge ou companheiro,[71] se vivem juntos e não se encontram de fato separados ou divorciados, porque nessa hipótese seria óbvia a colisão de interesses entre o curatelado e seu cônjuge ou companheiro, indiferente à existência de litígio acerca do rompimento oficial do relacionamento afetivo, ou mesmo quando promovido o divórcio administrativo regulado pela Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007 e pelo artigo 733 do CPC, devendo se ter presente que o divórcio dissolve o vínculo conjugal e desaparece por completo a figura do cônjuge.

Na falta dos pais, servirá como curador o descendente que se demonstrar mais apto, por apresentar melhores condições para o exercício do encargo, com disposição de tempo e inclinação para o múnus, em detrimento de outros parentes, até de grau mais próximo, mas com dificuldades pessoais para o exercício da curadoria, e para a prática dos cuidados essenciais ao bem-estar, e na administração dos interesses do curatelado.

Prescreve o § 2º do artigo 1.775 do Código Civil que entre os descendentes os mais próximos precedem os mais remotos, contando aqui a maior experiência e maturidade dos descendentes mais próximos em grau de parentesco.

Contudo, não há efetivo rigor na ordem legal de nomeação do curador de pessoa interditada,[72] existindo, tão somente, uma presunção de idoneidade[73] e preferência para a indicação das pessoas declinadas no artigo 1.775 do Código Civil, mas cuja preferência não é de modo algum absoluta, tendo em vista prevalecerem os interesses supremos da pessoa interditada, cometendo ao juiz a faculdade de inverter a ordem de nomeação ou até de escolher terceiro, se concluir possa o terceiro desempenhar com maior eficiência as funções de curador (CC, art. 1.775, § 3º).[74]

Também irá o julgador indicar terceiro para o exercício da curadoria, acaso não exista nenhuma das pessoas indicadas no artigo 1.775 do Código

Civil, ou se elas forem inidôneas ou inaptas para o *munus*. Trata-se da curatela dativa e cujo critério de nomeação recai sobre pessoa proba e capacitada para o desempenho do encargo, como espera o legislador possa ser encontrada em primeiro plano, entre o cônjuge ou companheiro, ou por intermédio dos parentes, pois guardam esses um pressuposto suplementar, representado pelas relações familiares e pelos laços de afetividade para com o curatelado, trazendo ao interdito uma relação de confiança e de afeto e ao julgador um sentimento de segurança de haver sido proporcionado o melhor possível para a proteção do curatelado.[75] De acordo com o artigo 1.775-A, acrescido ao Código Civil pela Lei 13.146/2015 (EPD), a nomeação de curador para a pessoa com deficiência poderá ser na modalidade compartilhada.

Com a assunção do encargo da curadoria, prescreve o artigo 1.777 do Código Civil que "as pessoas referidas no inciso I do artigo 1.767 receberão todo o apoio necessário para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitário, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste desse convívio.

A possibilidade de recuperação não mais sofre as restrições do Código Civil de 1916, cujo artigo 456 limitava a recuperação do surdo-mudo ao seu ingresso em estabelecimento educativo especializado, abrangendo na atualidade qualquer possibilidade concreta de tratamento e de efetivo retorno à vida social.

Infelizmente, ainda são precários os recursos públicos e as clínicas especializadas no tratamento dos interditos, sobretudo das situações envolvendo toxicômanos, alcoolistas, e até na tutela de portadores de sequelas mentais provenientes de doenças associadas à velhice, e de certas classes de incapacitados, como os surdos-mudos desprovidos da necessária educação.

O artigo 1.777 do Código Civil estabelece que as pessoas referidas no inciso I, do artigo 1.767 da Lei Civil, receberão todo o apoio necessário

para ter preservado o direito à convivência familiar e comunitária, sendo evitado o seu recolhimento em estabelecimento que os afaste dessa convivência quando não se adaptarem ao convívio doméstico, no propósito de proteger o curatelado e, mostrando-se desaconselhável a sua manutenção no ambiente familiar, embora até pudesse ser mais indicado como profilaxia da sua ressocialização, porque seria inócua a medida diante da falta de adaptação do curatelado para com o convívio doméstico, e temerário se portador de índole agressiva e consequentemente perigosa para os demais moradores da habitação, lembrando o artigo 4º da Lei 10.216/2001 que a internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes e que a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos (Lei 10.216/2011), sendo considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça (parágrafo único do art. 6º da Lei 10.216/2001).

Para Juan Carlos Ghirardi,[76] a maioria dos sistemas modernos evita a internação dos enfermos em estabelecimentos especiais, preferindo a custódia exercida por parentes, amigos ou profissionais especializados, por considerar anacrônica e prejudicial a sua hospitalização e confinamento, que em muitos casos se assemelha ao do juízo criminal, com privação da liberdade, de visitas e da disposição de seus bens.[77]

Evidentemente, existirão situações obrigando a internação do interditado em instituições adequadas, a fim de lhe ser proporcionado o necessário tratamento e atenção intensivos e especializados, como no caso dos toxicômanos e alcoólatras, não só para evitar sigam com o consumo desenfreado e suicida, como para proporcionar os meios que a custódia doméstica seria incapaz de solucionar.

Pelo artigo 1.778 do Código Civil deve ser estendida à pessoa e aos bens dos filhos do curatelado a autoridade do curador, observado o disposto no artigo 5º do Diploma Substantivo Civil. Essa é a hipótese de o curatelado ter filhos menores (CC, art. 5º), e para não ser necessário nomear um tutor para a sua prole, visando à unidade e indivisibilidade da proteção do conjunto familiar e a administração dos bens dos incapazes, resta estendida aos filhos do curatelado a autoridade do curador, evidentemente que, no pressuposto de não existir outro ascendente no regular exercício do poder familiar. Assim, o curador irá representar o curatelado e os filhos deste, enquanto menores e incapazes.

15.16. CURATELA CONJUNTA

Tal como viável a tutela compartilhada, também factível e recomendável no maior das vezes a curatela conjunta ou compartilhada, que não encontra óbice legal e, especialmente diante das características da curatela, até aconselha a repartição das tarefas entre dois concomitantes curadores, agora com previsão legal no artigo 1.775-A do Código Civil ao expor a viabilidade de estabelecer uma curatela compartilhada. O exercício conjunto da curatela carrega em seu âmago o dever de solidariedade dos parentes (pais, filhos, irmãos) que exercem e compartilham entre si o ônus da curatela, reforçando um trabalho conjunto no qual os curadores dividem entre si as tarefas relacionadas aos cuidados e interesses pessoais e financeiros do curatelado, não sobrecarregando uma única pessoa que no comum das vezes também tem suas próprias obrigações, isto quando a curatela compartilhada encontra adequada solução para a repartição das tarefas conforme a capacidade pessoal de cada curador, podendo um deles ficar encarregado dos aspectos financeiros da curatela e dos bens do curatelado e o outro dos aspectos e cuidados pessoais.[78] A curatela está dirigida para o resguardo, em tese, dos bens do incapaz de se autodeterminar e de velar pelos seus próprios interesses, podendo os curadores conjuntos

estabelecer mecanismos adequados para garantir a boa e rápida administração dos interesses materiais e, eventualmente, também imateriais do curatelado, e nem é outra a dicção do artigo 1.743 do Código Civil ao estabelecer que, se os bens e interesses administrativos exigirem conhecimentos técnicos, ou se forem complexos, ou se tiverem de ser realizados em lugares distantes do domicílio do tutor ou curador, poderá este, mediante aprovação judicial, delegar a outra pessoa física ou jurídica o exercício parcial da tutela/curatela, convindo deferir desde o início, quando presente essa dualidade de tarefas, acrescida de outras diretrizes administrativas mais complexas, que a curatela conjunta seja então deferida desde o começo da interdição. Antes do advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que acrescentou o artigo 1.775-A ao Código Civil, os tribunais dividiam suas opiniões acerca do compartilhamento da curatela,[79] embora até já existisse em outros países a curatela jurídica em concomitância com a curatela física, encarregando-se uma empresa da gestão patrimonial e uma pessoa física dos cuidados pessoais, pois, como refere Waldyr Grisard Filho, acerca da curatela conjunta, "trata-se de um instrumento jurídico mais eficaz de proteção integral e cuidados, potencialmente mais justo e funcional."[80]

15.17. EFEITOS JURÍDICOS DA SENTENÇA DE INTERDIÇÃO

A sentença judicial de decreto da interdição tem natureza declaratória, porque não cria o estado de incapacidade já preexistente e motivador do processo de interdição. Como resultado da sentença, os atos jurídicos do interditado e celebrados depois do decreto judicial ficam vedados e são nulos, independentemente do seu trânsito em julgado, porque a sentença de interdição produz efeitos desde logo, embora sujeita à apelação (CPC, arts. 755, § 3º, e 1.012, § 1º, inc. VI).

Há quem entenda de atribuir um caráter dúplice à sentença de interdição, de natureza *declaratória* e por igual *constitutiva*, neste caso, porque coloca o curatelado na situação de absolutamente incapaz,[81] porquanto ele deixa de ser um incapaz de fato para ser um incapaz de direito, passando a ter um curador responsável por seus atos de gestão na sua vida civil.

E não obstante a sentença produza efeitos para o futuro, também sinaliza para o passado, ao criar um período de suspeita a partir da época de existência plausível e quiçá visível da enfermidade, autorizando a perquirição judicial dos atos precedentes à interdição realizados pelo curatelado. Os atos jurídicos executados antes da declaração de incapacidade civil não padeciam de nenhuma limitação, mas são, no entanto, passíveis de anulação se comprovada a ausência de discernimento do executor, favorecendo bastante a presunção de incapacidade o posterior decreto de interdição e merecendo singular valor a perícia, principalmente se indicar no laudo a existência anterior da enfermidade ou deficiência mental, da dependência etílica ou química, em suma, da causa de incapacidade do agente.

Preexistente a incapacidade, os atos do curatelado ficam afetados pela nulidade relativa, vale dizer, plausível promover a sua anulação quando praticados pelo curatelado em período precedente ao decreto de interdição, sendo preciso provar a incapacidade ao tempo do ato a ser anulado.

A diferença estabelecida e tendo como marco a sentença judicial de interdição está entre a certeza e a presunção, no sentido de serem considerados nulos os atos posteriores ao decreto de interdição, porque judicialmente declarada a incapacidade, recaindo a presunção de incapacidade sobre os atos exercidos antes do decreto judicial de interdição, dependendo da prova da incapacidade anterior, para assim eivar de nulidade os atos praticados pelo interdito antes de sua incapacitação judicial.

