

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-graduação em Direito

Silvia Aparecida de Oliveira

CASAMENTO, SEPARAÇÃO DE FATO E DIVÓRCIO NO BRASIL

Belo Horizonte

2015

SILVIA APARECIDA DE OLIVEIRA

CASAMENTO, SEPARAÇÃO DE FATO E DIVÓRCIO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito

Orientador: Leonardo Macedo Poli

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

O48c Oliveira, Silvia Aparecida de
Casamento, separação de fato e divórcio no Brasil / Silvia Aparecida de
Oliveira. Belo Horizonte, 2015.
113 f.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito de família. 2. Casamento (Direito). 3. Divórcio - Legislação -
Brasil. 4. União estável. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade
Católica de Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Silvia Aparecida de Oliveira

CASAMENTO, SEPARAÇÃO DE FATO E DIVÓRCIO NO BRASIL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Leonardo Macedo Poli (Orientador) - PUC Minas

Eloy Pereira Lemos Junior - Universidade de Itauna

César Augusto de Castro Fiuza - PUC Minas

Belo Horizonte, 29 de janeiro de 2015.

“O casamento, não é a finalidade e objetivo central da vida das pessoas humanas, casar, ou não, é circunstancia relacionada à opção pessoal nada mais”. (FARIAS, 2010)

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus, meu amigo certo, nas horas certas e incertas, o meu mais profundo e sincero amor....

As minhas Lay's, por sempre entenderem a ausência, os sonhos...

As professoras de Direito Civil, minhas amigas, Claudiane e Maria Emília pelo apoio constante.

Ao Professor Doutor Leonardo Poli, pelo cavalheirismo e amizade na orientação deste trabalho...

Ao Professor Fábio Matias, por nunca medir esforços em me apoiar.

Ao Professor Doutor César Fiuza pela elegância, consideração e profundidade nas aulas.

Ao Professor Doutor Adriano Stanley, por estender suas brilhantes aulas até nossas famílias, permitindo que fizéssemos elos de amizade.

A Jésus Nascimento Silva, meu mestre de todos os dias. Aquele que me incentiva e me entusiasma apenas com um olhar...Minha gratidão, minha lealdade, minha mais serena dedicação. Para sempre...Sempre...Sempre....

RESUMO

A incidência, cada vez maior, de separações de fato no universo brasileiro traz a necessidade de se levantar os problemas e inseguranças jurídicas com ela advindos. Os motivos que levam os casais a optarem por esta modalidade informal de rompimento em vez de, formalmente, se divorciarem são levados em conta e analisados no estudo que ora se segue. Ademais, são elencados as peculiaridades acerca do regime de bens após a separação de fato, alimentos, usufruto e administração dos bens, dos filhos menores, direito de visitas e configuração de união estável durante o rompimento informal do casamento. O trabalho também traz enfoque histórico do Direito das Famílias, tratando da antiguidade, Direito Romano, Direito Canônico e pós-modernidade. Acerca do direito brasileiro, há um estudo entre as disposições antes e depois da Constituição Federal de 1988, assim como os aspectos do Código Civil de 2002. Uma teoria geral do Direito das Famílias é traçada, expondo-se os tipos de casamento válidos no Brasil, regime de bens vigentes e sua mutabilidade, assim como pontos relevantes do Divórcio e da Separação Judicial, que entende-se ainda ser possível, embora não seja necessária para a decretação do Divórcio. Enfim, chega-se à conclusão da necessidade de regulamentação, urgente, dos direitos e deveres envolvidos na separação de fato, a fim de evitar que as partes – e terceiros envolvidos nas relações – estejam à mercê do puro e simples entendimento do magistrado, sem qualquer regramento legal do assunto.

Palavras-chave: Direito das Famílias. Casamento. Divórcio. Separação de Fato. União Estável.

ABSTRACT

The incidence, increasing, in fact separations in the Brazilian universe brings the need to raise problems and legal uncertainties arising with it. The reasons couples to opt for this informal mode of disruption rather than formally divorce are taken into account and analyzed in the study that now follows. Moreover, they are listed on the peculiarities of the regime of goods following the separation of fact, food, usufruct and administration of goods of minor children, the right to visits and stable union of configuration during the informal disruption wedding. The work also brings historical focus of the Law of Families dealing with antiquity, Roman Law, Canon Law and postmodernity. About Brazilian law, there is a study of the provisions before and after the 1988 Federal Constitution, as well as aspects of the Civil Code of 2002. A general theory of law of Families is drawn, exposing the types of valid marriage in Brazil, existing property regime and its mutability, as well as relevant items of divorce and legal separation, which means still be possible, although not necessary for the adjudication of Divorce. Finally, we arrive at the conclusion of the need for regulation, urgent, the rights and duties involved in the separation of fact, in order to prevent parties - and third parties involved in the relationship - at the mercy of the pure and simple understanding of the magistrate, without any legal matter regramento.

Keywords: Law of Families. Marriage. Divorce. Fact separation. Stable Union.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 HISTÓRIA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS	13
2.1 Evolução histórica da família	13
2.1.1 Família no direito romano.....	17
2.1.2 Família no direito canônico	18
2.1.3 Família na pós-modernidade	20
2.1.4 Família no Brasil antes da Constituição de 1988	22
2.1.5 Família no Brasil após a Constituição de 1988.....	25
3 CASAMENTO NO BRASIL	29
3.1 Noções atuais de casamento no sistema brasileiro	29
3.2 Capacidade para o casamento	31
3.3 Impedimentos para o casamento.....	31
3.4 Causas Suspensivas do casamento.....	32
3.5 Realização do casamento.....	34
3.5.1 Habilitação	34
3.5.2 Celebração	36
3.5.3 Registro.....	36
4 CASAMENTOS VÁLIDOS NO BRASIL	38
4.1 Casamento regular.....	38
4.2 Casamento por procuração.....	38
4.3 Casamento consular	38
4.4 Casamento em caso de moléstia grave.....	39
4.5 Casamento nuncupativo.....	39
4.6 Casamento religioso com efeitos civis	40
4.7 Provas do casamento	40
4.8 Efeitos do casamento	42
5 REGIME DE BENS	44
5.1 Pacto antenupcial.....	44
5.2 Mutabilidade do regime de bens.....	45
5.3 Atos que os cônjuges podem praticar livremente.....	46
5.4 Atos que o cônjuge não pode praticar sem autorização do outro.....	47
5.5 Regimes de bens previstos no código civil brasileiro	48
5.5.1 Regime da separação obrigatória de bens	48
5.5.2 Regime de comunhão parcial de bens	48
5.5.3 Regime de comunhão universal de bens	50
5.5.4 Regime de participação final nos aquestos.....	52
5.5.5 Regime de separação convencional de bens	53
6 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO.....	55
6.1 Recentes mudanças no sistema brasileiro	55
6.1.1 Separação antes da emenda constitucional 66/10	56
6.1.2 Separação após a emenda constitucional 66/10	58
6.2 Tipos procedimentais de separação e divórcio no Brasil	64

6.3 Custos e entraves dos procedimentos de divórcio no Brasil	64
6.3.1 Honorários advocatícios.....	67
6.3.2 Assistência judiciária – lei n. 1.060/50.....	69
6.3.3 Despesas cartorárias	73
6.4 Separações de fato como alternativa econômica e prática ao divórcio.....	73
 7 NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DAS SEPARAÇÕES DE FATO.....	75
7.1 Situação dos filhos menores ante a separação de fato.....	75
7.1.1 Proteção da pessoa dos filhos.....	75
7.1.2 Direito de visitas.....	77
7.1.3 Usufruto e administração dos bens dos filhos menores.....	78
7.2 A problemática dos alimentos durante a separação de fato	79
7.3 Regime de bens e separação de fato.....	83
7.4 União estável superveniente à separação de fato	87
7.5 Simultaneidade de relações familiares	90
 8 CONCLUSÃO	93
 REFERÊNCIAS.....	95
 ANEXOS	99

1 INTRODUÇÃO

As lides de Direito das Famílias podem ser consideradas as mais dinâmicas que se estabelecem no seio da sociedade. Situações que outrora eram impensadas, hoje se mostram concretizadas, como casamentos homoafetivos, proles fertilizadas artificialmente e separações de fato sem qualquer provimento judicial ou administrativo que as oriente.

O objetivo do presente estudo é conhecer os aspectos atuais da formação e dissolução do casamento no Brasil, descobrir o porquê de muitos casais optarem pela informalidade da separação de fato em detrimento ao Divórcio e demonstrar a necessidade de se regulamentar tal situação.

Em um primeiro momento, analisa-se o avanço histórico da família, desde os primórdios até os dias atuais. Mais especificamente, é estudada a questão brasileira, antes e após a Constituição da República de 1988. Ato contínuo são traçadas as peculiaridades do Direito das Famílias brasileiro, mormente no que toca a casamento, regime de bens, dissolução do casamento, proteção da pessoa dos filhos e alimentos.

Após este estudo aprofundado, passa-se a verificar, quais os motivos que levam os casais, atualmente, a optarem por se separarem faticamente em vez de oficializarem seu rompimento. Ademais, é estabelecida, em cada viés do Direito das Famílias, a consequência da separação de fato e sua falta de regulamentação.

Muito embora seja o tema motivo de grande discussão social e doutrinária, principalmete levando-se em conta a nova modalidade trazida pela Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 que instituiu um “novo divórcio”, é importante discutir e pesquisar a questão da formação da nova (segunda, terceira...) família e da separação dos bens nesta relação.

O casamento, visto como a união de pessoas com intenção de estabelecer uma família, sempre proporcionou a constituição de uma fonte legítima de organização familiar. Esse entendimento, porém, é remanescente de uma época marcada por muita exclusão. Esta união se destacou, historicamente, como a única fonte legitimadora da família e como consequência dele, surgiram as principais normas que regularam o modo de vida das pessoas dentro do direito familiar, segundo PENA JR. (2008).

Entretanto, atualmente, o casamento visa à felicidade e é pautado na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana. Quando bem-sucedido, há plena comunhão de afeto e interesses direcionados à realização de ambos. Esta é a concepção de família eudemonista, em que a felicidade de seus integrantes deve ser mais relevante que a manutenção da instituição, que assume caráter instrumental. Trata-se de um movimento de repersonalização, iniciado pela Constituição Federal, que coloca a dignidade da pessoa como fundamento da República. Em sentido contrário, quando o casamento não mais atinge tal objetivo de felicidade, resta ao casal o divórcio. Acontece que muitas vezes o cônjuge não se divorcia, apenas separa, formando uma nova família. E é dessa forma que surgiu uma nova modelagem das famílias, e com elas novos conflitos.

Neste sentido, POLI e VIEGAS (2013), ensinam que:

A Constituição de 1988 iniciou a uma nova visão jurídica de família, desvinculando a entidade familiar do casamento, aceitando a realidade social fática da família plural, já vivenciada pela sociedade pós-moderna, haja vista que já existiam as famílias monoparental, unipessoal, anaparental, simultâneas, dentre outras.

A moderna família brasileira traz uma infinita gama de possibilidades, desde que baseadas no afeto, na assistência recíproca, na solidariedade, mirando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal de seus integrantes.

Ao discorrer sobre a pluralidade de modelos familiares e a necessidade da máxima eficácia constitucional, FARIAS e ROSENVALD (2010), revelam que:

Com efeito, o conceito trazido no caput do art. 226 é plural e indeterminado, firmando uma verdadeira cláusula geral de inclusão. Dessa forma, são o cotidiano, as necessidades e os avanços sociais que se encarregam da concretização dos tipos. E, uma vez formados os núcleos familiares, merecem, igualmente, proteção legal.

Busca-se entender como deve ser resolvida a situação do casal separado de fato, em que um dos cônjuges adquire patrimônio posterior ao rompimento. Além disto, estuda-se como resguardar o direito a alimentos, a problemática da informalidade da guarda não judicial à administração dos bens dos filhos menores e a insegurança da não regulamentação dos alimentos.

Todavia, os novos modelos familiares surgidos com os tempos atuais de busca de felicidade e realizações pessoais, são objetos deste trabalho, traçando uma leitura sistemática das consequências da informalidade para a vida do casal e de sua prole.

2 HISTÓRIA DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

A família sofre constantes mudanças em sua estrutura e conceitos, desde os primórdios até os dias atuais. Tal processo evolutivo gera, há muito, incontáveis situações na seara jurídica, do qual o direito ainda não obtém entendimento pacificado, como a regulamentação legal da separação de fato, que ora se estuda.

A priori, antes de enfrentar as peculiaridades da separação de fato, faz-se necessário percorrer alguns períodos históricos para que se possa compreender a evolução fática e legislativa da família.

Inicialmente, pretende-se demonstrar a evolução conceitual e a modificação do modelo de família até chegar aos tempos de hoje. Depois, detalhar-se-á a evolução legislativa inerente ao assunto, desde o advento do Código Civil de 1916 até a vigência do atual Código Civil brasileiro.

2.1 Evolução histórica da família

Pelo dinamismo das relações interpessoais, a família vem evoluindo gradativamente, desde os tempos remotos até os dias de hoje. MEDEIROS (1997) afirma que a família, por ser mais antiga que o Estado, constitui-se como célula germinal da comunidade estatal.

PEREIRA (2002) analisa a evolução da família arrolando três fases históricas, sendo elas: o estado selvagem, barbárie e civilização.

No estado selvagem, os homens apropriam-se dos produtos da natureza prontos para serem utilizados. Aparece o arco e a flecha e, conseqüentemente, a caça. É aí que a linguagem começa a ser articulada. Na barbárie, introduz-se a cerâmica, a domesticação de animais, agricultura e aprende-se a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano; na civilização o homem continua aprendendo a elaborar os produtos da natureza: é o período da indústria e da arte.

ENGELS (2002) estuda as fases pré-históricas até a civilização, analisando, de início, o estado selvagem, dividindo-o em três fases:

- Na fase inferior, o homem vivia em árvores e lutava pela sobrevivência em meio a feras selvagens. Sua alimentação era à base de raízes e frutos.

- Na fase média, o homem começou a agregar à sua alimentação frutos do mar, e culminou no surgimento do fogo, a maior descoberta da humanidade. Em virtude de tal descoberta, o homem buscou aprimorar sua alimentação com tubérculos, caça e farináceos cozidos com cinzas quentes.
- Por derradeiro, o autor destaca a fase selvagem superior, advinda a partir do momento que o homem despertou para as invenções de armas usadas na caça de animais. As moradias estabeleciam-se em aldeias e os homens passavam a desenvolver tarefas como construção de utensílios feitos de madeira e tecidos confeccionados a mão.

No que toca à fase da barbárie, ENGELS (2002) divide seu estudo também em três fases idênticas às acima colacionadas. De início, a fase inferior, caracterizada pela descoberta da argila e da utilização deste material para revestir cestos e vasos, tornando-os refratários. Some-se a isto o fato de que o homem passou a produzir o seu próprio sustento, com o cultivo doméstico de plantas e da criação de animais. ENGELS (2002) ainda descreve alguns pontos importantes desse período:

Viviam em casas de tijolos secados ao sol ou pedra, casas em forma de fortalezas, cultivavam em terrenos irrigados artificialmente o milho e outras plantas comestíveis, diferentes de acordo com o lugar e clima e que eram sua principal fonte de alimentação. Havia chegado até a domesticar alguns animais: os mexicanos, o peru e outras aves; e os peruanos, a lhama. Além disso, sabiam trabalhar os metais, exceto o ferro, razão pela qual não conseguiam ainda prescindir das armas e instrumentos de pedra.

Nota-se que nesse momento em que o ser humano descobriu o cultivo de produtos agrícolas e a domesticação de animais, passou a viver em casas e a conviver em grupos, nas chamadas aldeias. Ademais, na fase superior da barbárie, o homem inventou a escrita e a fundição do minério de ferro.

Sobre a evolução da família, MEDEIROS (1997) elenca algumas teorias:

Basicamente a família segundo Homero, firmou sua organização no patriarcado, originado no sistema de mulheres, filhos e servos sujeitos ao poder limitador do pai. Após surgiu a teoria de que os primeiros homens teriam vivido em hordas promíscuas, unindo-se ao outro sexo sem vínculos civis ou sociais. Posteriormente, organizou-se a sociedade em tribos, evidenciando a base da família em torno da mulher, dando origem ao matriarcado. O pai poderia até ser desconhecido. Os filhos e parentes tomavam as normas e nome da mãe.

Assim, a família, de início, foi chefiada pela mulher. Todavia, tal circunstância perdurou por um período muito curto, pois, em seguida, o homem assumiu a direção

da família e dos bens. Nesse sentido, ENGELS (2002), ao analisar a família, divide seu desenvolvimento em quatro etapas: família consanguínea, família punaluaana, família pré-monogâmica e a família monogâmica.

A família consanguínea foi a primeira fase da família. Aqui, os grupos conjugais se separam por gerações. Todos os avôs e avós, dentro dos limites da família, são em seu conjunto, marido e mulher entre si. Os familiares se relacionavam sexualmente, entre si: irmãos com irmãs, marido e mulher.

ENGELS (2002) relata como se dava a relação materno-filial nas famílias formadas por grupos:

Em todas as formas de famílias por grupos, não se pode saber com certeza quem é o pai de uma criança, mas sabe-se quem é a mãe. Muito embora ela chame seus filhos a todos da família comum e tenha para com eles deveres maternos, a verdade é que sabe distinguir seus próprios filhos dos demais. É claro, portanto, que, em toda a parte onde subsiste o casamento por grupos, a descendência só pode ser estabelecida do lado materno e, portanto, reconhece-se apenas a linhagem feminina. De fato é isso que ocorre com todos os povos que se encontram no estado selvagem e no estado inferior da barbárie.

Como consequência de as famílias viverem em grandes grupos, era tido como normal às mulheres se relacionarem com diversos homens. Havia dificuldade, inclusive, na identificação do pai, porém a mãe estava sempre certa, vez que estava vinculada à gestação. A partir da proibição do casamento entre seus membros, a família foi se fortalecendo enquanto instituição social e religiosa.

Tal modelo de família, no entanto, desapareceu, dando lugar ao modelo de família punaluaana, excluindo-se a prática da relação sexual entre os membros da própria família, sendo que, em seu auge, foi determinada a proibição do casamento entre primos de segundo e terceiro graus.

Chega à família pré-monogâmica, as mulheres deixaram de manter relacionamento com vários homens, para serem propriedade de um só. Quanto ao homem, era autorizada a poligamia. A mulher adúltera, lado outro, era castigada cruelmente.

A partir desta fase, os homens começaram a ter que procurar suas mulheres. ENGELS (2002) ensina:

Por isso começam, com o casamento pré-monogâmico, o rapto e a compra de mulheres, sintomas bastante difundidos, mas nada mais que sintomas de uma transformação muito mais profunda que se havia efetuado.

O casamento passou a ser uma forma de manter para si uma esposa, já que eram raras, dando origem à família monogâmica, caracterizada pelo casamento e pela procriação.

Para ENGELS (2002), somente ao homem era concedido o direito de romper o casamento ou então repudiar sua mulher, em caso de traição ou esterilidade. A lei da época, o Código de Napoleão, permitia que o homem fosse infiel desde que não levasse a sua concubina para o lar conjugal.

Na mesma esteira, preleciona COULANGES (1998):

Tendo sido o casamento contratado apenas para perpetuar a família, parece justo que pudesse anular-se no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para este caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo possível tenha sido até obrigação. Na Índia, a religião prescrevia que “a mulher estéril fosse substituída ao fim de oito anos”. Nenhum texto formal nos prova ter sido este mesmo dever obrigatório, igualmente na Grécia e em Roma. Todavia, Heródoto cita-nos dois reis de Espanha que foram obrigados a repudiar as suas mulheres porque estas se mostravam estéreis.

A mulher, além de ser propriedade do marido, tinha a obrigação de dar-lhe filhos, sendo possível ao homem anular o casamento nos casos de esterilidade. *Contrario sensu*, não se cogitava a possibilidade de nenhum homem ser infértil.

Passado o tempo, as famílias deixaram de viver em grandes grupos e fora se individualizando, se fortalecendo em sua intimidade. Nessa trajetória muitos foram os motivos que uniram a família.

Na Antiguidade houve épocas, como o estado selvagem, onde era a busca pela sobrevivência que unia a família. No entanto, com sua evolução o que realmente passou a uní-la foi a religião. COULANGES (1998) ministra que em cada lar existia um altar, no qual se cultuavam oferendas e eram feitas homenagem aos mortos e aos deuses. A religião, então, transformou a família em um corpo, unindo-a nos rituais diários.

Entrementes, vale dizer que, na Antiguidade, não existia laço afetivo entre as famílias. Nesse sentido, AIRÉS (1978) destaca:

Essa família antiga tinha por missão - sentida por todos - a conservação dos bens, a prática comum de um ofício, a ajuda mútua quotidiana num mundo em que um homem, e mais ainda uma mulher isolada não podiam sobreviver, e ainda nos casos de crise, a proteção da honra e das vidas. Ela não tinha função afetiva. [...] o sentimento entre os cônjuges, entre os pais e filhos, não era necessário à existência nem ao equilíbrio da família: se ele existisse, tanto melhor.

A família era constituída mais por sobrevivência que por qualquer outro motivo. COULANGES (1998) diz que o pai era sinônimo de autoridade, homem forte protegendo os seus, “o pai é, além disso, o sacerdote, o herdeiro do lar, o continuador dos avós, o tronco dos descendentes, o depositário dos ritos misteriosos do culto e das fórmulas secretas da oração. Toda a religião reside no pai”.

Frise-se que, nesta época, os filhos eram diferenciados. Reflexo disso é o fato de que a filha, quando se casava, deixava de fazer parte da família de origem. Um pai podia até amar sua filha, mas seus bens só podiam ser delegados aos filhos homens.

Não obstante, com o passar dos séculos, a família foi se dinamizando. Assim, é importante verificar certos momentos e civilizações da História, para compreender as diversas mudanças no meio familiar.

2.1.1 Família no direito romano

Em Roma, a família era uma instituição organizada em torno do homem, muito diferente do que se vê hodiernamente. No Direito Romano, imperava o autoritarismo e a falta de direitos aos familiares, mormente os filhos e a mulher. O poder era todo concentrado na figura do *pater*.

GOMES (2000) traduz a família romana como sendo um “conjunto de pessoas sujeitas ao poder do pater familias, ora grupo de parentes unidos pelo vínculo de cognição, ora o patrimônio, ora a herança”.

COULANGES (1998) assevera que o afeto nunca foi uma das características da família romana, enquanto que a autoridade, o poder do homem sobre a mulher e os filhos era seu principal fundamento.

Na Roma antiga, a família era um ente econômico, religioso, político e jurisdicional, tudo ao mesmo tempo. A mulher, não tinha direito a possuir bens, não possuía capacidade jurídica, a ela, cabia apenas os afazeres domésticos, dependendo inteiramente do marido.

ENGELS (2002) ensina que o homem possuía muito mais liberdade que os demais membros da família, tanto no aspecto civil quanto no moral. Destarte, condutas que, para a mulher, eram classificadas como crimes e penalizadas severamente, para o homem consistia em algo considerado honroso, ou, quando

muito, uma leve mancha moral que carregava com satisfação, como era o caso do adultério. Havia, então, verdadeiro absolutismo do homem.

Era obrigatório ter filhos para se perpetuar os cultos religiosos. Todavia, não bastava apenas ter filhos, era necessário que esses fossem frutos do casamento. COULANGES (1998) complementa que os filhos que não fossem gerados pela esposa não podiam fazer parte do culto e oferecer refeições fúnebres. Entrementes, a falta de filhos declinava consequências cruéis aos considerados estéreis. De regra, atingia somente às mulheres por estarem estas ligadas à gestação e não haver na época formas de provar a esterilidade masculina, aplicando como sanção à anulação do casamento e à exclusão da sociedade.

Diante disto, surgiu, em Roma, o instituto da adoção. Favoreceu-se os casais que realmente não podiam ter filhos, vez que, não se tratava de uma opção, em ter filhos e sim uma exigência. COULANGES (1998) menciona que com o passar dos anos a mulher passou a desempenhar papel importante na família romana:

A mulher tem direitos porque tem seu lugar no lar, sendo a encarregada de olhar para que não se extinga o fogo sagrado. É a mulher, sobretudo, que deve estar atenta a que este fogo se conserve puro, invoca-o e oferece-lhe sacrifícios. Tem pois também o seu sacerdócio. Onde a mulher não estiver, o culto doméstico acha-se incompleto e insuficiente. Grande desgraça para os gregos é ter o “lar sem esposa”. Entre os romanos a presença da mulher é de tal modo indispensável ao sacrifício que o sacerdote, ficando viúvo, perde o seu sacerdócio.

A mulher, aos poucos, foi conquistando seu espaço no lar e na sociedade. Paulatinamente, passou a ser responsável pela organização e manutenção do culto e, mesmo sem autonomia, começou a cumular funções através de seu sacerdócio doméstico.