Não sendo notória a incapacidade, a sentença de interdição não pode valer contra terceiros, que, de boa-fé, e desconhecendo a causa da incapacidade, a título oneroso contrataram com o curatelado.[82]

15.18. LEVANTAMENTO DA INTERDIÇÃO

A recuperação do curatelado nem sempre será possível, especialmente nos casos de enfermidade ou deficiência mental, e que retira do incapaz o necessário discernimento para os atos da vida civil. Será mais comum deparar-se com situações de recuperação de pessoas interditadas por alcoolismo, toxicomania, conquanto devida e apropriadamente encaminhadas para tratamentos especializados.

A curatela é levantada quando cessa a causa que a determinou (CPC, art. 756), explicando Pontes de Miranda se tratar de uma ação *contrária* àquela que constituiu a interdição.[83] Assim considera, porque na demanda de levantamento da interdição é autor o curatelado, o qual objetiva rescindir a sua sentença de interdição, e desta feita trilha o caminho inverso, e se submete novamente a exame pericial para verificação de sanidade, e demonstra terem cessado, ou que nunca existiram as causas motivadoras da sua precedente interdição. Não basta a simples demonstração de haver o curatelado recuperado a sua saúde mental e a plenitude de suas faculdades de administração dos seus bens, sendo indispensável a tramitação de um novo juízo, com a renovação dos procedimentos adotados para a curatela, que agora caminham no sentido inverso, para proporcionar o levantamento da restrição.

Em regra, poderá ser designada audiência de instrução e julgamento depois de apresentado o laudo, nada impedindo o julgamento da lide no estado em que se encontra, inexistindo maiores controvérsias e permitindo o laudo pericial dirimir eventuais dúvidas.

Levantada por sentença a interdição, depois de transitada em julgado, será publicada pela imprensa local e órgão oficial por três vezes, com intervalo de dez dias, para depois ser averbada no assento de nascimento do ex-curatelado.

Lembra Pontes de Miranda ser o Ministério Público igualmente legitimado para o levantamento da curatela, diante da amplitude de sua missão de proteção da pessoa contra a injusta interdição, ou pela injustiça da sua indevida continuação.[84]

Inexistindo causa para a interdição, factível a ação rescisória para desconstituição da sentença se presentes os pressupostos do artigo 966 do Código de Processo Civil, porque, formalmente transitada em julgado, somente poderá ser impugnada pelos meios da ação de levantamento de interdição ou da ação rescisória, salvo no caso de invalidade, por lhe faltarem alguns requisitos juridicamente reputados como essenciais para que fosse considerado válido, pois não existe ato jurídico se lhe falta elemento fundamental à sua constituição.[85]

Não havendo cura total do interditado, era impossível proceder ao levantamento da interdição, não obstante pudesse o juiz graduar os atos de administração do curatelado, assinando os limites da curatela que, no entanto, prosseguia acompanhando o desenvolvimento mental do interdito que se encaminha para o restabelecimento do seu estado psíquico, tudo em atenção ao disposto no artigo 1.782 do Código Civil, sendo que pelo § 6º do artigo 756 do Código de Processo Civil a interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil, que também passaram legalmente a ser graduados em conformidade com a ciência médica e o vigente CPC.

15.19. CESSAÇÃO DA CURATELA

Cessando a incapacidade, cessa a curatela, o que também acontece sobrevindo o falecimento do curatelado.

Mas não cessa a curatela com o óbito do curador, porque persiste a incapacidade do curatelado, que deixa de exercer as suas funções, devendo ser substituído por outro curador, a ser judicialmente nomeado para dar continuidade ao encargo de zelar, em regra, pelos bens do interditado.

Também encerra a função do curador quando:[86] *a*) termina o prazo em que está obrigado a servir, anotando, por seu turno, o artigo 763 do Código de Processo Civil, uma vez cessado o prazo, é lícito ao curador requerer a sua exoneração do encargo; mas, se não o fizer dentro dos dez dias seguintes à expiração do termo, entender-se-á reconduzido, salvo dispensa judicial; *b*) quando ocorre alguma das escusas legais; *c*) quando for judicialmente removido; *d*) com o falecimento do curador e por igual se ocorrer a morte do curatelado, ao tempo em que se dá a cessação da curatela e das funções do curador.

15.20. DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA

Como escreve Francisco José Bariffi, muitas vezes, as pessoas com deficiência necessitam não de substituição, mas de um apoio apropriado, centrado nas capacidades e na eliminação dos obstáculos do entorno para propiciar o seu acesso e a sua inclusão ativa.[87] Sob o título *Da Tomada de Decisão Apoiada* está compreendido o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo--lhe os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

O artigo 43 do Código Civil e Comercial argentino define o sistema de apoio ao exercício da capacidade como sendo qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial que facilite àquele que dele necessite a tomada de

decisões para dirigir sua pessoa, administrar seus bens e celebrar atos jurídicos em geral. As medidas de apoio têm como função promover a autonomia e facilitar a comunicação, a compreensão e a manifestação de vontade da pessoa para o exercício de seus direitos. Segundo os comentários de Ricardo Luis Lorenzetti ao artigo 43 do Código Civil y Comercial de la Nación, o juiz deve garantir à pessoa o acesso ao apoio que possa requerer para lhe facilitar a tomada de decisões relativas à sua pessoa, ao exercício de direitos pessoais, à administração de seus bens e à celebração de atos jurídicos em geral, sendo função de toda a medida de apoio promover a autonomia da pessoa e lhe facilitar a compreensão, comunicação e manifestação de vontade para o exercício de seus direitos. Estas medidas podem ser de caráter judicial ou extrajudicial, e a pessoa deve propor ao juiz a designação de uma ou mais pessoas de sua confiança para dita finalidade. O juiz deve indicar os alcances da designação e procurar as garantias necessárias para proteger a pessoa acerca de eventuais conflitos de interesses e influência indevida.[88]

Comentando o Direito brasileiro, refere Nelson Rosenvald que, na tomada de decisão apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato, não sofrendo restrição alguma acerca de sua plena capacidade. Ele será apenas privado de legitimidade para praticar episódicos atos da vida civil. Prossegue o autor: “assim, esse modelo poderá beneficiar pessoas deficientes com capacidade psíquica plena, porém com impossibilidade física ou sensorial”,[89] sendo este instituto responsável pela eliminação da função antes exercida pelo artigo 1.780 do Código Civil, que restou totalmente revogado.

Pelo artigo 1.783-A do Código Civil, para formular pedido de tomada de decisão apoiada, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio a ser oferecido e os compromissos dos apoiadores, inclusive o prazo de vigência do acordo e o respeito à vontade, aos direitos e aos interesses da pessoa que devem apoiar

(§ 1º); O pedido de tomada de decisão apoiada será requerido pela pessoa a ser apoiada, com indicação expressa das pessoas aptas a prestarem o apoio previsto no *caput* do artigo 1.783-A (§ 2º); Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após a oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (§ 3º); A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserido nos limites do apoio acordado (§ 4º); Terceiro com que a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (§ 5º); Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público decidir sobre a questão (§ 6º); Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz (§ 7º); Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação do apoio (§ 8º); A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada (§ 9º); O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a material (§ 10); Aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que souber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela (§ 11).

---

[1] BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho de Familia*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988. p. 444.

[2] RODRÍGUEZ, José Ramón Díez. Legislación estatal y autonómica sobre voluntades anticipadas. In: CANO, Ana Maria del (coord.). *Voluntades anticipadas*. Madrid: Dykinson, 2014. p. 117.

[3] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Atualizado por Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 400.

[4] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 670.

[5] FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa; PAGANO, Luz María. *Salud mental en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, 2008. p. 312.

[6] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 670.

[7] SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 8.

[8] CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1961. t. I, v. II, p. 583.

[9] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 14. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, p. 479.

[10] ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 201-205.

[11] "Recurso especial. Ação de reconhecimento de união estável. 1. Alegação de relação duradoura, contínua, notória, com propósito de constituir família supostamente estabelecida entre pessoa absolutamente incapaz, interditada civilmente, e a demandante, contratada para prestar serviços à família do requerido. 2. Enfermidade mental incapacitante, há muito diagnosticada, anterior e contemporânea ao convívio das partes litigantes. Verificação *intuitu familiae*. Não verificação. Manifestação do propósito de constituir família, de modo deliberado e consciente pelo absolutamente incapaz. Impossibilidade. 3. Regramento afeto à capacidade civil para o indivíduo contrair núpcias. Aplicação analógica à união estável. Recurso especial provido. 1. Controverte-se no presente recurso especial sobre a configuração de união estável entre o demandado, pessoa acometida de esquizofrenia progressiva, cujo diagnóstico fora constatado já no ano de 1992, e que, em ação própria, ensejou a declaração judicial de sua interdição (em 24.05.2006), e a demandante, contratada, em 1985, pelos pais do requerido para prestar serviços à família. Discute-se, nesse contexto, se, a despeito do estreitamento do convívio entre as partes, que se deu sob a mesma residência, na companhia dos pais do requerido, por aproximadamente vinte anos, seria possível inferir o propósito de constituir família, pressuposto subjetivo para a configuração da união estável. 2. Ressai evidenciado dos autos que a sentença de interdição, transitada em julgado, reconheceu, cabalmente, ser o ora recorrente absolutamente incapaz de discernir e compreender os atos da vida civil, o que, por consectário legal, o torna inabilitado, por si, de gerir sua pessoa, assim como seu patrimônio, nos termos do artigo 3º, II, da lei substantiva civil. 2.1. Sem adentrar na discussão doutrinária, e até jurisprudencial, acerca da natureza da sentença de interdição civil, se constitutiva ou se declaratória, certo é que a decisão

judicial não cria o estado de incapacidade. Este é, por óbvio, preexistente ao reconhecimento judicial. Nessa medida, reputar-se-ão nulos os atos e negócios jurídicos praticados pelo incapaz anteriores à sentença de interdição, em se comprovando que o estado de incapacidade é contemporâneo ao ato ou negócio a que se pretende anular. Em relação aos atos e negócios jurídicos praticados pessoalmente pelo incapaz na constância da curadoria, estes afiguram-se nulos, independente de prova. 2.2. Transportando-se o aludido raciocínio à hipótese dos autos, em que se pretende o reconhecimento do estabelecimento de união entre as partes litigantes, a constatação do estado de absoluta incapacidade do demandado durante o período de convivência em que suposta relação teria perdurado enseja a improcedência da ação. 2.3. Sobressai dos autos, a partir do que restou apurado na presente ação, assim como na ação de interdição, que a enfermidade mental incapacitante do recorrente, cujo diagnóstico há muito fora efetuado, não é apenas contemporânea à suposta relação estabelecida entre os litigantes, mas também anterior a ela, circunstância consabida por todos os familiares do demandado, e, especialmente, pela demandante. 2.4. Nesse contexto, encontrando-se o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir os atos da vida civil, também estará, necessariamente, para vivenciar e entender, em toda a sua extensão, uma relação marital, cujo propósito de constituir família, por tal razão, não pode ser manifestado de modo voluntário e consciente. 3. Especificamente sobre a capacidade para o estabelecimento de união estável, a lei substantiva civil não dispôs qualquer regramento. Trata-se, na verdade, de omissão deliberada do legislador, pois as normas relativas à capacidade civil para contrair núpcias, exaustivamente delineadas no referido diploma legal, são *in totum* aplicáveis à união estável. Assim, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 1.548, I, do Código Civil, afigurar--se-á inválido e, por isso, não comportaria o correlato reconhecimento judicial, o suposto estabelecimento de união estável por pessoa acometida de enfermidade mental, sem ostentar o necessário discernimento para os atos da vida civil. 4. Recurso provido, restabelecendo-se a sentença de improcedência" (STJ, REsp 1.414.884/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 03.02.2015).

12 ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 202-204.

13 FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa; PAGANO, Luz María. *Salud mental en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, 2008. p. 216.

14 SANTOS, Emidio. *Das interdições e inabilitações*. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 21.

15 SUBIES, Laura. *Tutela y curatela*. Representación de menores e incapaces. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2011. p. 262.

16 GOMES, Fernando de Paula. A personalidade e a defesa dos direitos do nascituro e do embrião. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005. v. II, p. 438.

[17] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 106.

[18] *Idem*, p. 104.

[19] *Idem*, p. cit.

[20] SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 67.

[21] DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113.

[22] BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético.* Coimbra: Almedina, 2006. p. 71.

[23] *Idem*, p. 73-74.

[24] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11.

[25] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 149.

[26] FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 23.

[27] BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 118.

[28] NORBIM, Luciano Dalvi. *O direito do nascituro à personalidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 44.

[29] RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. v. 2, p. 603.

[30] ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O direito do nascituro a alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 109.

[31] GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 51.

[32] MARTÍN, Isabel Zurita. *Protección civil de la ancianidad*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. p. 242.

[33] “Si la jurisprudencia admitiese la inhabilitación de simples senectos, resultaría afectada la seguridad jurídica de vastos sectores de la comunidad en materia tan importante como la propia capacidad, con lo que cuestiones tan importantes como las legítimas decisiones sobre conveniencias y preferencias de los ancianos quedarían supeditadas a la aprobación o censura de quienes podrían iniciar procesos de inhabilitación. Por ello corresponde distinguir entre simple ancianidad, y la calificada senilidad, que ocasiona inhabilitación o interdicción” (CNCiv, Sala D, 22.06.1982, LL, 1983 – A-312). Jurisprudência inserta na obra de GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 371.

[34] FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa; PAGANO, Luz María. *Salud mental en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, 2008. p. 324.

[35] MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016. p. 408. [36] "Recurso especial. Família. Curatela. Idoso. Incapacidade total e permanente para exercer pessoalmente os atos da vida civil. Perícia judicial conclusiva. Decretada a incapacidade absoluta. Impossibilidade. Reforma legislativa. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Incapacidade absoluta restrita aos menores de 16 (dezesseis) anos, nos termos dos arts. 3º e 4º do Código Civil. Recurso especial provido. 1. A questão discutida no presente feito consiste em definir se, à luz das alterações promovidas pela Lei n. 13.146/2015, quanto ao regime das incapacidades reguladas pelos arts. 3º e 4º do Código Civil, é possível declarar como absolutamente incapaz adulto que, em razão de enfermidade permanente, encontra-se inapto para gerir sua pessoa e administrar seus bens de modo voluntário e consciente. 2. A Lei 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tem por objetivo assegurar e promover a inclusão social das pessoas com deficiência física ou psíquica e garantir o exercício de sua capacidade em igualdade de condições com as demais pessoas. 3. A partir da entrada em vigor da referida lei, a incapacidade absoluta para exercer pessoalmente os atos da vida civil se restringem aos menores de 16 (dezesseis) anos, ou seja, o critério passou a ser apenas etário, tendo sido eliminadas as hipóteses de deficiência mental ou intelectual anteriormente previstas no Código Civil. 4. Sob essa perspectiva, o art. 84, § 3º da Lei 13.146/2015 estabelece que o instituto da curatela pode ser excepcionalmente aplicado às pessoas portadoras de deficiência, ainda que agora sejam consideradas relativamente capazes, devendo, contudo, ser proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto. 5. Recurso especial provido".

[37] URIARTE, Jorge A. *Código Civil y normas complementarias*. Análisis doctrinal y jurisprudencial. BUERES, Alberto J.; HIGHTON, Elena I. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2005. v. 1B, p. 901.

[38] FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa; PAGANO, Luz María. *Salud mental en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, 2008. p. 330.

[39] *Idem*, p. cit.

[40] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 323.

[41] GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 68.

[42] *Idem*, p. cit.

[43] VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. t. XVII, p. 211.

[44] Por causa congênita, entenda-se quando adquirida desde o nascimento. Trata-se de sujeitos que têm um déficit mental mais ou menos acentuado, mais ou menos grave, porém são suscetíveis de instrução e capazes de desempenhar atos da vida civil, ainda que com algumas limitações. Caracterizam-se por sua instabilidade emocional e sua difícil adaptação aos relacionamentos sociais, ficam flutuando entre a loucura e a plena

saúde mental (GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 47).

45 Por debilidade mental adquirida devem ser consideradas aquelas pessoas que sofreram lesões cerebrais, como uma comoção, ou ferida de guerra, ou enfermidades mentais específicas ou por infecções orgânicas, até enfermidades gerais, como, por exemplo, o estado de coma e transtornos de gestação.

Todas elas são capazes de ocasionar anormalidades e alterações psíquicas, e aquelas que se prolongam podem ser identificadas como suficientemente graves e capazes de interditar a pessoa (GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 47).

46 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 14. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. V, p. 480.

47 “Embargos Infringentes. Anulação de testamento. Embriaguez do testador. Incapacidade para testar não provada. Não se presume a incapacidade, o que implica ser necessário que se prove, para amparar a anulação de ato jurídico praticado por pessoa que se entrega, de forma contumaz, à embriaguez, cabalmente que tal estado suprimiu a sua capacidade de discernimento e autodeterminação, no momento em que o ato foi praticado. No caso presente, embora reconhecido que o testador era dado ao vício do consumo excessivo de bebidas alcoólicas, não restou provada a perda de sua capacidade. Embargos Infringentes não acolhidos, por maioria” (TJRS, Embargos Infringentes 599.142.965, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, j. 11.06.1999). “Sucessões. Ação declaratória. Anulação de escritura pública de cessão de direitos hereditários. Vício de consentimento. Cedente alcoolista. Os atos praticados por pessoas em elevado grau de dependência alcoólica estão sujeitos a anulação. Escritura pública que embora realizada por tabelião, foi firmada na época em que o cedente estava em profunda crise de saúde, decorrente de embriaguez. Análise do contexto dos autos e da presença de indícios de vício de consentimento, demonstrando o comprometimento da capacidade volitiva do cedente. Caso em que se mostra impositiva a anulação da cessão de direitos hereditários. Inteligência dos arts. 29 e 30, § 5º, do Decreto-lei nº 891-1938, e arts. 6º e 147, I, do CCB-1916. Negado provimento ao apelo” (TJRS, Apelação Cível 70016915274, 7ª Câmara Cível, Rel. Maria Berenice Dias, j. 08.11.2006).

48 “Prodigalidade. Interdição. Alcoolismo Crônico. Verificando-se que o interditando gasta desordenadamente, caminhando para o empobrecimento, tendo a esposa, promotora da medida, justo receio de vir a perder o imóvel residencial, e comprovando-se que a causa assenta-se em alcoolismo crônico, com períodos de melhora e de pioramento, justifica-se a decretação da interdição, para os efeitos previstos no art. 459 do Código Civil” (CC/2002, art. 1.782. TJRJ, Apelação Cível 35.613, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Pecegueiro do Amaral, j. 09.09.1985. In: BRUM, Jander Maurício. *Curatela*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 68-69).

49 GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 54.

50 *Idem*, p. 55.

51 *Idem*, p. 56.

52 *Idem*, p. cit.

53 FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa; PAGANO, Luz María. *Salud mental en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, 2008. p. 570.

54 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 327.

55 "Agravo de Instrumento. Interdição por prodigalidade. Indeferimento de protesto contra alienação de bens postulado em antecipação de tutela. Ausência de prova da alegada prodigalidade. Necessidade de instrução do feito. Indeferimento. Houve-se com cautela a decisão agravada na medida em que indeferiu protesto contra a alienação de bens em processo de interdição quando não verificado sequer início de prova da alegada prodigalidade. Negaram provimento. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.012.130.738, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 24.08.2005).

56 "Apelação cível. Ação de interdição parcial prodigalidade. Demonstrado que o apelado, em idade avançada, está vulnerável e suscetível à influência de terceiros, bem como que ele vem dilapidando seu patrimônio, correndo risco de ficar sem bens para atender suas próprias necessidades, mostra-se cabível a sua interdição parcial. Deram provimento ao apelo, por maioria" (TJRS, Apelação Cível 70061110565, 8ª Câmara Cível, Rel. Alzir Felippe Schmitz, j. 11.12.2014).

57 "Interdição. Curatela Provisória. Doações. Higidez Mental. A curatela é medida que deve ser deferida com prudência. É razoável quando o interditando revela sinais de prodigalidade com seus bens, doados a parentes próximos ou entidades religiosas. Agravo provido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70.001.154.715, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 06.12.2000).

58 VARGAS, Heber Soares. *Manual de psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990. p. 366-367. Pontes de Miranda (ob. cit., p. 328) refere três espécies de prodigalidade: onemaníacos, dipsômanos e depravados.

59 CC/1916: "Art. 460. O pródigo só incorrerá em interdição, havendo cônjuge, ou tendo ascendentes ou descendentes legítimos, que a promovam".