É certo dizer que o direito romano marcou de forma expressiva o Direito das Famílias. Conceitos de família e filiação eram alicerçados no casamento e no autoritarismo, imposto pela figura do *pater*, dando origem ao termo pátrio poder, hoje denominado poder familiar. Esses conceitos incorporaram-se ao antigo Código Civil brasileiro, sendo que ainda hoje percebe a sua influência e seus resquícios na legislação vigente.

2.1.2 Família no direito canônico

A partir do cristianismo, as famílias só eram instituídas por uma celebração religiosa. O direito canônico vem a ser o ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana. O vocábulo ‘canônico’ deriva da palavra grega *Kánon* (regra, norma), com a qual originariamente se indicava qualquer prescrição relativa a fé ou à ação cristã.

PEREIRA (2004) prega que o casamento sofreu uma grande variação em sua essência, pois o cristianismo o elevou ao status de sacramento. “[...] O homem e a mulher selam a sua união sob as bênçãos do céu, transformando-se numa só entidade física e espiritual e de maneira indissolúvel”.

Pelo Direito Canônico, o sacramento do casamento não poderia ser desfeito pelas partes, somente a morte separaria a união indissolúvel entre um homem e uma mulher, simbolizada através da troca de alianças. A máxima “o que Deus uniu o homem não separa” veio desta idéia.

Para RUSSO (2005), esse novo conceito veio por força da queda do Império Romano.

Assim o autor supramencionado diz:

essa nova família veio alicerçada no casamento, sob a concepção de sacramento consolidada na livre e espontânea vontade dos nubentes. A mulher mereceu um lugar próprio, passando a ser responsável pelo governo doméstico e pela educação dos filhos.

A Igreja, então, passou a interferir diretamente na condução da família e ações de seus membros. De acordo com SILVA PEREIRA (1998), a partir desse momento a Igreja passou a empenhar-se em combater tudo o que pudesse desagregar o seio familiar:

O aborto, o adultério, e principalmente o concubinato, nos meados da Idade Média, com as figuras de Santo Agostinho e Santo Ambrósio; até então o concubinatus havia sido aceito como ato civil capaz de gerar efeitos tal qual o matrimônio. Os próprios reis mantiveram por muito tempo esposas e concubinas e até mesmo o clero deixou-se levar pelos desejos lascivos, contaminando-se em relações carnavais e devassas, sendo muito comum a presença de mulheres libertinas dentro dos conventos.

Nesta fase, as mulheres deixaram de ser raras, como outrora, mas por outro lado, a supremacia do casamento fez com que o adultério fosse abominado pela sociedade, sendo praticado de forma discreta, ou seja, os homens mantinham suas concubinas escondidas da família e da sociedade.

Na Grécia existia um machismo muito evidente e o catolicismo fortaleceu a autoridade do homem, dentro da célula familiar, tornando-o chefe absoluto. Nesse sentido, CUNHA PEREIRA (2004) acrescenta:

A influência ou autoridade da mulher era quase nula, ou diminuída de toda a forma: não se justificava a mulher fora de casa. Ela estava destinada a inércia e a ignorância. Tinha vontade, mas era impotente, portanto, privada de capacidade jurídica. Consequentemente, na organização familiar, a chefia era indiscutivelmente do marido. Este era também o chefe da religião doméstica e, como tal, gozava de um poder absoluto, podendo inclusive vender o filho ou mesmo matá-lo.

A mulher estava condenada aos afazeres domésticos e ao cuidado com os filhos, não podendo se ausentar do lar sem o consentimento do marido. O cristianismo acentuou a autoridade do homem, tornando-o chefe do lar e sacerdote da família, com poderes sobre a vida e morte de seus integrantes.

Nesse diapasão, nasceu um novo conceito de família, ou seja, aquela formada não unicamente pelo sacramento do casamento, mas pelo elo do afeto, surgindo assim, a família da pós-modernidade, o qual será analisado a seguir.

2.1.3 Família na pós-modernidade

De início, necessário distinguir dois períodos da História: a modernidade e a pós-modernidade. CAROSSI (2003) ensina que a modernidade surgiu da nova consciência, advinda com a Revolução Francesa em 1789, sendo que a forma da sociedade moderna foi marcada pela Revolução Industrial no final do século XVIII.

Portanto, para ser uma sociedade moderna deveria ser necessariamente, uma sociedade industrial. A partir de então, o mundo vive em processo de crise e renovação permanente. O pós-modernismo nasceu da ruptura com a era moderna ou clássica no último quartel do século XIX. Enquanto, na era moderna, as características principais eram a crença no progresso e na razão; a era pós-moderna é marcada por um caráter romântico e sentimental, tido como irracional e indeterminado, ligado à sociedade de massa e à cultura de massa.

A partir do século XIX a família começou a voltar-se à afeição, deixando de ser uma instituição voltada a manter os bens e a honra. O modelo de família da atualidade, já não é mais a do autoritarismo, nem a que se forma pelo instituto do casamento, mas sim, àquela que se funde pelos laços de afeto.

HIRONAKA (1999) é enfática:

Na idéia de família, o que mais importa – a cada um de seus membros, e a todos a um só tempo – é exatamente pertencer ao seu âmago, é estar naquele idealizado lugar onde é possível integrar sentimentos, esperanças e valores, permitindo, a cada um, se sentir a caminho da realização de seu projeto pessoal de felicidade.

A família pós-moderna é considerada pelo afeto entre seus membros e a constante busca pela felicidade. Segundo WELTER (2007), a partir desse momento histórico a família se abre para configurar-se em um mundo cruel, uma forma de abrigo, um pouco de calor humano, um lar onde entre seus membros se pratique a solidariedade, a fraternidade e acima de tudo, os laços de afeto e amor. Esse é o sentido da família na atualidade.

Cumprir destacar que o Direito das Famílias, dentre todos os ramos do direito, é o que mais avançou nos últimos tempos, visto que seu objeto são as relações interpessoais e que estas acompanham os passos da evolução social e seu dinamismo.

CUNHA PEREIRA (2004) analisa que a evolução da estrutura jurídica familiar desencadeou-se a partir da evolução científica, dos movimentos sociais e o crescente fenômeno da globalização. Para ele, essas profundas mudanças possuem suas raízes atreladas a alguns acontecimentos como: à Revolução Industrial, à redivisão do trabalho e à Revolução Francesa, tendo como ideais a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

CAROSSI (2003) entende que a família iniciou sua passagem para a contemporaneidade com o ingresso da mulher no mercado de trabalho por volta de 1950 e com a conquista da igualdade entre os cônjuges. A partir da descoberta da pílula anticoncepcional, em meados de 1967, a família deixou de ser uma entidade econômica e o casamento passou a ser alicerçado no amor e não mais em um contrato econômico.

A família hodierna caracteriza-se pela diversidade e para BRAUNER (2001) os métodos contraceptivos possibilitaram a organização dos nascimentos com autonomia, deixando de ser a procriação, simplesmente, um dos motivos para a união entre um homem e uma mulher:

Os esposos, cônjuges ou companheiros se devem reciprocidade antes de tudo, afeição, dedicação e assistência mútua. Pode-se afirmar que, no

presente, um casal se une para buscar a felicidade por meio de relações de afeição e solidariedade, que significam os pilares de base para a existência da família moderna. Chega-se assim a uma concepção nuclear de família.

O afeto, o amor e o carinho passaram a ser essenciais para a união entre pessoas, tornando-as cúmplices da felicidade, formando assim, entidades familiares diversas, tuteladas ou não pelo direito. Atualmente, têm-se famílias com filhos, sem filhos, homoafetivas, produto de reprodução artificial, entre outras. Os avanços da ciência e da tecnologia criaram novas expectativas sociais e novas possibilidades para o Direito das Famílias, que não tem alternativa, senão sensibilizar-se com essas novas formas de organização social.

Atualmente, também, quando há incompatibilidade de gênios, adultério, maus tratos ou algum outro motivo que torne insuportável a vida conjugal, tem sido cada vez mais comum a separação fática, como um prelúdio de eventual divórcio ou como esperança de acalmados os ânimos, tudo possa se restabelecer.

2.1.4 Família no Brasil antes da constituição de 1988

O ordenamento jurídico brasileiro, anterior a 1988, procurava respaldar o modelo da família patriarcal, privando da tutela jurisdicional as demais espécies de entidades familiares e os filhos que não fossem havidos na constância do casamento.

O grande marco histórico, diga-se, foi a promulgação da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (antigo Código Civil). Tal Código, projetado por Clóvis Beviláqua, era uma obra de seu tempo, iniciada em abril de 1889 e concluída em novembro do mesmo ano, a qual só foi aprovada em 1912 pelo Senado Federal, entrando em vigor a partir 1º de janeiro de 1917.

FACHIN (2003) ressalta que o sistema adotado pelo Código Civil de 1916 tratava de um sistema fechado que abordava apenas disposições interessantes à classe dominante. Desta forma, não foram codificados institutos que a sociedade da época não queria ver disciplinados, como o modo de apropriação de bens e a vida em comunhão.

O ilustre mestre entende que, frente o Código de Beviláqua, ser sujeito de direito significava ser “sujeito de patrimônio”, ou seja, ter muitos bens. Para tanto, precisava comprá-lo, sendo em igual medida “sujeito do contrato”, bem como, sujeito

de família, recebendo o Código a designação de o 'Estatuto Privado do Patrimônio', exatamente porque se coloca como a constituição do homem privado titular de um patrimônio, idéia projetada, em parte, para o Código Civil de 2002.

Nesta esteira, a legislação cível daquela época, totalmente patrimonialista, valorizava mais o "ter" do que o "ser" e direcionava-se aos grandes proprietários, sendo que a maioria das pessoas não sabia de seus direitos e, muito menos, que podia invocá-los.

À época, no Brasil havia uma população extremamente agrícola, aproximando-se dos dez milhões de habitantes, sendo que destes, mais ou menos, um milhão e meio eram escravos, um milhão de índios, cinco milhões de agregados em fazendas e engenhos e trezentas ou quatrocentas mil pessoas pertenciam às famílias de proprietários de escravos, os fazendeiros, os senhores de engenho.

Isso justifica a legislação ser voltada para uma pequena parte da sociedade, possuindo como enfoque, a família, a propriedade e o contrato, conforme destaca a seguir FACHIN (2003):

Os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas.

Naquele tempo, a família patriarcal posicionava-se como pilar central da legislação, como provam a indissolubilidade do casamento e a capacidade relativa da mulher. O art. 233 do Código Civil de 1916 designava o marido como único chefe da sociedade conjugal. Como se não bastasse, à virago era atribuída apenas à função de auxílio no exercício dos encargos da família, conforme art. 240 do mesmo diploma legal.

Neste sentido, CAROSSO (2003) atesta que a legislação cível trouxe para a época uma codificação totalmente preocupada com a conservação do casamento, dedicando-lhe uma parte especial. Cuidadosamente, foram disciplinados os impedimentos para a sua realização, suas formalidades, direitos e deveres dos cônjuges, regimes de casamento, entre outros.

Quanto ao instituto da guarda, LOTUFO (2007) lembra que o Código Civil de 1916 atribuía a guarda ao consorte não culpado pelo desquite, sendo que, somente

em situações gravíssimas a perdia. Portanto, tal instituto estava atrelado à culpa na separação e não ao bem-estar da criança.

Em 27 de agosto de 1962 foi publicada a Lei nº 4.121, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, denominado Estatuto da Mulher Casada. Tal diploma revogou vários artigos do Código Civil de 1916. Dentre outros direitos, a mulher conquistou a possibilidade de participar conjuntamente com o marido no exercício do poder familiar, podendo exercê-lo completamente na ausência deste. Contudo, ainda prevalecendo à vontade do homem, conforme redação do parágrafo único do art. 380 do Código Civil de 1916 (Redação esta determinada pela Lei 4.121 de 1962): “Divergindo os genitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz para a solução da divergência”.

Não obstante, a mulher mudou sua posição dentro da entidade familiar, passando a participar efetivamente da administração do lar. A lei em comento representou uma das maiores conquistas da classe feminina perante a legislação brasileira.

Já em 1949 entrou em vigor a Lei nº 883, que versava sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos, permitindo seu reconhecimento, através de ação de reconhecimento de filiação, tendo direito inclusive a alimentos provisionais, se lhe for favorável a decisão de primeira instância, devendo para isso estar dissolvida a sociedade conjugal.

Mais tarde, no ano de 1977, entrou em vigor a Lei nº 6.515, que regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências. É a denominada Lei do Divórcio. A Lei do Divórcio tem até hoje grande significado, vez que, além de permitir a dissolução dos casamentos falidos, concedeu o direito à mulher poder optar ou não pelo uso do nome de família de seu marido. Outra mudança foi o Regime Parcial de Bens, ser elevado a status de regime legal.

Ademais, a indigitada lei permitiu o reconhecimento dos filhos ilegítimos, mesmo na vigência do casamento, reconhecendo estes como titulares de direitos, sendo que na vigência da Lei 883 de 1949, somente podiam ser reconhecidos os filhos adulterinos se a sociedade conjugal tivesse sido extinta.

Apesar das modificações mencionadas, manteve-se a culpa como motivo para o deferimento da guarda dos filhos menores a ser atribuída ao cônjuge não

culpado pela separação. Conforme LOTUFO (2007) os filhos menores ficavam com o cônjuge que não tivesse dado causa à separação ou divórcio. Se, no entanto, ambos fossem culpados, os filhos ficavam com a mãe.

Mais adiante, aprovou-se a Lei nº 6.697, de 1979, que regulava a assistência, a proteção e a vigilância a menores, denominada como Código de Menores. CAROSSI (2003) afirma que tal lei criou a adoção plena, reconhecendo os direitos sucessórios ao adotado e adoção simples, deferindo ao adotado metade dos bens que coubesse ao filho legítimo. O Código de Menores foi criado com o objetivo primordial de regularizar a situação dos meninos e meninas encontrados nas ruas dos grandes centros urbanos. Estes eram considerados menores irregulares. Dessa forma, a aprovação da referida lei esteve atrelada a questões de segurança pública e não na proteção integral às crianças que se encontravam em situação de risco.

O mencionado diploma era essencialmente discriminatório, onde seus dispositivos faziam punir os denominados “menores delinquentes”, pois se acreditava que estes não podiam se adaptar à vida em sociedade, devendo ser afastados.

Antes da Constituição Federal de 1988, os filhos classificavam-se em: biológicos, legítimos, ilegítimos, naturais, espúrios, adulterinos, incestuosos e adotivos. Conceitos totalmente retrógrados e preconceituosos, que levaram muitas décadas para serem abandonados pelo legislador.

2.1.5 Família no Brasil após a constituição de 1988

Com o advento da Constituição da República de 1988, a família recebeu novos contornos, vislumbrando princípios e direitos conquistados pela sociedade naquele contexto.

Diante da nova noção de família, o modelo tradicional passou a ser mais uma forma de constituir um núcleo familiar, que em conformidade com o art. 226 passa a ser uma comunidade fundada na igualdade e no afeto:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

A Constituição Federal de 1988 propiciou uma profunda mutação na estrutura social e familiar, por isso foi denominada como “Constituição Cidadã”. Uma nova base jurídica foi lançada visando auferir o respeito aos princípios constitucionais, tais como a igualdade, liberdade, e acima de tudo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vários princípios constitucionais foram adotados pelo Direito das Famílias e a partir deles foi transformado o conceito de família, passando esta a ser considerada uma união fundada no amor recíproco.

WELTER (2003) leciona que:

Na leitura dos dispositivos constitucionais que albergam os interesses da família, a Constituição Federal, ao contrário da visão moderna de proteção exclusiva da entidade familiar, permitiu que se reconhecessem constitucionalmente, em perspectiva pós-moderna, dois princípios eventualmente, considerados antagônicos: proteção à unidade familiar e o de proteção aos filhos, considerados em sua individualidade.

O constituinte mudou o tom da legislação, deixando de oferecer proteção especial e exclusiva ao casamento, aos filhos legítimos, para priorizar a proteção da família à pessoa dos filhos de forma igualitária.

ARAUJO e NUNES (2006), ao tratarem do tema, entendem que as inovações da Constituição em conceder proteção integral às crianças devem-se ao fato de que:

o país vivia (e ainda vive) um momento social difícil, em que havia marginalização da criança, que era colocada de lado, no processo de integração social. Tal preocupação fez com que o constituinte de 1988 destinasse longo capítulo à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.

No dia 20 de novembro de 1989 foi instituída a Convenção da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre os direitos da criança e do adolescente,

aprovada em assembléia geral, ocorrida em Nova Iorque e ratificada pelo Brasil, através do Decreto de nº 99.710/99. Assim, surgiu uma nova visão de responsabilidade e no intuito de positivá-la em 1990 foi editada a Lei 8.069, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que representou um grande avanço no reconhecimento dos direitos dos mesmos.

Com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente o reconhecimento do estado de filiação passou a ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

É notório ressaltar que antes da promulgação do ECA, as crianças eram marginalizadas e ficavam à mercê do amparo social e jurisdicional. Após a vigência dessa lei, foi instaurado o princípio da proteção integral dos menores, conforme prescreve o art. 4º do referido diploma legal:

Art. 4. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Neste liame, surge a Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. O referido diploma concedeu legitimidade ao Ministério Público para ingressar com ação de investigação de paternidade quando conste no registro civil apenas a filiação materna e que haja elementos suficientes para se obter o reconhecimento da paternidade.

Chega-se, então, à Lei 10.406 de 2002, que institui o Novo Código Civil brasileiro. Ela advém do projeto de lei 634/75, que teve como relator o parlamentar Ricardo Fiúza. O novo Código Civil entrou em vigor um ano após sua publicação no Diário Oficial da União, que se deu no dia 11 de janeiro de 2002. A lei foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso no dia 10 de janeiro de 2002. A redação inicial aprovada pela casa de origem foi profundamente alterada, desde sua

apresentação até sua apreciação no Senado, sendo que decorreu período superior a vinte anos.

Dessa forma, está em vigor um Código que, não obstante seja recente, à época de sua aprovação já estava desatualizado. Levando-se em conta que a sociedade é mutável, mormente em casos de família, e que a legislação precisa acompanhar essa evolução. O lapso temporal de vinte anos representou grande perda na conquista de novos direitos. Os direitos que seriam novos, já haviam sido contemplados pela Constituição Federal, não representando grande avanço e sim, em alguns aspectos, um retrocesso.

Os tipos de família que permeiam a sociedade brasileira não conseguem ser, de uma só vez, previstos pelo legislador. Ressalte-se que o dinamismo das relações familiares não é acompanhado *pari passu* pela atividade estatal legislativa. FIUZA já escreveu sobre isto:

A idéia dominante no positivismo jurídico, que imperou no Brasil até a década de 1970/1980, era a de ser possível uma legislação a tal ponto exaustiva e completa que enclausurasse o sistema, colocando-o a salvo de qualquer arroubo criativo que não tivesse origem no próprio PoderLegislativo. Não que a idéia de codificação ainda predominasse em todas as esferas. Esta já havia sido abandonada, pelo menos nos círculos de pensamento menos ortodoxos. Tinha-se, nesses círculos, já a essa altura, plena consciência da impossibilidade fática de um Código que abrangesse todo o sistema. Seu lugar deveria ser apenas o centro desse sistema. A descodificação e o surgimento dos microssistemas já era realidade palpável. Aí entra em crise a sistematização.

Renata Barbosa e Walsir Edson conceituam a família em seu atual estágio, como sendo “reuniões pessoais que se sustentam no afeto, que sejam estáveis e, nessa medida, ostensivas, criam recinto favorável à constituição de identidades; são, portanto, família” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012).

Apesar dos avanços, em alguns aspectos, o legislador optou por se omitir, como é o caso da ausência de dispositivos que regulamentasse o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a proibição quanto à celebração não solene do casamento tratando-o inexistente e, o que aqui se estuda, a regulamentação de direitos e deveres durante a separação de fato.

3 CASAMENTO NO BRASIL

O casamento era o modelo de família mais tradicional. A mudança se deu mais tarde em razão do avanço em relação a sociedade. Em tempo anterior a Constituição Federal, o casamento era a única maneira de se estabelecer uma família perante o direito. Assim, afirmava-se que o casamento formava a família legítima.

3.1 Noções atuais de casamento no sistema brasileiro.

Quando duas pessoas decidem se casar, afora os aspectos românticos e amorosos da situação, entra em ação o Direito das Famílias. As regras que vigorarão durante e ao final da união, bem como as responsabilidades e deveres de cada cônjuge, são desde o início da união, determinadas.

As determinações atinentes ao Direito das Famílias estão primeiramente previstas na Constituição Federal, em seu art. 226. Somente depois de ter estudado este dispositivo é que se deve passar à análise dos ditames do Código Civil.

Segundo o mencionado art. 226 da Constituição da República, existem três tipos de família: a legítima, que se iniciou com o casamento; natural, que se iniciou com a união estável; monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como outras espécies de parentes, como, por exemplo, avó e netos.

Deve-se deixar bem claro que “legítima”, aqui, se refere a união que segue as formalidades da lei. Não se quer dizer que, por ser o casamento uma união legítima, a união estável é espúria. Ambos têm valor, o que os difere é que aquele seguiu as formalidades legais de celebração e esta não.

Da ideia acima colocada, casamento é a união hábil a formar uma família legítima, estabelecendo comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges (art. 1511 – CC).

Para que um casamento seja válido eram necessários três requisitos (originariamente conforme art. 1514 – CC): diferença de sexo; consentimento expresso; e celebração solene conforme disposto no código civil.

União em que faltasse qualquer um destes requisitos não era, até recentemente, considerada casamento. Todavia, em precedente histórico, o

Supremo Tribunal Federal passou a entender que pessoas do mesmo sexo podem, sim, se casar, ante ao princípio da igualdade. A propósito, o Conselho Nacional de Justiça determinou a todos os cartórios de registros civis do país que não se neguem a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Casamento é a união solene, entre um homem e uma mulher, com a ressalva acima, que tem intento de viver em comunhão de vida. A doutrina familiarista trava grandes embates ao conceituar este instituto, sendo as palavras de SILVIO RODRIGUES (2002) que parecem mais acertadas:

Casamento é o contrato de direito de família que tem por fim promover a união do homem e da mulher, de conformidade com a lei, a fim de regularem suas relações sexuais, cuidarem da prole comum e se prestarem mútua assistência.

Mutatis Mutandis, pode-se substituir a expressão “homem e mulher” por “duas pessoas”, mantendo a demais essência do conceito.

Portanto, ao se falar de casamento, deve-se ter sempre em mente a disciplina das relações sexuais (dever de fidelidade), a proteção dos filhos (dever de sustento, guarda e educação da prole) e a mútua assistência (financeira, moral, afetiva, sexual etc).

O casamento possui as seguintes características: 1) ato solene - se não cumprir as formalidades previstas em lei, não terá qualquer validade; 2) ato complexo – para que se dê por válido um casamento são necessárias várias fases, como veremos nos capítulos seguintes, desde habilitação até registro; 3) depende de livre consentimento – casamento sem livre manifestação de vontade não é considerado como existente; 4) é ato privativo de representante do Estado (Juiz de casamentos, juiz de paz, oficial de Cartório de Registro Civil) – caso contrário, será anulável.

Vale ressaltar que o ordenamento pátrio admite que um casamento religioso tenha mesmo efeito que casamento civil, desde que obedecidas certas formalidades, que serão vistas mais adiante.

A família monoparental tem grande ligação com o presente trabalho, haja vista que a separação de fato é uma grande formadora deste tipo de entidade social. Pai e mãe que, respectivamente, residem com seus filhos, sem qualquer disposição judicial – ainda – acerca da dissolução do casamento. Mais adiante serão devidamente analisada as consequências deste instituto.

3.2 Capacidade para o casamento

Não é qualquer pessoa que tem capacidade para se casar no Brasil. Isto se dá porque a idade núbil (idade para contrair núpcias) é de dezesseis anos.

Todavia, por serem as pessoas entre 16 e 18 anos relativamente incapazes para os atos da vida civil, necessário se faz o consentimento dos pais ou representantes legais. Ou seja: pessoas relativamente incapazes tem capacidade para se casarem, mas não tem capacidade civil, precisando, assim, que seus responsáveis autorizem a união.

Caso os pais ou responsáveis não queiram, injustificadamente, conceder sua autorização, os nubentes podem ir ao Poder Judiciário, obter o suprimento de consentimento.

Existe uma exceção a regra da capacidade para se casar. A única forma de pessoas com menos de 16 anos se casarem é se houver gravidez (art. 1520 – CC).

Assim, mesmo que um dos nubentes (ou ambos) tenha menos de 16 anos, se a contraente estiver grávida, permite-se a realização do casamento.

Neste caso, é imprescindível o suprimento judicialmente, mesmo que haja expressa concordância dos pais.