60 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. IX, p. 331.

61 SUBIES, Laura B. *Tutela y curatela*. Representación de menores e incapaces. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2010. p. 80.

62 *Idem*, p. 75.

63 GARCIA, Ignacio Serrano. *Autotutela*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 22-27.

64 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 676.

65 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. VI, p. 624.

66 "Interdição. Ministério Público. Representação judicial da interditanda. Impossibilidade. Primeira parte do § 1º do artigo 1.182 do Código de Processo Civil. Não recepção pela Constituição de 1988. Doutrina e jurisprudência. Determinada a nomeação de curador especial. Recurso provido" (TJSP, Agravo de Instrumento 203.232-4/3, São Vicente, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sousa Lima, j. 06.02.2002).

67 "Interdição. Representação do interditado pelo MP, quando não requerida a medida por esse órgão. Impossibilidade, ante a derrogação do artigo 1.182, § 1º, do CPC, pela CF/88, que impede seja o MP representante da parte no processo. Situação em que, ademais, o MP atua como *custos legis*, não podendo ao mesmo tempo funcionar como representante da parte, e em que a ação foi proposta pelo marido da interditanda, não podendo contratar advogado para a defesa dos interesses dela, sob pena de estabelecer conflito de interesses. Agravo provido" (Agravo de Instrumento 345.762-4/8, 10ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Carlos Saletti. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 32, p. 127, verbete 3.081, out.-nov. 2005).

68 "Apelação cível. Curatela. Ação de interdição. Laudo pericial psiquiátrico que conclui pela existência de enfermidade que afeta o discernimento para gerir o próprio patrimônio. Submissão à curatela que afeta tão somente aos atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Apesar de o Juízo não estar adstrito à conclusão do laudo pericial para julgar o pedido, a prova pericial, em processos desta natureza, revela-se de suma relevância e pertinência, considerando que é o expert que tem habilidade e competência para proceder ao exame técnico que o pedido inicial exige (art. 753 do CPC/15), reunindo ele as condições técnicas de atestar a existência de enfermidade que torne a pessoa relativamente incapaz e em que medida a capacidade para a prática dos atos da vida civil é afetada (art. 753, § 2º, do CPC/15). No caso, o médico perito nomeado pelo Juízo, especialista na área de psiquiatria, a partir de um exame detalhado, identificou causa para a submissão da requerida à curatela – transtorno mental, demência –, especificando quais atos seriam afetados pela enfermidade que a acomete, constituindo-se prova suficiente para respaldar a submissão da requerida à curatela. Não obstante isso, não se descura que, agora, de acordo com o art. 85 da Lei nº 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – o Estatuto da Pessoa com Deficiência, 'a curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial', de modo que a sentença atacada merece reforma, para delimitar que a submissão da requerida à curatela refere-se tão somente os atos que envolvam a gestão de seus bens e de seu patrimônio. Deram parcial provimento. Unânime" (TJRS, Apelação Cível 70069466829, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 27.10.2016).

"Compra e venda. Incapacidade relativa do alienante. Afastada a hipótese de que o
69 alienante padecesse de incapacidade absoluta resultante de alienação mental, não se pode, em um incidente processual, através de exames periciais, determinar-se se a parte sofria de alguma perturbação emocional ou afetiva para concluir daí ser relativamente incapaz. A incapacidade relativa somente pode vir da prodigalidade ou da toxicomania e deve constar dos assentos públicos para que seja do conhecimento de qualquer pessoa da comunidade que pretenda realizar negócios. Não se pode criar hipóteses de incapacidade civil, que não aquelas previstas no ordenamento jurídico" (TJRS, Embargos Infringentes 591.051.933, 4º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Des. Guido Waldemar Welter, j. 13.09.1991).

70 "Apelação Cível. Interdição. Ausência de estudo social. Consideradas as peculiaridades do apelo, mostra-se imprescindível a realização de laudo, a fim de que se aquilate quem se encontra mais apto para o exercício do encargo de curador do interdito. Preliminar rejeitada, por maioria. Apelação cível. Interdição. Curador. Companheira que precede o filho na ordem da nomeação. Segundo o disposto no artigo 1.775 do atual Código Civil, o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato, é, de direito, curador do outro, quando interdito, merecendo, portanto, provimento o apelo. Apelo provido, à unanimidade" (TJRS, Apelação Cível 70.006.711.766, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 04.12.2003). "Agravo de instrumento. Curatela. Ação de interdição. Direito indisponível. Tutela provisória. Transmissão do encargo de curador. Preferência à nomeação de parente consanguíneo e princípio do bem-estar do curatelado. A interdição apresenta caráter precipuamente protetivo da pessoa, tratando-se de medida afeta aos direitos indisponíveis da personalidade, regendo-se pelo princípio da prevalência do bem-estar do curatelado. Caso concreto em que a transferência do encargo de curador, em razão do falecimento da pessoa anteriormente nomeada, atenta à preferência pelo parentesco consanguíneo, não havendo nos autos nenhuma evidência de que, assim, apresente conflito com o princípio do bem-estar do curatelado. A decisão deve ser mantida no aguardo da dilação probatória determinada pelo juízo a quo, especialmente estudo social atualizado. Agravo de instrumento desprovido" (TJRS, Agravo de Instrumento 70070278189, 7ª Câmara Cível, Rel. Sandra Brisolara Medeiros, j. 28.09.2016).

71 "Apelação Cível. Ação de reconhecimento de união estável. Réu incapaz. A doença mental incapacitante do réu não é óbice para a constituição de uma união estável. Assim, presentes os requisitos do art. 1.723 do Código Civil, resta autorizado o reconhecimento da união estável. Deram provimento ao apelo" (TJRS, Apelação Cível 70035614445, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Alzir Felippe Schmitz, j. 15.12.2011).

72 "Agravo de instrumento. Curatela. Nomeação de curador provisório. Alto grau de beligerância e agressividade entre os filhos da interditanda. Nomeação de terceiro, de escolha do juízo, para o exercício do múnus. Resguardo dos interesses do interditanda. 1. A nomeação de curador provisório deve recair sobre pessoa idônea e apta a exercer a

contento e em benefício do interditando todos os deveres que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, o art. 1.775 do Código Civil estabelece a preferência de que pessoas próximas ao interditando exerçam a curatela, prevendo, em último caso, a possibilidade de nomeação de terceiro de escolha do juízo para o exercício do múnus (curador dativo). No entanto, tal ordem preferencial não é de caráter rígido e absoluto, comportando flexibilização em situações de oportunidade e conveniência, quando verificada sua pertinência em cotejo com o resguardo dos interesses do interditando. 2. Na espécie, considerando o clima de animosidade que há entre três filhos da interditanda, os quais trocam mútuas ameaças e acusações, culminando, inclusive, em um lamentável episódio de agressão física ocorrido na presença da requerida, é de um todo prudente que a curatela provisória seja exercida por terceiro de escolha do Juízo, visando preservar, sobretudo, o bem-estar da interditanda, mormente considerando que o comportamento apresentado pelos seus filhos em razão da disputa pela curatela não recomenda a nomeação de qualquer um deles para o exercício da função. Negaram provimento. Unânime" (TJRS, Agravo de Instrumento 70056956352, 8ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 30.01.2014).

73 "Apelação Crime. Apropriação Indébita. Abandono material e supressão ou alteração de direito inerente ao estado civil de recém-nascido. Prova. Condenação mantida. Materialidade e autoria. Ocorrência dos fatos comprovada nos autos pelas provas produzidas, especialmente inspeções judiciais e depoimentos dos moradores do local. A autoria, da mesma forma, restou inequívoca, bem como o elemento subjetivo. A apropriação indébita é inconteste, pois a ré deixou a vítima nas piores condições, enquanto usou o dinheiro daquela, demonstrando o abandono material no estado de miséria em que foi encontrada a vítima, tendo a ré infringido seu dever jurídico de curadora. O registro da filha da ré como filha do irmão da vítima, induzido por ela, aproveitando-se da incapacidade mental daquele, evidencia o delito do artigo 242 do Código Penal. Pena dosimetria. Manutenção. Regime inicial de cumprimento da pena. Pena definitiva proporcionalmente fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 02 (dois) anos de detenção. Regime inicial de cumprimento alterado para o semiaberto, pois pena inferior a oito anos de reclusa, não sendo reincidente a ré, não havendo motivos para que não possa iniciar o cumprimento de sua pena no regime menos grave. Apelação parcialmente provida" (TJRS, Apelação Crime 70.032.837.213, 8ª Câmara Criminal, Rel. Des.ª Isabel de Borba Lucas, j. 29.09.2010).

74 "Apelação cível. Ação de interdição. Nomeação de curador. Ex-cunhado e irmão concorrendo para o exercício do múnus. Prevalência do melhor interesse do interditado. No que se refere à nomeação do curador, sabido é que esta deve recair na pessoa do cônjuge ou companheiro e, na falta desses, ascendentes ou descendentes (art. 1.775, §§ 1º e 2º, do Código Civil). Caberá ao juiz, ainda, a escolha de um terceiro como curador (art. 1.775, § 3º, do Código Civil), quando da impossibilidade daqueles contidos nos parágrafos anteriores. Elementos de prova que indicam que o curador nomeado de

forma provisória vem exercendo de forma responsável o encargo, desmerecendo qualquer alteração. Sentença reformada. Apelação cível provida" (TJRS, Apelação Cível 70059203711, 7ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 28.05.2014).

75 "Apelação Cível. Substituição de curador. Cabimento. Sentença mantida. O exercício da curatela exige relação de confiança e afeto, exatamente o que ocorre entre o incapaz e sua irmã. Tem-se que deve prevalecer o interesse da pessoa protegida, sendo que a sua vontade é a manutenção da irmã na curadoria, assim mantenho a sentença recorrida. Negaram provimento" (TJRS, Apelação Cível 70.015.107.485, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Rui Portanova, j. 20.07.2006).

76 GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 79.

77 *Idem*, p. 78.