Importante frisar que o mencionado art. 1520 do código civil faz menção à possibilidade de se casarem os menores de 16 anos para impedirem imposição de pena criminal, mas este dispositivo caiu em desuso com o advento da Lei 11.106/05, que expressamente revogou o art. 107, VII e VIII do Código Penal. Portanto, possibilidade de menores de 16 anos contraírem matrimônio só existe, repita-se, em caso de gravidez.

3.3. Impedimentos para o casamento

Mesmo que sejam capazes para contrair matrimônio, determinadas pessoas são impedidas, proibidas de se casarem. As situações que geram os impedimentos estão previstas no art. 1521 do Código Civil: “Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil”;

Tal dispositivo diz que nenhum ascendente pode se casar com seu descendente, seja o parentesco que os une consanguíneo ou civil (adoção). Ressalte-se que não são só os pais que estão impedidos de se casarem com os

filhos – os avós não podem se casar com os netos e assim sucessiva e infinitamente. “II - os afins em linha reta”;

Parentes afins são aqueles que uma pessoa adquire por força de casamento (veja capítulo sobre relações de parentesco). Portanto, sogra(o) e genro (nora), enteado(a) e padrasto (madrasta) jamais poderão se casar, pois mesmo havendo a dissolução do casamento, não há a dissolução do parentesco por afinidade em linha reta. Frise-se que o parentesco por afinidade colateral (cunhados) se extingue com o casamento. Portanto, o ex-cônjuge pode-se casar com seu ex-cunhado, mas não pode se casar com seu ex-sogra. “III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante”;

Este inciso diz que o “pai adotivo” não pode se casar com quem já foi casado com o adotado e que o adotado não pode se casar com quem foi cônjuge do “pai adotivo”. “IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive”;

Os irmãos, mesmo que filhos só de mesmo pai ou só de mesma mãe, não podem se casar. Também não podem se casar tio(a) com sobrinha(o). Primos podem se casar, assim como tios-avós e sobrinhos-netos. Isto porque o parentesco entre eles é colateral de quarto grau, ultrapassando o limite imposto pelo inciso estudado. “V - o adotado com o filho do adotante”;

Parece-nos desnecessário tal inciso, pois o filho do adotante se equipara a irmão do adotado, estando a situação, a nosso ver, incluída no inciso “IV - as pessoas casadas”;

Tal dispositivo tem razão de ser pelo caráter monogâmico do Estado Brasileiro. Portanto, pessoas casadas não podem se casar novamente. Obviamente, com a dissolução do casamento (viuvez, divórcio, anulação, nulidade) cessa o impedimento aqui exposto. “VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte”.

Jamais o(a) viúvo(a) poderá se casar com a(o) condenada(o) pelo assassinato de seu consorte. Ressalte-se que não é necessário que tenha havido cumplicidade entre eles. Tem que haver condenação. Tem que ser homicídio doloso.

3.4. Causas suspensivas do casamento

Determinadas pessoas são aconselhadas pelo Código Civil a não se casarem, enquanto persistirem determinadas situações. Não se trata de proibição, mas, sim, de orientação do mencionado Diploma. As situações assim previstas são chamadas de Causas Suspensivas, assim estipuladas: “Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros”;

Esta causa suspensiva visa evitar que, com o novo matrimônio, haja confusão de patrimônios e eventual prejuízo aos herdeiros do falecido.

Como se trata de orientação do Código Civil, o casamento que se celebrar na vigência desta causa suspensiva será válido. Entretanto, duas consequências advirão: 1) o regime de bens não pode ser escolhido pelos nubentes, sendo obrigatoriamente o de Separação de Bens (art. 1641 – CC); 2) haverá hipoteca legal dos imóveis em favor dos filhos do falecido (art. 1849, CC). - Hipoteca legal é a hipoteca que emana da lei e não da vontade das partes - trata-se de direito real de garantia que os filhos do falecido passam a ter sobre os imóveis, até que seja ultimado o Inventário e a Partilha.

Existe uma forma de os nubentes se livrarem destas consequências. Eles devem provar em juízo que não haverá prejuízo aos herdeiros (art. 1523, parágrafo único): “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”;

Tal causa suspensiva existe para evitar confusão acerca da paternidade dos filhos nascidos da nubente. Isto porque presumem-se nascidos durante o casamento os filhos advindos da mulher no período de 180 dias da celebração e 300 dias da dissolução (art. 1597 – CC. Veja capítulo sobre Filiação).

Como se trata de orientação do Código Civil, o casamento que se celebrar na vigência desta causa suspensiva será válido. Entretanto, uma consequência advirá: o regime de bens não pode ser escolhido pelos nubentes, sendo obrigatoriamente o de Separação de Bens (art. 1641 – CC) – “III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal”;

Esta causa suspensiva visa evitar que, com o novo matrimônio, haja confusão de patrimônios e eventual prejuízo ao ex-cônjuge.

O casamento que se celebrar na vigência desta causa suspensiva será válido. Entretanto, ter-se-á como consequência o regime de Separação de Bens (art. 1641 – CC).

Para se livrar desta consequência os nubentes devem provar em juízo que não haverá prejuízo ao ex-cônjuge (art. 1523, parágrafo único): “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”.

Esta causa suspensiva visa evitar que haja influência do tutor ou de seus parentes sobre o tutelado. Aplica-se também ao curador e curatelado. Procura evitar casamentos por interesse.

O casamento que se celebrar na vigência desta causa suspensiva será válido. Entretanto, ter-se-á como consequência o regime de Separação de Bens (art. 1641 – CC). Para se esquivarem desta consequência, devem os nubentes provar que não haverá prejuízo para o tutelado/curatelado (art. 1523, parágrafo único - CC).

Diga-se que os impedimentos podem ser alegados por qualquer pessoa, a qualquer momento, até mesmo durante a celebração do casamento. As causas suspensivas só o podem ser pelos parentes dos nubentes (art. 1524 - CC) durante os quinze dias de publicação do edital de proclamas (veja item habilitação, abaixo). Ambos devem ser argüidos de forma escrita, com provas do alegado.

3.5 Realização do casamento

Para que haja um casamento, tem-se como necessárias três fases: Habilitação; Celebração; Registro. Individualmente, cada uma delas pode ser assim descrita:

3.5.1 Habilitação

Os nubentes devem comparecer ao Cartório de Registro Civil de seu domicílio e, ali estando, na companhia de duas testemunhas, requererem que seja instaurado o procedimento de habilitação para seu casamento.

Tal procedimento visa a verificar se os nubentes tem capacidade para se casarem (art. 1517 – CC), se não há causa suspensiva (art. 1521 – CC) e, principalmente, se não se encontram na vigência de impedimento (art. 1521 – CC).

Devem os nubentes, neste momento, apresentar ao Cartório de Registro Civil vários documentos, conforme dita o Código Civil:

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve 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 conhecê-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 de divórcio.

Após o requerimento inicial, o Oficial do Cartório de Registro Civil irá expedir edital, dando conhecimento público de que aqueles nubentes pretendem se casar. Tal edital é chamado “edital de proclamas”, pois tem a finalidade de proclamar, anunciar ao público, publicar o intento matrimonial do casal.

O edital de proclamas é afixado em lugar visível do Cartório de Registro Civil, assim como publicado em imprensa local, onde houver.

Ressalve-se que, havendo urgência, o Poder Judiciário pode dispensar a publicação do edital de proclamas (CC art. 1527, parágrafo único).

Publicado o edital, aguarda-se o período de quinze dias, a fim de arguição de eventuais impedimentos ou causas suspensivas. Findo este prazo, o Oficial do Cartório de Registro Civil encaminhará os autos de Habilitação para o Ministério Público, que dará seu parecer acerca da possibilidade de aqueles nubentes se casarem ou não.

Caso seja positiva a manifestação do *parquet*, expedir-se-á, em favor dos nubentes, Certificado de Habilitação, que os permite procederem à celebração do casamento.

O Certificado de Habilitação tem validade por noventa dias. Transcorrido este prazo sem que tenha sido celebrado o casamento, deve ser feita nova habilitação (art. 1532 – CC).

3.5.2 Celebração

A celebração do casamento – ato posterior à habilitação, será feita, a requerimento dos contraentes, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que houver de presidir o ato.

Caso seja a celebração feita na sede do Cartório de Registro Civil, exigem-se duas testemunhas (podem ser do mesmo sexo, parentes ou não dos nubentes). Todavia, se algum dos nubentes não souber ou não puder assinar, necessárias serão quatro testemunhas, que também podem ser do mesmo sexo, parentes ou não dos contraentes.

Na hipótese de ser feita a celebração em outro local, que não a sede do Cartório, exigem-se quatro testemunhas, em qualquer situação (os nubentes sabendo ou não sabendo assinar).

Seja onde for (sede do Cartório de Registro Civil ou outro local), as portas devem estar abertas, com toda publicidade.

Art. 1.538. A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes:

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

Parágrafo único. O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, não será admitido a retratar-se no mesmo dia.

Percebe-se a preocupação do legislador em fazer com que a cerimônia seja pública e que o consentimento dos nubentes seja demonstrado de forma expressa e inequívoca.

Correndo toda a cerimônia dentro da normalidade, o art. 1535 do Código Civil determina que a autoridade celebrante assim se manifeste: "De acordo com a vontade que ambos acabais de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados."

Vale ressaltar que, com a variedade de celebrantes que existem em solo brasileiro, alguns variam os dizeres acima sem, contudo, fazerem com que isto seja tido como irregularidade da cerimônia.

3.5.3 Registro

Ultimada a celebração, passa-se à fase final do casamento, que é o registro. O registro é a materialidade do casamento. Deve ser feito pelo Oficial do Registro Civil, no Livro de Casamentos, constando, necessariamente (art. 1536 – CC):

No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados:

I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;

II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;

III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;

IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;

V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;

VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;

VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

Tal norma vem exigir que o registro do casamento tenha os dados que confirmem a ausência de impedimentos e comprovem sua realização.

Com a exigência de tais formalidades para a realização do casamento, o legislador brasileiro o fez um ato de grande solenidade. Mas adiante, poder-se-á verificar que maior do que a solenidade para realizar, podem ser os trâmites para dissolver o casamento.

4 CASAMENTOS VÁLIDOS NO BRASIL

O casamento, da forma como previsto pelo Código Civil pode ser dotado de algumas peculiaridades, como representação dos nubentes por procurador, celebração em órgão diplomático e tantas outras. Por isso, se faz necessária a distinção das diversas espécies de casamento.

Ressalte-se que todos os casamentos neste capítulo elencados são válidos, não contando com nenhuma nulidade ou anulabilidade.

São espécies de casamento válido:

4.1 Casamento regular

É o casamento celebrado sem qualquer peculiaridade, pela autoridade competente, na presença de ambos os nubentes, no dia e hora designados para o ato.

4.2 Casamento por procuração

É o casamento onde um ou ambos os nubentes se fazem representar por procurador. Está previsto nos arts. 1535 e 1542 do Código Civil.

A procuração deve ser através de escritura pública, ou seja, assinada em cartório. Deve, também, conter poderes específicos para o ato, informando-se, inclusive, o nome da pessoa com quem deve ser contraído o matrimônio.

A procuração tem validade por noventa dias, a contar de sua assinatura. Passado este prazo sem a celebração, deve ser outorgado novo mandato.

4.3 Casamento consular

É o casamento celebrado fora do Brasil, perante as autoridades consulares brasileiras. Está previsto no § 2º do artigo 7º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Deve ser levado a registro no Brasil, conforme disposto no art. 1544 do Código Civil:

Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.

Caso não seja obedecido o prazo constante no artigo transcrito, o casamento não pode ser registrado e, portanto, não tendo validade.

4.4 Casamento em caso de moléstia grave

É o casamento que já estava previsto, mas um dos nubentes contraiu moléstia grave, estando em iminente risco de morrer. Portanto, necessária sua celebração de forma urgente. Está previsto no art. 1.539 do Código Civil:

Art. 1539. No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever.

§ 1º A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro *ad hoc*, nomeado pelo presidente do ato.

§ 2º O termo avulso, lavrado pelo oficial *ad hoc*, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado.

Este casamento é dotado de grande teor emocional, onde o legislador optou por permitir que até mesmo um oficial de registro *ad hoc* possa realizá-lo.

4.5 Casamento nuncupativo

É o casamento que não estava previsto, ainda não se tinha habilitação ou qualquer outro procedimento, mas um dos nubentes está sofrendo iminente risco de morrer e deseja contrair o matrimônio, sem ser possível a presença da autoridade competente. Está previsto nos arts. 1541 e 1542 do Código Civil.

Nuncupativo significa “de viva voz”. Isto porque o nubente deve dizer, em alto e bom som (daí a necessidade de estar em perfeita condição mental e possibilitado de falar) que aceita o outro em casamento.

O procedimento para se realizar um casamento nuncupativo é o seguinte:

a) o nubente enfermo deve convocar seis testemunhas, capazes e que não podem ser parentes de nenhum dos dois contraentes. Importante ressaltar que somente neste caso as testemunhas não podem ser parentes dos nubentes.

b) os nubentes devem dizer, em alto e bom som, que livremente se aceitam-se como marido e mulher.

c) as testemunhas, no prazo de dez dias, devem comparecer ao Juízo de Família, dando ciência do ocorrido.

d) o juiz determina a autuação do procedimento e toma providências para verificar se o casal era habilitado a se casar.

e) não havendo impedimento, o juiz manda registrar o casamento, com a data de sua celebração nuncupativa.

Serão dispensadas as formalidades acima se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro (§ 5º do art. 1541 - CC)

4.6 Casamento religioso com feitos civis

É o casamento que foi celebrado por dirigente religioso, autorizado pelo Poder Público a proceder a tal ato com efeitos civis.

Os efeitos civis do casamento religioso tem sua base no art. 226 da Constituição Federal e no art. 1516 do Código Civil.

Celebrado o casamento, observados os requisitos de habilitação e formalidades da cerimônia, é feito o registro.

Há previsão legal de que as pessoas que se casem religiosamente, sem observar as formalidades de habilitação possam pedir o registro de sua união. Esta previsão está na Lei 6015/73, em seus artigos 71 a 75 e na Lei 1110/50, em seu art. 4º. O Oficial do Cartório procede à habilitação posterior e, não havendo impedimento, procede ao registro do casamento, reconhecendo-se os efeitos civis do mesmo desde a sua celebração.

4.7 Provas do casamento

O meio através do qual se prova, legalmente, a existência de um casamento é a certidão do registro, chamada popularmente de “certidão de casamento”. Assim, ninguém pode alegar que é casado se não tiver este documento.

Importante saber diferenciar o registro do casamento e a certidão de casamento. Registro é o ato notarial de anotar a celebração do enlace, em livro próprio. A certidão é a transcrição do registro. Quem sai do Cartório com o documento em mãos está de posse da certidão e não do registro.

O Código Civil prevê, em seu art. 1543, que, em caso de haver falta ou perda do registro civil do casamento, pode-se prová-lo através de qualquer outra espécie de prova. Seria o caso, por exemplo, de um Cartório de Registro Civil que venha a ser incendiado, perdendo-se o Livro de Casamentos. Com base no dispositivo acima mencionado, podem os interessados obter judicialmente a declaração da existência do casamento, fundando-se o magistrado em qualquer meio de prova legalmente admitido (testemunhas e fotografias, por exemplo).

Se, dentro de processo judicial, o julgador tiver provas favoráveis e contrárias à existência do casamento, deverá levar em conta se os cônjuges vivem ou viveram na posse do estado de casados. Se assim verificar, deve decidir pela existência do casamento.

A posse do estado de casados, em não havendo registro, é a maior e melhor prova da celebração do casamento. Trata-se de o casal ter um comportamento social, público e notório, de marido e mulher, assim se tratando reciprocamente. Quem assim se comporta, presumivelmente, encontra-se no estado de casado. Portanto, se perdeu o registro e um casal vive na posse do estado de casados, o juiz deve decidir pela existência do casamento.

GONÇALVES (2014) magistralmente ensina:

Não se trata de conferir o status de casamento a circunstância de mera convivência ou coabitação, ainda que haja filhos, mas de induzir a existência do casamento, que não pode ser provado por certidão do registro em face das aludidas circunstâncias.

Logo adiante, continua o doutrinador a explicar:

Elementos que caracterizam a posse do estado de casados: (a) nomen, indicativo de que a mulher usava o nome do marido; (b) tractatus, de que se tratavam publicamente como marido e mulher; e (c) fama, de que gozavam de reputação de pessoas casadas.

Porém, caso não seja possível o acesso ao registro do casamento, devem os interessados buscar o Poder Judiciário e ali fazer prova da celebração, sendo que a melhor destas provas é a posse do estado de casados.

4.8 Efeitos do casamento

O casamento pode gerar efeitos pessoais, sociais e patrimoniais.

Os efeitos pessoais advêm de ônus a que se submetem ambos os nubentes, em igualdade de condições, a saber: Mútua assistência, onde ambos os cônjuges devem prestar assistência ao outro, em todas as acepções da palavra (financeiramente, moralmente, sexualmente etc).

Fidelidade, considerando-se o casamento como uma forma de regulamentação de relações sexuais. Assim, exige-se dos cônjuges fidelidade para com o outro.

Vida em comum no lar conjugal, pois os cônjuges devem ter um lar, centro da união do casal. Vale ressaltar que não se exige a coabitação (morar necessariamente juntos). Existem vários casos de pessoas que trabalham em cidades diversas e continuam mantendo o casamento, o lar conjugal. Isto é autorizado pelo art. 1569 do CC. O que prevalece e que sustento, guarda e educação dos filhos, são deveres de ambos os cônjuges.

Respeito e consideração mútuos, pois não há discriminação entre os consortes, devendo eles agir com urbanidade.

Além destes deveres, como efeito pessoal há de se ressaltar que os nubentes podem modificar seu sobrenome, a ele acrescentando o patronímico do outro, conforme autorizado pelo § 1º do art. 1565 do Código em estudo.

Os efeitos sociais do casamento são os reflexos da união perante a sociedade. São eles a formação de família legítima, constitucionalmente prevista como a família que advêm de casamento (art. 226 – CF); a criação de parentesco por afinidade, uma vez que, com o casamento, os parentes de um cônjuge passam a ser parentes por afinidade do outro e a emancipação do cônjuge menor, consoante o art. 5º, II do Código Civil. Ademais, tem-se também como um efeito do casamento a constituição do estado civil de casados.

Os efeitos patrimoniais do casamento dependem do regime de bens adotado na união (*vide* capítulo sobre Regime de Bens, abaixo).

Vale ressaltar que o Código Civil, seguindo ditames constitucionais, é categórico em ratificar a igualdade dos cônjuges e a necessidade de colaboração entre eles.

5 REGIME DE BENS

Ao ser celebrado, o casamento, passa a vigorar o regime de bens entre os nubentes. Regime de bens é o conjunto de regras que comandam a vida patrimonial do casal. O regime de bens tem importância no decorrer do casamento no tocante a administração, aquisição e disposição dos bens pelos cônjuges e, principalmente, ao final da união (morte, separação/divórcio).

Existem cinco regimes previstos em nosso Código Civil. São eles o regime da comunhão parcial de bens, o da comunhão universal de bens, o da participação final nos aquestos e os de separação de bens, tanto convencional quanto obrigatória.

Adiante vê-se cada um destes regimentos e suas peculiaridades. Entretanto, algumas regras gerais acerca do regime de bens devem ser ressaltadas:

5.1 Pacto antenupcial

Para escolher o regime de bens, os nubentes devem assinar, em Cartório de Notas um documento chamado pacto antenupcial. Pacto antenupcial é o contrato celebrado entre os nubentes, antes de se casarem, onde estipulam qual o regime de bens irá regular sua união. Quanto à forma, obrigatoriamente, deve ser uma escritura pública, por isso a exigência de assinatura em Cartório, sob pena de nulidade.

É importante frisar que o casal pode optar por um dos regimes previstos no Código Civil ou, a seu gosto, estipular regras próprias, especificamente pensadas por eles. Seria o caso, por exemplo, de um casal fazer um pacto antenupcial estipulando que todos os imóveis adquiridos na constância do casamento ficam para a mulher e todos os demais bens para o homem. Observe-se que em nenhum dos regimes previamente trazidos pelo Código Civil há regras desta natureza. Repita-se, então, que o casal pode, ao fazer um pacto antenupcial, escolher um dos regimes já pré dispostos pelo Código Civil ou criar seu próprio regime. Este é o entendimento do *caput* do art. 1639 do mencionado *codex*.

Ademais, por mais que possam estipular regras próprias, os nubentes não podem traçar cláusulas que contrariem disposição legal. Por exemplo, o casal não

pode convencionar que o regime de bens por eles escolhido não possa ser modificado, por nenhum motivo. Tal disposição contraria o §2º do art. 1639 do CC.

Menores podem assinar pacto antenupcial, desde que contenha a aprovação de seu representante legal, salvo nos casos de Regime de Separação Obrigatória de Bens, que veremos mais adiante.

Para que o pacto antenupcial tenha validade perante a terceiros, deve ser registrado em livro próprio do Cartório de Registro de Imóveis do domicílio dos nubentes.

Não importa a data de assinatura do pacto antenupcial. O regime de bens ali escolhido só começa a vigorar na data do casamento. Daí, conclui-se que pacto antenupcial de casamento que não se realizou é totalmente ineficaz, não tendo nenhum valor para o Direito das Famílias.

Se o casal não fizer o pacto antenupcial, ou se este for nulo, o casamento é regido pelo regime de comunhão parcial de bens, que é o regime legal previsto no Código Civil. Ou seja, na falta de convenção entre os nubentes, a lei escolhe para eles o regime, que é, como dito, a comunhão parcial – veja o art. 1640 do CC. Daí, verifica-se que os nubentes que optam por este regime não precisam fazer pacto antenupcial, bastando assinar um termo dentro do processo de habilitação.

5.2 Mutabilidade do regime de bens

Diferente do que dispunha o Código Civil de 1916, o atual estatuto civil prevê que o regime de bens escolhido pelo casal pode ser modificado durante a união. Portanto, perdeu-se o caráter de imutabilidade do regime de bens, tendo os cônjuges que preencher certos requisitos para conseguir efetivar a modificação devem estar em comum acordo quanto à modificação do regime, dar justa explicação para a intenção de modificar o regime e provar que não estão prejudicando direitos de terceiros (credores, por exemplo).

Tais exigências devem estar comprovadas em pedido dirigido ao Juiz de Direito da comarca onde reside o casal. Para mudar o regime de bens de um casamento não basta assinar novo pacto antenupcial (o que é um contrasenso, pois antenupcial é de antes do casamento) ou, simplesmente, comparecer ao Cartório de Registro Civil. É necessária decisão judicial transitada em julgado, advinda de

processo onde o magistrado verificou o preenchimento dos três requisitos impostos pelo Código Civil.

Muito se questionou, na década passada, se casal que contraiu nupcias antes de 2003 podia alterar seu regime de bens. Mesmo que no início da vigência do atual Código a questão tenha sido controvertida, hoje não mais há dúvidas de que os casais que se uniram antes desta época - quando entrou em vigor o atual Código Civil - podem, desde que preenchidos os requisitos acima mencionados, pleitear em juízo a alteração de seu regime. Tal entendimento é pacificado no TJMG e no STJ.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. **REGIME MATRIMONIAL DE BENS**. MODIFICAÇÃO. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. CONJUGAÇÃO DO ART. 1.639, § 2º, COM O ART. 2.039, AMBOS DO NOVEL DIPLOMA. CABIMENTO EM TESE DA **ALTERAÇÃO DE REGIME DE BENS**. INADMISSIBILIDADE QUE JÁ RESTOU AFASTADA. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. **ALTERAÇÃO** SUBORDINADA À PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS CONSTANTES DO ART. 1.639, § 2º, DO CC/2002. NECESSIDADE DE REMESSA DOS AUTOS ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APRECIAÇÃO DO PEDIDO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO PARA, ADMITIDA A MUDANÇA DE REGIME, COM A REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA DE ORIGEM. QUARTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL 868404 / SC. Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Julgamento: 12/06/2007. Publicação: DJ 06/08/2007 p. 519.

Então, pacífico no Judiciário pátrio que pessoas casadas antes da vigência do atual Código Civil também têm o direito de alterar seu regime de bens, desde que preenchidos os requisitos alhures mencionados.

5.3 Atos que os cônjuges podem praticar livremente

O Código Civil dispõe que, qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem praticar livremente determinados atos. Veja:

Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;

II - administrar os bens próprios;

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

Vale ressaltar que tem legitimidade para propor as ações previstas nos incisos III, IV e V acima transcritos, tanto o cônjuge prejudicado, quanto seus herdeiros. O terceiro que venha a ser prejudicado com decisão nestas ações tem direito de ação regressiva contra o cônjuge que realizou o negócio ou seus herdeiros.

Ademais, podem os cônjuges, independente de autorização um do outro, comprar coisas necessárias para a manutenção do lar conjugal. Podem, até mesmo, adquirir empréstimo para tal finalidade. Frise-se que as dívidas contraídas para este fim, mesmo que tenham partido de um só dos cônjuges, obrigam tanto marido quanto mulher, solidariamente, independente do regime de bens que lhes regem.

5.4 Atos que o cônjuge não pode praticar sem autorização do outro:

Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Trata-se de artigo autoexplicativo, mas vale a pena frisar que está excetuado o regime de separação de bens. Tal regra se aplica somente aos regimes de comunhão parcial, comunhão universal e participação final nos aquestos.

Caso a recusa do cônjuge em conceder a autorização seja injustificada (ou o cônjuge não está em condições de se manifestar), o cônjuge interessado pode buscar referendo judicial para realizar o negócio jurídico. Trata-se do suprimimento judicial da outorga.

Porém, se o cônjuge interessado realizar o negócio sem a outorga ou o suprimimento judicial, o ato é anulável, podendo sofrer ação de anulação até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal. A legitimidade ativa para intentar tal ação é do cônjuge prejudicado ou seus herdeiros.

5.5 Regimes de bens previstos no código civil brasileiro

O momento da escolha do regime de bens a ser adotado no casamento ou na união estável é, em muitos casos, marcado por dúvidas e incertezas do futuro casal.

Na verdade, entende-se que não existe um regime que, por si só, possa ser considerado melhor do que os demais, independentemente da análise do contexto social e econômico no qual se insere o casal.

5.5.1 Regime da separação obrigatória de bens

Embora a regra seja de que os nubentes podem livremente escolher as regras que regem patrimonialmente sua união, há três situações, previstas pelo art. 1641 do Código Civil, onde, obrigatoriamente, o regime é o de Separação Obrigatória de Bens.

Tais situações são: 1) O casamento envolvendo pessoa que inobservou as recomendações do art. 1523 do Código Civil, ou seja, casamento com incidência de causa suspensiva. Vale, aqui, como exemplo, a viúva que tem filhos do falecido e ainda não procedeu ao inventário dos bens por ele deixados. 2) O casamento envolvendo pessoa com mais de 70 anos de idade. 3) O casamento envolvendo pessoa que dependeu de suprimento (autorização) judicial para se casar. Ou seja, menores entre 16 e 18 anos que não tiveram autorização dos representantes para se casarem; menores abaixo de 16 anos (em caso de gravidez) que, mesmo com a autorização dos representantes tem que obter suprimento judicial.

5.5.2 Regime de comunhão parcial de bens

Relembrando que este é o regime legal, previsto pelo Código Civil, ou seja, se o casal não optar por nenhum regime, valem as regras da comunhão parcial. No regime de comunhão parcial de bens, comunicam-se os bens adquiridos na constância do casamento. Tais bens são chamados de aquestos.

Embora a regra seja de que todos os aquestos se comunicam, ou sejam, todos os bens adquiridos durante o casamento são divididos em partes iguais entre o casal, existem exceções. Portanto, por mais que tenham sido adquiridos durante o

casamento, alguns bens são exclusivamente de um dos cônjuges, não sendo divididos com o outro. Veja:

Art. 1.659 – CC: Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;

Tais incisos dizem que os bens e valores que o cônjuge já possuía antes do casamento, bem como os adquiridos por doação ou herança, no decorrer do casamento, não se comunicam. Ou seja, são exclusivos do cônjuge, sem ter o outro consorte direito a metade dos mesmos. Tal incomunicabilidade também se transfere aos bens sub-rogados em lugar dos acima mencionados. Por exemplo: João tem uma casa desde antes do casamento. No decorrer do casamento, vendeu aquela casa e comprou outra, com o produto do negócio. A incomunicabilidade da casa original se transfere para a casa adquirida em substituição.

Importante mencionar que, ao se fazer o negócio, deve-se, expressamente, mencionar a sub-rogação, ou seja, que aquele bem está sendo adquirido com o produto da venda ou troca de bem incomunicável, sob pena de se correr o risco de não conseguir, futuramente, fazer prova cabal da subrogação: “III - as obrigações anteriores ao casamento; IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal”;

As dívidas contraídas por um dos cônjuges, em regra, se comunicam com o outro. Ou seja, há responsabilidade solidária entre eles. Todavia, se, se tratar de dívida contraída antes do casamento não há comunicação, arcando o cônjuge devedor sozinho com a mesma. Tal incomunicabilidade se aplica, também, a dívidas provenientes de negócios ilícitos, mesmo que durante o casamento, salvo se for para proveito do casal: “V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes”.

Tratam-se de bens especificamente pessoais, que o Código Civil preferiu que não sejam partilhados entre os cônjuges. Portanto, são incomunicáveis. Vale frisar que o salário aqui mencionado é o salário propriamente dito, não se transferindo a incomunicabilidade aos bens adquiridos com tal valor.

A título de esclarecimento, vale dizer que pensão é quantia recebida periodicamente decorrente de lei, decisão judicial, acordo ou disposição de última vontade; meio-soldo é pensão devida aos herdeiros dos Oficiais transferidos para a inatividade, concedida em função do posto por ele atingido e do seu tempo de serviço; montepío é a pensão paga pelo Estado aos herdeiros de servidor público, quando de sua morte.

Também são incomunicáveis os bens cuja aquisição se dê por causa anterior ao casamento. Exemplo: - indenização recebida durante o casamento, mas proveniente de ato que ocorreu antes da união.

No regime da comunhão parcial de bens se comunicam:

- a) os bens adquiridos na constância do casamento, mesmo que em nome de um só dos cônjuges, desde que não tenham sido em sub-rogação a bens incomunicáveis (como visto acima).
- b) os bens adquiridos por fato eventual, como loterias, rifas, bingos, sorteios etc.
- c) os bens adquiridos por doação, herança ou legado expressamente em favor de ambos os cônjuges.
- d) as benfeitorias nos bens particulares de cada cônjuge, advindas no decorrer do casamento (bens particulares são aqueles que não são aquestos).
- e) frutos dos bens comuns (aquestos) ou particulares, percebidos durante o casamento ou pendentes ao tempo da dissolução. Exemplos: aluguéis, juros, semoventes, plantações etc.

Segundo o art. 1662 – CC, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior. Portanto, salvo prova que foram adquiridos em data anterior ao casamento, os móveis serão divididos em partes iguais entre os cônjuges.

Quanto às dívidas contraídas em um casamento sob o regime de comunhão parcial de bens, diz o Código Civil que: a) São arcadas pelos bens particulares e pelos bens comuns, na proporção da vantagem obtida por cada cônjuge. b) São arcadas pelos bens comuns se forem contraídas em benefício da família. Ex.: compras de supermercado, móveis etc. c) São arcadas pelos bens particulares do cônjuge devedor se contraídas para administração ou benefício dos mesmos. Ex.: Reforma do veículo que o marido possuía ao se casar.

5.5.3 Regime de comunhão universal de bens

Repita-se que, para o casal adotar este regime, há que ser feito pacto antenupcial. Regime de comunhão universal de bens é aquele em que se comunicam (ou seja, ao final do casamento são divididos em partes iguais) tanto os aquestos quanto os bens que cada um possuía antes da união.

Todavia, são excluídos da comunhão (art. 1668 – CC): “Os bens doados ou herdados com cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar”.

Ao contrário da comunhão parcial, vista no tópico anterior, os bens adquiridos, neste regime, por doação ou herança, se comunicam. Exceto se o contrato de doação ou testamento estipular, expressamente, a incomunicabilidade. Assim, entende-se que a regra, na comunhão universal, é que bens doados/herdados e os sub-rogados em seu lugar se comunicam, exceto expressa disposição em contrário nos instrumentos do negócio. Enquanto os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, apenas, antes de realizada a condição suspensiva;

Esclareça-se que fideicomisso é uma forma excepcional de nomeação sucessiva de herdeiros ou legatários. É regulada no Código Civil do art. 1.951 ao 1.960, e pressupõe a existência de três partes – o fideicomitente, o fiduciário e o fideicomissário. Exemplo prático desta relação pode ser visto no Anexo VII deste trabalho.

Em suma, se o fiduciário é casado no regime de comunhão universal, os bens gravados de fideicomisso não se comunicam – até porque ele só tem a propriedade resolúvel. Diga-se, também, que se o fideicomissário for casado no regime em estudo, e ainda não se verificou a condição suspensiva, não se comunicam os bens fideicometidos – até porque ele ainda não é proprietário. Caso o fideicomissário venha a morrer antes do fiduciário, a propriedade se torna plena para este, passando a se comunicar o bem. Também passará a se comunicar o bem quando ocorrer a condição suspensiva, adquirindo o fideicomissário a propriedade plena. E as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

Na comunhão universal, as dívidas que cada cônjuge possuía ao se casar não se comunicam com o outro cônjuge, exceto se foram contraídas com os preparativos do casamento ou em proveito comum. Exemplos: dívidas assumidas pelo marido com um pacote turístico quando viajaram juntos e eram solteiros; dívidas contraídas pela mulher quando contratou o serviço de ornamentação da cerimônia do casamento.

Frise-se que se o cônjuge, quando solteiro, contraiu dívidas em proveito próprio, somente seus bens respondem pela mesma, não havendo comunicação com o outro consorte. Exemplo: viagem para a Europa, onde a esposa, à época solteira, foi sozinha com um grupo de amigas.

Se já houve o casamento, qualquer dívida contraída por um dos cônjuges (em proveito próprio ou exclusivo) é comunicável, respondendo os dois, em iguais proporções, pelo seu adimplemento.

As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;
Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659, a saber: **V** - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; **VI** - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; **VII** - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Ressalte-se que, embora todos os bens contidos no artigo 1668 do CC não se comuniquem, se os mesmos gerarem frutos que se percebam ou vençam durante o casamento, eles são comunicáveis. Exemplo: A esposa recebeu em doação com cláusula de incomunicabilidade uma loja comercial. Esta loja é incomunicável (art. 1668, I – CC). Todavia, se esta loja for alugada a um terceiro, o valor do aluguel percebido/vencido durante o casamento se comunica entre os cônjuges, ou seja, deve ser partilhado em partes iguais.

5.5.4 Regime de participação final nos aquestos

Trata-se de mais um regime que exige o pacto antenupcial. Trata-se de regramento inovador, criado pelo Código Civil que entrou em vigor em 2003. Tal regime mescla disposições do regime de comunhão parcial com normas do regime de separação total de bens.

Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a Título oneroso, na constância do casamento.

Ao se interpretar o dispositivo acima transcrito, temos que durante o casamento incidem as regras da separação total de bens e, quando da dissolução, aplica-se a comunhão parcial de bens. Ou seja: durante o casamento, cada cônjuge

possui patrimônio próprio, com exclusiva administração de seus bens; quando da dissolução da sociedade conjugal, cada cônjuge terá direito ao correspondente à metade dos bens adquiridos onerosamente durante a união.

Neste regime, o cônjuge pode, livremente, dispor de seus bens móveis, mas depende de autorização do outro para dispor de bens imóveis. O Código Civil assim prevê: "Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares".

Percebe-se que cada cônjuge, neste regime, tem expectativa de direito à meação, que só se concretiza quando da dissolução da sociedade conjugal. O direito à meação é irrenunciável, não pode ser cedido ou penhorado na vigência do regime matrimonial.

As dívidas contraídas durante o casamento por um dos cônjuges a ele o tocamos, exceto se houver prova de que reverteram em favor do outro cônjuge.

Os móveis, em face de terceiros (um processo de execução, por exemplo), presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro. Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens (Arts.1680 e 1681 – CC).

Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge (Art. 1678 – CC).

Lembrando-se, sempre, que aquestos são os bens adquiridos durante o casamento, a título oneroso. Não entram nessa classe os bens de antes do casamento, assim como os recebidos por doação/herança.

No anexo I pode ser vista uma explanação, em caso concreto, de como se dá a incidência deste incomum regime.

5.5.5 Regime de separação convencional de bens

Ao estudar este regime, há que se fazer uma subdivisão entre a separação convencional - escolhida pelo casal - e a separação obrigatória ou legal, imposta pelo Código Civil, já visto acima.

Caso o casal tenha escolhido, optado por se casar no regime de separação total de bens, deve fazer pacto antenupcial. Em se tratando de Separação obrigatória de bens (casos do art. 1641 – CC), não há a exigência do pacto antenupcial, tendo em vista que o casal não está convencionando e, sim, sendo obrigado a contrair tal regime.

Em ambos os casos, cada cônjuge tem administração exclusiva de seus bens (móveis ou imóveis), podendo livremente gravá-los de ônus real ou aliená-los. Quando da dissolução da sociedade conjugal, cada consorte retira seu patrimônio, sem haver qualquer comunicabilidade.

Ressalte-se que os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial. (Art. 1688 – CC).

Há que se falar que durante a vigência do Código Civil de 1916 foi editada a Sumula 377 do Supremo Tribunal Federal, com o seguinte teor: “No regime da separação obrigatória de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”

Discute-se na doutrina se, com o advento do atual Código, a Súmula continua em vigor. A mais acertada corrente parece ser aquela defendida por CAHALI (2011), em atualização à obra de ALMEIDA E RODRIGUES (2012), que entende não haver mais razão de se manter a disposição da Súmula, tendo em vista que ela fora criada em virtude do art. 259 do antigo Diploma, não mais existente em nosso ordenamento. Portanto, a separação obrigatória de bens configura um regime de efetiva separação de bens. Leve-se em conta que, caso um dos cônjuges unidos pelo regime da separação obrigatória de bens, tenha efetivamente contribuído com a aquisição dos bens, fazendo a prova do esforço comum, terá direito à participação sobre eles.

6 FORMAS DE DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Depois da EC 66/2010, não mais persiste na legislação brasileira o sistema dualista de término do casamento, que consistia na prévia dissolução da sociedade conjugal e só, posteriormente, adivinha a dissolução do vínculo matrimonial. O fim do casamento passou a depender unicamente da vontade do casal, sem a obrigatoriedade de se provar a culpa ou o cumprimento de requisitos objetivos.

6.1 Recentes mudanças no sistema brasileiro

Há um divisor legal quando o assunto é o término da sociedade conjugal no Brasil. Antes da Emenda Constitucional n. 66 de 2010, o regramento era o seguinte: dissolvia-se a sociedade conjugal pela Separação Judicial e o casamento pelo Divórcio.

Explica-se: quando duas pessoas se casam, entre elas é estabelecido um vínculo matrimonial e uma sociedade conjugal. O primeiro é a união propriamente dita, o casamento em si. Já a sociedade conjugal é o conjunto de efeitos que o casamento gera, tais como incidência de regime de bens e dever de fidelidade.

Ao se tratar das formas de dissolução do casamento, antes da Emenda 66/10, deve-se atentar a esta diferença, uma vez que o sistema adotado no Brasil previa ações para dissolver somente a sociedade conjugal e outras para dissolver o casamento propriamente dito (vínculo matrimonial).

Em outras palavras, imagine um casal que resolve terminar sua união, por incompatibilidade de gênios. De acordo com o Código Civil, em redação anterior à Emenda 66/10, inicialmente eles deveriam pleitear a dissolução da sociedade conjugal, propondo Ação de Separação Judicial. Com tal ação, cessaria o regime de bens, o dever de fidelidade, a vida em comum no lar conjugal e todos os demais efeitos do casamento. Todavia, o casamento propriamente dito não era extinto. Para tanto, precisaria ser ajuizada, a partir de um ano após a decretação da separação, Ação de Divórcio. Somente com a sentença nesta última ação é que o casal poderia contrair novas núpcias, tendo o casamento como extinto.

O Código Civil prevê várias formas de extinção da sociedade conjugal, em seu art. 1571. Vale ressaltar que a maioria de tais eventos tem força de extinguir, também e concomitantemente, o casamento. Exemplo disto é a morte de um dos

cônjuges. Com ela, encerra-se a sociedade conjugal e, simultaneamente, o casamento. Não se podia dizer o mesmo da separação, como já dito. Esta colocava fim à sociedade conjugal, mas não ao casamento. Adiante, a propósito, tratar-se-á da extinção da separação ou não, pela Emenda 66/10.

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
I - pela morte de um dos cônjuges;
II – pela nulidade ou anulação do casamento;
III - pela separação judicial;
IV - pelo divórcio.

O Anexo II do presente trabalho apresenta, de forma tabulada, os meios de dissolução do casamento e da sociedade conjugal.

6.1.1 Separação antes da emenda constitucional 66/10.

Como dito, a Separação colocava fim à sociedade conjugal, aos efeitos do casamento e não ao matrimônio. Ambos os cônjuges – ou qualquer um deles, isoladamente – poderia pleitear a decretação da separação, explicando os motivos que o levaram a tal decisão.

O Código Civil, de encontro às atuais correntes familiaristas, prevê motivos para se terminar uma união e, assim, requerer a Separação:

Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:
I – adultério;
II - tentativa de morte;
III - sevícia ou injúria grave;
IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;
V - condenação por crime infamante;
VI - conduta desonrosa.

Frise-se que se trata de rol exemplificativo, sendo que qualquer motivo que torne insuportável a vida em comum deve ser levado em conta pelo magistrado, decretando-se, assim, a ruptura da vida em comum.

Alguns doutrinadores defendem que não há que se falar em culpa, quando da decretação de uma separação judicial. Entendem eles que a simples incompatibilidade de gênios e/ou desamor entre o casal já é forte para que se dissolva a sociedade. O Superior Tribunal de Justiça vem abraçando tal corrente, a saber:

“SEPARAÇÃO JUDICIAL – PEDIDO INTENTADO COM BASE NA CULPA EXCLUSIVA DO CÔNJUGE MULHER – DECISÃO QUE ACOLHE A PRETENSÃO EM FACE DA INSUPORTABILIDADE DA VIDA EM COMUM, INDEPENDENTEMENTE DA VERIFICAÇÃO DA CULPA EM RELAÇÃO A AMBOS OS LITIGANTES – ADMISSIBILIDADE. A despeito de o pedido inicial atribuir culpa exclusiva à ré e de inexistir reconvenção, ainda que não comprovada tal culpabilidade, é possível ao Julgador levar em consideração outros fatos que tornem evidente a insustentabilidade da vida em comum e, diante disso, decretar a separação judicial do casal. Hipótese em que a decretação da separação judicial não surtem consequências jurídicas relevantes. Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados” (STJ, EREsp 466.329/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 14/09/2005, DJ 01/02/2006, p. 427).

Com efeito, a averiguação da culpa em sede de separação só tem lugar em dois momentos: perda do direito de usar o nome do cônjuge inocente (art. 1578 CC) e perda do direito a alimentos (art. 1704 CC). Ressalte-se que a culpa ou não pela separação em nada interfere na divisão de bens do casal.

O ordenamento brasileiro previa, desde a Lei 6515/77, dois tipos de Separação: - consensual ou litigiosa.

A separação consensual era aquela pedida por ambos os cônjuges, em comum acordo. Os dois eram autores da ação, não havendo litígio entre eles.

Sobre a separação consensual, veja algumas observações:

a) Não é exigida a partilha de bens. O casal pode, simplesmente, se separar e deixar a partilha de bens para a ação de divórcio ou uma ação própria, no tempo que julgar oportuno.

O fato de não precisar, na separação, fazer a partilha, não quer dizer que o regime de bens continua vigorando. Como visto, a separação extingue a sociedade conjugal. Assim, os bens a serem partilhados, mesmo que em ação futura, são aqueles que existiam até o momento da separação, tão somente.

b) O casal deve levar ao juiz sua composição acerca da guarda de filhos menores e alimentos, bem como direito de visitas.

c) Caso não haja filhos menores, o casal pode fazer sua separação consensual em Cartório de Notas, acompanhado de advogado, conforme autoriza a Lei 11.441/07.

d) Casal que tenha contraído matrimônio há menos de um ano não podia se separar consensualmente (art. 1574 CC).

e) O juiz podia recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurasse que a convenção não preservava suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges. (Art.1574 CC – parágrafo único).

Já a separação litigiosa, caracterizada pela lide entre o casal, não podia ser feita em cartório. Não se exigia, também, a partilha de bens – que pode ser feita em ação própria -, mas o magistrado devia decidir acerca da guarda, visitas e alimentos aos filhos menores e, eventualmente, entre os ex-cônjuges.

Podia haver, no curso do processo, conversão da separação litigiosa em consensual. A recíproca, entretanto, não é verdadeira: não era possível conversão de separação consensual em litigiosa. Portanto, casal que, no início, estava em consenso e, no decorrer do processo, expressava litígio, devia desistir da ação de separação consensual e propor nova ação, litigiosamente.

Com base no disposto no art. 1572 do Código Civil, a doutrina assim classificou as espécies de separação litigiosa:

* **Separação Sanção:** decretada por culpa de um dos cônjuges, que violou os deveres do casamento (art. 1566) e, assim, tornou a vida em comum insuportável. Como sanção a seus atos, tem-se o fim da sociedade conjugal. Exemplos: adultério, maus tratos, sevícia, tentativa de morte.

***Separação Remédio:** decretada quando algum dos cônjuges está acometido por doença mental grave. Requisitos para concessão desta separação:

a) a doença mental tem que ser grave e ter se manifestado após a celebração do casamento.

b) a doença tem que ter tornado a vida em comum insuportável.

c) deve haver laudo médico, após dois anos do surgimento da doença, dando conta de que a mesma é de cura improvável.

***Separação Falência:** decretada quando um dos cônjuges comprova a ruptura da vida em comum há mais de um ano, sendo irrelevante o motivo. Não há discussão de culpa, tendo em vista o já gritante caráter de falência do casamento.

Importante frisar que, decretada a separação, consensual ou litigiosamente, o casal que se reconciliasse somente necessitava comunicar o fato ao juiz/cartório e tinha a sociedade conjugal como retomada.

6.1.2 Separação após da emenda constitucional 66/10.

O parágrafo 6º do artigo 226 da Constituição da República, antes da referida Emenda, tinha a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo

divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

A partir de 2010, com a Emenda Constitucional, a redação ficou da seguinte forma: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Curiosamente, observe-se que a Emenda não acrescentou e, sim, suprimiu dizeres da redação original do referido parágrafo. Assim, a partir daquele momento, deixou de se exigir, no Brasil, Separação Judicial ou separação fática para se obter o Divórcio.

A questão passou a ser: deixou de ser exigida a Separação ou a mesma foi totalmente abolida do ordenamento jurídico, deixando de existir em solo brasileiro?

Embora já tenham se passado quatro anos da promulgação da Emenda, o assunto tem provocado grandes controvérsias entre os operadores jurídicos. Na verdade, a discussão agora parece ser maior do que quando do advento da nova norma. Num primeiro momento, parecia ter-se certeza da extinção da separação de direito. Tal corrente é defendida, principalmente, por civilistas, que entendem que há revogação, pela Constituição, de toda a legislação ordinária que regulava o procedimento da separação.

Assim sendo, se um casal estiver rompido, ou se separa de fato ou se divorcia, e caso queiram retomar a sociedade conjugal após esta última opção, somente o podem fazer após se casarem novamente.

Mais maleáveis, os constitucionalistas e estudiosos da Teoria do Direito vem entendendo cada vez mais ser possível o ajuizamento da Separação Judicial ou sua lavratura em Cartório de Notas.

No caso concreto, resta saber se houve revogação do Código Civil e da Lei 11.441, na parte referente à separação legal, pela superveniência da emenda constitucional, o que exige do intérprete aprofundado exame sobre a compatibilidade da norma anterior com o preceito constitucional.

Ao menos do ponto de vista estritamente formal, é evidente que a supressão decorrente da EC 66 refere-se apenas aos requisitos para o divórcio (prévia separação judicial por mais de um ano ou comprovada separação de fato por mais de dois anos), e não à existência de um procedimento (judicial ou extrajudicial) para dissolução da sociedade conjugal.

Identifica-se, de logo, um conflito ou contradição da Constituição com a lei ordinária, no que se refere aos requisitos de prazo para a decretação do divórcio.

Entretanto, o conflito acaba aí. Restringe-se a esse aspecto, não alcançando a própria existência de um procedimento autônomo para a dissolução da sociedade conjugal, nas hipóteses em que os cônjuges ainda não estão completamente seguros de sua decisão ou quando tencionarem discutir outras questões *alatre* do rompimento, como aquelas relacionadas à culpa e aos alimentos.

Observe-se que as Constituições brasileiras jamais, em tempo algum, disciplinaram, albergaram, tutelaram expressamente, o processo de separação legal, que sempre foi matéria de lei ordinária.

A Carta de 1824 sequer menciona o casamento ou sua dissolução. A CF/1891 se limita a enfatizar que a “República só reconhece o casamento civil, cuja celebração é gratuita” (art. 72, § 4.º).

A Constituição de 1934 remete a questão para a lei ordinária: “Art. 144-A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Parágrafo único. A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso ex officio, com efeito suspensivo”.