78 "Recurso especial. Civil e processual civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Ausência de prequestionamento. Súmula 7/STJ. Ação de interdição. Audiência de interrogatório ou entrevista. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Curador especial. Intimação pessoal. Necessidade. Nulidade. Dever de demonstração de prejuízo. Audiência de instrução. Comparecimento do interditando. Desnecessidade. Tomada de decisão apoiada. Fixação de ofício pelo juiz. Impossibilidade. Necessidade de requerimento. Pessoa com deficiência. Legitimidade exclusiva. Curatela compartilhada. Fixação de ofício pelo juiz. Impossibilidade. Obrigatoriedade. Ausência. (...) 13. A curatela compartilhada é instituto desenvolvido pela jurisprudência que visa facilitar o desempenho da curatela ao atribuir o *múnus* a mais de um curador simultaneamente. 14. Muito embora as normas jurídicas e os entendimentos fixados acerca da guarda compartilhada devam servir de norte interpretativo para a exata compreensão e aplicação da curatela compartilhada, deve-se respeitar não só as peculiaridades de cada instituto, mas também as disposições legislativas próprias que regulam cada uma das matérias. 15. Ao contrário do que ocorre com a guarda compartilhada, o dispositivo legal que consagra, no âmbito do direito positivo, o instituto da curatela compartilhada não impõe, obrigatória e expressamente, a sua adoção. A redação do novel art. 1.775-A do CC/2002 é hialina ao estatuir que, na nomeação de curador, o juiz 'poderá' estabelecer curatela compartilhada, não havendo, portanto, peremptoriamente, mas sim facultatividade. 16. Não há obrigatoriedade na fixação da curatela compartilhada, o que só deve ocorrer quando (a) ambos os genitores apresentarem interesse no exercício da curatela, (b) revelarem-se aptos ao exercício do *múnus* e (c) o juiz, a partir das circunstâncias fáticas da demanda, considerar que a medida é a que melhor resguarda os interesses do curatelado. 17. Em virtude do caráter *rebus sic stantibus* da decisão relativa à curatela, não há óbice a que se pleiteie, nas vias ordinárias, a fixação da curatela compartilhada ou que, futuramente, comprovada a inaptidão superveniente da curadora para o exercício do *múnus*, o *decisum* proferido neste feito venha a ser modificado. 18. Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, não provido" (STJ, REsp 1.795.395/MT, 3ª Turma, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 04.05.2021).

79 “Interdição. Nomeação de curador provisório. Pretensão de que o encargo seja compartilhado. Descabimento. 1. A ação de interdição tem conteúdo eminentemente protetivo da pessoa do incapaz, e somente no interesse desta pessoa é que pode ser focalizada a questão da curatela, e não no interesse ou conveniência de pessoas de sua família. 2. A nomeação de curador provisório visa atender o interesse do interditando e, não havendo motivo sério e relevante a desaconselhar o exercício da curatela pela curadora provisória nomeada, descabe removê-la do encargo em antecipação de tutela. 3. Descabe compartilhar o encargo, pois se trata de um múnus, que traz em si relevante carga de obrigações, mas isso não impede, obviamente, que as demais recorrentes auxiliem a curadora nos cuidados com a genitora delas. Recurso desprovido” (TJRS, Agravo de Instrumento 70060026002, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 20.06.2014).

“Apelação cível. Curatela compartilhada. Interdição. Nomeação de curador interdito portador de Síndrome de Down. Pretensão dos genitores do interdito de exercer a curatela de forma compartilhada. Possibilidade. Medida que se coaduna com a finalidade precípua do instituo da curatela. Proteção dos interesses do incapaz. Precedentes. 1. A curatela, assim como a tutela, é um múnus público a ser exercido na proteção dos interesses do curatelado e de seus bens, incumbindo aos curadores, por exemplo, o dever de defesa, sustento e representação do interdito. Assim, a designação de curador deve se pautar pela prevalência dos interesses do incapaz. 2. Nessa perspectiva, revela-se possível o exercício da curatela compartilhada, conforme postulado pelos autores, que são pais do interdito, considerando que, embora não haja regra expressa que a autorize, igualmente não há vedação à pretensão. Em situações como a dos autos, em que expressamente requerido o exercício da curatela compartilhada e que, não há, sob qualquer perspectiva, conflito entre os postulantes, nada obsta que seja ela concedida, notadamente por se tornar, na espécie, uma verdadeira extensão do poder familiar e da guarda – que, como sabido, pode ser compartilhada. 3. Além de se mostrar plausível e conveniente, no caso, a curatela compartilhada bem atende à proteção do interdito, tratando-se de medida que vai ao encontro da finalidade precípua do instituo da curatela, que é o resguardo dos interesses do incapaz, razão pela qual é de ser deferido o pleito. Deram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 70054313796, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 01.08.2013).

80 GRISARD FILHO, Waldyr. Curatela de filhos. Uma tarefa compartilhada: para uma integral proteção dos direitos fundamentais da pessoa portadora de deficiência. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 21, p. 6-7, abr.-maio 2011.

81 URIARTE, Jorge A. *Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinal y jurisprudencial*. BUERES, Alberto J.; HIGTHTON, Elena I. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2005. v. 1B, p. 903.

82 “Nulidade de ato jurídico praticado por incapaz antes da sentença de interdição. Reconhecimento da incapacidade e da ausência de notoriedade. Proteção do adquirente de boa-fé. Precedentes da Corte. 1. A decretação da nulidade do ato jurídico praticado por incapaz não depende da sentença de interdição. Reconhecida pelas instâncias ordinárias a existência da incapacidade, impõe-se a decretação da nulidade, protegendo-se o adquirente de boa-fé com a retenção da nulidade até a devolução do preço pago, devidamente corrigido, e a indenização das benfeitorias, na forma de precedente da Corte. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 296.895/PR, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 06.05.2004). “Civil. Negócio jurídico. Incapacidade mental do vendedor. Nulidade. Nulidade de compra e venda em face da ‘insanidade mental’ de uma das partes (CC, art. 5º, inc. II), ainda que o fato seja desconhecido da outra. Hipótese, todavia, em que o *status quo ante* só será restabelecido quando os herdeiros do incapaz restituírem o montante do preço recebido, corrigido monetariamente, bem assim indenizarem as benfeitorias úteis, sob pena de enriquecimento sem causa. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 38.353/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 01.03.2001). “Interdição. Atos praticados antes da sentença de interdição. A causa da incapacidade é a alienação mental, não a interdição. São nulos de pleno direito os atos praticados pelo insano anteriormente à sentença. A declaração da nulidade, todavia, a ressalva da boa-fé de terceiros e segurança dos negócios jurídicos, pressupõe a notoriedade e aparência do estado mental do contratante, ou que outro contratante tivesse motivo especial para conhecê-lo. Código Civil, artigo 5º, inciso II; artigo 452. Código de Processo Civil, artigo 1.184” (TJRS, Apelação Cível 585.018.930, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 15.04.1986).

83 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XVI, p. 403.

84 *Idem*, p. cit.

85 CARVALHO, Luiz Gonzaga de. *Dos insanos mentais*: nulidade do negócio jurídico, conflito jurisprudencial. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 72.

86 BRUM, Jander Maurício. *Curatela*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 121.

87 BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas com discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014. p. 364.

88 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I, p. 248.

89 ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Primeiras linhas sobre o novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *Famílias nossas de cada dia*. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 506.

BIBLIOGRAFIA

ABBATE, Francisco E. *Armonía conyugal*: aportes médico-psicológicos. Buenos Aires: Astrea, 1987.

ABELLÁN, Fernando. *Selección genética de embriones*: entre la libertad reproductiva y la eugenesia. Granada: Editorial Comares, 2007.

ABREU, Célia Barbosa. *Curatela & interdição civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ACEVEDO, Maria de Las Mercedes Ales Uria. *El derecho a la identidad en la filiación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

ALBERTON, Alexandre Marlon da Silva. *O direito do nascituro a alimentos*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

ALBESA, J. RAM; MARTÍNEZ, J. A. Moreno. *El régimen económico del matrimonio*. Madrid: Dykinson, 2005.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Famílias simultâneas e concubinato adulterino. *Família e cidadania* – o novo CCB e a "vacatio legis". Belo Horizonte: OAB/MG – IBDFAM, Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002.

ALDROVANDI, André; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O Direito de Família no contexto de organizações socioafetivas: dinâmica, instabilidade e

polifamiliaridade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 34, fev.-mar. 2005.

ALEIXO, Reinaldo Antônio. Do bem de família. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *Novo Código Civil*: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de paternidade e DNA*: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil*: famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil*: famílias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato E. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALONSO, Eduardo Estrada. *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A guarda compartilhada e a Lei n. 11.698/08. In: EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (org.). *Leituras complementares de Direito Civil*: direito das famílias. Salvador: JusPodivm, 2010.

AMORIM, Sebastião; OLIVEIRA, Euclides de. *Separação e divórcio*: teoria e prática. 4. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1997.

ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado*: teoria e prática brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARRUDA, José Acácio; PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Comentários ao artigo 1.659 do Código Civil. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil*

comentado. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Comentários ao Código Civil*. AZEVEDO, Antônio Junqueira de (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Dever de coabitação*: inadimplemento. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça; NICOLAU, Gustavo Rene. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2007. v. I.

AZPIRI, Jorge O. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

AZPIRI, Jorge O. *Régimen de bienes en el matrimonio*. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

BANDERA, Magda. *Custódia compartida*. Barcelona: Arcopress, 2005.

BANNURA, Jamil A. H. O direito de visitas nas relações socioafetivas contemporâneas. In: SOUZA, Ivone Maria Candido Coelho de (coord.). *Parentalidade*: análise psicojurídica. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 2006.

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARIFFI, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas com discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca, 2014.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

BARROS, Sérgio Resende de. A ideologia do afeto. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 14, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELLUSCIO, Claudio. *Prestación alimentaria*. Régimen jurídico: aspectos legales, jurisprudenciales, doctrinales y prácticos. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2006.

BENJÓ, Simão Isaac. União estável e seus efeitos econômicos, em face da Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, 1991.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional*: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1955.

BEZERRA, Rebeca Monte Nunes. Instituição do Estatuto do Idoso conceito de idoso. In: PINHEIRO, Naide Maria (coord.). *Estatuto do Idoso comentado*. Campinas: LZN, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. Os novos rumos do Direito de Família. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Guarda de filhos*. São Paulo: Leud, 1981.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O concubinato no Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1969. 1º v.

BITTENCOURT, Sávio. *A nova Lei de Adoção*: do abandono à garantia do direito à convivência familiar e comunitária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOECKEL, Fabrício Dani de. *Tutela jurisdicional do direito a alimentos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho de Familia*. 10. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1988.

BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil*: familia. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973.

BOSSERT, Gustavo A. *Régimen jurídico de los alimentos*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

BRAGANHOLO, Beatriz Helena. Algumas reflexões acerca da evolução, crise e constitucionalidade do Direito de Família brasileiro. *Revista Brasileira de Direito de Família*, São Paulo: Síntese – IBDFAM, v. 28, fev.-mar. 2005.

BRUM, Jander Maurício. *Curatela*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: RT, 1995. t. 1.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 11. ed. São Paulo: RT, 2005.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

CAHALI, Yussef Said. *O casamento putativo*. 2. ed. São Paulo: RT, 1979.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 2.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana*: ética e Direito. Campinas: Edicamp, 2003.

CAMINHA, Anelize Pantaleão Puccini. *O casamento da pessoa com deficiência. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus reflexos no casamento à luz do ordenamento jurídico brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. *Comentários ao Código Civil*. CAMILO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (coord.). São Paulo: RT, 2006.

CAMPOS, Roberto D. *Alimentos entre conyuges y para los hijos menores*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CARBONNIER, Jean. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1961. v. II, t. I.

CARDOSO, Fabiana Domingues. *Regime de bens e pacto antenupcial*. São Paulo: Método, 2011.

CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

CARVALHO, João Andrades. *Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

CARVALHO, Luiz Gonzaga de. *Dos insanos mentais*: nulidade do negócio jurídico, conflito jurisprudencial. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. *Código Civil comentado*. Doutrina e jurisprudência. Coord. Cezar Peluso. 6. ed. São Paulo: Manole, 2012.

CASSETARI, Christiano. *Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva*. Efeitos jurídicos. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2004.

CHAVES, Antônio. *Adoção, adoção simples e adoção plena*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983.

CHAVES, Antônio. *Lições de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: RT, 1975.

CHAVES, Carlos Fernando Brasil; REZENDE, Afonso Celso F. *Tabelionato de Notas e o notário perfeito*. 6. ed. Campinas: Millennium, 2011.

CHAVES, Sérgio Fernando de Vasconcellos. A família e a união estável no novo Código Civil e na Constituição Federal. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

COELHO, Francisco Pereira; OLIVEIRA, Guilherme de. *Curso de Direito de Família*. Direito da filiação. Coimbra: Coimbra Ed., 2006. v. II, t. I.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar.* São Paulo: RT, 2003.

CORIA, Clara. La división sexual del dinero y la sociedad conyugal. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, v. 4, 1990.

CORREA, Orlando de Assis; MOURA, Mário Aguiar de. *Divórcio*: teoria e prática. Porto Alegre: Síntese, 1978.

CORTÉS, Jesús Martínez. El régimen econômico de separación de bienes. In: MIGUEL, Juan Francisco Delgado de (coord.). *Instituciones de Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 2002. v. 2.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Código Civil na visão do advogado*: responsabilidade civil. São Paulo: RT, 2005. v. 3.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Tratado do casamento e do divórcio*: constituição, invalidade, dissolução. São Paulo: Saraiva, 1987. v. 1.

COSTA, Célio Silva. *A interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.

COSTA, Maria Aracy Menezes. Namoro qualificado: a autonomia da vontade nas relações amorosas. In: SOUZA, Ivone Maria Candido

Coelho de (coord.). *Direito de Família*: diversidade e multidisciplinaridade. Porto Alegre: IBDFAM, 2007.

COSTA, Maria Josefa Méndez. *Código Civil comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

COSTA, Maria Josefa Méndez. *Las deudas de los cónyuges*. Buenos Aires: Astrea, 1979.

COSTA, Maria Josefa Méndez. *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.

COSTA, Tarcísio José Martins. *Adoção internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

COSTA E SILVA, Antonio Carlos. *Tratado do processo de execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1986. v. 2.

CRISPINO, Nicolau Eládio Bassalo. *A união estável e os negócios entre companheiros e terceiros*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CRISTIANO, Romano. *Sociedades limitadas de acordo com o Código Civil*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CRUZ, José Aparecido da. *Averiguação e investigação de paternidade no Direito brasileiro*: teoria, legislação, jurisprudência. São Paulo: RT, 2001.

CZAJKOWSKI, Rainer. *A impenhorabilidade do bem de família*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

DANTAS, San Tiago. *Direito de Família e das Sucessões*. 2. ed. atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DE LOS MOZOS, J. L. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1984. t. XVII, v. 2.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Declaração e investigação de paternidade*: o papel do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara; OLIVEIRA, Thales Cezar de. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Série leituras jurídicas. São Paulo: Atlas, 2005. v. 28.

DELINSKI, Julie Cristine. *O novo direito da filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Eduardo Rocha; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Curso de Direito Previdenciário*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Direito de Família e o novo Código Civil*. DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: RT, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 11. ed. São Paulo: RT, 2016.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual*: o preconceito e justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIAS, Maria Berenice. *União homoafetiva*; o preconceito e a justiça. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de; GUEDES, Jefferson Carús; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; SLAIBI FILHO, Nagib. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1992.

DINIZ, Gustavo Saad. *Instrumentos de capitalização societária*. São Paulo: Liberars, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro.* 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DOMÉNECH, Javier Barceló. *El régimen econômico del matrimonio*. Comentários al Código Civil: Especial consideración del la doctrina jurisprudencial. ALBESA, J. Rams; MARTÍNEZ, J. A. Moreno (coord.). Madrid: Dykinson, 2005.

DOMINGUES, Paulo de Tarso. *Do capital social*. Noção, princípios e funções. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

DOMINGUEZ, Andres Gil; FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa. *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, 2010.

DOMÍNGUEZ, Ignácio Gallego. *Las parejas no casada y sus efectos patrimoniales*. Madrid: Colégio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Espana, 1995.

DONIZETTI, Leila. *Filiação socioafetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade e do Estado*. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. Parte general. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1953. t.

I.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 21. ed. Barcelona: Bosch, 1979. t. IV, v. 2.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. A coisa julgada nas ações de alimentos. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 52, jul. 1991.

FACHIN, Luiz Edson. A constitucionalidade da usucapião familiar do artigo 1.240-A do Código Civil brasileiro. *Jornal Carta Forense*, São Paulo, ano III, n. 31, out. 2011.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao novo Código Civil*. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. XVIII.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FAÍLDE, Juan José Garcia. *La nulidad matrimonial, hoy*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1999.

FAMÁ, María Victoria. *La filiación*: régimen constitucional, civil y procesal. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2009.

FAMÁ, María Victoria. Obligación alimentaria de los abuelos. In: GROSMAN, Cecília P. (coord.). *Alimentos a los hijos y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2004.

FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa; PAGANO, Luz María. *Salud mental en el Derecho de Familia*. Buenos Aires, 2008.

FANZOLATO, Eduardo Ignacio. *Derecho de Familia*. Córdoba: Advocatus, 2007. t. I.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A legitimidade do Ministério Público para a ação de alimentos: uma questão constitucional. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, v. 8, 2001.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

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

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FELIPE, Jorge Franklin Alves. *Indenização nas obrigações por ato ilícito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FERNANDES, Thycho Brahe. *A reprodução assistida em face da bioética e do biodireito*: aspectos do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERNÁNDEZ, Maria Carcaba. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1995.

FERRARINI, Letícia. *Famílias simultâneas e seus efeitos jurídicos*. Pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRARO, Valkíria A. Lopes; LEAL JÚNIOR, João Carlos; SANOMYA, Renata Mayumi. Da utilização de células-tronco embrionárias em período de descarte: o conflito entre o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul: Notadez, v. 392, jul. 2010.

FERREIRA, Eduardo Vaz. *Tratado de la sociedad conyugal*. Buenos Aires: Astrea, 1979. t. 1.

FERREIRA, Fábio Alves. *O reconhecimento da união de fato como entidade familiar e sua transformação num casamento não solene*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *O Código Civil e o novo Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Da ação de dissolução parcial de sociedade*. Comentários breves ao CPC/2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

FRASCARI, Maria Cristina. Paternidade responsável *x* paternidade afetiva. *Temas polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. *Alienação parental*. Comentários à Lei 12.318/2010. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FRITZ, Karina Nunes. *Jurisprudência comentada dos tribunais alemães*. Indaiatuba: Foco, 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Direito Processual Civil IV*. Processo cautelar.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). São Paulo: RT, 2006. v. 12.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação, o biodireito e as relações parentais, de acordo com o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*: família. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo*: uma espécie de família. São Paulo: RT, 1998.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Regime legal de bens no companheirismo. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (coord.). *Novo Código Civil*: questões controvertidas no Direito de Família e das Sucessões. São Paulo: Método, 2005. v. 3.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar; FREIRE, Rodrigo Cunha Lima; CAMILLO, Carlos Eduardo

Nicoletti; COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. XIV.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GARCIA, Ignacio Serrano. *Autotutela*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GERBASE, Ana Brúsolo. *Relações homoafetivas*. Direitos & conquistas. São Paulo: Edipro, 2012.

GHERSI, Carlos A. *Alimentos*. Cuantificación econômica. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2005.

GHIRARDI, Juan Carlos. *Inhabilitación judicial*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991.

GIBERTI, Eva; LAMBERTI, Silvio; VIAR, Juan Pablo; YATORNO, Noemi. *Incesto paterno-filial*: una visión multidisciplinaria, perspectivas históricas, psicológicas, jurídicas y forenses. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1998.

GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIMENO, Adelina. *La família:* el desafio de la diversidad. Barcelona: Ariel, 1999.

GIORDANO, João Batista Arruda. A união estável. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, mar. 1989.

GIRARDI, Viviane. *Famílias contemporâneas, filiação e afeto*. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GLANZ, Semy. *A família mutante*. Sociologia e direito comparado, inclusive o novo Código Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GOECKS, Renata Miranda; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A possibilidade do reconhecimento da união estável putativa e paralela como entidade familiar, frente aos princípios constitucionais aplicáveis. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro (coord.). *Atualidades do Direito de Família e Sucessões*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

GOMES, Fernando de Paula. A personalidade e a defesa dos direitos do nascituro e do embrião. In: CANEZIN, Claudete Carvalho (coord.). *Arte jurídica*. Curitiba: Juruá, 2005. v. II.

GOMES, José Jairo. *Direito Civil*. Introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Orlando. *O novo Direito de Família*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1984.

GOMES, Renata Raupp. A (in)transmissibilidade da obrigação alimentar. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*. Alimentos no novo Código Civil: aspectos polêmicos. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

GÓMEZ, Fabiola Lathrop. *Custodia compartida de los hijos*. Madrid: La Ley, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito de Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

GOZZO, Débora. *Pacto antenupcial*. São Paulo: Saraiva, 1992.