A Carta Polaca (1937) suprimiu a referência ao desquite e a anulação do casamento, limitando-se a reafirmar a indissolubilidade do vínculo: “Art. 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos”.

A Constituição de 1946 manteve a supressão e reafirmou a indissolubilidade: “Art. 163. A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado”.

A Constituição de 1967/1969 também não mencionou o desquite. Apenas com a Emenda Constitucional nº 9, de 1977, a separação judicial (antigo desquite) volta a ser mencionada na Constituição, agora como um requisito para o divórcio: “Art. 175 [...] § 1.º O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”.

Tanto as Constituições de 1967/1969, como a de 1988, mencionaram a separação apenas quando quiseram restringir ou dificultar o divórcio, elegendo-a como um requisito, como um pressuposto, um condicionante prévio.

Ora, se a Constituição não disciplinava, nem sequer se referia à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal (referindo-se apenas ora à indissolubilidade, ora à dissolução do casamento), pode-se concluir que tal procedimento desapareceu

com a promulgação da emenda 66? Pode a emenda haver “suprimido” aquilo que a Constituição não disciplinava? Entende-se, neste trabalho, que não.

O raciocínio contrário nos leva à conclusão, surreal, de que também a “separação de fato”, ela própria, objeto principal deste estudo, tem sido suprimida pela alteração constitucional, uma vez que era mencionada, com a separação legal, e agora não o é mais.

Não olvida a possibilidade de um conflito implícito e virtual, sempre que exista uma incompatibilidade absoluta, não entre os textos normativos em sua literalidade, mas entre os princípios e valores subjacentes aos dispositivos normativos. Tampouco sob esse prisma vislumbramos um conflito ou contradição que imponha o afastamento total do procedimento da separação legal. Que valores ou princípios estariam em colisão? A Constituição emendada reafirma o princípio da dissolubilidade do casamento pelo divórcio, expurgando, isso sim, qualquer óbice que se pudesse opor à máxima efetividade e otimização desse princípio. Mas esse princípio não colide com a manutenção de um sistema dualista que permita, por um lado, a dissolução do casamento pelo divórcio, sem delongas, sem empecilhos formais ou materiais; e, por outro, a dissolução apenas da sociedade conjugal, desde que tal procedimento não seja colocado como um requisito, uma barreira, um freio ou mesmo um redutor do princípio da dissolubilidade.

Ou seja, um casal que se encontra rompido pode ajuizar a Separação Judicial, colocar fim à sociedade conjugal e, permanecendo o intento de se romperem, a converterem em Divórcio. Havendo reconciliação, não precisam se casar novamente, bastando requerer o restabelecimento da sociedade conjugal.

Assim, no tocante aos dispositivos de lei ordinária que estabeleçam prazos ou requisitos para o divórcio, parecem inquestionáveis tanto o conflito com a regra, como a colisão com o princípio da dissolubilidade do casamento, impondo-se o afastamento da lei ordinária, não subsistindo mais qualquer pré-requisito temporal para decretação do divórcio. A Constituição é clara: o casamento se dissolve pelo divórcio, independentemente de qualquer requisito ou condição preestabelecida na lei. Não havendo a Carta Magna estabelecido requisitos temporais (ou os havendo suprimido), não é mais lícito à lei ordinária estabelecê-los.

Os atributos da supremacia e da força normativa da Constituição têm como consequência direta a derrogação do caput e do § 2.º do art. 1.580 do Código Civil, na parte referente ao prazo de separação judicial, nos casos de divórcio por

conversão; e ao prazo de separação de fato, no divórcio direto. A partir de agora, entende-se possível o divórcio por conversão, independentemente do prazo de separação legal, bem como o divórcio direto, independentemente do prazo de separação de fato.

Pelas mesmas, entende-se derogados o § 1.º do art. 1.572 e o caput do art. 1.574 do CC, no que tange aos prazos de um ano de ruptura da vida em comum ou mais de um ano de casamento, para propositura da ação de separação judicial litigiosa ou consensual. Ora, se para a dissolução do casamento, que constitui fato de maior relevância para o Direito das Famílias, não se exige mais qualquer requisito temporal, é uma contradição exigí-lo para a dissolução da sociedade conjugal. Aqui vale o velho adágio de que “quem pode o mais pode o menos”.

No tocante à Lei 11.441/2007, alteração alguma se verificou, uma vez que o art. 1.124-A do CPC apenas remete aos prazos previstos na lei substantiva (observados os requisitos legais quanto aos prazos). Se foi suprimido os requisitos de prazo, implica dizer que o divórcio extrajudicial pode ser decretado independentemente de comprovação de período anterior de separação, quer de fato ou de direito, e que a separação extrajudicial também não se vincula a qualquer tipo de prazo.

Todavia, no que tange à possibilidade de dissolução da sociedade conjugal pela separação judicial ou extrajudicial, como opção do casal, não se vislumbra qualquer conflito de regras ou colisão de princípios entre a legislação ordinária e a ordem constitucional superveniente, advinda a partir da EC 66.

Como dito alhures, nada obsta que o casal, pelas mais variadas razões, opte, em manifestação de vontade autônoma, espontânea, livre e consciente, por postular a separação de direito, e não o divórcio. Trata-se de situação que, no futuro, talvez se torne rara, difícil de ocorrer na prática, mas que existe por previsão legislativa expressa, e, enquanto vigentes o Código Civil de 2002 e o Código de Processo Civil, com as alterações da Lei 11.441/2007, não pode ser obstada, quer pelo juiz, muito menos pelo tabelião, os quais, se assim o fizerem, estarão atuando *contra legem*.

Uma vez decretada à separação, é perfeitamente possível a sua conversão em divórcio, tal como previsto no art. 1.580 do CC/2002, dispensando-se, apenas, o requisito temporal.

Ressalte-se, enfim, que essa solução que se está a propor, e que se pode chamar de “dualista opcional”, não constitui novidade alguma no direito comparado.

Em Portugal, por exemplo, existe a previsão de divórcio e de separação judicial como procedimentos autônomos, podendo o casal optar por um ou por outro (art. 1.795º). O Código Civil português admite a conversão da separação em divórcio e enaltece a possibilidade de reconciliação como traço distintivo entre ambos. Destaque-se que esse sistema dualista foi mantido mesmo após a edição Lei 61, de 31.10.2008, que alterou os dispositivos do Código Civil referentes ao divórcio. Ou seja, os portugueses, na reformulação que fizeram no divórcio, mantiveram a separação judicial.

O sistema dualista opcional, que emerge da EC 66, harmoniza-se com o princípio da liberdade familiar, de fundo constitucional, na medida em que possibilita aos cônjuges a escolha entre dissolver logo o casamento, ou dissolver apenas a sociedade conjugal, por razões de conveniência pessoal, aí incluídas as questões religiosas e outras de foro íntimo, nas quais o direito não deve se imiscuir.

Essa, portanto, foi a grande revolução da EC 66, e que merece, sem dúvida, ser comemorada. Possibilitar aos cônjuges o livre exercício de sua autonomia privada, optando entre a separação e o divórcio, sem ter que se submeter aos requisitos temporais pretéritos.

Assim, no sistema atualmente em vigor, quem contrair matrimônio hoje, e pretender romper a relação casamentária amanhã, poderá fazê-lo livremente, elegendo uma entre as duas alternativas possíveis: (i) dissolução simultânea do vínculo matrimonial e da sociedade conjugal pelo divórcio, ou (ii) dissolução apenas da sociedade conjugal pela separação legal.

Em ambos os casos, podem os cônjuges, igualmente, escolher entre valer-se ou não das vias judiciais, desde que inexistam filhos menores e o rompimento seja consensual.

Registre-se, por derradeiro, que estas terminações parecem coincidir com a manifestação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, que no Pedido de Providências n.º 0005060-32.2010.2.00.0000, deliberou pela alteração da Resolução nº 35, no sentido de adaptá-la à EC 66, mantendo, expressamente, a possibilidade de lavratura de escrituras de separação extrajudicial, suprimindo, tão somente, os requisitos temporais. Neste sentido, vale conhecer a íntegra do voto de Sua Excelência, o Conselheiro Nacional de Justiça Jefferson Kravchychyn, transcrito no Anexo VIII deste trabalho.

6.2 Tipos procedimentais de separação e divórcio no Brasil

Então, nesta dissertação, defende-se que no ordenamento jurídico brasileiro existem as seguintes ações/procedimentos acerca de dissolução de casamento/sociedade conjugal: Separação Judicial Consensual, quando o casal quer colocar fim à sociedade conjugal, mas ainda não quer se divorciar; Separação Judicial Litigiosa, quando há litígio, mas ainda não querem por termo ao casamento, somente à sociedade conjugal; Divórcio Consensual, quando o casal, consensualmente, quer por fim ao casamento, mesmo sem ter havido separação; e Divórcio Litigioso, quando o casal, em litígio, quer terminar o casamento, mesmo sem ter havido Separação prévia.

Lembrando-se sempre que o Ministério Público, caso haja interesse de incapazes, participa do feito, conforme determinar art. 82 do Código de Processo Civil, consoante lembra ALVES (2003).

6.3 Custos e entraves dos procedimentos de divórcio no Brasil

As despesas processuais são o principal fator que leva os casais a optarem pela separação de fato em vez de divórcio ou separação de direito.

No processo é praticado uma série de atos, quer sejam pelas partes, quer sejam pelo juiz e auxiliares. Os atos praticados por estes últimos envolvem custos e despesas, que devem ser atribuídos a alguém. Em princípio a Justiça devia ser gratuita. Esta é sem dúvida a Justiça ideal, tendo em vista o escopo da jurisdição, como função estatal substitutiva de realização da ordem jurídica e apaziguadora dos conflitos na sociedade. Tradicionalmente, no entanto, assim não ocorre. No ordenamento jurídico pátrio a prestação da tutela jurisdicional é serviço público remunerado.

Em princípio, cabe às partes o ônus de arcar com as despesas pertinentes aos serviços que o Estado nessa qualidade substitutiva lhes presta. A Constituição, todavia, assegura a gratuidade da justiça a aquele, que não se ache em condições de arcar com as despesas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 5º, LXXIV, da CF). Também no ordenamento infraconstitucional, a Lei 1.060/50, assegura aos necessitados o benefício da assistência judiciária. Tirante

estes casos, permanece a regra de que as partes arcam com o ônus financeiro do processo.

O art. 19 do Código de Processo Civil trata das chamadas despesas processuais. O dispositivo abrange os gastos com o processo, excetuando os honorários advocatícios que, por não constituírem despesas, são tratados especialmente no art. 20 do referido diploma.

O termo *despesas* ali empregado tem um alcance amplo, posto compreender todos os gastos que se fizer necessário para o processo, sejam os havidos com atos necessários ao ajuizamento da demanda, sejam os havidos para a realização dos atos no processo, sejam, ainda, aqueles gastos efetuados pertinentemente a outro processo de cunho preparatório e necessário. São, pois, todos os gastos necessários e despendidos com o processo e para o processo.

O conceito de despesas processuais abrange as custas judiciais, os honorários periciais, as custas periciais, as multas cominadas às partes, as despesas com oficial de justiça, a indenização, diárias e condução das testemunhas, remuneração de assistentes técnicos etc... As despesas são o gênero, de que as custas são espécie.

O conceito de custas, por seu turno, compreende aquela parte das despesas relativas à formação, propulsão e terminação do processo, que se acham taxadas por lei. As custas abrangem aquelas verbas destinadas ao erário público e aos serventuários, em razão da prática de atos processuais, e têm natureza de tributo.

Seguindo os passos da doutrina, cumpre realçar que as multas constituem penalidades impostas a aqueles que, no curso do processo, praticam atividades ilícitas em prejuízo da parte contrária ou da finalidade do processo, e não despesas processuais, se bem que na sua aplicação estejam contidas nas custas.

No que diz respeito à forma de pagamento e o valor das custas, compete aos Regimentos de Custas, estabelecidos por leis estaduais, para a Justiça Estadual e por leis federais para a Justiça Federal e Justiças Especiais da União, discipliná-los.

O Código de Processo Civil disciplina quem responde pelas custas e demais despesas processuais. No art. 19 do referido diploma, com efeito, encontra-se expresso o ônus processual de cada parte de efetuar o pagamento antecipado dos

atos realizados ou requeridos no processo. Enquanto o parágrafo primeiro, do mesmo artigo, dispõe que o pagamento do disciplinado no *caput* deve ser feito por ocasião de cada ato processual. Mas, o pagamento não precisa ser necessariamente fracionado. As despesas ordinárias do processo podem ser adiantadas através de um único pagamento, por ocasião do ingresso da petição inicial, conforme disponha o regimento de custas e o pagamento de despesas extraordinárias em seus devidos momentos, conforme se façam necessários atos especiais, tais como o de realização de perícia etc.

Ao autor compete, ademais, nos termos do parágrafo segundo, do art. 19 do CPC, desde logo antecipar as despesas relativas aos atos, cuja realização seja determinada pelo juiz, de ofício ou requerimento do Ministério Público, bem como efetuar o referido preparo inicial, tão logo ajuizada a ação ou, no mais tardar, até trinta dias contados da data da entrada. (art. 257, CPC).

A omissão no pagamento adiantado das despesas processuais respectivas acarreta a não realização do ato requerido. Assim, por exemplo, requerida a oitiva de testemunha e não depositada a verba necessária para a intimação da mesma, a diligência não é efetivada, mas a audiência se realiza mesmo sem o depoimento. Além disso, pode acarretar outras conseqüências processuais tais como o encerramento do processo, previsto no já citado art. 257 ou no art. 267, incisos II, III e § 1º do CPC, ou a deserção do recurso consoante o art. 519 também do CPC.

O art. 33 do Código de Processo Civil trata da remuneração do perito e dos assistentes técnicos, expressando competir a cada parte o pagamento da remuneração do assistente técnico que houver indicado e a do perito pela parte que requerer o exame. No entanto, a despeito do texto utilizar a expressão pagar, trata-se apenas de antecipação, vez que, nos termos do art. 20 do CPC, o vencido reembolsa todas essas despesas ao vencedor.

Em Minas Gerais, as custas processuais para ajuizamento das ações aqui estudadas deve ser efetuadas de acordo com o disposto nas leis estaduais 14.938, de 29 de dezembro de 2003; 14.939, de 29 de dezembro de 2003; e no Provimento-Conjunto 15/2010 da Corregedoria Geral de Justiça. No Anexo III deste trabalho podem ser vistas as custas processuais vigentes na Justiça Comum Estadual

mineira, em 2014. Some-se a tais valores, a verba de Oficial de Justiça para as diligências a seu cargo (citações, intimações, avaliações, penhoras...).

Assim sendo, um casal que pretende se divorciar e, simultaneamente, dividir um patrimônio de quinhentos mil reais, paga, em média, dois mil reais de despesas processuais.

Ocorre que, o fato de ter patrimônio a ser dividido, não necessariamente significa liquidez e, assim, grande parte dos casais prefere se separar faticamente, esperar a reunião do numerário necessário e, só assim, ajuizar a ação competente.

6.3.1 Honorários advocatícios

Entende-se por honorários de advogado, a remuneração a que o advogado tem direito pela prestação de seus serviços, que, em regra, deve ser paga pela parte que o contratada.

O advogado, nos termos do art. 133, da Constituição Federal, é figura indispensável à administração da justiça. No ordenamento pátrio, em regra, a titularidade para o direito de postular (*ius postulandi*) é atribuída ao advogado legalmente habilitado. Por advogado legalmente habilitado entende-se aquele regularmente inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, nos termos do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8906/94). O artigo 22, do citado texto legal, assegura aos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil o direito aos honorários, sejam eles convencionados, arbitrados judicialmente ou decorrentes da sucumbência.

Dentre as despesas necessárias exigidas da parte no processo, portanto, figuram os honorários pagos ao seu advogado. Em sentido amplo podem ser incluídas no gênero de despesas processuais. Mas, por constituírem despesas específicas recebem tratamento especial da lei processual.

Como despesa processual, os honorários estão submetidos ao princípio da sucumbência. Nos termos do art. 20, do Código de Processo Civil, a sentença condena o vencido a pagar o vencedor os honorários advocatícios. Qualquer que seja o processo ou procedimento contencioso, portanto, a sentença deve incluir a

verba honorária na condenação. Segundo o texto legal, mesmo nos casos em que o advogado atue em causa própria, os honorários são devidos.

Observe-se, então, que há previsão de honorários contratuais – fixados entre a parte e seu advogado, e honorários sucumbenciais – fixados em sentença para que a parte derrotada pague ao advogado vencedor.

Os honorários contratuais são sugeridos pela Ordem dos Advogados do Brasil, em tabela anual. Todavia, só através da sentença é que se decide sobre os honorários sucumbenciais. Nos incidentes processuais ou nos recursos, onde, nos termos do art. 20, § 1º do CPC, as despesas processuais necessárias havidas com os mesmos estão submetidas ao princípio da sucumbência, não há fixação de honorários. Para fins de sucumbência, nenhuma importância tem o contrato firmado entre a parte e o advogado, tampouco a quantia que lhe foi paga. Os honorários a ser ressarcido à parte são sempre aqueles fixados pela sentença.

Em Minas Gerais, os honorários contratuais são regidos, atualmente, por tabela expedida em 2012, pela Seção local da Ordem dos Advogados do Brasil. Tal tabela prevê, para as ações em tela neste estudo, os valores mínimos constantes do Anexo IV. Tais valores são consideráveis, levando-se em conta o padrão de vida do homem médio.

Os honorários sucumbenciais são fixados sobre o valor da condenação e não sobre o valor dado à causa. Essa é, em princípio, a regra. Mas há causas em que não há condenação, como nas ações declaratórias e nas constitutivas, bem como nas ações julgadas improcedentes. Nesses casos a fixação dos honorários, por não haver condenação, obedece aos critérios estabelecidos pelo Código de Processo Civil no art. 20, 3º, conforme o disposto no § 4º.

Quando se tratar de ação condenatória procedente, a sentença deve fixar os honorários entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre a condenação (art. 20, § 3º, CPC). Dentro desses limites o juiz é livre para atribuir o percentual da verba honorária, mas deve fundamentar em sua decisão as razões que o levaram a adotá-lo. Ademais, deve levar em conta, nos termos do citado dispositivo, a) o grau de zelo do profissional, b) o lugar da prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Nas causas de pequeno valor e nas causas de valor inestimável, ou seja, naquelas causas onde não há valor patrimonial imediato, o juiz fixa os honorários de maneira eqüitativa, com base nos elementos paradigmáticos constantes do art. 20, § 3º, conforme o disposto no § 4º do CPC.

Para as ações julgadas improcedentes, defende-se na doutrina que deve ser adotado o critério do valor da causa dado pelo autor, ou, sendo este impugnado pelo réu, o que juiz fixar na forma dos arts. 258 e 261 do CPC.

De um modo geral as disposições pertinentes às despesas aplicam-se aos honorários advocatícios, no que diga respeito ao princípio da sucumbência. Sendo os litigantes vencidos e vencedores em parte, aplicar-se-á o contido no art. 21 do CPC. Na hipótese de litisconsórcio entre o vencido, prevalece o disposto no art. 23 do CPC, respondendo os mesmos pelos honorários, proporcionalmente. Cessando o processo por desistência ou reconhecimento do pedido, aplica-se o art. 26 do CPC, devendo os honorários ser pagos pela parte que desistiu ou reconheceu o pedido, ou proporcionalmente, nos termos do § 1º do mesmo diploma, na medida em que parcial a desistência ou o reconhecimento do pedido. Nos procedimentos de jurisdição voluntária, onde não há litígio, não há arbitramento de honorários pelo juiz, salvo se este se transformar em contencioso, onde então não se aplica o disposto no art. 24 do CPC.

Assim, as despesas gerais – custas, taxas, diligências, honorários contratuais e sucumbenciais - para ajuizamento de ações que visem dissolver o casamento ou somente a sociedade conjugal variam, em média, na casa dos sete mil reais. Tal valor, para muitos, se mostra exacerbado. Principalmente as pessoas que não se enquadram no conceito de pobres, dado pela Lei 1060/50, mas também não se encontram na camada mais alta da sociedade. Igualmente, o valor das despesas processuais surge como um fator de encorajamento à separação de fato em vez dos meios oficiais de dissolução.

6.3.2 Assistência judiciária - lei 1.060/50

Já se viu que a regra geral no ordenamento jurídico pátrio é a de que as partes arcam com o ônus financeiro do processo. Mas o acesso à justiça não pode

constituir um privilégio dos ricos. O senso de justiça com os economicamente mais fracos, aliado as expectativas de um Estado de Direito, motivou o Legislador Constituinte a instituir, através do art. 5º, inciso LXXIV, a garantia de que o Estado é responsável pela assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos. Não se trata, pois, de um benefício, mas de um direito constitucionalmente garantido.

A assistência judiciária encontra-se regulada através da Lei 1.060, de 05/02/50, com suas alterações, subseqüentes. A lei contempla com a assistência os necessitados, sejam eles nacionais ou estrangeiros, desde que estes residam no Brasil (art. 2º).

Por necessitado entende a lei não apenas o miserável, mas todo aquele que não se achar em condições de arcar com as despesas necessárias do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 2º, parágrafo único).

A assistência judiciária compreende as isenções das taxas, dos emolumentos e custas, das despesas com publicações, das indenizações devidas às testemunhas, bem como dos honorários advocatícios e de peritos (art. 3º). Abarcam, ainda, todas as despesas correspondentes aos atos praticados no processo até decisão final, em todas as instâncias (art. 9º). Assegura também a prestação de serviço de advogado, gratuitamente, seja através serviço de assistência jurídica mantido pelo Estado, onde houver, seja por indicação da Ordem dos Advogados do Brasil, onde não houver o serviço ou, ainda pela indicação do juiz nas Comarcas ou Municípios onde não existam subseções da OAB (§§ 1º, 2º e 3º). A lei concede preferência à indicação de advogado pelo próprio interessado, desde que o indicado declare aceitar o cargo (§ 4º).

Ressalte-se que, se vencedor o beneficiário, a parte vencida arca com o pagamento dos honorários advocatícios e dos peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários (art. 11).

Se, ao contrário, o beneficiário for quem sucumbiu, é condenado ao pagamento das custas do processo, porém, só está obrigado a fazê-lo, se isto não representar prejuízo do sustento próprio ou da família (art. 12). Obrigação esta, que se extingue no prazo de cinco anos, contados da data da sentença final, não podendo o assistido satisfazê-la (art. 12). Podendo o assistido atender, em parte, as

despesas do processo, o juiz determina que pague as custas, que são rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento (art. 13).

A assistência judiciária pode ser pleiteada tanto para o processo de ação a ser proposta, como para o processo em curso. No primeiro caso, a assistência deve ser requerida com a petição inicial, no segundo basta petição dirigida ao juiz competente. Para tanto, basta a afirmação de pobreza, que se não verificada implica na pena de pagamento de até o décuplo das custas judiciais (art. 4, § 1º). Havendo impugnação, corre o pedido em autos apartados, não suspendendo o curso do processo (art. 4º, § 2º). Da mesma forma o pedido incidental, também autuado em separado, sem a suspensão do andamento do feito principal (art. 6º).

A revogação dos benefícios da assistência judiciária pode se dar tanto por provocação da parte adversa, como de ofício pelo juiz da causa, desde que provados a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão. O procedimento corre em apartado, sem suspensão do feito principal (arts. 7 e 8 da LAJ).

Percebe-se no estado de Minas Gerais um esforço dos magistrados em coibir o exagero de requerimentos de Assistência Judiciária, solicitando comprovantes de rendimentos e verificando se, realmente, a pessoa é merecedora da benesse legal. Até mesmo os advogados contrários, com vistas aos honorários sucumbenciais, tem-se valido cada vez mais do incidente de impugnação ao pedido de assistência judiciária, oferecendo elementos para que o magistrado casse benefícios já concedidos, induzidos em erro por falsas afirmações.

Neste sentido, recente julgado do Egrégio TJMG:

Relator(a): Des.(a) Eduardo Mariné da Cunha

Data de Julgamento: 11/06/2014

Data da publicação da súmula: 18/06/2014

Ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA JULGADA PROCEDENTE - RECOLHIMENTO DAS CUSTAS INICIAIS - INÉRCIA - DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO- ART. 267, IV DO CPC - RENOVAÇÃO DO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA NA APELAÇÃO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MODIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO FINANCEIRA - NÃO OCORRÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - FIXAÇÃO SEGUNDO O ART. 20, §4º, DO CPC - RAZOABILIDADE - RECURSO PRINCIPAL DESPROVIDO E RECURSO ADESIVO PROVIDO.

De acordo com o art. 4º, da Lei 1.060/50, "a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial,

de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família".

Presume-se pobre, até prova em contrário (presunção juris tantum), segundo o § 1º, "quem afirmar essa condição nos termos da Lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais".

Com a procedência da impugnação à assistência judiciária, competia ao autor atender à determinação do juízo de primeira instância de recolher as custas iniciais, ou interpor apelação, a fim de reformar a sentença, para que lhe pudesse ser concedida a justiça gratuita.

Ora, ao não apelar da sentença que julgou procedente a impugnação à assistência judiciária, e não comprovar, no momento da interposição deste recurso, a alteração na sua situação financeira, de modo a demonstrar sua atual incapacidade de arcar com as custas e honorários advocatícios, permitiu o autor que se operasse a preclusão a respeito da matéria.

Conforme entendimento adotado recentemente, inclusive pela Corte Superior do STJ, não é necessária a prévia intimação pessoal da parte para o cancelamento da distribuição, por falta de recolhimento das custas prévias.

Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável e naquelas em que não houver condenação, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, observados o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, bem como o tempo exigido para seu serviço, de acordo com o que preceitua o art. 20, § 4º, do CPC.

Recurso principal desprovido e recurso adesivo provido.

Como de fato, vem sendo comum no meio forense os magistrados não se conter com a simples afirmação de que a parte é pobre e, de ofício ou mediante impugnação ao pedido de justiça gratuita, verificar, com comprovantes de rendimentos, se a condição realmente existe.

Outro interessante julgado é colacionado abaixo:

EMENTA: AGRAVO DO § 1º DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL -- AÇÃO ORDINÁRIA - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - DECLARAÇÃO DE POBREZA DA REQUERENTE - PROVA DA COMPROVAÇÃO DE RENDIMENTOS - PRESUNÇÃO DE NECESSIDADE AFASTADA - EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES - ART. 5º, 'CAPUT', DA LEI N.º 1.060/50 - MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA - DECISÃO UNIPessoal DO RELATOR.

1. Faculta-se ao relator negar seguimento ao recurso manifestamente improcedente, na forma do art. 557, 'caput', do CPC.

2. Em virtude do disposto na primeira parte do 'caput' do art. 5º da Lei n.º 1.060/50, o juiz está autorizado a indeferir o pedido de assistência judiciária, independentemente de impugnação da parte contrária, quando tiver fundadas razões, donde incensurável a decisão que infirma a presunção de necessidade da parte que se intitula hipossuficiente em razão de receber ela renda mensal de razoável valor e de não se antever a necessidade de produção de prova de elevado custo, haja vista ser a matéria de fundo meramente de direito.

3. Recurso não provido.

AGRAVO Nº 1.0024.14.051151-0/002 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): MARIA VALODIZ OLIVEIRA DE ALMEIDA - AGRAVADO(A)(S): HEMOMINAS FUND CENTRO HEMATOLOGIA HEMOTERAPIA MG

Assim, com a assistência judiciária estando cada vez mais controlada pelo Poder Judiciário, os entraves com as despesas processuais vem sendo um dos grandes estimuladores da separação fática em detrimento aos procesos judiciais.

6.3.3 Despesas cartorárias

Caso o casal opte por se separar/divorciar administrativamente, seguindo a autorização da Lei 11.441/07, tem, ao invés de custas processuais, emolumentos cartorários a ser pago. Os procedimentos aqui tratados tem a despesa cartorária conforme consta do Anexo V deste trabalho. Também são valores consideráveis se levada em conta à situação financeira do homem médio brasileiro.

6.4 Separações de fato como alternativa econômica e prática ao divórcio

A separação de fato pode ser entendida como um fenômeno natural em que os cônjuges decidem por fim ao vínculo conjugal, sem, no entanto, recorrer aos meios legais. Funcionando, por vezes, como válvula de escape para os casais que não querem, não podem ou não se sentem preparados o bastante para se valer da separação judicial ou do divórcio.

Destarte, por exemplo, como as despesas acima elencadas ultrapassam, em regra, a capacidade financeira dos brasileiros, a população em crise conjugal opta, em grande parte, a uma separação de fato.

Além da dificuldade financeira, some-se o fator da incerteza se, realmente, é o divórcio que se quer. Na prática, muitos escolhem se separar de fato até que, por certo, decidam se querem dissolver definitivamente o matrimônio.

Estas separações de fato é que trazem consigo problemas de grandes proporções, ante a informalidade com que acontecem e a falta de previsão/regulamentação legal das mesmas. Questão como guarda dos filhos, alimentos, partilha de bens, invariavelmente surgem e, com elas, a necessidade de tratativa do assunto por parte do Poder Legislativo.

A definição dada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE nº77.204, para a separação de fato é de “estado existente entre os cônjuges caracterizado pela suspensão, por ato ou iniciativa de um ou de ambos os cônjuges, do relacionamento sexual ou coabitação entre eles, sem qualquer provimento judicial”.

Como o Brasil é um país de grande tendência cristã, também há os casais que decidem por fim ao vínculo conjugal sem recorrer à via judicial, por preconceito moral e religioso.

Por todos esses motivos aqui narrados, muitas vezes os cônjuges se contentam com esta situação híbrida, ou seja, não são nem divorciados, nem faticamente casados.

7 NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DAS SEPARAÇÕES DE FATO

Embora a separação de fato esteja tão presente na vida hodierna e na realidade brasileira, o assunto a respeito indiscutivelmente encontra-se à margem não só da legislação pátria, como também do estudo doutrinário.

O estudo, no entanto, merece atenção, tendo em vista que, inquestionavelmente, produz efeitos de natureza pessoal e patrimonial na vida do casal, se for analisado o plano jurídico, e ex-casal, sob o ponto de vista fático.

O Projeto de Lei n.6.960/2002 propunha um acréscimo de um §1º ao art. 1.576 do Código Civil de 2002, para extinguir o regime de bens com a separação de fato. Contudo, tal parágrafo não foi incorporado ao atual Código Civil.

Afora a questão patrimonial, repita-se que questões pessoais padecem de atenção, como a guarda dos filhos e regime de convivência dos infantes com o não guardião.

7.1 Situação dos filhos menores ante a separação de fato

Quando um casal rompe sua união, os filhos menores necessitam de proteção. Inclusive os bens de titularidade destes filhos, precisam de administração e regulamentação quanto ao seu uso por quem mantiver os menores em seu poder.

7.1.1 Proteção da pessoa dos filhos

Tendo em vista que os genitores não mais residirão em lar comum, necessário se faz que se estabeleça quem terá a guarda e companhia dos filhos menores ou maiores incapazes. Tal guarda pode ser deferida a um dos cônjuges, a ambos ou até mesmo a terceira pessoa, caso haja motivos graves que assim autorizem (art. 1584 – CC).

Quando os Divorciandos estão em consenso, são eles que determinam quem será o Guardião. No Divórcio Litigioso, entretanto, o juiz apura qual dos cônjuges tem melhores condições de ter consigo os filhos (art. 1583, § 2º do CC) ou, ainda, se é o caso de fixar a guarda compartilhada.

Existem, positivados, dois tipos de guarda:

- Guarda Unilateral, que é aquela em que um dos genitores tem consigo os filhos e toma todas as decisões referentes à sua criação, formação, educação etc. Repare que na guarda unilateral quem toma todas as decisões é o genitor guardião, sem qualquer poder de voto do outro genitor.
- Guarda Compartilhada, que é aquela em que ambos os genitores tomam as decisões acerca da vida dos filhos (criação, formação, educação etc), compartilhando o exercício da parentalidade.

Deve-se ter cuidado para não confundir a guarda compartilhada com a guarda alternada. Esta, não prevista positivamente em nosso Direito, é fruto do direito anglo-saxão e prega que os filhos residam, em períodos pré-fixados, com o pai, depois passem a residir com a mãe e assim sucessivamente. Repita-se que, na guarda compartilhada, o que se compartilham são as decisões, os rumos das vidas dos filhos e não necessariamente sua companhia. Por exemplo: fixa-se a guarda compartilhada para ambos os pais, mas o filho permanece na companhia de um só (o pai, por exemplo). Ao matricular a criança em uma escola, esta tem que ser a escolhida pelos dois genitores; ao levar o filho a um médico, deve ser o profissional de preferência de ambos os pais; se o menor fará ballet, judô ou jiu-jitsu, quem deve decidir são o pai e a mãe e assim sucessivamente.

Em sendo fixada a guarda compartilhada, caso haja dissenso entre os genitores, o caso deve ser submetido ao Poder Judiciário, para arbitramento da solução.

O Código Civil assim conceitua as espécies de guarda aqui tratadas:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

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

O problema aqui estudado é a situação dos casais que não levam a dissolução de seu casamento para o Poder Judiciário, somente se separando faticamente. A criança, fruto deste casamento, fica em poder fático de um dos genitores. Todavia, não há qualquer regulamentação da situação, o que leva a uma insegurança jurídica de grandes proporções, tanto para o infante quanto para ambos os pais.

É importante salientar que, no processo judicial, o juiz, para que tome decisão que efetivamente prioriza o menor, conta com equipe técnica formada por assistentes sociais e psicólogos, que fazem estudo psicossocial do caso, lhe dando elementos para tomada de decisão.

Certo é que o magistrado deve sempre buscar o melhor para os filhos, mesmo que este melhor seja não ficar em companhia de nenhum dos pais. Infelizmente, na separação de fato não se sabe se o melhor para a criança foi escolhido, nem mesmo há como fiscalizar/controlar o crescimento do menor.

7.1.2 Direito de visitas

Observe-se que, mesmo sendo a guarda compartilhada, o filho está em companhia de um só dos pais. Surge, então, o direito de visitas do genitor.

Tal direito existe para que o menor possa ter contato corriqueiro com o genitor com quem não reside, uma vez que findou o casamento, mas não a filiação.

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

No processo judicial, ao fixar o horário de convivência, o juiz segue o que for acordado pelos genitores. Em não havendo acordo, o magistrado arbitra uma solução ao caso. Só em hipóteses muito drásticas o genitor não tem o direito de visitas confirmado pelo Poder Judiciário. Variando de acordo com o caso concreto – e tendo ajuda da equipe de assistentes sociais e psicólogos – o juiz pode fixar o direito de visitas em finais de semanas alternados, em dias da semana que compreendam a folga do genitor visitante etc. Pode, também, fixar se o filho pode ir na companhia do pai para sua casa ou se a visita deve ser na casa do Guardião, por um determinado espaço de tempo. São muitas as variáveis ao se fixar o direito de visitas, devendo o magistrado optar sempre pelo bem-estar do menor.

Quando há a simples separação de fato, infelizmente, o não guardião está sujeito à “boa vontade” do guardião fático, sendo que muitas vezes há proibições infundadas e revanchistas.

Ressalte-se, ainda, que a jurisprudência vem assegurando direito de visitas aos avós, como consequência dos laços de familiaridade, sendo mais uma preocupação ante a informalidade e não regulamentação das separações de fato:

TJMG - CONSTITUCIONAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - AVÓ - EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - DIREITO NATURAL - LAÇOS DE CONVÍVIO E AFINIDADE - POSSIBILIDADE - CASSAÇÃO DA SENTENÇA - PROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO - INTELIGÊNCIA DO ART. 227 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 1.589 DO CÓDIGO CIVIL E ART. 267, VI DO CPC. Mostra-se juridicamente possível o ajuizamento de ação por avó, visando a regulamentação de visitas de sua neta, diante dos laços de convívio e afinidade havidos entre eles, postulação que se ampara em dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0209.06.057498-2/001 - COMARCA DE CURVELO - APELANTE(S): M.H.F.S. - APELADO(A)(S): A.B.S. - RELATOR: EXMO. SR. DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA . Data da Publicação: 02/11/2007.

A separação de um casal, sem regulação de questões básicas, como direito de convivência, pode trazer demandas futuras das mais variadas espécies, como a acima transcrita.

7.1.3 Usufruto e administração dos bens dos filhos menores

Enquanto os pais exercem o poder familiar, têm o encargo de administrar os bens dos filhos menores, além do direito de usufruir desses bens. Havendo dissenso entre os pais, deve ser levado o caso ao juiz de direito, para que arbitre solução para o caso concreto.

Mais uma vez a informalidade da separação de fato traz consequências, que, inclusive, atinge o patrimônio dos incapazes.

Não obstante o *munus* da administração dos bens dos filhos, os pais não podem deles dispor, nem gravá-los com ônus real, tampouco contrair dívida em nome dos menores, a não ser que consigam autorização judicial, concedida pelo juiz somente se não restar prejudicado interesse da criança. Caso sejam cometidos atos em infringência a esta regra, pode ser proposta ação de declaração de nulidade do negócio jurídico, cuja legitimidade para ser autor pertence aos filhos, seus herdeiros ou representante legal.

A necessidade de regulação da separação de fato, neste ponto, está na incerteza de que, legalmente, administrar e usufruir dos bens do menor, pois o mesmo, juridicamente, não está sob a guarda de ninguém – ou de ambos, dependendo do ponto de vista.

7.2. A problemática dos alimentos durante a separação de fato

Alimentos é um valor mensal, pago por parentes, ex-cônjuges ou ex-companheiros do alimentando, a fim de subsidiar parte ou toda a sua manutenção. Tal quantia se destina a propiciar o mínimo necessário à subsistência do beneficiado, sendo destinado, por exemplo, a gastos com saúde, alimentação, vestuário, lazer, educação e cultura.

O Código Civil assim determina:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

Havendo dissolução do casamento – formal ou informal – nasce, bembém, a necessidade de se regular a relação alimentar.

O juiz, ao fixar os alimentos deve buscar, ao máximo, estabelecer um valor que mantenha a condição social do alimentando, observada, obviamente, a possibilidade do alimentante.

Assim, pode-se dizer que o magistrado, ao tomar a decisão acerca do *quantum* alimentício, deve levar em conta o binômio necessidade do alimentando x possibilidade do alimentante.

Dessarte, nas lides forenses é possível verificar alimentos na monta de 10% do salário mínimo, assim como , no valor de milhares de reais. Tratam-se os desiguais de forma desigual, uma vez que há alimentantes que percebem menos de oitocentos reais mensais, ao passo que outros têm rendimentos de dezenas de milhares de reais.

Ademais, pode ocorrer de o alimentante ter um ótimo salário, mas possuir despesas tão grandes (com problemas de saúde de outros filhos ou dele próprio, por exemplo) que o valor a ser lhe imputado não pode ser alto, sob pena de não conseguir arcar com sua própria subsistência. Portanto, o Código Civil preferiu não

estabelecer alíquotas, porcentagem, numerários a ser pago a título de alimentos, deixando a cargo do juiz, em cada caso concreto, observando as peculiaridades que lhe sejam inerentes, estabelecer o montante devido. Veja algumas situações concretas hipotéticas no Anexo VI deste trabalho.

O problema da separação fática está na situação informal que se forma, sem regulamentação judicial do *quantum* a ser pago de alimentos aos filhos ou ao ex-cônjuge que deles necessitam.

Assim, há insegurança acerca do devido valor a ser pago, assim como a impossibilidade de se executar eventuais valores em atraso.

Importante, neste momento, conhecer as características dos alimentos:

- 1) irrenunciabilidade: não se pode renunciar ao direito de alimentos. O que se pode fazer é não exercer o direito aos alimentos, não ajuizando a ação. Em suma, pode-se não exercer o direito, mas não se pode renunciar ao direito (art. 1707 – CC).
- 2) impossibilidade de cessão e compensação: o crédito de alimentos é insuscetível de cessão ou compensação, ou seja, não pode ser cedido a terceiros (nem gratuita nem onerosamente) e não pode ser compensado. Exemplo: Joana deve R\$200,00 a Antônio, que é seu alimentante. Antônio paga mensalmente R\$ 300,00 a Joana. Não pode haver compensação e Joana só receber R\$100,00 de Antônio. Ele deve pagar todo o valor dos Alimentos (art. 1707 – CC).
- 3) impenhorabilidade: se o alimentando está sofrendo processo de execução por quantia certa, o valor que recebe a título de alimentos não pode ser penhorado, mesmo que não haja nenhum bem penhorável. (art. 1707 – CC).
- 4) transmissibilidade: havendo falecimento do alimentante, o dever de pagar os alimentos se transmite para seus herdeiros, nos limites da força da herança. (art. 1700 – CC).
- 5) impossibilidade de serem reembolsados: os alimentos não são reembolsáveis, tendo em vista seu caráter momentâneo e de sobrevivência. Entretanto, admite-se discussão em casos de vícios como fraude e dolo.
- 6) imprescritibilidade: o direito de se requerer alimentos é imprescritível. Entretanto, deve-se observar que o direito de executar alimentos em atraso prescreve em dois anos, a partir da data do vencimento (art. 206, § 2º – CC).

Também é necessário conhecer os requisitos clássicos para a fixação de alimentos:

Para que se constate o dever de prestar alimentos, hão que ser observados três pressupostos:

Vínculo de parentesco entre alimentante e alimentando: “Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

Destarte, podem surgir demandas alimentares que envolvam avós, netos, bisavós e toda sorte de descendentes e ascendentes, observada a contagem do grau mais próximo: “Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”.

O dispositivo faz com que surjam ações de pais contra filhos, avós contra netos, chegando-se, inclusive, nos irmãos.

Art. 1.698. 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.

Frise-se que tais pessoas são chamadas em conjunto, mas não solidariamente, até porque cada uma tem sua específica capacidade contributiva, não podendo sofrer a mesma condenação de quem tem possibilidade diferente da sua.

a) Premente necessidade do alimentando: “Art. 1.695 – primeira parte: São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção (...)”.

A necessidade dos menores é presumida, ante sua própria condição. A necessidade de pessoas maiores, embora aceitável, deve ser cabalmente provada.

b) Possibilidade do alimentante: “Art. 1.695 – segunda parte: (...) e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

Por possibilidade entende-se que o alimentante deve ser condenado a arcar com valor que não lhe tire a dignidade de subsistência digna. Na verdade, o juiz sopesa, no caso concreto, qual o grau de participação o alimentante pode ter nas despesas do alimentando.

Como já dito, presentes tais pressupostos, devem os alimentos ser fixados, observando o binômio possibilidade x necessidade, de modo que o valor estipulado seja hábil a arcar com o sustento do alimentando sem deixar em penúria o alimentante. Ou seja, quem tem conhecimento técnico e competência para fixar alimentos é o juiz, em ação própria. A separação de fato traz até mesmo a possibilidade de uma espécie de “autotutela”, onde o não guardião de fato estipula, por sua conta, o valor que paga, deixando o alimentante à mercê de seu entendimento.

Ademais, frise-se que, mesmo não sendo parentes, aquele que estiver em necessidade para arcar com seu sustento pode pedir que o antigo cônjuge seja condenado a lhe prestar alimentos.

CC - Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Apesar de ainda presente no ordenamento pátrio, o artigo é considerado arcaico pela novel doutrina, onde se entende que não há que se falar em culpado pelo término da união conjugal.

CC - Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.
Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Observe-se, então, que o dever de pagar alimentos ao ex-cônjuge advém não de relação de parentesco, mas, sim, do dever de mútua assistência, inerente ao casamento e união estável.

Questão complicada ocorre na separação de fato. O casal que se distanciou, na maioria das vezes, está eivado de paixões, ódio, ressentimentos... Alimentos voluntários entre eles são praticamente impensável. A informalidade da separação fática leva a uma insegurança por parte do cônjuge que deles necessita.

Interessante julgado é extraído dos anais do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme abaixo se verifica a sua ementa. O inteiro teor pode ser consultado no Anexo IX deste trabalho.

EMENTA: DIREITO DE FAMÍLIA - ALIMENTOS - EX-ESPOSA - SEPARAÇÃO DE FATO HÁ MAIS DE VINTE ANOS - BINÔMIO POSSIBILIDADE/NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. "Sendo certo que o casal encontra-se separado de fato há vários anos, sem que a mulher tenha demonstrado, perante o varão, necessitar de ajuda financeira para se manter, não cabe, quando da decretação do vínculo matrimonial pelo divórcio, pretender o recebimento de pensão, mormente quando não demonstrada sua necessidade em requerê-los, nem a possibilidade do ex-cônjuge de prestá-los". (Número do processo: 1.0024.05.851444-9/001 - Relator: Des.(a) DÁRCIO LOPARDI MENDES - Data do Julgamento: 24/04/2008 - Data da Publicação: 08/05/2008) - Recurso provido.

Ressalte-se a insegurança jurídica que o casal vivenciou por mais de vinte anos. Ele, podendo a qualquer momento sofrer uma ação de alimentos. Ela, sem saber se tem ou não direito aos alimentos, juridicamente. A regulação da matéria poupa o Poder Judiciário de julgar tais demandas. E, principalmente, evita a insegurança que permaneceu por décadas entre as partes ali envolvidas e tantas outras pessoas em situações similares.

7.3 Regime de bens e separação de fato

O saudoso Segismundo Gontijo, eminente jurista mineiro, ao discursar sobre o tema aquí tratado, já em 1996, no Rio Grande do Sul, disse que sua curiosidade sobre o assunto advinha de duas situações concretas:

O primeiro daqueles dramas foi o de uma mulher abandonada – na pequena cidade em que vivia – pelo marido que fugiu para alhures com outra que tinha a metade da idade dela que ficou com uma escadinha de 10 filhos, o menorzinho com poucos meses e o mais velho com 14 anos, o que a impedia de trabalhar, obrigada a se dedicar, integralmente, à criação daquela filharada. Com o marido em lugar incerto, sem possuir bens, um biscateiro de parques e eventuais rendimentos – a mulher permaneceu desmotivada para qualquer iniciativa judicial. Ela, filha única, tinha a sobrevivência garantida pelos pais, grandes fazendeiros que assumiram de vez o integral sustento dela e dos dez netos. Poucos anos se passaram quando os velhos foram vítimas de acidente na estrada, ocorrendo sua comoriência. Em seguida, aconteceu o que era previsível em se tratando de alguém de nenhum caráter como esse homem que, enquanto pai, deixou ao-deus-dará os filhos: mal foi celebrada a missa de sétimo dia pelas almas dos falecidos e ele reapareceu na pessoa de seu advogado, pretendendo o respectivo quinhão hereditário no inventário dos bens dos sogros.

O segundo drama foi o da leitora, mãe de 4 filhos pequeninos, mulher humilde, moradora numa grande cidade do Vale do Aço e que, igualmente àquela outra, foi abandonada pelo marido que sumiu neste mundo, deixando a família passando por privações. Para sobreviver com os filhos, ela foi trabalhar como faxineira para o condomínio de um prédio e, ganhando uma gorjeta, investiu-a num jogo de loteria, resultando em ser a única ganhadora de um prêmio superior a US\$ 1 milhão, que ela deixou depositado em caderneta de poupança na CEF local. No que correu a notícia, eis que surge de alhures o marido com uma medida cautelar, reivindicando na Justiça o seu “direito” de cabeça-do-casal e administrador dos bens, alegando a existência do patrimônio financeiro comum injuridicamente depositado em nome da mulher, requerendo ao juiz determinasse à CEF a respectiva transferência para o nome dele.

retirado de <http://www.gontijo-familia.adv.br/do-regime-de-bens-na-separacao-de-fato/>

Por muito tempo, existiu na jurisprudência pátria três tendências quanto ao regime de bens durante a separação de fato.

Os mais conservadores, defendendo a permanência do regime de bens durante a separação de fato, acolhiam a teoria do contrato, relativamente ao casamento. Ou seja, sem a dissolução do contrato – divórcio – não há que se falar em cessação do regime de bens.

Alegam que, em sendo o casamento um contrato, celebrado com formalidades próprias, somente um distrato, também solene, faz cessar o regime de bens, juntamente com as demais obrigações expressas no art. 3º da Lei do Divórcio.

Nesta linha, pode ser citada decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos seguintes termos:

Casamento. Regime da comunhão universal. Imóvel adquirido após separação de fato. Legalidade. Sendo o regime o da comunhão de bens, mesmo após a separação de fato, os bens adquiridos após essa separação, mesmo com o produto do trabalho do marido, são bens da comunhão até a dissolução do casamento (TJ-DF, Apelação Cível da 3ª Turma Cível, publicada em 13-12-95, Apelação nº 35.430, Rel. Des. Nívio Gonçalves).

Com o dinamismo das relações familiares, a decisão acima perdeu força de forma maiúscula.

Conforme WALD (2002), a segunda tendência é a que acolhe a tese do bem reservado para solucionar situações em que a mulher, separada de fato, adquire bem após a separação, e o outro cônjuge vem reclamar para si a meação.

Não há que falar em bem reservado, principalmente após o advento da Constituição de 88, que igualou os direitos e deveres do homem e da mulher. E tais decisões contemplam, apenas, a mulher. Num prolongamento do direito protetivo, a

mulher conserva para si, como bem reservado, o imóvel. No entanto, quando é o homem quem pleiteia manter o bem exclusivamente para si, não se aplica a igualdade. Quando a situação é inversa, divide-se o patrimônio, e concede-se a meação! É, então, caso de aceitar a tese do bem reservado igualmente para o homem, respeitando-se o princípio da igualdade constitucional.