GRISARD FILHO, Waldyr. Curatela de filhos. Uma tarefa compartilhada: para uma integral proteção dos direitos fundamentais da pessoa portadora de deficiência. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre: Magister/IBDFAM, v. 21, abr.-maio 2011.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Famílias reconstituídas*: novas uniões depois da separação. São Paulo: RT, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. O direito à integridade psíquica e o livre desenvolvimento da personalidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e dignidade humana*. Belo Horizonte: IBDFAM. Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2006.

GROSMAN, Cecilia P.; ALCORTA, Irene Martínez. *Familias ensambladas*: nuevas uniones después del divorcio. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

GUIMARÃES, Luís Paulo Cotrim. *Negócio jurídico sem outorga do cônjuge ou convivente*. São Paulo: RT, 2002.

HAYA, Silvia Tamayo. *El estatuto jurídico de los padrastos*: nuevas perspectivas jurídicas. Madrid: Reus, 2009.

HERNANDEZ, Francisco Rivero. *El derecho de visita*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.

HERNÁNDEZ, Lidia Beatriz. Sociedad conyugal: naturaleza jurídica. In: LAGOMARSINO, Carlos A. R.; SALERNO, Marcelo U. (coord. geral); URIARTE, Jorge A. (coord.). *Enciclopedia de Derecho de Familia*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994. t. III.

HERRERA, Marisa. *Manual de Derecho de las Familias*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2015.

HIRSCHFELD, Adriana Kruchin. A adoção pelos avós. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*: adoção, aspectos jurídicos e metajurídicos. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

IRUZUBIETA, Carlos Vázquez. *Régimen económico del matrimonio*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas, 1982.

ISHIDA, Válter Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: doutrina e jurisprudência. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JECKEL, Michele Sanches Barbosa. Guarda compartilhada de animais no divórcio. *Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões*, Porto Alegre: Lex-Magister-IASP, v. 11, mar.-abr. 2016.

KICH, Bruno Canísio. *Contrato de convivência*. 2. ed. Campinas: Agás Juris, 2001.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *União estável*: análise sociológica. Curitiba: Juruá, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José Luis. *El nuevo régimen de la familia*. Madrid: Civitas, 1981. v. II.

LACRUZ BERDEJO, José Luis *et alii*. *Elementos de Derecho Civil*: familia. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2008.

LAGO, Lúcia Stella Ramos do. *Separação de fato entre cônjuges*: efeitos pessoais. São Paulo: Saraiva, 1989.

LAMADRID, Miguel Angel Soto. *Biogenética*: filiación y delito. Buenos Aires: Astrea, 1990.

LAROUBA, Maria Elena. Los planes de parentalidade: una herramienta para facilitar el ejercicio de la guarda. In: LASARTE, Carlos (coord.). *Patria potestad, guarda y custodia.* Congreso IDADFE 2011. Madrid: Tecnos, 2014. v. II.

LASARTE, Carlos. *Derecho de familia*. Principios de Derecho Civil VI. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: RT, 2000.

LAURIA, Flávio Guimarães. *A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEAL, Adisson; SANTOS, Victor Macedo dos. Comentário de decisão. *Revista IBDFAM Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte: IBDFAM, v. 9, maio-jun. 2015.

LEHMANN, Heinrich. *Derecho de familia.* Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1953. v. IV.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o Direito*. São Paulo: RT, 1995.

LEITE, Heloisa Maria Daltro. *O novo Código Civil*: do Direito de Família. LEITE, Heloisa Maria Daltro (coord.). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

LÉPORE, Paulo Eduardo; RAMIDOFF, Mário Luiz; ROSSATO, Luciano Alves. *Estatuto da Juventude comentado*. Lei n. 12.852/13. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adoção internacional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da coisa julgada*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Pires de; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. v. IV.

LLOVERAS, Nora. *Patria potestad y filiación*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

LLOVERAS, Nora. El bien de família y la unión convivencial o de hecho en la Argentina. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa (coord.). *La familia en el nuevo derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. t. I.

LLOVERAS, Nora; SALOMÓN, Marcelo. *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. v. XVI.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil*: famílias. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*,

Porto Alegre: Síntese-IBDFAM, n. 12, p. 54, jan.-fev.-mar. 2002.

LONGO, Gabriel Sousa. A inconstitucionalidade da penhora do bem de família do fiador para a satisfação de crédito locatício. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *A outra face do Poder Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2014. t. I, p. 248.

LOTUFO, Maria Alice Zaratin. *Curso avançado de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: RT, 2002. v. 5.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. Teoria e prática. São Paulo: Método, 2011.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Registros públicos*. Teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Método, 2014.

LOYARTE, Dolores. Tutela-curatela: ejercicio compartido. Enfoques actuales. In: CARLUCCI, Aída Kemelmajer de; HERRERA, Marisa (coord.). *La família en el nuevo derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009. t. II.

LUZ, Waldemar P. da. *Comentários ao Código Civil*. Direito de Família. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2004. v. 5.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. *Síndrome da alienação parental importância da detecção*. Aspectos legais e processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf. *Guarda compartilhada física e jurídica*. São Paulo: RT, 2015.

MADALENO, Rolf. A coisa julgada na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação: aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MADALENO, Rolf. A retroatividade restritiva do contrato de convivência. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese –

IBDFAM, dez.-jan. 2006.

MADALENO, Rolf. A socioafetividade e a multiparentalidade do REXT. 898.060 do STF. *Revista de Direito Privado*, São Paulo: RT, ano 17, v. 72, dez. 2016.

MADALENO, Rolf. A tutela cominatória no Direito de Família. *Família e cidadania no novo CCB e a* vacatio legis. Belo Horizonte: IBDFAM. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*: aspectos polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família*: constituição e constatação. *Novas perspectivas no Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MADALENO, Rolf. *Direito de Família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MADALENO, Rolf. Do regime de bens entre cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2003.

MALHEIROS FILHO, Fernando. *União estável*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. *Separação, divórcio e fraude na partilha de bens*. Simulações empresariais e societárias. São Paulo: Atlas, 2010.

MANFRÉ, José Antonio Encinas. *Regime matrimonial de bens no novo Código Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 16. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

MARQUES, Suzana Oliveira. *Princípios do Direito de Família e guarda dos filhos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Regímenes econômicos matrimoniales, constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*. Valladolid: Lex Nova, 2009. v. 1.

MARTÍN, Isabel Zurita. *Protección civil de la ancianidad*. Madrid: Editorial Dykinson, 2004.

MAZZINGHI, Jorge Adolfo. *Derecho de familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1981. t. II.

MEDINA, Graciela; ROVEDA, Eduardo Guillermo. *Derecho de Familia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2016.

MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey-Mandamentos, 2008.

MENEZES, Elisângela Dias. *Curso de Direito Autoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MENIN, Márcia Maria. Do bem de família voluntário. In: TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo (coord.). *Direito Civil, Direito patrimonial, Direito existencial*. São Paulo: Método, 2006.

MIZRAHI, Maurício Luis. *Responsabilidad parental*. Buenos Aires: Astrea, 2016.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. 37. ed. atual. por Regina Beatriz Tavares da Silva. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

MOTTA, Carlos Dias. *Direito matrimonial e seus princípios jurídicos*. São Paulo: RT, 2007.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 5.

NAMUR, Samir. *A desconstrução da preponderância do discurso jurídico do casamento no Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. *Adoção embrionária*.Curitiba: Editora CRV, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói*: o reconhecimento do afeto como valor jurídico. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

NORBIM, Luciano Dalvi. *O direito do nascituro à personalidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NOVELLINO, Norberto José. *Tenencia de menores y régimen de visitas producido el desvinculo matrimonial*. Buenos Aires: García Alonso, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Basílio de. *Concubinato*: novos rumos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

OLIVEIRA, Euclides de. *União estável*: do concubinato ao casamento, antes e depois do novo Código Civil. 6. ed. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA, Euclides de. Alimentos: transmissão da obrigação aos herdeiros. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey-IBDFAM. Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2004.

OLIVEIRA, Guilherme de. Estabelecimento da filiação. Caducidade nas acções de investigação. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Alimentos, revisão e exoneração*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Alimentos, revisão e exoneração*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda, visitação, busca e apreensão de menor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2006.

OLIVEIRA, José Francisco Basílio de. *Guarda compartilhada*. Comentários à Lei n. 11.696/08. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2008.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do Direito de Família*. São Paulo: RT, 2002.

OTERO, Marcelo Truzzi. *Justa causa testamentária*. Inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sobre a legítima do herdeiro necessário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OTERO, Mariano C. *Tenencia y régimen de visitas*. Buenos Aires: La Ley, 2012.

PÁEZ, Emelina Santana. *Los procesos de família*: una visión judicial. FERNÁNDEZ, Eduardo Hijas (coord.). 2. ed. Madrid: Colex, 2009.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PATIÑO, Ana Paula Corrêa. *Direito Civil*. Direitos de Família. São Paulo: Atlas, 2006.

PAYUETA, Consuelo Barea. *Los inconvenientes de la custodia compartida*. Barcelona: Ediciones Consuelo Barea, 2012.

PAZ, José Antonio Souto. *Derecho matrimonial*. 3. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

PAZOS, Rene Ramos. *Derecho de Familia*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993.

PEDROSA, Delia Susana; BOUZA, José María. (*SAP) Síndrome de alienación parental*. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores. Buenos Aires: García Alonso, 2009.

PEDROTTI, Irineu Antonio. *Concubinato*: união estável. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1994.

PENHA, José Ribamar Barros. *Imposto de renda pessoa física, norma, doutrina, jurisprudência e prática*. 2. ed. São Paulo: MP Editora, 2011.

PEREA, José Manuel de Torres. *Interés del menor y derecho de familia:* una perspectiva multidisciplinar. Madrid: Iustel, 2009.

PEREIRA, Áurea Pimentel. *União estável*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 14. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. 17. ed. atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 6. ed. atual. por Lúcia Maria Teixeira Ferreira. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Da união estável. In: DIAS, Maria Berenice;

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2003.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Ação de alimentos*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. Algumas reflexões sobre a igualdade dos cônjuges. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direitos de Família e do menor*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Direito de Família*: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. *Estudos de Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. Da adoção. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família e o novo Código Civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PIRES, Jarbas Ferreira. *Das relações de parentesco*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PITÃO, França. *União de facto no Direito Português, a propósito da Lei n. 135/99, de 28/08*. Coimbra: Almedina, 2000.