Acolher-se a tese do bem reservado relativamente a bens que não se comunicam, em virtude de aquisição durante a separação de fato do casal, se constitui em equívoco jurídico. Poder-se-ia, até, traçar por analogia, mas não denominar de bem reservado.

Nesta linha da aplicação da teoria do bem reservado, pode ser citada jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nos seguintes termos:

Bem reservado. Reconhecimento nos autos da ação de divórcio direto. Possibilidade. Adquirido o imóvel durante a separação de fato do casal e em nome da mulher, com o produto exclusivo do seu trabalho, o pedido de reconhecimento de bem reservado pode ser feito na própria ação de divórcio direto (TJ-DF, apelação cível unânime da 3ª Câmara Cível, publicada em 30-11-94, Apelação nº 32.278/94, Rel. Des. Campos Amaral).

E esta não encontra adeptos na ativa dos tribunais brasileiros, por questão de mais lúdima justiça.

A terceira tendência jurisprudencial é a mais aplicada e acertada. Nem com a permanência do regime de bens, apesar da separação de fato, nem com a evocação do bem reservado, de forma a proteger a mulher. Simplesmente, considerando a situação do fato em concreto, dar a resposta mais justa para aquele caso concreto.

O que, de fato, a jurisprudência vem aceitando, é que não se comunicam os bens adquiridos durante comprovada separação de fato que não seja nem eventual nem provisória. Cuida-se, aqui, daquela separação que, efetivamente, rompeu com a vida de casamento, indo cada qual para seu lado, tratando de sua própria vida. Neste sentido, jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo, desde 1996, assim já previa:

Casamento. Regime de bens. Aquisição de imóvel pela mulher, muito tempo após a separação, requerendo a decretação do divórcio e exclusividade de domínio sobre o imóvel. Abandono do lar pelo marido logo após o casamento. Está comprovado nos autos que o imóvel adquirido pela mulher, quase trinta anos após a separação, foi pago por ela, sozinha, com o produto dos rendimentos exclusivos de seu trabalho. Nessas condições, negar-lhe o direito ao domínio exclusivo do imóvel, apenas em atenção ao regime de bens do casamento, representa uma iniquidade e suma injustiça,

pertencendo-lhe, portanto, com exclusividade, o imóvel adquirido (TJ-SP, apelação cível unânime da 4ª Câmara Cível, publicada na "RT", 723/342, Apelação nº 263.841-1/8, Rel. Des. Olavo Siqueira).

Hodiernamente, a fim de se entender definitiva o posicionamento majoritário do Judiciário Brasileiro, cite-se recentíssima decisão do Superior Tribunal de Justiça. Naquela Corte, entende-se que os bens adquiridos após a separação de fato de um casal não devem ser divididos no divórcio, quando ele for feito. A decisão foi unânime entre os ministros da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial interposto por uma mulher que buscava incluir na partilha de bens comprados pelo ex-marido após a separação de fato.

Casados sob o regime de comunhão parcial de bens desde 1988, o casal se separou em 2000. Segundo a autora da ação, quatro meses depois, o marido adquiriu dois veículos e constituiu firma individual. Ela, então, moveu ação anulatória do ato jurídico, pedindo o bloqueio dos bens.

Os pedidos foram julgados procedentes em primeiro grau, mas o Tribunal de Justiça do Paraná reformou a decisão. Segundo o acórdão, “o cônjuge casado, qualquer que seja o regime de comunhão — universal ou parcial —, separado de fato, pode adquirir bens, com esforço próprio, e formar novo patrimônio, o qual não se integra à comunhão, e sobre o qual o outro cônjuge não tem direito à meação”.

No recurso ao STJ, a mulher alegou que 120 dias não seriam suficientes para impedir a comunhão de bens. Para ela, somente o patrimônio adquirido depois de prolongada separação de fato seria comunicável. Ela citou ainda precedente do STJ no qual esse entendimento foi aplicado.

O ministro Raul Araújo, relator, reconheceu que há dissídio na jurisprudência da corte, mas destacou que o entendimento consolidado é no sentido de que a separação de fato põe fim ao regime de bens.

O relator esclareceu que em casos de separações recentes, ainda que não mais vigendo a presunção legal de que o patrimônio resulta do esforço comum, é possível ao interessado demonstrar que os bens foram adquiridos com valores decorrentes desse esforço comum. No entanto, o ministro disse não ter sido esse o caso dos autos, conforme se verifica no inteiro teor do acórdão, anexo a este trabalho.

Destarte, a pacificidade do entendimento de que os bens adquiridos durante a separação de fato não integram o monte partilhável, inclusive em direito sucessório, vem suprir lacuna legal.

Lado outro, interessante analisar o recente instituto da usucapião familiar, intimamente ligado à separação de fato. De acordo com o art. 1240-A do Código Civil, preenchidos certos requisitos, a separação fática quando um dos cônjuges deixa o lar conjugal gera, para o outro, o direito à totalidade do único imóvel comum.

Art. 1.240-A do CC. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade divida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011)

Observa-se, portanto, mais uma vez a separação de fato tendo influência no universo jurídico dos cônjuges. Este dispositivo traz uma penalidade injustificada ao cônjuge que, pelas razões despendidas no decorrer de todo este trabalho, opta por deixar o lar conjugal. Sair de casa não significa, necessariamente, que esteja cometendo um ilícito. O Direito das Famílias atual não prega a discussão de culpa no rompimento das uniões. Até porque realmente não há culpado. Há, sim, uma impossibilidade de convivência.

Destarte, onde não se discutia mais culpa pelo insucesso do casamento, com a instituição da nova espécie de usucapião, é punido aquele que deixou o lar conjugal, o que não se coaduna com o atual estágio do direito de família. Ademais, é contrária ao princípio da livre aquisição e administração do patrimônio familiar, previsto no inciso II, do art. 1642, do Código Civil Brasileiro, não se justificando a interferência do Estado na forma como devem os ex-cônjuges ou ex-conviventes tratar o patrimônio que perquiriram durante a existência da relação familiar.

7.4 União estável superveniente à separação de fato

Frise-se, mais uma vez, a necessidade de legislação dispondo, expressamente, acerca da separação fática, direitos e deveres existentes ou não durante sua vigência, uma vez que, como as composições dos tribunais sofrem

modificações, os entendimentos também estão sujeitos a variações, restando, mais uma vez, os separados de fato reféns da insegurança jurídica.

Mais um bom exemplo da necessidade de regulamentação da situação são as uniões estáveis que surgem sem o advento do divórcio de um ou ambos os companheiros.

Cediço que, pelo atual ordenamento, é perfeitamente possível que uma pessoa separada de fato possa constituir união estável. Veja:

Art. 1.521. Não podem casar:

(...)

VI - as pessoas casadas;

(...)

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Assim sendo, havendo separação de fato, nada impede que o novo casal estabeleça uma união estável, inclusive a registrando em Cartório de Notas, dando ainda mais o caráter público que o instituto requer.

A problemática se encontra no tocante ao regime de bens. A Lei nº 8.971/94, nada estabeleceu acerca da questão patrimonial, preocupando-se apenas com a sucessão. Ela já havia sido parcialmente revogada pela Lei nº 9.278/96 e, com o advento do Código Reale, restou totalmente revogada.

Assim, a Lei nº 9.278/96, que regulamenta o parágrafo 3º, do artigo 226, da Constituição Federal, em relação às questões patrimoniais assim estabeleceu:

Art. 5º Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e a título oneroso são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

§ 1º Cessa a presunção do caput deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união.

§ 2º A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, salvo estipulação contrária em contrato escrito.

O Código Civil, nesta esteira, prevê, em seu art. 1.725, que o regime da união estável é o que os companheiros escolherem e, não o fazendo, é o da comunhão

parcial. Todavia, há que ser lembrado que o casamento anterior à união estável ainda não foi dissolvido e, como visto alhures, o ordenamento brasileiro não prevê, expressamente, a cessação do regime de bens com a separação fática. A matéria é refém do entedimento jurisprudencial e não regulada positivamente.

Há insegurança jurídica para o companheiro que, em conjunto com o outro, adquire uma casa e um veículo. Quando for se tratar do divórcio do anterior casal, o ex-cônjuge pode arrolar tais bens no monte partilhável, demandando precisas e contundentes provas do relacionamento atual, da aquisição dos bens durante o relacionamento atual e, principalmente, que o julgador seja do entendimento que, com o advento da separação de fato, cessa, de pleno direito, o regime de bens.

Ademais, em cada caso concreto, há situações ímpares a serem levadas em conta, como, por exemplo, o convivente que vende um bem comum do casamento (veículo que estava em seu nome, por exemplo) e adquire um novo bem durante a união estável. A insegurança, aí, não é só do atual convivente, como, também, do ex-cônjuge, que depende de prova robusta para fazer valer seu direito de meação sobre o bem anterior.

Não só em relação ao regime de bens se mostra temerária a situação da união estável envolvendo convivente separado de fato. O aspecto previdenciário também se mostra presente, sendo que, não raro, ex-cônjuge separado de fato e atual convivente dividem pensão por morte do *de cujus*.

Veja:

Ementa: CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. SEPARAÇÃO DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL.COMPROVAÇÃO. RATEIO ENTRE A ESPOSA E A COMPANHEIRA. DANO MORAL E MATERIAL. INOCORRÊNCIA. I. As provas juntadas aos autos demonstram que a apelante conviveu com o de cujus até o momento de sua morte, estando esse último separado de fato de sua cônjuge, o que descaracteriza o concubinato e admite a constituição da união estável. Precedentes: STJ. REsp 280.464/MG, DJ 13/08/2001 p. 152. II. A separação de fato não afasta o direito da viúva ao benefício de pensão por morte, sendo a sua dependência econômica presumida, de acordo com a Lei nº 8213 /91. III. Reconhecido o direito da companheira ao benefício e esta se habilitando à pensão após a concessão da esposa, deve o referido benefício ser rateado entre ambas. IV. Não cabe indenização por dano moral e material decorrente do atraso do pagamento do benefício imputado ao INSS quando não há demonstração de que houve requerimento administrativo. V. Não resta configurado dano por conta do tempo esperado para a obtenção do benefício, vez que esse é decorrente do próprio procedimento de comprovação da **união estável**, por vezes, exigindo declaração em sede de ação judicial. VI. Apelação parcialmente provida. TRF-5 - Apelação Cível AC 493540 PE 0010499-18.2008.4.05.8300 (TRF-5)

Se a união estável de pessoas livres (solteiros, viúvos, separados judicialmente ou divorciados) já encontra um problema próprio às uniões estáveis: o termo inicial e/ou final para a sua configuração, o que dizer da união estável entre conviventes somente separados de fato?

Leve-se em conta, ainda, que existem, em solo pátrio, diversos separados de fato eventuais, que deixaram o lar conjugal, mas ali retornam habitualmente, mantendo sua marca naquele lar. E, mantendo, também, um lar com companheira, em união estável. A situação aí constituída – que não é rara – se mostra como um desafio para o Poder Judiciário, ao se tentar fazer, realmente, justiça aos envolvidos.

Neste sentido:

EMENTA: AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO. ESPOSA. SEPARAÇÃO DE FATO. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. CONCOMITÂNCIA DE RELAÇÕES. Em caso de falecimento do segurado casado que não se encontrava separado de fato do cônjuge, a pensão previdenciária somente pode ser concedida ao cônjuge sobrevivente. Eventual relação amorosa concomitante não gera direito à pensão. Jurisprudência do STF e do STJ. Recurso desprovido. (Agravado Nº 70048712392, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 24/05/2012)

Mais uma vez, nota-se a insegurança jurídica presente na espécie, devendo-se levar em conta, principalmente, a boa-fé do companheiro que imagina estar contraindo união estável legal, que produzirá os efeitos regularmente previstos.

Portanto, a necessidade de dispositivo legal que, efetivamente, regule a união estável entre pessoas separadas de fato, no aspecto patrimonial, previdenciário entre outros se mostra premente nos dias atuais, com a modernidade e dinamismo dos relacionamentos afetivos.

7.5 Simultaneidade de relações familiares

Diante da evolução do conceito de família, nascem novas situações anteriormente não abrangidas pelo Direito, como, por exemplo, as famílias simultâneas.

Assim, ainda que possa parecer adverso perante os conceitos da maioria das pessoas, diante da reminiscência cultural e religiosa, o fato é que essa realidade está aí e precisa ter proteção do sistema jurídico brasileiro.

Segundo ALMEIDA E RODRIGUES (2012), “a matéria é recheada de conturbação, sendo, muitas vezes, motivo até de reações perplexas. Tudo isso porque a discussão remonta a um dos parâmetros sociais de maior carga dogmática, qual seja, o ideal da monogamia”.

Vale ressaltar que as famílias simultâneas surgiram com base no respeito à diversidade e pluralidade no mundo hodierno, contudo, necessitam da devida proteção do Estado. Apesar de a Constituição Cidadã de 1988 privilegiar a Dignidade da Pessoa Humana e reconhecer-se a concepção do pluralismo da família, há muito que se caminhar.

RUZYK (2005) assevera que a presença de diversos tipos de convivência familiar sempre teve na sociedade brasileira, até mesmo no período dos patriarcas coloniais. O diferencial está apenas no que tange as mudanças dos status social adquiridos no século XX. As famílias informais tornaram comuns. Estas foram fundadas em uniões não matrimonializadas, fato social que trouxe novas demandas ao sistema jurídico.

Nessa esteira, as relações familiares paralelas ao casamento ou a união estável são caracterizadas por um triângulo amoroso, onde o marido ou companheiro é “vitimizado”, a esposa ou companheira é “santificada” e a “outra” é “satanizada”, no imaginário social.

Assim, apesar da simultaneidade das famílias serem um fato credor de reconhecimento como qualquer outra entidade familiar que se exponha na sua ostensibilidade, contenha estabilidade e se constate a afetividade, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é majoritariamente em desfavor, vez, baseiam-se sob o fundamento de que a monogamia é princípio e não valor, entretanto, norma jurídica que proíbe a conjugalidade concomitante.

“Ementa: RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL - PESSOA CASADA - SEPARAÇÃO DE FATO NÃO DEMONSTRADA - REQUISITOS FÁTICOS/LEGAIS - AUSÊNCIA - NÃO RECONHECIMENTO. - A Constituição Federal de 1988 e o atual Código Civil reconhecem e protegem a união estável entre homem e mulher, configurada a convivência duradoura, pública e contínua, e o objetivo de constituição de família. No entanto, a nossa Constituição consagra a monogamia como um dos princípios norteadores da proteção da entidade familiar e do casamento. Isso impede o reconhecimento jurídico de um relacionamento afetivo paralelo a este instituto jurídico (TJMG, 2013)”.

Porém, há aqueles doutrinadores que defendem o reconhecimento das famílias simultâneas, ora apresentando requisitos para esse reconhecimento, ora dispensando-os. Sustenta Walsir Edson Rodrigues Junior e Renata Barbosa de Almeida (2012) de que a monogamia não é princípio jurídico, mas apenas um valor da sociedade,

“o comportamento monogâmico somente vinculará caso seja intersubjetivamente eleito. Nessa hipótese – e tão somente nela – o Direito passa a poder atuar acerca desse aspecto, sendo-lhe admitido eventualmente negar a geração de efeitos à realidade a tanto ofensiva. Não sendo esta a circunstância fática, a simultaneidade conjugal ou de companheirismo, que atenda aos requisitos familiares próprios, imporá o reconhecimento das duas (ou mais) famílias e a garantia de direitos a todos os seus integrantes.”

Vestindo esse raciocínio e acrescentando a ideia acastelada por Ruzik sobre aplicação da boa-fé objetiva (aquela tomada como princípio que determina deveres de conduta e não como estado de ignorância sobre determinada situação), o reconhecimento da família simultânea como núcleo familiar é perfeitamente possível desde que seja a mesma leal.

Por derradeiro, cabe a cada componente familiar preferir ou não a monogamia como comportamento moral. O poliamorismo vai de encontro à separação de fato. Ou seja, na simultaneidade, o cônjuge mantém várias relações familiares ao mesmo tempo, adquirindo direitos e obrigações a elas inerentes. Na separação fática, o casamento terminou de fato – mas não de Direito – sendo necessária a regulamentação jurídico-legal e não somente jurisprudencial da situação.

8 CONCLUSÃO

A rapidez com que a sociedade se transforma, em suas relações interpessoais, é a mesma com que os relacionamentos amorosos e familiares desenvolvem novos contornos. Tal dinamismo não consegue ser acompanhado pelo legislador brasileiro – seja pela demora no processo legislativo, seja pela inércia ante as questões tão importantes.

Cada vez mais, casamentos em crise são rompidos com a separação de fato. Tal separação acontece quando, informalmente, um ou ambos os cônjuges deixam o lar conjugal, seguindo sua vida sem manter o casamento fático, mas o mantendo juridicamente.

Frise-se, por oportuno, que a modernidade é tamanha, fazendo que muitos casais se separem faticamente, não mantendo mais o casamento, mas continuam residindo sobre o mesmo teto, por conveniência financeira – menos despesas e familiar – criação dos filhos.

Certo é que, sobrevivendo à separação de fato, surgem questões que geram insegurança jurídica nos cônjuges e pessoas a ele ligadas (filhos, novo companheiro, credores etc). A falta de regulamentação específica e eficaz sobre o tema aumenta tal insegurança, deixando as situações à mercê da interpretação e entendimento do Poder Judiciário, que ainda não se mostra totalmente pacificado.

Pontos como cessação do regime de bens, alimentos entre casal separado de fato, guarda dos filhos e direito de visitas, usufruto e administração dos bens dos filhos menores carecem de regramento quando o assunto é separação fática.

Veja por exemplo, que, durante a separação de fato, se uma mãe, cujo filho menor ficou em seu poder, quiser “proibir” a visitação paterna, ela o poderá fazer, uma vez que não há nenhum regramento – judicial (no caso concreto) ou legal (no caso em geral). Da mesma forma, se o pai, separado de fato, quiser ir à escola da criança, buscá-la e tirá-la do convívio da mãe, também o poderá fazer, tendo em vista a mesma falta de regramento. Ressalte-se, então, a ausência de legislação específica e a informalidade da separação de fato como um fomentador da “autotutela”, o que se mostra aterrorizante em lides que tratam de temas tão apaixonados como os de Direito das Famílias.

Outro tema que foi tratado – e é de extrema importância – é o regime de bens entre casal que contraiu união estável estando um deles ou ambos apenas separados de fato. A situação é deveras melindrosa, sendo que há direitos tanto para o atual convivente quanto para o cônjuge anterior, sendo que, não necessariamente o lapso temporal da separação de fato e da constituição da união estável são provados, assim como o período de aquisição e venda de certos bens.

Este trabalho procurou, então, demonstrar a necessidade de existir uma regulamentação legal, específica e detalhada, da separação de fato e aspectos que a envolvem. Atualmente, tal regramento não existe no Direito brasileiro e esta é a problemática do presente estudo.

Quando o legislador conseguir acompanhar a evolução das famílias, as questões de extrema importância aqui tratadas são resolvidas com mais justiça. Enquanto isto não ocorre, os envolvidos dependem de entendimentos jurisprudenciais, não sempre justos e isonômicos, uma vez que o julgador, como todo ser humano, é dotado de dogmas pessoais, culturais e religiosos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito civil: famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Coord.). **Código das famílias comentado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. O Ministério Público nas ações de separação e divórcio. **DE JURE - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. Acesso em: 28 abr. 2013.

AIRÉS, Philippe. **História social da criança e da família**. Traduzido por Dora Flaksman. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1978.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Júnior. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRANQUINHO, Wesley Marques. O novo divórcio: Emenda Constitucional nº 66. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2571, 16 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16997>>. Acesso em: 29 abr. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil-1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituiacao.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

_____. **Lei n. 4.121, 27 de agosto de 1962**. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada: Código Civil Brasileiro. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n. 833, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento dos filhos legítimos. In: **Código Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977: Dispõe os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. In: **Código Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Lei n. 8.560, de 29 de dezembro de 1992: Dispõe sobre a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. In: **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2010**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Ed. da Autora, 2001.

CAHALI, Yussef Said. **Separações conjugais e divórcio**. 12^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAROSSI, Eliane Goulart Martins. As relações familiares e o direito de família no século XXI. **Revista Faculdade de Direito**, Caxias do Sul. v. 12, 2003.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Divórcio judicial e administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**. 20. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Tradução Leandro Konder 16 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson (Coord.). Comentários à Lei nº 8.560/92. Averiguação Oficiosa e investigação de paternidade. Curitiba: Gênese, 1995. In: BRAUNER, Maria Crespo. **O direito de família: descobrindo novos caminhos**. São Leopoldo: Ed. da Autora, 2001.

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

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 17. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

_____. **Diretrizes hermenêuticas do direito de família**. Disponível em: <<http://vetustup.files.wordpress.com/>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

FUSTEL DE COULANGES Numa Denis. **A cidade antiga**. Traduzido por Fernando de Aguiar. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

GAGLIANO, Pablo Stolze. A nova emenda do divórcio: primeiras reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2568, 13 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16969>>. Acesso em: 26 abr. 2014.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Reprodução assistida heteróloga sob a ótica do Novo Código Civil. **Revista brasileira de direito de família**, Porto Alegre, v. 5, n. 19, p. 43, ago-set. 2003.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Família e casamento em evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 8, abr./jun. 1999.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial à pós moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

LEITE, Gisele. O novo direito de família. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 112-20, ago-set. 2008.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. A guarda e o exercício do direito de visita. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 27, n. 91, maio, 2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2552>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

_____. **Divórcio: alteração constitucional e suas consequências**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 24. abr. 2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e a unidade axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MEDEIROS, Noé. **Lições de direito civil: direito de família, direito das sucessões**. Belo Horizonte: Nova Alvorada Ed., 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007.

PENA JR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento da paternidade e seus efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Instituições de direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 3v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, ética, família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004.

PIRES, Adelino Augusto Pinheiro. A inutilidade da Emenda Constitucional nº 66/2010. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17355>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

PRETEL, Mariana Pretel e. Comentários acerca da Emenda Constitucional nº 66. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2583, 28 jul. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17062>>. Acesso em: 28 abr. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil 6 – direito de família**. 27. Ed. São Paulo: Saraiva.

RUSSO, José. As Sociedades Afetivas e Sua Evolução. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v.7, n. 32, p. 43, out./nov. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento com liberdade**. 6. ed. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TEIXEIRA, Elaine Cardoso de M. Novais. A nova emenda constitucional do divórcio: mais um avanço no caminho jurídico das relações familiares. **Revista FIDES**, Natal, v.1, n. 2, ago./dez. 2010.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VELOSO, Zeno. **O novo divórcio e o que restou do passado**. Disponível em: <www.ibdfam.org.br>. Acesso em: 24 abr. 2014.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Mecedo. Os efeitos do abandono afetivo e a mediação como forma de solução de conflitos paterno-filiais. **Revista Síntese Direito de Família**, Porto Alegre: Síntese, v.15, n.77, p. 69-94, abr./maio 2013.

WALD, Arnoldo. **O novo direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2002.

WELTER, Belmiro Pedro. **Fenomenologia no direito de família: genético, afetivo e ontológico**. Tese de Doutorado. UNISINOS, 2007.

_____. Pedro Belmiro. **Igualdade entre filiação biológica e socioafetiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ANEXO A - CASO CONCRETO DE REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Veja, na prática, como se daria um casamento regido pela Participação Final nos Aquestos:

Mariana e Paulo se casaram no regime de Participação Final nos Aquestos. Cada um trouxe consigo patrimônio que somava R\$100.000,00 (cem mil reais). Durante o casamento, foram adquiridos os seguintes bens:

MARIANA	PAULO
Casa de praia, no valor de R\$120.000,00	Automóvel, no valor de R\$70.000,00
Móveis, no valor de R\$30.000,00	Móveis, no valor de R\$40.000,00
Automóvel, no valor de R\$50.000,00	Motocicleta, no valor de R\$10.000,00
	Apartamento, recebido por doação, no valor de R\$80.000,00.

Durante todo o casamento, tanto Mariana quanto Paulo tiveram livre administração de seus bens, podendo dispor livremente dos móveis. Quando da dissolução da sociedade conjugal(divórcio/morte), haverá levantamento dos aquestos e conseqüente partilha em partes iguais. Não se esqueça que a divisão se dará sobre os bens adquiridos onerosamente durante a constância marital. Portanto, exclui-se o patrimônio que cada um possuía ao se casar, bem como os bens adquiridos a título gratuito.

Ao se somar os valores dos aquestos:

MARIANA	PAULO
Casa de Praia + móveis + automóvel = R\$200.000,00	Automóvel + móveis + motocicleta = R\$120.000,00

Percebe-se que o valor dos aquestos de Mariana é maior que os de Paulo. Assim sendo, quando terminar a sociedade conjugal deve ser feita divisão de modo a saírem com partes iguais de patrimônio. No caso, Mariana deve transferir R\$40.000,00 a Paulo, para que ambos deixem a sociedade com o equivalente a R\$160.000,00. Esta transferência pode ser *in natura* (em natureza, em bens que se equivalham ao valor) ou em dinheiro.