PITCH, Tamar. *Un derecho para dos*. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad. Madrid: Trotta, 2003.

PITHAN, Horácio Vanderlei N. *Ação de anulação de casamento*. São Paulo: Saraiva, 1986.

PITTMAN, Frank. *Mentiras privadas*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1994.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XVI.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. São Paulo: Max Limonad, 1947. t. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1947. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t. 9.

PORTANOVA, Rui. *Ações de filiação e paternidade socioafetiva*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

PÓVOAS, Manuel Sebastião Soares. *Previdência privada*. Filosofia, fundamentos técnicos, conceituação jurídica. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade*. A possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos. Florianópolis: Conceito, 2012.

PUSSI, William Artur. *Personalidade jurídica do nascituro*. Curitiba: Juruá, 2005.

RAMOS, Carlos Pérez. La autonomia de la voluntad en las sucesiones y la libertad de testar. In: RUIZ, Leonor Aguilar; GUAJARDO-FAJARDO, José Luis Arjona; MANSILLA, Guillermo Cerdeira Bravo de (coord.). *Autonomia privada, família y herencia en el siglo XXI*. Cuestiones actuales y soluciones de futuro. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

RANGEL, Rafael Calmon. *Partilha de bens na separação, no divórcio e na dissolução da união estável*. São Paulo: Saraiva, 2016.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 3. ed. São Paulo: RT, 1991. v. 2.

RASKIN, Salmo. A análise de DNA na determinação de paternidade. In: LEITE,

Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade*: DNA como meio de prova da filiação, aspectos constitucionais, civis e penais. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade*: manual prático do DNA. Curitiba: Juruá, 1998.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coord.). São Paulo: RT, 2005. v. 1.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado*. Teoria e prática. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REIS, Rafael Luís Vale e. *O direito ao conhecimento das origens genéticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. *Primeiras lições sobre o novo direito processual civil brasileiro*. THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Aide, 1994.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROCHA, Marco Túlio de Carvalho. *O conceito de família e suas implicações jurídicas*: teoria sociojurídica do Direito de Família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1985. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 27. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Direito de Família. 28. ed. atual. por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 6.

RODRÍGUEZ, José Ramón Díez. Legislacion estatal y autonómica sobre voluntades anticipadas. In: CANO, Ana Maria del (coord.). *Voluntades anticipadas*. Madrid: Dykinson, 2014.

RODRÍGUEZ, Nieves Martinez. *La obligación legal de alimentos entre parentes*. Madrid: La Ley, 2002.

ROSA, Conrado Paulino da. *Curso de Direito de Família contemporâneo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROSENVALD, Nelson. A tomada de decisão apoiada. Primeiras linhas sobre o novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. *Famílias nossas de cada dia*. Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *El moderno tratamiento legal de la filiación extramatrimonial*. 2. ed. Lima: Jurista Editores, 2010.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de Familia*. Derecho familiar patrimonial. Relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. Lima: Gaceta Juridica, 2012. t. III.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de Familia*. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia. Lima: Gaceta Juridica, 2011. t. I.

ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi. *Tratado de Derecho de Familia*. Matrimonio y uniones estables. Lima: Gaceta Jurídica, 2011. t. II.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo. *Comentários à Lei Nacional da Adoção* – Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009 e outras disposições legais: Lei 12.003 e Lei 12.004. São Paulo: RT, 2009.

ROZAS, Abel Freitas Ortiz; ROVEDA, Eduardo G. *Régimen de bienes del matrimonio*. 2. ed. Buenos Aires: La Ley, 2006.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Famílias simultâneas*: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALES, Ana Amélia Ribeiro. *União homoafetiva feminina e dupla maternidade*. A possibilidade jurídica de duas mães e um filho ante as técnicas de reprodução humana assistida. Curitiba: Juruá, 2014.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda compartilhada*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2001.

SALOMÃO, Luis Felipe. *Direito privado*. Teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *Impedimentos matrimoniales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

SAMBRIZZI, Eduardo A. *Regimen de bienes en el matrimonio*. Buenos Aires: La Ley, 2007. t. II.

SÁNCHEZ, Antonio J. Vela. *Las famílias monoparentales, su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial*. Hacia su consideración jurídica unitária y su protección integral. Granada: Editorial Comares, 2005.

SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta Rabadán. *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*. Navarra: Arazandi-Thomson Reuters, 2001.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Poliamor e direito das famílias*. Reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTIAGO, Rafael da Silva. *Do pátrio poder*. São Paulo: RT, 1994.

SANTOS, Emidio. *Das interdições e inabilitações*. Lisboa: Quid Juris, 2011.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 3.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. O pacto antenupcial e a autonomia privada. In: BASTOS, Eliene Ferreira; SOUSA, Asiel Henrique de (coord.). *Família e jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, 2006.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Autonomia de vontade e os regimes matrimoniais de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. IV.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. *Registro civil das pessoas naturais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

SANTOS, Simone Orodeschi Ivanov dos. *União estável, regime patrimonial e direito intertemporal*. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Da ausência*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão (coord.). *Dos princípios constitucionais*: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Eduardo Sócrates Castanheira. *A interdição no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais*: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A evolução do Direito e a realidade das uniões sexuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SILVA, Daniel Alt da. *Família simultânea*. Uma abordagem à luz da autonomia privada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SILVA, Eliane Cristine da. Aspectos jurídicos relevantes da reprodução humana assistida. In: MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves (coord.). *Temas polêmicos de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente*: comentários. São Paulo: RT, 1994.

SILVA, Marcos Alves da. *Da monogamia*. A sua superação como princípio estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Da adoção. In: FRANCIULLI NETO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (coord.). *O novo Código Civil*: homenagem ao Prof. Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

SILVEIRA, Alípio. *O casamento putativo no direito brasileiro*. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1972.

SILVEIRA, João José Custódio da. *A petição inicial na visão do juiz*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

SOLARI, Nestor E. Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. BUERES, Alberto J.; HIGTHTON, Elena I. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2005. t. 1B.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. A situação das mulheres e das crianças 25 anos após a Reforma de 1977. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. v. I.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Exercício do poder paternal*. Porto: Publicações Universidade Católica, 2003.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. *Temas de direito das crianças*. Coimbra: Almedina, 2014.

SOUSA, Ana Maria Viola de. *Tutela jurídica do idoso*. Campinas: Alínea Editora, 2004.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. *Comentários à Lei de combate à violência mulher*. Curitiba: Juruá, 2007.

SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1988. v. 3, t. 1.

STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

SUBIES, Laura B. *Tutela y curatela*. Representación de menores e incapaces. Buenos Aires, 2010.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Lei de Introdução e parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2015. v. 1.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil*. Direito de Família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 5.

TAVARES, José de Farias. *Direito da infância e da juventude*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochardo; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de Família contemporâneo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina jurídica da filiação na perspectiva civil-constitucional. 3. ed. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo: RT, n. 65.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o Direito Civil*. São Paulo: RT, 1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. II.

TONI, Cláudia Thomé. *Manual de direitos dos homossexuais*. São Paulo: SRS, 2008.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. *A outra família*: concubinato, Igreja e escândalo na colônia. São Paulo: Loyola, 1999.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

URIARTE, Jorge A. *Código Civil y normas complementarias*: análisis doctrinal y jurisprudencial. 1. ed. 2. reimpr. BUERES, Alberto J.; HIGHTON, Elena I. (coord.). Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

VARGAS, Heber Soares. *Manual de psiquiatria forense*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VAZ FERREIRA, Eduardo. *Tratado de la sociedad conyugal*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1979. t. 1.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

VELOSO, Waldir de Pinho. *Registro civil das pessoas naturais*. Curitiba: Juruá, 2013.

VELOSO, Zeno. A sacralização do DNA na investigação de paternidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade* – DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VELOSO, Zeno. *Código Civil comentado*. AZEVEDO, Álvaro Villaça (coord.). São Paulo: Atlas, 2003. t. XVII.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELOSO, Zeno. *União estável*. Belém: Editora Cejup, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo: Atlas, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.

VERONESE, Josiane Rose Petry; GOUVÊA, Lúcia Ferreira de Bem; SILVA, Marcelo Francisco da. *Poder familiar e tutela à luz do novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2005.

VIDE, Carlos Rogel. *La guarda de hecho*. Madrid: Tecnos, 1986.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. *Famílias poliafetivas, uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VILLELA, João Baptista. Art. 1.601. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2002.

WALD, Arnoldo. *O novo Direito de Família*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

WALLERSTEIN, Judith S.; BLAKESLEE, Sandra. *Sonhos e realidades no divórcio*. Marido, mulher e filhos dez anos depois. São Paulo: Saraiva, 1991.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. União estável, seguida de casamento com separação de bens e patrimônio adquirido durante a convivência. In: COLTRO, Antonio Carlos Mathias (org.). *O Direito de Família após a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada*: hipóteses de relativização. São Paulo: RT, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Direito de Família*: questões controvertidas. Porto Alegre: Síntese, 2000.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre: Síntese – IBDFAM, v. 14, jul.-ago.-set. 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: RT, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro. *Teoria tridimensional do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

WESENDONCK, Tula. *Direito patrimonial de família*. Disciplina geral do regime de bens no Código Civil. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2010.

WOLF, Karin. Casamento e relação concomitante sob o prisma da unicidade relacional. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (coord.). *Direitos fundamentais do Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WUNDER, Michael. Muss Geschwisterliebe strafbar sein? *Deutsch Perfekt*, Spotlight Verlag, jan. 2015.

ZEBULUM, José Carlos. *O regime de participação final nos aquestos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ZILVETI, Ana Marta Cattani de Barros. *Bem de família*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Guarda compartilhada e visitas: a nova perspectiva de impor sanções por violações ao direito de ter o filho em sua companhia ou de visitá-lo, como estabelecido. *Revista Lex do Direito Brasileiro*, São Paulo: Lex, v. 43, jan.-fev. 2010.

ZULIANI, Ênio Santarelli. *Revista de Direito de Família*, São Paulo: IOB, dez.-jan. 2011.

ZULIANI, Thais Cristina Cardoso. *Separação e divórcio, atos, fatos e procedimentos, análise da Lei n. 11.441/2007*. São Paulo: Memória Jurídica, 2008.

ZWETSCH, Lívia Borges. *Guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da conjugalidade*. Florianópolis: Empório do

Direito, 2015.