ANEXO B - CAUSAS DE EXTINÇÃO DO CASAMENTO E SOCIEDADE CONJUGAL

CAUSA	O QUE EXTINGUE	OBSERVAÇÕES
Morte de um dos cônjuges (1571, I)	Sociedade conjugal e casamento.	Com a viuvez, o cônjuge supérstite(sobrevivente), pode contrair novas núpcias.
Nulidade ou Anulação do casamento (1571, II)	Sociedade conjugal e casamento inválido.	Deve-se observar a putatividade ou não do casamento.
Separação Judicial	Sociedade conjugal.	Para que o casamento fosse extinto era necessário o divórcio, o que não mais persiste pós Emenda 66/10.
Divórcio	Com o poder lhe dado pela Emenda 66/10, o Divórcio extingue, simultaneamente, o casamento e a sociedade conjugal.	Pode ser feito judicialmente ou, em algumas situações, em Cartório de Notas.

ANEXO C - CUSTAS PROCESSUAIS VIGENTES NO TJMG EM 2014-11-08

Tabela “A” + TAXA JUDICIÁRIA <i>(1ª Instância)</i>					
<u>GRUPO 2</u>		Processo de competência da Vara de Família, da Vara de Conflitos Agrários e dos Juizados Especiais Cíveis.			
VALOR DADO À CAUSA (R\$)		VALOR CUSTAS	TAXA JUDICIÁRIA	TOTAL A RECOLHER*	
Valor inestimável		105,53	42,21	147,74	
de	0,00 até 21.122,48	105,53	42,21	147,74	
de	21.122,49 até 27.669,44	147,74	42,21	189,95	
de	27.669,45 até 36.963,82	147,74	134,55	282,29	
de	36.963,83 até 63.367,48	147,74	303,39	451,13	
de	63.367,49 até 65.955,00	211,06	303,39	514,45	
de	65.955,03 até 110.683,04	211,06	303,39	514,45	
de	110.683,05 até 211.224,98	211,06	641,08	852,14	
de	211.224,99 até 258.116,21	316,58	641,08	957,66	
de	258.116,22 até 422.449,95	316,58	1.385,06	1.701,64	
de	422.449,96 até 552.987,83	422,11	1.385,06	1.807,17	
de	552.987,84 até 1.056.124,88	422,11	2.448,25	2.870,36	
de	1.056.124,89 até 1.106.184,07	527,64	2.448,25	2.975,89	
de	1.106.184,08 até 1.843.571,52	527,64	3.888,71	4.416,35	
Acima de 1.843.571,52		527,64	5.070,62	5.598,26	

Tabela retirada do site WWW.tjmg.jus.br.

ANEXO D - HONORÁRIOS MÍNIMOS PARA AS LIDES DE DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO

5- SEPARAÇÃO CONSENSUAL

Atuando judicial ou administrativamente, se houver bens a partilhar e sendo advogado de ambos os requerentes, o previsto para inventários e arrolamentos, inclusive no que diz respeito ao mínimo. Em se tratando de advogado de apenas um dos cônjuges, o mesmo percentual previsto para inventários e arrolamentos, calculado sobre a parte que couber ao cliente, observado o mesmo valor mínimo de R\$ 1.000,00. Se não houver bens sujeitos à partilha, caberá ao advogado de ambas as partes ou, isoladamente, de uma delas.

Mínimo - R\$1.300,00.

6- SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA

A) Como advogado do autor ou do réu, havendo bens a partilhar, aplica-se o previsto para inventários e arrolamentos, calculado sobre a parte que couber ao cliente, inclusive no que diz respeito ao mínimo, sem prejuízo dos honorários devidos nas medidas cautelares.

Mínimo - R\$2.500,00.

7- CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO

A) Atuando judicial ou administrativamente, em pedido feito por ambos os cônjuges sem bens a partilhar.

Mínimo - R\$1.300,00.

B) Pedido litigioso, feito por um dos cônjuges, sem bens a partilhar.

Mínimo - R\$2.500,00.

C) Havendo bens a partilhar, tanto como advogado do autor ou como advogado do réu, o mesmo critério estabelecido para a separação judicial litigiosa.

Mínimo - R\$3.500,00.

D) . Atuando administrativamente, havendo bens a partilhar, tanto como advogado de um ou de ambos os cônjuges, o mesmo critério para a separação judicial, item 6.A..

Mínimo - R\$2.500,00.

8- DIVÓRCIO FUNDADO EM SEPARAÇÃO DE FATO

A) Atuando judicial ou administrativamente, como advogado de um ou de ambos os requerentes, sem bens a partilhar.

Mínimo - R\$1.900,00.

B) Com contestação:

Mínimo - R\$2.400,00.

C) Atuando judicial ou administrativamente, como advogado de um ou de ambos os cônjuges, havendo bens a partilhar, o mesmo critério estabelecido para a separação judicial litigiosa (item 6.A).

Mínimo - R\$2.500,00.

Valores retirados de www.oabmg.org.br.

ANEXO E - VALORES DOS EMOLUMENTOS CARTÓRIOS PARA DISSOLUÇÃO DE CASAMENTO

Tabela de Emolumentos / 2014			
Anexo da Portaria nº 2.456/CGJ/2012 (a que se refere o § 1º do artigo 2º da Lei n.º 15.424, de 30 de dezembro de 2004, com redação dada pela Lei Estadual nº 20.379, de 13 de agosto de 2012, atualizado nos termos do artigo 50, caput, da citada Lei nº 15.424 /2004 c/c o artigo 17, parágrafo único, da mencionada Lei nº 20.379/2012)			
TABELA 1 (R\$)			
ATOS DO TABELIÃO DE NOTAS	Emolumentos	Taxa de Fiscalização Judiciária	Valor Final ao Usuário
j) separação, divórcio, conversão de separação em divórcio e restabelecimento da sociedade conjugal	227,29	71,47	298,76
j.1) quando houver excedente de meação, acrescentar os mesmos valores finais ao usuário previstos na alínea "b" do número 4 desta tabela			

Tabela retirada de www.tjmg.jus.br.

ANEXO F - FIXAÇÃO DE ALIMENTOS – PONDERAÇÃO NECESSIDADE X POSSIBILIDADE - SITUAÇÕES EXEMPLIFICATIVAS

CASO	NECESSIDADE	POSSIBILIDADE	POSSÍVEL DECISÃO JUDICIAL*
André X Mauro	André está matriculado em escola pública(onde sempre estudou), tem 11 anos de idade, não possui problemas de saúde graves, faz aulas de judô em projeto mantido pelo Poder Público, vai de transporte escolar para a escola. Mora com sua mãe, que é doméstica e percebe um salário mínimo mensal. Possui outros cinco irmãos, todos menores que ele, não sendo filhos de Mauro.	Mauro tem 42 anos de idade. Trabalha em uma grande empresa de siderurgia, percebendo salário mensal de R\$3.000,00. É solteiro e reside com seus pais, que tem renda própria. Faz faculdade de Direito, sendo a mensalidade no valor de R\$650,00. Auxilia nas despesas da casa dos pais. Paga prestação de seu veículo no valor de R\$ 700,00 por mês.	20% dos rendimentos líquidos do pai.
Juliano X Marta	Juliano está matriculado em escola particular, cuja mensalidade é R\$300,00 mensais. Tem 08 anos de idade e vive com seu pai, que é advogado. Tem um problema de saúde crônico (bronquite) que demanda alguns gastos fixos mensais no montante de R\$200,00 aproximadamente. Faz aulas de inglês e capoeira em escolas particulares. Necessita de transporte escolar para ir à escola e demais atividades.	Marta é divorciada do pai de Juliano, com quem era casada no regime de separação de bens. É médica e percebe, em média R\$12.000,00 mensais.	30% dos rendimentos líquidos da mãe.
Ana X Anselmo	Ana tem três anos de idade, não frequenta escola nem é portadora de problemas de saúde graves. Reside com a mãe na casa dos avós maternos. Sua mãe é desempregada.	Anselmo é desempregado. Faz pequenos trabalhos como ajudante de serralheria, mas nada que lhe dê salário fixo. Não possui problemas de saúde e mora com seus pais.	40% do salário mínimo.

* Trata-se de mera hipótese para fins acadêmicos, sem qualquer pretensão de estipulação/ fixação de valores em casos reais.

ANEXO G - EXEMPLO DE RELAÇÃO DE FIDEICOMISSO

Leopoldo, por testamento, deixa uma casa para Lucas, até que Pedro se forme em Direito. Quando Pedro se formar, adquirirá a propriedade da casa.

- a condição suspensiva é formatura de Pedro em Direito.
- o fideicomitente: é o próprio testador, aquele, através da manifestação de sua vontade, institui o fideicomisso. No exemplo dado, é Leopoldo.
- o fiduciário: é aquele que ficará na guarda e propriedade resolúvel dos bens fideicometidos até que ocorra a condição mencionada pelo testador fideicomitente. No caso dado, o fiduciário é Lucas.
- fideicomissário: é a pessoa que, por último, receberá os bens fideicometidos, o seu último destinatário, que adquire propriedade plena. *In casu*, o fideicomissário é Pedro.

ANEXO H - VOTO DO CONSELHEIRO NACIONAL DE JUSTIÇA JEFFERSON KRAVCHYCHYN SOBRE A POSSIBILIDADE DE AINDA SER FEITA SEPARAÇÃO NO BRASIL

EMENTA: PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. PROPOSTA DE ALTERAÇÃO DA RESOLUÇÃO Nº 35 DO CNJ EM RAZÃO DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. SUPRESSÃO DAS EXPRESSÕES “SEPARAÇÃO CONSENSUAL” E “DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL”. IMPOSSIBILIDADE. PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- A Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, para suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos.

- Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio.

- Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida.

- Pedido julgado parcialmente procedente para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, nos seguintes termos: 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.”

VISTOS,

Trata-se de Pedido de Providências instaurado a requerimento do Instituto Brasileiro de Direito de Família, em face do Conselho Nacional de Justiça, em que requer sejam promovidas as alterações necessárias na Resolução nº 35/CNJ, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07, pelos serviços notariais e de registro.

O requerente sustenta que a Emenda Constitucional nº 66/2010 modificou o § 6º do artigo 226 da Constituição Federal, suprimindo a prévia separação judicial ou separação de fato por mais de dois anos, como requisitos para o divórcio.

Informa que tal norma constitucional possui aplicação imediata em razão de sua natureza, e requer, para que sejam evitadas dúvidas pelos interessados e pelos notários, ante a redação atual da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, a urgente modificação da redação atual, sugerindo:

a) a supressão, em todos os artigos, as referências à separação consensual e à dissolução da sociedade conjugal, considerando-as no divórcio consensual e na dissolução do vínculo matrimonial;

- b) a supressão da Seção IV, que trata especificamente da separação consensual;
- c) a supressão do art. 53, que trata do lapso de tempo de dois anos para o divórcio direto;
- d) que seja dada nova redação ao art. 52, sugerindo: "Os cônjuges separados judicialmente, na data da publicação da EC-66/2010, podem, mediante escritura pública, converter a separação judicial ou extrajudicial em divórcio, mantendo as mesmas condições ou alterando-as". É, em síntese, o relatório.

VOTO:

A questão pautada versa acerca da alteração da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, em razão da modificação do texto constitucional, proveniente da Emenda Constitucional de nº 66, cuja publicação se deu em 14/07/2010.

A Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, para suprimir o requisito de prévia separação judicial por mais de 01 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 02 (dois) anos.

O parágrafo em menção possuía a seguinte redação: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei ou comprovada separação de fato por mais de dois anos." Com a alteração trazida pela EC nº 66, a nova redação restou assim definida: "O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio."

Nesse passo, alguns trechos da Resolução nº 35 do CNJ, merecem ser revisados, como bem observa o requerente, sob pena de tornarem-se inaplicáveis ao novo contexto trazido por força de Emenda Constitucional nº 66.

Para tanto, entendo adequado considerar, em parte, as sugestões trazidas nesse procedimento com o propósito de que sejam evitadas dúvidas e incongruências na aplicação da norma vigente, seja pelo jurisdicionado ou mesmo pelos notários e registradores.

Contudo, nem todas as questões encontram-se pacificadas na doutrina e sequer foram versadas na jurisprudência pátria. Tem-se que, mesmo com o advento da Emenda nº 66, persistem diferenças entre o divórcio e a separação.

No divórcio há maior amplitude de efeitos e consequências jurídicas, figurando como forma de extinção definitiva do casamento válido. Por seu turno a separação admite a reconciliação e a manutenção da situação jurídica de casado, como prevê o Código de Processo Civil vigente.

Divergem as interpretações doutrinárias quanto à supressão do instituto da separação judicial no Brasil. Há quem se manifeste no sentido de que o divórcio passa a ser o único meio de dissolução do vínculo e da sociedade conjugal, outros tantos, entendem que a nova disposição constitucional não revogou a possibilidade da separação, somente suprimiu o requisito temporal para o divórcio.

Parece razoável, que ainda exista a busca por separações, o que incide na vontade do jurisdicionado em respeito às disposições cuja vigência ainda é questionada e objeto de intensos debates pelos construtores do direito pátrio.

Nesse passo, acatar a proposição feita, em sua integralidade, caracterizaria avanço maior que o recomendado, superando até mesmo possível alteração da legislação ordinária, que até o presente momento não foi definida.

O amadurecimento dos efeitos jurídicos da nova redação trazida pela Emenda Constitucional nº 66, suscitam prudência na aplicação de preceitos de caráter infraconstitucional.

Assim, **julgo parcialmente procedente o pedido** para propor a modificação da redação da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça, de 24 de abril de 2007, que disciplina a aplicação da Lei nº 11.441/07 pelos serviços notariais e de registro, para que:

- a) seja retirado o art. 53, que versa acerca do lapso temporal de dois anos para o divórcio direto e;
- b) seja conferida nova redação ao art. 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.”

Submeto a proposta de alteração do texto da Resolução nº 35 do Conselho Nacional de Justiça à análise dos demais Conselheiros, em sessão plenária, onde novas alterações e sugestões podem ser observadas.
Brasília, 12 de agosto de 2010.

ANEXO I - INTEIRO TEOR DE ACÓRDÃO QUE ENTENDE A DURAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO COMO CRITÉRIO A SER LEVADO EM CONTA QUANDO DO PEDIDO DE ALIMENTOS.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0114.11.000243-2/001 - COMARCA DE IBIRITÉ - APELANTE(S): R.N.D. - APELADO(A)(S): M.F.S.D.

A C Ó R D ã O

(SEGREDO DE JUSTIÇA)

Vistos etc., acorda, em Turma, a 4ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DESA. HELOISA COMBAT

RELATORA.

DESA. HELOISA COMBAT (RELATORA)

V O T O

Trata-se de apelação cível interposta por R.N.D., nos autos da Ação de Alimentos ajuizada em seu desfavor por M.F.S.D., pretendendo a reforma da r. sentença proferida pela MM. Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibirité, que julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora, para condenar o requerido ao pagamento de alimentos arbitrados em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

Nas razões de f. 131/137, o apelante argumenta que a autora não faz jus ao recebimento de pensão alimentícia, pois está apta para o trabalho, por já ter exercido a função de doméstica. Assevera que nunca pagou alimentos à requerente, nem quando separados de fato, ou após o divórcio, o que leva à conclusão de que M. sempre conseguiu manter-se sem qualquer ajuda do recorrente e após mais de 20 (vinte) anos do rompimento do vínculo amoroso.

Argumenta que caso a apelada realmente necessite de auxílio para sua manutenção, deve procurar auxílio dos três filhos maiores e capazes, pois o requerido não possui com ela qualquer relacionamento há mais de vinte anos.

Aponta ser aposentado pelo INSS e receber proventos na ordem de R\$ 2.027,15, tendo gastos com saúde, aluguel, alimentação, luz, telefone e lazer com sua atual família, portanto, o percentual fixado exorbita as condições do alimentante.

Alternativamente, requer seja a verba reduzida para 20% (vinte por cento) do salário mínimo vigente.

Não havendo preliminares a serem ultrapassadas, analisa-se o mérito da lide.

M.F.S.D. ajuizou a presente ação de alimentos em desfavor de seu ex-marido, R.N.D., alegando, em síntese, que o divórcio do casal foi decretado em 24.08.2010, embora estivessem separados de fato há mais de vinte anos, sendo que desde a separação se dedicou exclusivamente a cuidar dos três filhos do casal, menores à época. Relata que por ter se dedicado aos filhos, não obtém êxito em se inserir no mercado de trabalho e atualmente se encontra muito doente, fazendo uso de vários medicamentos, e apesar de o requerido ter prestado apoio financeiro, o auxílio cessou, necessitando da fixação de alimentos em seu favor.

A MM. Juíza da 2ª Vara Cível da Comarca de Ibitaré julgou parcialmente procedente o pedido, para fixar os alimentos em 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo.

Contra esta decisão se insurge o apelante, alegando que o vínculo entre as partes há muito foi rompido, não havendo nada que justifique o arbitramento dos alimentos. Afirma que seus rendimentos são todos comprometidos com as despesas ordinárias, e que também se encontra com a saúde debilitada.

No que tange ao dever de prestar alimentos, cumpre salientar, inicialmente, que os alimentos decorrentes da dissolução da sociedade conjugal encontram amparo no dever de assistência mútua que os cônjuges assumem com o casamento e que se estende para além do rompimento do vínculo.

A pretensão ao recebimento de alimentos do cônjuge, para prover as necessidades básicas de subsistência e aquelas compatíveis com a sua condição social encontra amparo na previsão do art. 1694, do Código Civil em vigor.

Os alimentos prestados entre cônjuges, assim como os decorrentes do parentesco, devem ser fixados tendo por critérios a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante. Ainda assim, os alimentos que surgem em consequência de uma separação possuem traços peculiares, pois a obrigação, nesse caso, decorre do dever de assistência mútua, inexistindo dever de um cônjuge de manter o outro, como ocorre em relação aos filhos.

Sobre a obrigação alimentar em favor do ex-cônjuge, a renomada jurista Maria Berenice Dias ensina que:

"A obrigação alimentar em favor do cônjuge tem por fundamento o dever de mútua assistência. Está previsto na lei (CC 1.694), sem quaisquer restrições temporais ou limitações com referência ao estado civil dos obrigados. Logo, solvido o vínculo matrimonial e havendo necessidade de um e possibilidade do outro, é estabelecido o encargo alimentar, que persiste enquanto permanecer inalterada a condição econômico-financeiro de ambos os cônjuges. Estabelecida a obrigação alimentar, quer quando da separação, quer por ocasião do divórcio, não havendo mudança na situação de vida de qualquer dos parentes, persiste o encargo." ("Manual de direito das famílias. 8.ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, 529-530).

Especificamente sobre o dever recíproco de assistência entre os cônjuges, extrai-se dos ensinamentos de Rolf Madaleno que:

"É fato incontroverso que os alimentos entre esposos é direito cada vez mais escasso nas demandas judiciais, especialmente em decorrência da propalada igualdade constitucional dos cônjuges e gêneros sexuais, reservada a pensão alimentícia para casos pontuais de real necessidade e 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 igualdade constitucional não está inteiramente consolidada no plano da existência e por conta desta realidade ainda é grande o número de ações de alimentos propostas pelas esposas e companheiras" (Curso de Direito de Família; Editora Forense; 4ª Edição; 2011; pág. 930).

Entendo que a nova ordem econômico-social, ressalvados casos especiais, não mais deixa brecha para se sustentar casos em que o ex-marido preste alimentos por tempo indeterminado à sua ex-mulher.

A mulher está cada vez mais inserida no mercado de trabalho, ocupando progressivamente mais espaço (com volume e qualidade).

Entretanto, a apelada, para justificar a necessidade da prestação alimentícia, diz que nunca exerceu atividade laborativa, estudou ou se profissionalizou, pois passou toda a sua vida dedicada ao apelado e aos seus filhos, sendo que dificilmente conseguirá se inserir no mercado de trabalho. Argumenta ainda que apresenta problemas de saúde.

Contudo, a autora fez juntar aos autos receitas médicas que prescrevem antidepressivos (fluoxetina, sertralina - f. 15 e seguintes), os quais não a impedem de exercer trabalho remunerado, pois sabe-se que atualmente, grande parte da população faz uso de tais medicamentos, sem que isso obste o exercício de atividade laborativa. Ademais, a maioria dos receituários data do ano de 2007, sendo possível presumir que a requerente, com o devido acompanhamento médico, deve ter apresentado melhora em seu quadro de saúde.

Lado outro, a situação financeira de ambas as partes permanece nebulosa nos autos.

A autora, que afirma na inicial estar separada de fato do requerido há mais de vinte anos, sobrevive sem a ajuda do autor e somente veio requerer a prestação da pensão alimentícia, em 2011, após o divórcio do casal, que se deu em agosto de 2008. Ou seja, o casal já havia se separado há mais de 20 anos, sem que a requerente tenha se manifestado acerca da necessidade dos alimentos. Nesse ínterim, o requerido constituiu nova família, vivendo em união estável (reconhecida judicialmente - f. 94) com outra companheira no período de janeiro de 1988 a maio de 2008.

Sob tal aspecto, sequer foi apresentada prova de que o requerido contribuiu com qualquer despesa da requerente durante o período de duração da separação de fato do casal.

Data venia, entendo que a inércia da reconvinte em pleitear os alimentos e o tempo em que ela se sustentou sem receber qualquer auxílio do autor indicam a desnecessidade da prestação alimentar.

A ré diz que nunca trabalhou. Ora, se a ré nunca trabalhou, como pôde se sustentar durante todos esses anos? Ou ainda, se nunca recebeu remuneração, como a sua situação financeira se alterou de modo a justificar a necessidade da verba?

A meu ver, se não exerceu atividade remunerada, a situação econômico-financeira da apelada é a mesma desde a data em que se separou de fato, nos idos dos anos oitenta.

No caso em tela, percebe-se que apesar do alegado, a requerida não apresenta qualquer enfermidade ou incapacidade que a impossibilite de ter uma atividade profissional capaz de prover o seu sustento, vinte anos após a separação de fato do casal.

Assim, tenho que deve ser reformada a r. sentença.

No mesmo sentido, é o entendimento desta egrégia 4ª Câmara Cível:

"EMENTA: Divórcio Direto Litigioso - Separação de Fato Prolongada no Tempo - Alimentos - Fixação - Impossibilidade - Binômio Necessidade/Utilidade - Ausência de Prova Sendo certo que o casal encontra-se separado de fato há vários anos, sem que a mulher tenha demonstrado, perante o varão, necessitar de ajuda financeira para se manter, não cabe, quando da decretação do vínculo matrimonial pelo divórcio, pretender o recebimento de pensão, mormente quando não demonstrada sua necessidade em requerê-los, nem a possibilidade do ex-cônjuge de prestá-los. Rompendo o divórcio radicalmente o vínculo matrimonial, somente será exigível do cônjuge o pagamento de pensão quando já vinha contribuindo para a sobrevivência do outro durante o período de separação, visto que esta somente rompe a sociedade conjugal, mantendo preservado, assim, o dever de mútua assistência." (Número do processo: 1.0024.05.851444-9/001 - Relator: Des.(a) DÁRCIO LOPARDI MENDES - Data do Julgamento: 24/04/2008 - Data da Publicação: 08/05/2008)

Ressalte-se, por fim, que o instituto dos alimentos visa a proteger os necessitados, e não a fomentar a ociosidade. Por tal razão, somente fará jus ao seu recebimento quem demonstrar a necessidade de perceber auxílio para sobreviver.

Na hipótese dos autos, tem-se que além de não ter sido produzida qualquer prova que demonstre que a autora necessita dos alimentos, por não ser capaz de prover seu próprio sustento, deve-se ponderar, ainda, que o simples fato de a autora ter sobrevivido, até então, sem pensão do ex-marido, por si só, já demonstra a desnecessidade de se impor o dever ao requerido.

Acrescente-se que não há elementos nos autos que demonstrem que a autora fosse, desde a data do casamento, dependente do varão, inviabilizando, assim, sua pretensão.

Portanto, sendo precária e inconsistente a prova da necessidade do cônjuge, assim como da possibilidade do alimentante em pagar a pensão, não há outra solução para a lide, senão o julgamento pela improcedência do pedido.

Ademais, o casal teve três filhos, hoje maiores e capazes, que podem, se for o caso, contribuir para o sustento da mãe, se esta não tiver condições para se manter.

Com tais considerações, DOU PROVIMENTO AO RECURSO, para julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Por consequência, deve a autora arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, ora arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), observada a justiça gratuita.

Custas ex lege.

DESA. ANA PAULA CAIXETA (REVISORA) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. MOREIRA DINIZ - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO."