

RDFAS

REVISTA DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES

ANO 3

OUTUBRO/DEZEMBRO 2016

COORDENAÇÃO

CARLOS ALBERTO GARBI

REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA

THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 3 • vol. 10 • out.-dez. / 2016

Coordenação

CARLOS ALBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

Assistente de Coordenação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA
ADFAS – ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES
WWW.ADFAS.ORG.BR

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 3 • vol. 10 • out.-dez. / 2016

CONSELHO EDITORIAL

Conselho Editorial Internacional

Fernando José Borges Correia de Araújo

Guillermo Orozco Pardo

Úrsula Cristina Basset

Conselho Editorial Nacional

Antonio Carlos Morato

Artur Marques da Silva Filho

Carlos Alberto Garbi

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo

Eduardo de Oliveira Leite

Ênio Santarelli Zuliani

Fátima Nancy Andrighi

Francisco Eduardo Loureiro

Ives Gandra da Silva Martins

Jorge Shiguemitsu Fujita

Luiz Fernando Salles Rossi

Maria Vital da Rocha

Mônica Bonetti Couto

Nadia de Araujo

Rogério José Ferraz Donnini

Rosa Maria de Andrade Nery

Verônica A. da Motta Cezar-Ferreira

PARECERISTAS

Bianca Mendes Gonçalves

Edgard Audomar Marx Neto

Laura Souza Lima e Brito

Mariana Luize Ferreira Mamede

ISSN. 2358-2057

REVISTA DE
**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 3 • vol. 10 • out.-dez. / 2016

Coordenação

CARLOS ÁLBERTO GARBI
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA
THEODURETO DE ALMEIDA CAMARGO NETO

Assistente de Coordenação

ANDRÉ FERNANDO REUSING NAMORATO

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

© edição e distribuição da
ASSOCIAÇÃO DE DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES - ADFAS

Rua Maestro Cardim, 560 - Cj 101/103
01323-000 - São Paulo – SP

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CONTATO ADFAS
(atendimento, em dias úteis, das 8h30 às 18h00)
Tel. (11) 3252-2131
E-mail: contato@adfas.org.br

e-mail para submissão de originais
rdfas@adfas.org.br

Visite nosso site
www.adfas.org.br

Fechamento desta edição: [31.12.2016]

APRESENTAÇÃO

A RDFAS – Revista de Direito de Família e das Sucessões – é órgão de difusão científica e cultural da ADFAS - Associação de Direito de Família e das Sucessões.

A ADFAS tem o propósito de estudar e difundir o Direito de Família e das Sucessões, assim como as disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas, e restaurar o estudo dogmático desses ramos do Direito, considerando que a família, como base da sociedade e núcleo essencial à tutela dos direitos da personalidade, necessita de proteção, em razão do desprestígio causado por interpretações dissonantes dos anseios sociais e da ordem constitucional e infraconstitucional, e que é o centro natural da criação e educação de crianças e adolescentes, assim como dos cuidados aos idosos, e que o Direito de Família e das Sucessões envolve o interesse social e não é limitado aos interesses individuais.

Nada obstante, a RDFAS foi concebida como um veículo destinado ao diálogo entre os operadores do Direito das mais variadas vertentes, de modo que está aberta à participação de todas as correntes do pensamento, sem perder de vista a supremacia da segurança jurídica.

Cada um dos autores se posiciona livremente sobre temas atuais e polêmicos, de modo que os artigos não refletem pensamento unívoco, em razão da divergência de opiniões e também porque tocam em assuntos que representam novidades no cenário doutrinário e jurisprudencial.

Assim, a RDFAS tem o propósito de noticiar as ideias e os debates que surgem no seio do Direito de Família e das Sucessões e desenvolver um espaço de meditação sobre seus reflexos na atividade dos magistrados, promotores, procuradores, advogados e estudantes.

Com periodicidade trimestral, a RDFAS contém artigos e outros textos científicos, como comentários sobre importantes acórdãos dos Tribunais Estaduais e, bem assim, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Carlos Alberto Garbi

Regina Beatriz Tavares da Silva

Theodoreto de Almeida Camargo Neto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
---------------------------	----------

DOCTRINA NACIONAL

Análise sistêmica da separação e do divórcio após a Emenda Constitucional 66/2010

Systemic analysis of separation and divorce after Constitutional Amendment 66/2010

Ana Caroline Trabuco e Emanuela Pompa Lapa 8

Marco jurídico das políticas familiares: notas introdutórias

Legal framework of family policies: briefing notes

André Gonçalves Fernandes 32

A guarda compartilhada frente ao direito de escolha do menor

Shared custody front the lowest right of choice

Antônio Luiz Nunes Salgado e Renata Emanuella Pimenta Aquino 41

Interpretação do artigo 1.829, I, do Código Civil: a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes na ordem de vocação hereditária

Interpretation of article 1.829, I, of the Civil Code: the competition of the surviving spouse with the descendants in the hereditary vocation order

Laura Covatti dos Santos 62

NORMAS DE PUBLICAÇÃO	81
-----------------------------------	-----------

REVISTA DE

**DIREITO DE FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES**
RDFAS

Ano 3 • vol. 10 • out.-dez. / 2016

DOCTRINA NACIONAL

**ANÁLISE SISTÊMICA DA SEPARAÇÃO E DO DIVÓRCIO APÓS A EMENDA
CONSTITUCIONAL 66/2010**

**SYSTEMIC ANALYSIS OF SEPARATION AND DIVORCE AFTER
CONSTITUTIONAL AMENDMENT 66/2010**

Ana Caroline Trabuco

Mestranda em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito. Integrante da ADFAS. Advogada especialista na área de Família e Sucessões. Advogada.

Emanuela Pompa Lapa

Mestranda em Família na Sociedade Contemporânea da Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito Civil e Direito do Consumidor pelo JusPODIVM. Advogada especialista na área de Família e Sucessões. Advogada.

Resumo: O presente artigo busca estabelecer uma análise sistêmica da separação e do divórcio no ordenamento jurídico brasileiro após a Emenda Constitucional (EC) n. 66/2010, através de uma revisão da biografia, doutrina, jurisprudência e, ainda, utilizando-se de dados numéricos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Para tanto, inicia-se com uma breve releitura do rompimento das relações conjugais antes desse marco regulatório. Em um segundo momento, o objetivo será contextualizar a origem e a tramitação da Emenda, mediante interpretação da *mens legislatoris* e da *mens legis*, dando destaque à PEC n. 413/2005. Em seguida, o foco será as principais mudanças decorrentes dessa alteração normativa, trazendo as posições conflitantes sobre o tema. Ao final, o intuito é verificar como esse novo dispositivo legal refletiu na sociedade, trazendo alguns números fornecidos pelo IBGE sobre separação e divórcio antes e após a EC n. 66/2010.

Palavras-Chave: Família. Emenda Constitucional n. 66/2010. Casamento. Separação. Divórcio.

Sumário: 1. Introdução; 2. Síntese histórica dos rompimentos conjugais no Brasil antes da Emenda Constitucional nº 66/2010; 3. A Emenda Constitucional n. 66/2010; 3.1 Tramitação e Origem; 3.2 Principais mudanças; 3.2.1 Eliminação dos requisitos temporais; 3.2.2 Permanência da separação no ordenamento jurídico brasileiro; 3.2.3 Subsistência jurídica da culpa no processo de divórcio; 4. Separação e Divórcio à luz do Novo Código de Processo Civil; 5. Breve análise estatística da separação e do divórcio antes e depois da EC n. 66/2010; 5.1 Por faixa etária e por gênero; 6. Conclusão; 7. Referências. 8. Anexos.

1. Introdução

A família brasileira sofreu profundas modificações nas últimas décadas, seja em sua natureza, seja em sua composição ou concepção.

De fato, é inquestionável que a família tem passado por um período de acentuada evolução, com diversos modos de constituir-se, longe dos paradigmas antigos marcados pelo patriarcalismo e pela exclusividade do casamento como forma de sua constituição.

A legislação, por sua vez, tem o dever de acompanhar essas transformações sociais, contribuindo para o aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito e a preservação máxima dos princípios constitucionais, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante deste contexto, mais do que nunca se torna necessária a análise dos conflitos particulares sob a ótica dos direitos fundamentais e a interpretação sistemática com base nesses princípios.

O divórcio tornou-se possível no Brasil após edição da Emenda Constitucional (EC) nº 9/77, seguindo-se-lhe da Lei nº 6.515/77, conhecida como a Lei do Divórcio.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, reescreve a história normativa do Brasil em vários aspectos, em especial para esse artigo, destaca-se o seu parágrafo 6º, com a mudança introduzida às espécies de rompimento dos vínculos conjugais, trazendo, pela primeira vez, a possibilidade jurídica do divórcio direto desde que o casal estivesse separado de fato há mais de 02 anos.

E os avanços continuaram.

Em 2010, a mudança normativa foi ainda mais significativa com a Emenda Constitucional nº 66/2010 que ratificou a tendência, já consolidada, de reverência ao princípio da intervenção mínima do Estado na vida privada em conexão com o princípio do afeto, concedendo maior liberdade e, por consequência, responsabilidade, aos cônjuges sobre a decisão quanto à manutenção ou extinção das relações conjugais, através da simplificação e desburocratização do processo do divórcio no Brasil.

Evidentemente que essas transformações legislativas, em especial as mais recentes (Código Civil de 2002, Lei nº 11.441/2007, EC nº 66/2010 e, por último, a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil) acarretam não só consequências sociais importantes, mas também discussões jurídicas e doutrinárias acaloradas.

Assim, para entender melhor sobre a nova sistemática do divórcio na atualidade, é que se inicia esse artigo com uma breve, mais salutar, releitura do rompimento das relações conjugais antes desse marco regulatório, contextualizando, em seguida, a tramitação e origem da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Em um terceiro momento, o foco será o enfrentamento das principais questões conflitantes que envolvem esse tema, em especial: a eliminação dos requisitos temporais para o divórcio; a permanência ou supressão da separação no ordenamento jurídico brasileiro e a subsistência jurídica da discussão da culpa no processo de divórcio.

Ao final, a intenção é trazer alguns números fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para entender a nova realidade brasileira, traçando um paralelo comparativo antes e depois da Emenda Constitucional nº 66/2010.

Registra-se, por fim, que este estudo é realizado através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, normativa, dados do IBGE, opiniões de juristas, publicações periódicas, artigos de revistas e casuística, tudo com a intenção de melhor explicitar o tema abordado.

2. Síntese histórica dos rompimentos conjugais no Brasil antes da Emenda Constitucional n. 66/2010

Na idade média, a religião oficial da maioria dos povos civilizados era o Cristianismo que reconheceu a família como célula mãe da Santa Igreja, erigindo-a a entidade religiosa por meio do sacramento do casamento. Destarte, como se sabe, a Igreja Católica influenciou demasiadamente a normativa do casamento na sociedade ocidental, incluindo a brasileira.

Tanto é que, no Brasil império, o casamento era regulado exclusivamente pela Igreja Católica, sem qualquer interferência do Estado, com as normas estabelecidas pelo Código Canônico que mantinha e mantém o princípio da indissolubilidade do matrimônio, prevendo tão apenas a figura da separação com a permanência do vínculo, o denominado “desquite”.

No Brasil República, implantou-se o casamento civil com o Decreto nº 181 de 1.890, ainda indissolúvel. Porém, a par da dissolução do casamento pela morte do cônjuge ou anulação do matrimônio, admitia-se apenas a separação pessoal, o divórcio *quoad thorum et cohabitationem* do Direito Canônico (Cahali, 2011).

A separação pessoal admitida pelo Direito Canônico foi acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio sob a denominação de “desquite” que, a partir da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio), passou a ser chamado de separação.

Até o ano de 1977, quem casava, permanecia com um vínculo jurídico para o resto da vida, diante da ausência de extinção voluntária do casamento, exceto pela morte ou anulação. Caso a convivência fosse insuportável, poderia pedir o “desquite” que interrompia com os deveres conjugais e terminava com a sociedade conjugal, ou seja, os bens eram partilhados, acabava a convivência sob o mesmo teto, mas nenhum dos dois poderia recomeçar sua vida ao lado de outra pessoa cercado da proteção jurídica do casamento. Vale ressaltar que naquela época, também não existiam leis que protegiam a união estável e resguardavam os direitos daqueles que viviam juntos.

Nessa fase, onde somente se admitia a dissolução da sociedade conjugal, mas com a manutenção do vínculo matrimonial, o que se constatava era a existência de famílias “clandestinas”, marginalizadas pela sociedade.

Essa realidade somente começa a mudar com a Lei do Divórcio, aprovada em 1977, que, amparada pela Emenda Constitucional nº 9/77, deu nova redação ao parágrafo 1º do artigo 175 da Constituição Federal vigente à época, para

admitir que “o casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja a prévia separação judicial por mais de três anos”.

Portanto, pode-se considerar que, a partir desse momento, foi introduzida no Brasil a possibilidade jurídica do divórcio, condicionado ao requisito prévio da separação judicial: era necessário o prazo de cinco anos de separação de fato para o divórcio direto e de três anos para o divórcio indireto (ou por conversão).

Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona registraram a importância desse marco regulatório ao afirmarem que:

“A segunda fase histórica começa com a efetiva regulamentação do divórcio no Brasil, o que ocorreu com a promulgação da famosa Lei do Divórcio, em dezembro de 1977 (Lei n.6515).

É bem verdade que a referida lei não cuidou apenas da dissolução do vínculo matrimonial; disciplinou também outras matérias, pertinentes ao Direito de Família, com a separação judicial, a guarda de filhos, a isonomia na filiação e o uso do nome.

Durante mais de duas décadas, portanto, até a entrada em vigor do Código de Civil de 2002, a lei de 1977 conviveu com o Código Civil de 1916.

E sua atuação foi realmente importante, constituindo-se no diploma normativo básico sobre o tema, atuando o Código Civil brasileiro como norma supletiva.”¹

Contudo, foi somente com a Carta Magna de 1988 que foi concedida ampliação à possibilidade do divórcio, que passou a ser admitido de duas formas: i) divórcio indireto, aquele obtido através da conversão da separação judicial (após um ano da sentença judicial transitada em julgado); ii) divórcio direto, que tem como único requisito a observância do decurso do lapso temporal de mais de dois anos de separação de fato.

Esse panorama perdurou até a entrada em vigor da EC nº 66/2010, que causou verdadeira reviravolta no sistema brasileiro, no particular.

3. A Emenda Constitucional n. 66/2010

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *O Novo Divórcio*. 3 . ed., rev. ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016, p.38.

É inquestionável o avanço normativo na área do Direito de Família contemplado na Constituição Federal de 1988.

Todavia, a sociedade brasileira clamava por mais, sobretudo, pela possibilidade de simplificar o já tão sofrido rito de passagem na vida das pessoas representado pela separação.

E foi nesse contexto que surgiu a Emenda Constitucional nº 66/2010. Passa-se adiante a analisar a tramitação e a origem desse marco regulatório em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

3.1. Tramitação e origem

Como dito, a Emenda Constitucional n. 66/2010 proporcionou uma verdadeira revolução na disciplina do divórcio no Direito nacional, alterando a redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 que, antes da sua promulgação, tinha a inteligência abaixo transcrita, *in verbis*:

“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 proposta de emenda à Lei Maior foi apresentada pelo Deputado Federal Antônio Carlos Biscaia, por meio da PEC nº 413/2005, reapresentada pelo Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro pela PEC nº 33/2007 e teve como redação inicial a que a seguir se traslada, *ipsis literis*:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio consensual ou litigioso, na forma da lei.”

Como justificativa, alegou-se tratar de um desejo da sociedade brasileira. Observe-se:

“Não mais se justifica a sobrevivência da separação judicial, em que se converteu o antigo desquite. Criou-se, desde 1977, com o advento da legislação do divórcio, uma duplicidade artificial entre dissolução da sociedade conjugal e dissolução

do casamento, como solução de compromisso entre divorcistas e antidivorcistas, o que não mais se sustenta.

Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosos ou consensuais. A Submissão a dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) resulta em acréscimos de despesas para o casal, além de prolongar sofrimentos evitáveis.

Por outro lado, essa providência salutar, de acordo com valores da sociedade brasileira atual, evitará que a intimidade e a vida privada dos cônjuges e de suas famílias sejam revelados e trazidos ao espaço público dos tribunais, como todo o caudal de constrangimentos que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.”

Após regular trâmite perante a Câmara dos Deputados, a redação final, aprovada após discussão em segundo turno e ratificada pelo Senado Federal sob o nº 28/2009 é a seguinte:

O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

3.2. Principais mudanças

Como se verá, o novo texto constitucional representou grande avanço em Direito de Família por ter trazido duas importantes inovações, quais sejam: a) a primeira, de consenso geral, foi a extinção de prazos e causas para a dissolução do vínculo matrimonial; b) a segunda, não aceita de forma uníssona, foi a extinção da separação judicial do ordenamento jurídico brasileiro.

3.2.1. Eliminação dos requisitos temporais

Uma das mais evidentes inovações – talvez a maior – trazidas pelo novo texto constitucional foi a supressão dos requisitos temporais que, registre-se, foram sendo reduzidos ao longo do tempo gradativamente até serem totalmente extirpados.

Ao estabelecer que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, a Emenda Constitucional nº 66/2010 imprimiu a tal instituto jurídico o caráter de direito potestativo de quem é casado, eis que pode ser exercido independentemente do cumprimento de prazos e da anuência do outro cônjuge.

Esse é, inclusive, o entendimento de Pablo Stolze Gagliano para quem o divórcio passou a ser o exercício de um direito potestativo, podendo ser exercido por qualquer dos cônjuges que não queira permanecer unido ao outro, independentemente do tempo de casados, se um ano, um mês ou uma semana (Gagliano, 2011)

A separação deixou de ser, portanto, requisito legal para o divórcio – e apenas isso - que, a partir de então, pode ser requerido a qualquer tempo, logo após o casamento, inclusive.

Tratando dos limites da Emenda Constitucional nº 66/2010, Yussef Said Cahali esclarece:

“Colocada a questão nos seus devidos termos, resulta:

(...)

A rigor, portanto, definitivamente liberado o divórcio, este poderá ser requerido a qualquer tempo, de imediato à celebração do casamento, sem que haja necessidade ou interesse público (sic) de ser declinado o motivo em razão do qual se pretende a desconstituição do vínculo matrimonial que o próprio Estado havia constituído no ato solene de celebração. Mas nada mais do que isso resulta a referida Emenda, isto é, somente seria admissível, a partir de agora, o divórcio direto, com supressão do divórcio-conversão, permanecendo, porém, inalterada a separação legal (apenas imprestável para conversão em divórcio).” (Cahali, 2011, p. 69/70)

Como se vê, a partir da Emenda Constitucional n. 66/2010 não mais se exige o cumprimento de prazos, nem se fala em divórcio direto ou por conversão. O divórcio passa a ser único, seja consensual ou litigioso, judicial ou extrajudicial.

Ademais, não se perquire mais a identificação do culpado pela separação – afastamento que já vinha sendo feito pela jurisprudência -, o que não elide a possibilidade de um cônjuge buscar reparação por eventuais danos morais e/ou materiais que entenda fazer jus, como será demonstrado adiante.

3.2.2. Permanência da separação no ordenamento jurídico brasileiro

Antes da nova redação do § 6º do artigo 226 da Carta Política, era pacífico o entendimento de que, no ordenamento jurídico pátrio, vigia o sistema dualista ou binário que se pauta em valores e justificativas de ordem moral, religiosa

e social no sentido da não facilitação da extinção do casamento e da preservação da família como base da sociedade.

A partir da Emenda Constitucional nº 66/2010, contudo, deflagrou-se acalorada discussão, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, acerca da manutenção da dicotomia até então existente entre a dissolução da sociedade conjugal por meio da separação e a extinção do vínculo matrimonial pelo divórcio, resultando de tal embate jurídico, duas principais correntes doutrinárias sobre a permanência no Direito brasileiro do instituto da separação.

A primeira corrente, representada por Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona, Maria Berenice Dias, Zeno Veloso e Rolf Madaleno, defende a abolição definitiva da separação do nosso ordenamento jurídico.

Para esse segmento da doutrina, a PEC nº 413/2005 tinha como justificativa a vontade da sociedade de concentrar no divórcio a única forma de dissolução do vínculo matrimonial. Sustentam que o divórcio é mais vantajoso do ponto de vista jurídico, psicológico e econômico, pois evitaria a submissão dos cônjuges a dois processos judiciais.

Nessa senda, argumentam que a evolução legislativa vai no sentido da interferência mínima do Estado na autonomia privada, na intimidade e na liberdade individuais, concluindo que entender pela manutenção da separação equivaleria a transformar a emenda constitucional em letra morta.

À propósito, valiosa a transcrição do entendimento de Rolf Madaleno no sentido de que não mais vigora a separação no ordenamento jurídico pátrio:

“Houve enorme avanço da lei, como já ocorreu com tantas outras legislações, quando os casais podem dissolver diretamente o seu vínculo conjugal através do divórcio, desaparecendo a instituição da separação judicial e como, no meu sentir, procedeu a Emenda Constitucional n. 66 de 2010, ao suprimir definitivamente o instituto da separação de direito (judicial ou extrajudicial, amigável ou litigiosa), do sistema jurídico brasileiro. (...)

Com a aprovação da PEC n. 28/2009 a gerar a Emenda Constitucional n. 66/2010 pela Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a precedente separação judicial de um casal deixou de ser requisito para o divórcio, pois, definitivamente abolida a separação judicial da Constituição Federal, ainda que nenhuma alteração tivesse ocorrido diretamente nos artigos do Código Civil que ainda tratam da separação judicial consensual ou litigiosa, e tampouco na Lei n. 11.441/2007, que aborda a

separação consensual extrajudicial.” (Madaleno, 2011, p. 196/197)

Os Tribunais também se dividem quanto ao tema, havendo julgados que acompanham a esteira de pensamento dessa primeira corrente doutrinária, como se extrai da ementa a seguir colacionada:

“APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/10. ABOLIÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO. DIVÓRCIO DECRETADO. PARTILHA DE BEM. JAZIGO. CEMITÉRIO PARTICULAR. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO EM PARTE. Com a sobrevinda da Emenda Constitucional n. 66/10, a conferir nova redação ao parágrafo 6º do art. 226 da Constituição, o instituto da separação foi abolido da ordem jurídica brasileira, passando o divórcio a figurar como única ação para dissolução do casamento. No caso dos autos, já identificado, com clareza, o patrimônio do casal, e havendo elementos suficientes à pronta resolução da partilha de somente um bem, não se justifica relegar a sua partilha. Jazigo adquirido na constância do casamento de cemitério particular deve ser incluído na partilha, e dividido igualmente entre as partes, por ser considerado bem particular. Recurso provido em parte.” (TJMG; APCV 1.0382.14.001648-8/001; Rel. Des. Eduardo Guimarães Andrade; Julg. 03/02/2015; DJEMG 10/02/2015)

Noutro giro, uma segunda corrente, capitaneada por Regina Beatriz Tavares da Silva, Yussef Said Cahali e Euclides de Oliveira, vai no sentido diametralmente oposto ao da primeira, concluindo pela manutenção do instituto da separação no Direito pátrio.

Com efeito, sustentam que, numa sociedade pluralista como a nossa, não há razões para suprimir tal instituto que, apenas deixou de ser um procedimento prévio obrigatório do divórcio, podendo a separação ser utilizada como instrumento facultativo quando o desejo dos cônjuges seja apenas a dissolução da sociedade conjugal, sem a extinção do casamento.

Entendem que a facilitação do divórcio importaria na banalização do casamento e, por conseguinte, fragilização da família, de modo que a manutenção da separação seria uma forma de possibilitar aos cônjuges um prazo para maior amadurecimento e reflexão, a fim de decidirem se, verdadeiramente, querem

dissolver a união e, em caso de arrependimento, a possibilidade de restabelecerem a sociedade conjugal.

Yussef Said Cahali, ao se contrapor à primeira corrente doutrinária é taxativo:

“Não obstante a expressividade daqueles argumentos, estamos convencidos de que a referida Emenda, seja pela sua impropriedade técnica, seja pela sua inadequação formal, não tem a extensão que se lhe pretendeu arbitrariamente imprimir.” (Cahali, 2011, p. 69)

O conceituado jurista esclarece que o instituto da separação judicial jamais foi objeto de tratamento constitucional, sendo previsto, desde sempre, pela legislação infraconstitucional:

“Finalmente, para não ficar sem resposta, representa, data vênia, um desperdício de erudição, à falta de argumentos mais simples e elementares, deslocar a discussão para o âmbito de uma hipotética inconstitucionalidade virtual ou posterior (não recepção), colocada como pano de fundo para despistar uma questão que é elementar e óbvia: divórcio e separação judicial são institutos autônomos e distintos: o primeiro com disciplina (a partir de 1934) necessariamente de natureza constitucional; o segundo, desde a Lei do Matrimônio Civil, com sua disciplina exaurida em sede infraconstitucional.” (Cahali, 2011, p. 76)

E arremata ao asseverar que “Não se rompe impunemente com o passado; sem embargo das sucessivas facilidades com que o legislador tem fomentado a dissolução do casamento (agora com divórcio até na noite nupcial), não se pode deixar de reconhecer, e respeitar, a existência de expressiva parcela de nossa população que – seja por formação, por tradição, seja até mesmo por motivo de formação religiosa (não há nisso nenhum desdouro) – não concebe a dissolução do vínculo matrimonial” (Cahali, 2011, p. 75), de modo que “Assim como ninguém está impedido de se divorciar “quando o amor conjugal que era doce se acabou”, da mesma forma ninguém deve estar impedido de se separar apenas de fato ou judicialmente, se se considera com motivos para tanto.” (Cahali, 2011, p. 73).

Regina Beatriz Tavares da Silva, também sustentando a preservação da separação legal no nosso sistema ensina:

“Se um homem, que é provedor da casa, é traído pela esposa, como a ordem jurídica pode aceitar que seja forçado a pagar pensão alimentícia para adúltera, em benefício também de seu amante, se houver o rompimento do casamento? A resposta somente pode ser uma. Nessas circunstâncias, dentre tantas que ocorrem na dissolução das relações conjugais, deve receber as sanções previstas no CC, como a perda do direito à pensão e de utilização do sobrenome conjugal, independentemente da facilitação do divórcio decorrente da EC 66/2010. Pensamento diverso, segundo qual teriam desaparecido as várias espécies dissolutórias do casamento, passando a existir somente uma espécie – divórcio sem culpa e sem a possibilidade de descumprimento dos deveres conjugais -, não poderá prevalecer, sob pena de a emenda do divórcio ser havida como inconstitucional. Se eliminada fosse a dissolução culposa, que, em razão da natureza anteriormente concessiva do divórcio, consoante redação anterior do art. 226, §6º, somente existiria na separação judicial, estaria criado um vazio legislativo, além de violados os princípios de proteção à dignidade da pessoa (art. 1.º, III), as normas constitucionais de tutela dos direitos fundamentais (art. 5.º) e de proteção especial à família (art.226, caput), inclusive aquela que assegura a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, §8º)” (Tavares da Silva, 2010, p. 8)

A mesma doutrinadora cita o direito constitucional à liberdade de crença como fundamento do direito dos católicos à separação, segundo seu credo:

“Consoante estes dispositivos constitucionais, é inviolável a liberdade de crença, e ninguém pode ser privado de direitos fundamentais se o católico apostólico romano fosse privado do direito de regularizar seu estado civil por motivo de crença religiosa, o que ocorreria se viesse a ser eliminada a separação judicial.” (Tavares da Silva, 2011, fl. 77)

Ao tratar da proteção constitucional à liberdade religiosa, Manoel Jorge e Silva Neto adverte que tal garantia está intrinsecamente ligada ao primado da dignidade da pessoa humana. Observe-se:

“6.3.1. A liberdade religiosa e a dignidade da pessoa humana (...)

Nesse passo, como se poderia dissociar a dignidade da pessoa humana da opção religiosa do indivíduo?

Fácil é concluir acerca da associação existente entre dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa, certo que aquele

postulado inspira o sistema do direito de uma maneira geral a adotar soluções que aclamem o direito à vida, à incolumidade e à liberdade, compreendida em sua multifária acepção, inclusive a de contextura religiosa.” (Neto, 2013, p. 120)

A jurisprudência é farta no sentido da manutenção do instituto da separação no nosso Direito, como se observa dos arestos a seguir trasladados:

“DIVÓRCIO DIRETO. INVIABILIDADE DO PEDIDO. PARA A CONVERSÃO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO, É IMPRESCINDÍVEL A PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA. É INVIÁVEL TAL PRETENSÃO NOS AUTOS DA AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, JÁ COM TRÂNSITO EM JULGADO. 1. A Emenda Constitucional nº 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional não retirou do ordenamento a legislação infraconstitucional, nem o instituto da separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Se a parte pretende obter o divórcio, imperioso propor a ação própria, sendo inadmissível tal pleito nos autos da ação de separação judicial quando esta já transitou em julgado. Recurso desprovido.” (TJRS; AI 0212557-06.2015.8.21.7000; Santa Maria; Sétima Câmara Cível; Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves; Julg. 29/07/2015; DJERS 05/08/2015)

“APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO DIRETO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. ABOLIÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO. INOCORRÊNCIA. DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TEMA. LIBERDADE DE REGULAMENTAÇÃO PELO LEGISLADOR ORDINÁRIO. ARTIGO 1580 DO CC/02. LAPSO TEMPORAL. INOBSERVÂNCIA. SENTENÇA REFORMADA. A Emenda Constitucional nº: 66/2010 não aboliu a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio, limitando-se à desconstitucionalização do tema, conferindo ao legislador ordinário liberdade para sua regulamentação, em consonância com os reclamos da sociedade pós-moderna. Deve ser reformada a sentença que julga procedente pedido de divórcio direto, sem observância do lapso temporal exigido pelo artigo 1580 do Código Civil. Vv. APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. Emenda Constitucional nº 66 DE 2010. NOVA REDAÇÃO DADA AO ART. 226, § 6º, DA Constituição da República. SUPRESSÃO DO REQUISITO TEMPORAL. DIREITO POTESTATIVO- RECURSO AO QUAL SE NEGA

PROVIMENTO. 1. A dissolução do casamento pelo divórcio independe de prazo de separação prévia do casal. 2. Se as partes não possuem mais interesse em se manter casadas não há porque impedir o divórcio. Direito potestativo extintivo. 3. Precedentes jurisprudenciais. (Des. MR).” (TJMG; APCV 1.0701.13.005944-0/001; Rel. Des. Afrânio Vilela; Julg. 05/11/2014; DJEMG 21/11/2014)

Em síntese, essa segunda corrente defende que a separação permanece hígida no ordenamento pátrio por diversas razões, dentre as quais se destacam:

- 1 – a matéria não tinha tratamento constitucional, já que o instituto da separação sempre foi previsto pela legislação infraconstitucional;
- 2 – a redação do novo texto constitucional manteve o verbo “pode”, indicando uma alternativa;
- 3 – a separação preserva o matrimônio, ao permitir que o casal restabeleça a união, a qualquer momento, sem novo casamento, prestigiando a família;
- 4 - A manutenção da separação está em consonância com o espírito que norteou o constituinte originário que deu preferência ao casamento civil (artigo 226, §§1º e 2º), sem prejuízo do reconhecimento da união estável (artigo 226, §3º);
- 5 - A existência de expressiva parte da população que –seja por formação, por tradição ou crença religiosa – não concebe a dissolução do vínculo matrimonial, não havendo razões para suprimir a separação que pode ser utilizada como instrumento facultativo quando o desejo seja apenas a dissolução da sociedade conjugal, sem a extinção do casamento.

3.2.3. Subsistência jurídica da culpa no processo de divórcio

Outra importante discussão levantada com a edição da Emenda Constitucional nº 66/2010 diz respeito à possibilidade de se perquirir culpa nas ações de divórcio.

Mesmo antes da emenda, o afastamento da culpa já vinha sendo adotado pela jurisprudência que entendia ser desnecessária a identificação do culpado pela separação, em razão da dificuldade em atribuir a apenas um dos cônjuges a responsabilidade pelo fim do vínculo afetivo.

Isso não elide, contudo, a possibilidade de quaisquer dos cônjuges de buscar eventual reparação por danos morais e/ou materiais que entenda ter sofrido, na esteira do entendimento jurisprudencial a seguir trasladado:

“DIVÓRCIO. RECONVENÇÃO. REJEIÇÃO LIMINAR. Descabida e impertinente a discussão de culpa, incabível o pleito reconvenicional quando restrita a essa questão. Admissível, porém, quando introduz questão nova e conexa com o pedido divórcio. Autora que formulou pedido de indenização por danos morais em razão de supostas agressões sofridas durante o casamento, e ampliou a discussão da partilha no pleito reconvenicional. Pretensão que guarda conexão com a ação principal, e inalcançável com a apresentação da contestação. Desnecessidade de ação autônoma. Possibilidade de se discutir a questão no mesmo processo. Pertinência da reconvenção, como forma de otimizar a eficiência do processo como instrumento para a tutela jurisdicional. Recurso provido.” (TJSP; AI 2194591-06.2015.8.26.0000; Ac. 8941090; Campinas; Sexta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Percival Nogueira; Julg. 28/10/2015; DJESP 09/12/2015)

“AÇÃO DE DIVÓRCIO. Indenização por danos materiais e morais correlatos ao insucesso da relação conjugal. Cumulação de pedidos cabível. Competência para análise que recai sobre a vara da família local. Decisão que simplesmente "afasta" os pedidos e dirige a pretensão ao juízo cível incorreta. Interlocutório reformado. Recurso provido.” (TJSC; AI 2015.084051-0; Itajaí; Terceira Câmara de Direito Civil; Rel^a Des^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta; Julg. 03/05/2016; DJSC 06/05/2016; Pág. 133)

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO. REGIME DE COMUNHÃO PARCIAL. BENS MÓVEIS. VALORES ATUAIS NÃO COMPROVADOS. NECESSIDADE DE DIVISÃO PELO PREÇO OBTIDO EM ALIENAÇÃO JUDICIAL. DANOS MORAIS. EXPULSÃO DA VIRAGO DO LAR CONJUGAL. NÃO COMPROVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL AFASTADA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1) No regime de comunhão parcial, os bens móveis devem ser divididos igualmente entre os cônjuges, considerando-se, no caso de divergência quanto aos valores e impossibilidade de divisão cômoda, o montante total apurado em alienação judicial. 2) O fim do matrimônio, em regra, traz consigo forte abalo psicológico para ambos os cônjuges, não sujeito a recomposição por meio do instituo da responsabilização civil, salvo quando demonstrada a prática de excesso configurador de ato ilícito, o que, contudo,

deve ser devidamente comprovado pela parte que alega (art. 333, CPC). 3) Recurso não provido.” (TJMG; APCV 1.0693.13.000032-8/001; Rel^a Des^a Teresa Cristina da Cunha Peixoto; Julg. 16/04/2015; DJEMG 28/04/2015)

Com efeito, apesar de não haver norma específica sobre os princípios da responsabilidade civil no Direito de Família em nosso país, a regra geral sobre a reparação civil de danos inserida na Parte Geral do Código Civil de 2002, aplica-se a todas as Partes Especiais do mesmo diploma legal, dentre as quais o Livro do Direito de Família.

A Ministra Nancy Andrighi do Superior Tribunal de Justiça, em Prefácio no livro “A Emenda Constitucional do Divórcio”, de Regina Beatriz Tavares da Silva, São Paulo, Saraiva, 2011, esclarece que “para além do afeto, devem ser preservados deveres e responsabilidades, sem os quais a vida conjugal quedar-se-á vazia de significado, sem viço e sem amparo aos direitos inerentes a essa vivência”.

Destarte, Comprovado que houve grave violação a algum(ns) dever(es) do casamento, gerando dor e/ou prejuízos de ordem moral e/ou material por um dos cônjuges ao outro, certo é o dever de reparar, eis que não se concebe a previsão de um dever jurídico sem a sanção correspondente.

4. Separação e Divórcio à luz do novo Código de Processo Civil

Em 16 de março de 2016, entrou em vigor a Lei nº 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil (CPC). Os impactos do diploma legislativo no Direito de Família vão desde questões principiológicas com potencial de mudança de cultura através dos métodos de solução consensual de conflitos que deverão ser estimulados pelos juízes, como conciliação, mediação e outros previstos nos artigos 165 e seguintes, e artigos 334 e 694, até o enfrentamento da polêmica questão sobre a sobrevivência jurídica do instituto da separação após a EC n. 66/2010.

Com efeito, o instituto da separação foi expressamente previsto no novo código de ritos, em diversos artigos, pondo fim à discussão acerca da permanência ou não do instituto da separação no ordenamento jurídico pátrio a partir da Emenda Constitucional n. 66/2010.

Pode-se dizer que há quatro alusões à “separação”, sem qualificação: no artigo 53, inciso I, que trata de competência do foro; no artigo 189,

inciso II, relativo ao segredo de justiça; no artigo 189, §2º, que permite certidão do dispositivo da sentença em processo com segredo de Justiça; no artigo 693, que define as ações de família, incluindo a separação.

Há, ainda, duas alusões à “separação convencional”: no artigo 731, que regula a homologação do divórcio ou da separação convencionais; no artigo 733, que faculta o divórcio ou a separação consensuais mediante escritura pública, não havendo nascituro ou filho incapaz.

E, finalmente, uma única alusão à “separação de corpos”, no artigo 189, inciso II, incluindo-a no segredo de Justiça.

Vê-se, pois, que, a partir do Novo Código de Processo Civil, certa é a manutenção em nosso sistema jurídico do instituto da separação, cuja previsão, registre-se, sempre foi infraconstitucional, jamais tendo merecido tratamento pela Lei Maior.

5. Breve análise estatística da Separação e do Divórcio antes e depois da EC n. 66/2010

As alterações legislativas sempre provocam mudanças relevantes no comportamento social, especialmente quando se trata de dispositivos que regulam as relações familiares.

Como já abordado nesse trabalho, com a EC n. 66/2010 - chamada Emenda do Divórcio -, que deu nova redação ao artigo 226, §6º da Constituição Federal, os lapsos temporais foram eliminados, sendo um facilitador para a dissolução do vínculo conjugal.

Atualmente, qualquer dos cônjuges pode, sem precisar indicar as causas ou motivos, e a qualquer tempo, buscar diretamente o divórcio, que pode ser consensual ou litigioso, extrajudicial ou judicial, desde que respeitados os requisitos estabelecidos na Lei nº 11.441, de 04.01.2007.

Evidente, portanto, que essa facilitação e rapidez trouxeram mudanças significativas nos rompimentos conjugais pelos brasileiros, verificadas nas pesquisas “Estatísticas do Registro Civil”², realizadas pelo IBGE.

² Fonte http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/135/rc_2013_v40.pdf.

No ano de 2009, foram registradas 83.185 separações e 136.784 divórcios. Já no ano de 2013, o número de separações sofreu uma drástica redução: somente 450 separações, enquanto que divórcios foram registrados 247.652, em todo o país, segundo o Instituto e conforme anexo I³.

Pode-se perceber, nitidamente, a tendência do desuso do instituto da separação após a EC n. 66/2010, mas não sua extinção.

Outro dado relevante é que a taxa geral de divórcios que atingiu seu patamar máximo em 2011 desde quando se iniciou a série histórica de estatísticas do registro civil pelo IBGE, em 1984. Também fica claro que esse recorde está diretamente vinculado à mudança normativa introduzida pela referida Emenda.

No entanto, essa tendência de elevação vem diminuindo para níveis menores a cada ano, visualizadas nas taxas gerais de divórcios observadas em 2,49% no ano de 2012, e de 2,33%, no de 2013, de acordo com os dados fornecidos pelo IBGE, conforme pode ser verificado no anexo II.

Nesse cenário, oportuno citar a reflexão de Rodrigo da Cunha Pereira:

“Após mais de três décadas de divórcio no Brasil, pode-se constatar que a família não foi destruída e não piorou em razão dele, mesmo com a elasticização de algumas regras, tais como a possibilidade de se divorciar várias vezes e a diminuição dos seus prazos. Ao contrário, as pessoas estão mais livres e mais autênticas para estabelecerem seus vínculos amorosos e conjugais. A família mudou, o que é certo e visível, mas não está em desordem, muito menos o divórcio é culpado ou responsável por essas transformações.”⁴

Adiante uma leitura da realidade considerando os universos masculino e feminino.

5.1 Por faixa etária e por gênero

³ Esclarece-se que os números informados referem-se a quantidade de processos de separações judiciais e de divórcios em 1ª instância sem recursos, por tempo transcorrido entre as datas do casamento e da sentença, segundo o lugar da ação em 2009 e 2013.

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Divórcio – Teoria e Prática. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. 4. ed., São Paulo. Saraiva, 2013, p. 27.

As informações da pesquisa de Registro Civil do IBGE referente à faixa etária dos casais e também por gênero (homem ou mulher), ano 2013, mostram que o número maior de divórcios entre as mulheres é com idade igual ou inferior a 30 anos.

Contudo, a partir de 50 anos ou mais, essa realidade inverte, já que o número maior é entre os homens.

Esse fenômeno pode ser atribuído à própria condição masculina que, após os 50, geralmente fica mais experiente, independente financeira e emocionalmente, com filhos criados. Todos esses fatores são, sem dúvida, facilitadores para encorajar os homens às mudanças.

E mais, com o prolongamento da virilidade masculina, através do surgimento de medicamentos destinados a sanar impotência, alinhado à procura pela qualidade de vida e pela felicidade na relação a dois que muitas vezes se tornam objetivos de vida, faz com que, muitos deles, optem pelo divórcio em busca de novas experiências conjugais.

Já na faixa etária entre 30 a 50 anos, os números são muitos próximos, não existindo uma diferença significativa.

De qualquer sorte, os dados fornecidos pelo IBGE demonstram que o número de dissoluções tardias supera o constatado na faixa etária mais jovem.

Essa tendência pode ser explicada por razões como o aumento da longevidade de homens e mulheres e a maior aceitação cultural do divórcio, deixando para trás o estigma social negativo, principalmente para as mulheres.

Não se pode esquecer também da própria independência feminina, seja social, seja profissional, seja econômica, uma vez que a dependência financeira do marido era uma das principais razões para manter um casamento fracassado. Hoje, com a mulher inserida no mercado de trabalho, essa realidade mudou e com ela veio a coragem de recomeçar.

Por fim, e como já ressaltado acima, a diminuição da burocratização e a facilitação do processo de divórcio, propiciadas pela EC n. 66/2010, são fatores estimulantes para que casais mais velhos formalizem o fim da união e constituam, se assim desejarem, novas relações.

6. CONCLUSÃO

O estudo da separação e do divórcio no Brasil é um excelente exemplo de como o Direito evolui no tempo e no espaço para se adequar às mudanças das sociedades quanto a seus costumes, necessidades e anseios. Ao longo dos séculos, o que se viu foi uma lenta evolução da indissolubilidade do casamento – antes regulamentado exclusivamente pela Igreja Católica –, passando pelo desquite, que veio a ser chamado de separação, até o advento do divórcio.

Importante notar que a única matéria que recebeu tratamento constitucional foi, justamente, a indissolubilidade do matrimônio, prevista na Carta Política de 1934 (artigo 144), na Lei Maior de 1937 (artigo 124), o mesmo ocorrendo com a Constituição de 1946 (artigo 163) e na de 1967 (artigo 167, §1º), não alterada neste ponto, exceto pela numeração do artigo (175, §1º), pela EC n. 1/1969.

A possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial veio com a EC n. 9/1977, que resultou na Lei n. 6.515/1977, que, então, regulamentou os institutos da separação e do divórcio.

A Emenda Constitucional n. 66/2010 revolucionou o tratamento da matéria ao desobrigar os cônjuges a passarem pelo procedimento prévio da separação – fazendo-o apenas se entenderem haver motivos para tanto - e extirpar os prazos para a obtenção do divórcio, desburocratizando e facilitando a extinção do vínculo matrimonial.

Com isso, atribuiu-se ao divórcio o caráter de um direito potestativo⁵, permitindo que as pessoas realizem mais rapidamente seus novos projetos pessoais, junto a novos companheiros de vida, sem ceifar o direito de dissolver apenas a sociedade conjugal pela separação àqueles que assim pretendam.

7. REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed., rev. e aum. de acordo com o novo Código Civil e leis posteriores. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família: com comentários à Lei 8.009/90*. 6. ed., rev., ampl. e atual. com o atual código civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2012.

⁵ GAGLIADO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *O Novo Divórcio*:3. . ed., rev. ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016, p.41

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1967). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 28 junho 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 junho 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 junho 2016.

CAHALI, Yussef Said. *Separações conjugais e divórcio*: 12. ed., ver. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias: de acordo com a lei nº 11.340/06, lei Maria da Penha e com a lei nº 11.441/07, separação, divórcio e inventário extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *O Novo Divórcio*:3. . ed., rev. ampl. e atual. de acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO, Edson Teixeira de. Princípios constitucionais do direito de família. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 11, n. 1213, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9093>>. Acesso em: 21 jul. 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio – Teoria e Prática*. De acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010. 4. ed., São Paulo. Saraiva, 2013.

_____. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

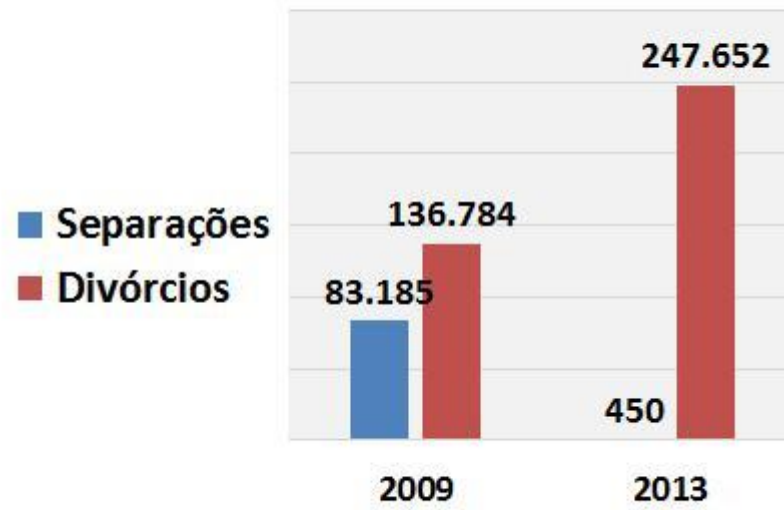
_____. *Direito, amor e sexualidade*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2., 1999, Belo Horizonte. *A família na travessia do novo milênio*. Belo Horizonte: Del Rey, IBDFAM, 1999.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação – Após a EC n.66/2010*. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

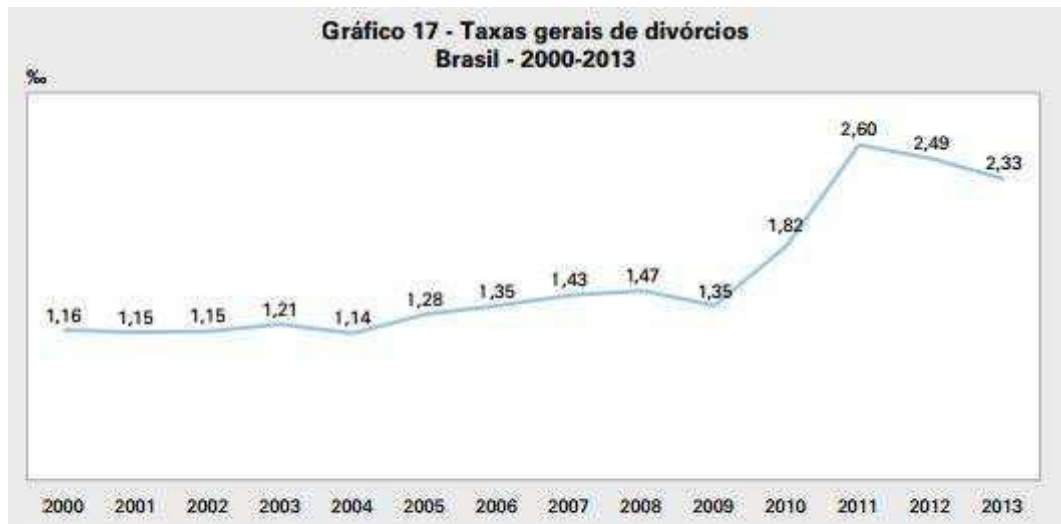
_____. *A Emenda Constitucional do Divórcio*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ANEXO I

ANTES E DEPOIS DA EMENDA 66/2010



ANEXO II



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Estatísticas do Registro Civil 2000-2013 e Projeção da População por Sexo e Idade para o Período 2000-2030 - Revisão 2013.

Nota: Exclusiva a população de menos de 20 anos e sem declaração de idade.

MARCO JURÍDICO DAS POLÍTICAS FAMILIARES: NOTAS INTRODUTÓRIAS

LEGAL FRAMEWORK OF FAMILY POLICIES: BRIEFING NOTES

André Gonçalves Fernandes

Juiz de Direito, Doutorando em Filosofia e História da Educação, Professor, Pesquisador, Colunista e Autor de artigos e obras científicas.

Resumo: A maioria das políticas públicas familiares do mundo ocidental é concretizada setorial ou parcialmente: ensino, trabalho, saúde, previdência, entre outros campos. A maioria dos serviços e recursos públicos são pensados e aplicados aos cidadãos – como indivíduos ou organizados coletivamente – e, raramente, o ente familiar – as famílias concretas – é visto como um sujeito social de tais serviços ou recursos.

Acreditamos ser necessário impulsionar uma mudança de mentalidade em prol da família como um sujeito social daquelas políticas públicas, a fim de que os delineamentos estatais tenham um alcance integral e intersetorial no mundo da família, bem jurídico a ser tutelado pelo Direito e por meio de um marco legal regulatório.

Palavras-chave: Direito de Família; Políticas Familiares; Marco Jurídico; Critérios e Funções Estratégicas.

Abstract: *Most public family policies in the Western world are sectorially or partially implemented: education, work, health, foresight, among other fields. Most public services and resources are designed and applied to citizens – as individuals or as a collective organization – and rarely the family unit – concrete families – is seen as a social subject of such services or resources.*

We believe that it is necessary to promote a change in mentality in favor of the family as a social subject of those public policies so that the state directives have an integral and intersectoral outreach in the context of families, which are legal goods that should be protected under the Law and through a judicial regulatory framework.

Keywords: *Family Law; Family Policies; Legal Framework; Criteria and Strategic Roles.*

Sumário. 1. Introdução, critérios do âmbito próprio familiar e funções estratégicas do ente familiar. 2. Família e Direito: o interesse da família, bem jurídico tutelado pela política familiar. 3. Fundamentos jurídicos da política familiar. 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução, critérios do âmbito próprio familiar e funções estratégicas do ente familiar

Apesar da variabilidade de formas, existem alguns critérios aptos a delimitar e definir o âmbito próprio da família, quais sejam:

- a) articulação dos laços familiares biogenéticos (consanguinidade) e sociais (tutela jurídica), em prol da aceitação, por parte dos progenitores, das regras jurídicas relativas às responsabilidades da procriação, da educação e da socialização da prole biológica ou adotada;
- b) relação específica de intimidade, identificação, convivência, cooperação e solidariedade mútuas, a partir de uma estrutura, mais ou menos definida, de papéis familiares no seio de um profundo sentir comum de pertença recíproca;
- c) diferenciação de, pelo menos, duas gerações lastreada na consanguinidade (ou adoção), a permitir o desenvolvimento da personalidade e da coesão intergeracional.

Por outro lado, todas as funções que a família desempenha para com os indivíduos e o conjunto da sociedade recebem, da literatura especializada, o nome de funções estratégicas, resumidas em cinco grandes linhas:

- a) Recâmbio geracional. A família engendra a próxima geração e protagoniza o desencadear dos caminhos existenciais de seus membros;
- b) Educação da prole. Trata-se de uma tarefa complexa em fases e conteúdos, a qual demanda uma grande estabilidade, perseverança e afetividade. O aspecto educativo da família é tão presente que, se o ente familiar falta, resulta muito custoso e difícil supri-lo. Tal aspecto visa possibilitar uma estruturação

harmônica da personalidade de seus membros por meio da identificação e da experiência com os referentes (pais, irmãos, avós e agregados) que, dada sua radicalidade, sustenta o equilíbrio psicológico e a aquisição de valores necessários para o advento da maturidade biológica;

c) Desenvolvimento da coesão social. A convivência, ao menos na infância e na adolescência, somada à experiência dos vínculos afetivos entre diversas gerações, fazem da família o melhor âmbito para se assimilar a coesão intergeracional e, como efeito, a coesão social entre os cidadãos de uma dada comunidade;

d) Âmbito primário de socialização, aprendizagem e transmissão de pautas de conduta e valores. Ainda que, nos dias de hoje, a escola e os meios de comunicação tenham adquirido uma importância crescente, um bom funcionamento das famílias concretas é a chave para a estabilidade nos conflitos em sociedade;

e) Proteção social. O núcleo familiar é fonte primária de seguridade pessoal. Esta seguridade não diz respeito apenas ao econômico, mas também, num mundo que experimenta acelerados câmbios e perda de raízes e de identidade, a família passa a ser, no mundo do indivíduo, o único componente estável.

Nota-se que, sobre essas premissas, deverão se assentar as bases teóricas de qualquer política familiar que procure conceder maior reconhecimento e valor social para as famílias individualmente consideradas. Esse reconhecimento e valor demandam um marco jurídico unitário que expresse esta articulação primária da realidade humana: o nexos entre a verdade do ser humano e a verdade do ente familiar.

2. Família e Direito: o interesse da família, bem jurídico tutelado pela política familiar

A família é núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. É o que dispõe o artigo 16.3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH - 1948). Isso é uma demonstração suficiente do reconhecimento que a sociedade e o Estado fazem da naturalidade da família, como primeiro e mais essencial núcleo de convivência dos membros que a compõem, o lugar em que (VILADRICH, 1998:18) a pessoa e a sociedade articulam-se e complementam-se de modo pleno e perfeito. Por isso, não raro, afirma-se

(MARTÍN LÓPEZ, 2000:47) ser a família um âmbito social intermediário de convivência.

Falamos aqui de **reconhecimento**, porque, em razão de seu caráter de instituição natural, dado fartamente observado na antropologia filosófica, na sociologia e mesmo na etnografia estruturalista, (LECLERQ, 1989:32) “a família nasce espontaneamente onde quer que haja seres humanos. Esta intervenção da coletividade não cria (...) o matrimônio nem a família. Limita-se a reconhecê-los. A família é uma instituição natural que se impõe na sociedade e no Estado não só de fato, mas de direito também: de fato, pois resulta do curso espontâneo da atividade humana; de direito, porquanto a coletividade deve respeitar a ordem natural das coisas” (tradução livre).

Tal reconhecimento implica no efeito de que a tutela familiar converta-se em obrigação do Estado de Direito, consequência imediata do papel fundamental que a família goza no seio social e civilizacional. Martínez de Aguirre (1996:98) acentua que

“as funções essenciais da família são precisamente as que justificam a especial atenção que a sociedade lhe dedica; atenção essa que se traduz, primordialmente, na existência de uma específica regulação que, a partir de um determinado nível de desenvolvimento cultural, toma um caráter explicitamente jurídico. Aqui também jaz sua consideração como grupo de interesse social. Mas não de interesse social secundário ou acessório, mas primário e radical, enquanto é, em última análise, a própria sobrevivência da sociedade que resta em jogo” (tradução livre).

Em outras palavras, a tutela familiar transforma-se em exigência de justiça estrita, competindo ao Estado dar à família o que lhe é seu, isto é, seu direito, o direito a gozar do maior nível de proteção possível, segundo as circunstâncias históricas e sociais que a circundam. A luta (IHERING, 1995:60) por este direito de família “é um trabalho sem descanso, que não compete somente aos poderes públicos, mas também a todo o povo” (tradução livre).

Da exigência de justiça passamos para a questão acerca da identificação do interesse jurídico que ao Estado compete tutelar. Nesse ponto, é costumeiro se analisar a questão a partir da disjuntiva dos direitos originários e invioláveis da família e dos direitos dos indivíduos que compõem o núcleo familiar.

Esta disjuntiva guarda estrita relação com um pressuposto: o da determinação da titularidade ativa dos direitos humanos e, por isso, vamo-nos deter uns instantes sobre este ponto.

Nessa linha, a evolução sofrida nos últimos séculos foi grande, ainda que mais na ordem prática que teórica. Ou seja, no reconhecimento dos direitos humanos nos textos legais (PERLINGIERI, 1997:211). Num primeiro momento, os direitos humanos foram considerados como direitos individuais (Reino Unido, século XVII e França/América, século XVIII) e, ato contínuo, ampliou-se a titularidade para os sujeitos coletivos, consolidando-se o direito de autodeterminação destes e daqueles.

Nessa onda, a família (LABRADA RUBIO, 1998:23), como ente natural e coletivo, passou a ser titular de direitos fundamentais – os direitos da família –, aqui entendidos, para fins de delimitação do objeto das políticas familiares, não como um conjunto de interesses particulares de seus membros, perfeitamente separáveis e identificáveis, e nem como um ente puramente abstrato que prevalece e anula os interesses dos membros que constituem o ente familiar.

Mas como **uma fórmula sintética que respeita os direitos de cada um de seus integrantes com vistas ao interesse geral da família**, por ser justamente composta pela comunhão de interesses e direitos de cada um daqueles que, nela e tão somente nela, confluem-se dotados de um sentido essencial e existencial únicos.

3. Fundamentos jurídicos da política familiar

Toda política familiar necessita de uma adequada cobertura legal, assim como toda normatividade que pretenda ser algo mais que mero palavreado retórico deverá espelhar uma profunda reflexão sobre as necessidades mais prementes de uma sociedade. A lei é o marco do quadro da política familiar, um marco construído, artesanalmente, com materiais e aportes epistemológicos tomados de diversos âmbitos e instâncias de saber que, por sua vez, influem no resultado do conteúdo final.

A fundamentação jurídica de uma política familiar demanda um sério estudo das linhas de pensamento sobre a família que se podem entrever dentro do conjunto da normatividade global a respeito, composta, mormente, pelos tratados

internacionais e pela constituição nacional. No âmbito doméstico, é imprescindível acudir, por proêmio, à lei suprema da nação, a qual nos permitirá delimitar as balizas da política familiar. Em outras palavras, o tratamento jurídico que a Lei Magna conceder à família irá pautar, em nível macrojurídico, todas as espécies normativas que lhe forem hierarquicamente inferiores.

Todavia, sabemos que, nos países ocidentais, as constituições não se interpretam de maneira isolada, mas com vistas aos textos e declarações internacionais de direitos humanos (artigo 5º, §2º, da CF/88), onde estão plasmados os princípios fundamentais que regem a convivência entre os povos e nações.

Dito de outro modo, o traje da política familiar deve ser elaborado tendo em conta as medidas estabelecidas pela constituição nacional, mas o padrão desse traje deve ser desenhado pelas diretivas internacionais dos direitos humanos, as quais tutelam, em nível universal, todos os direitos da família, em virtude de sua condição de instituição natural e fundamental para o advento e a perpetuação de uma sociedade. Começemos, então, por aqui.

Em nível internacional, nosso ordenamento jurídico, no artigo 5º, §2º, da CF/88, estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nessa linha, nossa Lei Maior dá guarida para o pleno vigor da DUDH, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em sua resolução 217 A de 10 de dezembro de 1948.

No artigo 16.3 da DUDH, é preconizado que a “família é núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado”. Assim, se a família ocupa e deve ocupar um lugar tão proeminente, será necessário tutelar todos aqueles que pretendam se “unir em casamento e fundar uma família (artigo 16.1), tendo presente que “somente mediante o livre e pleno consentimento dos nubentes poderá se contrair o matrimônio”.

Como manifestações concretas de proteção à família, o citado artigo 16 reconhece o direito de todo trabalhador de auferir uma remuneração equitativa e satisfatória, de forma a assegurar a si e à sua família, uma existência conforme a dignidade humana, sem prejuízo de outros meios de proteção social (artigo 23.3).

Por sua vez, “toda pessoa tem direito a um nível adequado e que lhe assegure, assim como à sua família, saúde e bem-estar e, em especial, alimentação, vestimenta, teto, assistência médica e demais serviços sociais necessários, como

direito à seguridade em caso de desemprego, enfermidade, invalidez, viuvez, velhice e em outras hipóteses de perda de seus meios de subsistência por circunstâncias alheias à sua vontade (artigo 25). A maternidade, a infância e a educação gozam de especial tutela (artigos 25.2 e 26.3).

O principal problema acerca de tais direitos está na eficácia real. Por isso, a ONU procurou conferir vigor jurídico a tais dispositivos por meio de dois outros pactos. O primeiro foi o “Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” (16 de dezembro de 1966). No artigo 10º, afirma que “deve-se conceder à família, núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para sua constituição e, sobretudo, para o cuidado e educação dos filhos”.

Como concreção da dita obrigação estatal, o mesmo artigo estabelece que “deve-se conceder especial proteção às mães durante um período de tempo razoável e depois do parto. Às mães que trabalham, deve-se conceder licença com remuneração ou com prestações adequadas de seguridade social. Os filhos devem ser protegidos contra toda forma de exploração econômica e social e seu emprego em trabalhos nocivos para sua saúde física ou psicológica será sancionada pela lei, motivo pelo qual os Estados devem estabelecer uma idade mínima para o exercício da profissão remunerada”. Outros artigos do mesmo pacto dispõem sobre a tutela familiar: 7º, 11, 13.3, 14 e 16.

O segundo pacto foi o “Tratado Internacional de Direitos Civis e Políticos” (16 de dezembro de 1966), segundo o qual a família é reconhecida como núcleo natural e fundamental da sociedade e deve gozar de especial tutela (artigo 23.1), assegurados ao homem e à mulher a possibilidade de se contrair matrimônio (artigos 23.2, 23.3 e 23.4). Os direitos dos infantes estão positivados nos artigos 18.4, 24.1, 24.2, 24.3 e 24, reforçados, posteriormente, pela “Convenção dos Direitos da Criança” (20 de novembro de 1989), cujo preâmbulo acentua a estabilidade familiar como determinante ao pleno desenvolvimento da criança.

Em suma, todos esses estamentos normativos criam cinco grandes eixos de atuação estatal: fortalecimento da família num ambiente de coesão social, concessão de suporte adequado à formação familiar, compatibilidade entre as responsabilidades familiares e a atividade laboral, prevenção da exclusão social das famílias em situação de risco e obtenção de um pleno reconhecimento do valor social total da família.

Em nível nacional, a Constituição Federal de 1988 estabelece uma série de princípios jurídicos para o ente familiar. O foco do legislador constituinte, até então com olhos sempre voltados para a organização estatal, desloca-se para o cidadão e as sociedades intermediárias (família, sindicato, organizações não-governamentais, terceiro setor), contemplando-os com diversos marcos principiológicos.

O artigo 1º da Constituição Federal destaca que a República Federativa do Brasil tem, como seus fundamentos, “a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”. A família, por sua vez, foi reconhecida como base da sociedade e objeto da tutela estatal, nos termos dos artigos 226 e seguintes.

O marco constitucional indica cinco grandes princípios:

- a) Princípio da dignidade da pessoa humana. Este princípio está plasmado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, e, no âmbito familiar, reforça o prestígio da milenar proteção da família como instituição e unidade de reprodução dos valores culturais e assegura uma tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de cada um de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade da prole.
- b) Princípio da igualdade conjugal. O artigo 226, § 5º, preconiza que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Desaparece o poder marital e a autocracia patriarcal é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre os cônjuges.
- c) Princípio da igualdade jurídica da prole. Plasmado no artigo 227, § 6º, iguala a condição dos filhos havidos dentro ou fora do casamento, ou por adoção, não mais se admitindo qualquer diferenciação entre eles, sobretudo no que atine ao nome, registro notarial, poder familiar, alimentos e sucessão.
- d) Princípio da paternidade responsável e do livre planejamento familiar. O artigo 226, § 7º, dispõe que o planejamento familiar é livre decisão do casal, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, vedado qualquer tipo de coerção estatal ou privada.
- e) Princípio da complementaridade sexual entre os cônjuges. Qualquer que seja a constituição familiar, ainda que por união estável com sua facilitação para conversão em casamento, a Carta Magna dá especial guarida para o ente familiar, composto por um homem e uma mulher, e o faz, segundo as anotações taquigráficas dos debates constituintes, porque “assegura a identificação de uma imagem paterna e materna

para cada um dos filhos, além da reprodutibilidade geracional, fundada numa sexualidade que respeita a dignidade de cada um dos gêneros envolvidos e a perpetuação da própria espécie humana, motor de nossa existência”.

Desse modo, concluímos que não basta, pois, reconhecer os direitos fundamentais do ser humano como um indivíduo isolado, porque isso o reduz e, com essa visão distorcida, empobrece-se até mesmo o reconhecimento de seus direitos fundamentais. A verdade do homem, enquanto pessoa, é que, antes de ser um cidadão, ele é um ser familiar: tem uma história narrativa de uma vida no seio de uma família.

O destino de uma sadia sociedade futura, mais profundamente humana, passa pelo reconhecimento e pela tutela convergentes dos direitos humanos e dos direitos da família. E essa chancela convergente exige um programa político e jurídico unitário que expresse esta articulação primária da realidade existencial e social humana: o nexo entre a verdade do ser humano e a verdade da família.

4. Referências Bibliográficas

- D'AGOSTINO, Francesco. *Una filosofia della famiglia*. Milano: Giuffrè Editore, 2003.
- IHERING, Rudolf Von. *Der Kampf uns Recht*. München: Bertelsmann, 1995.
- LABRADA RUBIO, Vicente. *Introducción a la teoría de los derechos humanos: fundamento, historia, declaración universal de 10-XII-1948*. Madrid: Civitas, 1998.
- LECLERQ, Jacques. *La famille*. Paris: Presses Universitaires de France, 1989.
- MARTÍN LÓPEZ, Ernesto. *Familia y sociedad. Una introducción a la sociología de la familia*. Madrid: Rialp, 2000.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *Diagnóstico sobre el derecho de familia*. Madrid: Rialp, 1996.
- PERLINGIERI, Paolo. *Famiglia e diritti fondamentali della persona*. Roma: Mondadori, 1997.
- VILADRICH, Pedro Juan. *La familia. Documento sobre da familia de las 40 organizaciones no gubernamentales*. Madrid: Rialp, 1998.

A GUARDA COMPARTILHADA FRENTE AO DIREITO DE ESCOLHA DO MENOR

SHARED CUSTODY FRONT THE LOWEST RIGHT OF CHOICE

Antônio Luiz Nunes Salgado

Professor nas Faculdades Integradas do Norte de Minas – FUNORTE, atuando nas áreas de Direito do Trabalho, Prática de Processo do Trabalho e Ética e Estatuto da OAB. Advogado nas áreas civil, empresarial, trabalhista e previdenciário. Preside o Conselho de Ética e Disciplina da 11ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil em Montes Claros/MG. Graduado em Direito e Especialista em Gestão Contábil e Controladoria Empresarial ambos pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

Renata Emanuella Pimenta Aquino

Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas do Norte de Minas - FUNORTE.

Resumo. Este artigo aborda a guarda compartilhada frente o direito de escolha do menor. Partiu-se da ideia de que a guarda na modalidade compartilhada não necessariamente seja a resposta aos anseios do menor. Para então se discutir a atual modulação legal sob a observância do princípio do melhor interesse do menor e a sua proteção integral. Discutiu-se o modo de participação do menor no processo e a verificação de sua capacidade de cognição e de discernimento. Abordou-se a escuta das crianças e dos adolescentes, quanto ao local, aos ambientes adequados para recebê-los, e à forma. Reafirma-se assim o menor como sujeito de direitos, verificada a possibilidade de interferir no processo que lhe designe o destino, observados os próprios limites.

Palavras-chave. Guarda Compartilhada. Menor. Direito de escolha. Princípio do melhor interesse do menor. Proteção integral.

Abstract. *This article discusses the shared front holds the right to choose the child. It started from the idea that the guard in shared mode is not necessarily the answer to lower aspirations. And then discuss the current legal modulation in compliance with the principle of the best interests of the child and its full protection. Discussed is the*

lowest participation so in the process and checking their cognitive ability and discernment. Addressed to listen to children and adolescents, as to the place at the appropriate environments to meet them, and form. There was thus reaffirms the lowest as subject of rights, verified the possibility of interfering in the process to appoint his destination, subject to the limits themselves.

Keywords. *Shared custody. Minor. Right to choose. Principle of the best interests of the minor. Full protection.*

Sumário. 1. Introdução. 2. A dissolução do casamento e a estipulação da guarda dos filhos. 3. A vontade do menor e o direito. 4. O Poder Judiciário e o direito de escolha do menor. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

O instituto familiar tem, como uma de suas bases, a estruturação e a qualidade de vida dos descendentes – em especial quando crianças. Ainda que a família seja dissolvida, os pais permanecem com o dever de assistir a criança, independentemente de estarem casados ou não.

O poder familiar, definido em um contexto de direitos, deveres e imposições que são outorgadas de maneira igualitária aos pais, em relação à pessoa e do bem estar dos filhos menores⁶. No Brasil, a questão é regulada no principalmente pelo disposto no artigo 1634 do Código Civil de 2002 (CC)⁷.

Ocorre que a formação familiar baseada na existência e continuidade do casal de pais pode não existir ou se manter, razão pela qual o exercício da gestão dos filhos menores ou incapazes volta a ser discutido pelo Direito, tendo como limite o interesse desses filhos. Caso não haja filhos menores ou incapazes, os cônjuges podem divorciar-se quando quiserem, por manifestação de vontade em escritura pública, sem a intervenção do Poder Judiciário⁸. Na eventualidade da ruptura conjugal surge a necessidade de fixação da guarda do filho.

⁶ MALUF, 2013

⁷ BRASIL, 2015 a

⁸ COELHO, 2012

Para Dias⁹ o advento da Lei nº 13.058/2014, que merece ser nomeada de Lei de Igualdade Paternal, estabelece a guarda compartilhada o tempo de convivência dos filhos deve ser estipulada de forma equilibrada entre os genitores, visando às condições fáticas e os interesses dos filhos.

Complementa a autora: “Compartilhar a guarda de um filho é muito mais garantir que ele terá pais igualmente engajados no atendimento aos deveres inerentes ao poder familiar”¹⁰.

O presente artigo buscou analisar a guarda, quanto ao prevailecimento do princípio interesse do menor, especificamente quanto à manifestação e acolhimento de sua vontade. Foram abordados aspectos da guarda compartilhada e da alienação parental.

Para alcance desse objetivo geral buscou-se averiguar a evolução da guarda no Brasil; verificar como o Direito e o Poder Judiciário interpretam o interesse do menor; verificar como o Direito propicia a manifestação de vontade do menor, inclusive quanto às possíveis interferências devido à influência dos genitores.

O tratamento do tema se justifica ante a dificuldade ou mesmo da raridade das abordagens que a manifestação de vontade do menor detém no cômputo ou formulação do que se entenderá por melhor interesse do menor.

A confecção deste artigo fundamenta-se em pesquisa bibliográfica, tendo-se consultado textos produzidos tanto com centro no Direito Civil quanto no Processo Civil, mas também nas ciências auxiliares que propiciam o completo entendimento do instituto vontade e sua manifestação. Empregou-se o método dedutivo bem como o método indutivo, com a consideração de situações particulares em que o assunto foi tratado.

2. A dissolução do casamento e a estipulação da guarda dos filhos

O divórcio é um instituto que foi inserido no Brasil através da Emenda Constitucional nº 9 de 28 de junho de 1977, oferecendo uma nova redação ao §1º do artigo 175 da Constituição Federal de 1969, não sendo extinto princípio da indissolubilidade do vínculo conjugal, determinando os aspectos da dissolução,

⁹ DIAS, 2015, p.521

¹⁰ DIAS, Ob.cit.

conforme Gonçalves¹¹. Segundo Stolze e Filho¹² o divórcio: “Trata-se, no vigente ordenamento jurídico brasileiro, de uma forma voluntária de extinção da relação conjugal, sem causa específica, decorrente de manifestação de vontade de um ou de ambos os cônjuges.”

Anteriormente, a modalidade basilar era o divórcio-conversão, que tinha como característica inicial a separação judicial e após três anos era requerida a conversão da separação em divórcio.

Todavia, a Constituição Federal de 1988 modificou o período de conversão da separação judicial a divórcio, reduzindo-o para um ano, e criou uma modalidade específica e permanente, o divórcio direto, com a comprovação de separação de fato no prazo de dois anos. Reporta Gonçalves (2014)¹³ sobre o divórcio: “O novo Código Civil limita-se a proclamar que o divórcio é uma das causas que ensejam o término da sociedade conjugal, tendo o condão de dissolver o casamento válido (artigo 1.571, IV e §1º). O artigo 1.579 reproduz o texto do art. 27 da Lei do Divórcio, reiterando a inalterabilidade dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, em decorrência quer do divórcio, quer novo casamento de qualquer um deles.”

Portanto, independentemente de qualquer um dos genitores constituírem ou não outro casamento, não se é alterado a responsabilização para com seus filhos. A dissolução do instituto familiar não gera a extinção do poder familiar dos pais, pois a dissolução do casamento é composta somente em relação ao casal e não no que se trata da responsabilidade dos pais para com o interesse do filho.

O conceito de poder familiar é definido em um contexto de direitos, deveres e imposições que são outorgadas de maneira igualitária aos pais em relação à pessoa e do bem estar dos filhos menores, com a intenção de proporcionar a eles um desenvolvimento e uma capacidade de discernimento¹⁴.

Com o advento da Lei nº 13.058/14, a nova lei de Guarda Compartilhada, foram alterados dispositivos do CC sobre o exercício do poder familiar e a estipulação de guarda, os §§ 2º, 3º e 5º do artigo 1583; os §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do artigo 1584; o caput do artigo 1585 e o artigo 1634 e incisos.

¹¹ GONÇALVES, 2014

¹² STOLZE e FILHO 2014, p.587

¹³ Ob.cit.

¹⁴ MALUF, Ob.cit.

De acordo com o dispositivo da nova lei de Guarda Compartilhada, o poder familiar decorre de alguns direitos dos pais¹⁵.

Neste mesmo enfoque, Azambuja¹⁶ descreve que é direito do menor de relacionar-se e coabitar-se com os pais, quando não for de forma discordante ao melhor interesse do menor; e também é de direito do menor manter convívio com seus pais quando estes estiverem divorciados.

Ocorre que, com a ruptura do vínculo conjugal dos genitores, podem-se verificar diversas discussões, dentre elas a partilha de bens, garantia de alimentos aos filhos e a estipulação de guarda. No que concerne a este instituto Duarte¹⁷ define: “Falar em guarda dos filhos pressupõe que os pais não residem sob o mesmo teto. Porém, o rompimento do vínculo familiar, no entanto, não deve comprometer a continuidade da convivência dos filhos com ambos os genitores. É preciso que eles não se sintam objeto de vingança, em face dos ressentimentos dos genitores. Os filhos, querendo ou não, participam dos conflitos e se submetem aos entraves inerentes à dissolução do laço amoroso entre os pais, sofrendo consequências desse deslance”.

A guarda se fundamenta na outorga de um dos cônjuges ou de ambos sobre a incumbência de proteger, zelar, cuidar e possuir custódia de sua prole. Quando a guarda é desempenhada por um dos genitores, configura unilateral ou exclusiva, e quando for de ambos, dá-se de forma compartilhada¹⁸.

Essa modalidade implica que o genitor que não obtiver a guarda do menor, é obrigado a supervisionar os interesses dos filhos, tendo direito a demandar

¹⁵ BRASIL, 2015 e: “Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

¹⁶ AZAMBUJA, 2015

¹⁷ DUARTE apud DIAS Ob.cit. p. 202

¹⁸ LOBO, 2011

informações e prestações de contas em relação às situações que envolvam a saúde física e psicológica de seus filhos¹⁹.

Lobo²⁰ apresenta o objeto desta discussão ao estabelecer no interesse do menor a evolução do ordenamento jurídico acerca de guarda: “No direito anterior, a guarda exclusiva era conseqüência do sistema que privilegiava os interesses dos pais em conflito e da investigação da culpa, pela separação. A guarda era atribuída ao que comprovasse ser inocente, ainda que não fosse o que preenchesse as melhores condições para exercê-la. Com o advento do princípio do melhor interesse da criança ou da prioridade absoluta, tutelado na Constituição, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e no Estatuto da Criança e do Adolescente, consolidado no direito brasileiro ao início da década de 90 do século XX, pouco importa a culpa para efeito da guarda do filho.”

Outra evolução se deu na extinção da injustificável relação entre a guarda e a culpa dos cônjuges pela separação, através da revogação da norma contida no artigo 10 da Lei nº 6.515/1977, em que se outorgava a guarda dos filhos ao genitor que não houvesse dado causa à separação judicial.

Após a extinção da separação judicial e da regra de culpa, essa matéria teve solução definitiva, através da nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988 (CF/88)²¹.

Para a estipulação de guarda unilateral, é necessário observar quais as condições em que se enquadra qualquer dos pais, para que seja oferecido para a criança melhores condições, e para os preceitos legais, não necessariamente confunde com as condições financeiras dos genitores. Lobo²² complementa: “O juiz levará em conta o conjunto de fatores que apontem para a escolha do genitor cujas situações existenciais sejam mais adequadas para o desenvolvimento moral, educacional, psicológico do filho, dadas as circunstâncias afetivas, sociais e econômicas, de cada um. Nenhum fator é aprioristicamente decisivo para determinar a escolha, mas certamente consulta o melhor interesse do filho menor a permanência com o genitor que lhe assegure a manutenção de seu cotidiano e de sua estrutura atual de vida, em relação aos meios de convivência familiar, social, de

¹⁹ DIAS, Ob.cit. p. 524

²⁰ Ob.cit.

²¹ LOBO, Ob.cit.

²² Ob.cit.

seus laços de amizade e de acesso ao lazer. Fator relevante deve ser o de menor impacto emocional ou afetivo sobre o filho, para essa delicada escolha.”

A Lei nº 11.698/2008 versa sobre alguns fatores de melhor aptidão de um dos genitores para obter a guarda unilateral, sendo eles, apego do filho ao se relacionar com os genitores e com o grupo familiar; educação, saúde e segurança a ser oferecida. Esses fatores não são observados de forma preferencial e não é de ordem taxativa. Busca-se preservar a convivência do menor com o seu grupo habitual familiar, ou seja, aquelas pessoas que compõe sua família, parentes ou não²³.

Através da Lei nº 11.698/2008, ocorreu uma modificação quando ao modelo de guarda dos filhos menores, tratado de forma dominante no Brasil, ou seja, a guarda unilateral cumulada com a regulamentação de visita. A referida lei fundamentou o favoritismo, porém, afastado quando eventualmente violar o interesse do menor recomenda-se a guarda unilateral.

Sobre essa modalidade de guarda, aduz Lobo: “A guarda compartilhada pode ser requerida ao juiz por ambos os pais, em comum acordo, ou por um deles nas ações litigiosas de divórcio, dissolução de união estável, ou ainda, em medida cautelar de separação de corpos preparatória de uma dessas ações. Durante o curso de uma dessas ações, ao juiz foi atribuída a faculdade de decretar a guarda compartilhada, ainda que não tenha sido requerida por qualquer dos pais, quando constar que ela se impõe para atender às necessidades específicas do filho, por não ser conveniente que aguarde o desenlace da ação.”²⁴

²³ Para Lobo (Ob.cit.) “Os fatores de saúde, segurança e educação não são aferidos a partir das condições financeiras de cada um dos genitores. O que interessa é a identificação do genitor que apresenta melhor aptidão, no que concerne ao cuidado que demonstra com sua efetivação cotidiana e o real compromisso para realizá-los. Até porque a fixação dos alimentos devidos pelo não guardião suprirá a eventual deficiência financeira do genitor que for escolhido para a guarda universal, por ser considerado o mais apto. A criança ou adolescente são pessoas em formação física e mental, para o que deve ser observado o melhor ambiente familiar, como base de sustentação para os cuidados com a saúde, a segurança e a educação do filho. Para a realização desses fatores é importante o grupo familiar a que pertence o genitor que pretende ter a guarda do filho. Saúde não é apenas a curativa, mas, principalmente, a preventiva, com a atenção a higiene e a hábitos saudáveis de alimentação e desenvolvimento físico. A segurança diz respeito à integridade física, à liberdade de ir e vir, ao acompanhamento das relações sociais do filho de modo a evitar os riscos com más companhias, ao acompanhamento do desenvolvimento moral. Por fim, a educação inclui a formação escolar e a formação moral, espiritual, artística e esportiva. Evidentemente, que tudo há de ser dosado de acordo com os rendimentos dos genitores, pois o ponto ótimo nem sempre é possível de ser atingido.”

²⁴ Ob.cit.

Para Dias²⁵ corresponsabilidade em relação aos filhos estabelecida na lei de 2008 foi uma grande evolução, afastando a ideologia de posse da guarda, contribuindo que o desenvolvimento dos menores sem gerar traumas, por manter vínculo entre os seus pais.

Essa particularidade de guarda desempenhada de forma conjunta dos genitores resguarda aos filhos a convivência e o acesso livre entre os pais. Esses, mesmo separados, exercem de forma plena o poder familiar, sendo responsabilizados de forma voluntária sobre os direitos e deveres a eles conferidos. Dessa forma, complementa Lobo²⁶ em relação aos filhos: “Com relação aos filhos, o poder familiar não se altera por causa do divórcio. O sistema de guarda, seja exclusiva, seja compartilhada, não modifica o direito de acesso dos filhos aos pais, nem destes àqueles, nem reduz o complexo de direitos e deveres que emanam do poder familiar.”

Portanto, a guarda compartilhada garante uma melhor participação dos pais no processo de desenvolvimento dos filhos de uma maneira integral, o que conforme Dias²⁷ consiste uma pluralização das responsabilidades.

3. A vontade do menor e o direito

O Direito Brasileiro, especificamente o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, classifica como criança o menor de até doze anos incompletos e adolescentes àqueles de doze anos até os dezoito anos, conforme disciplinado no artigo 2º da referida lei. Esse dispositivo de lei confere a criança uma proteção até completar os dezoito anos de idade, estando em conformidade como artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Crianças²⁸

A manifestação da vontade do menor em assuntos de seu interesse vem sendo defendido no contexto jurídico, tratado como um direito aos que não alcançaram a maioridade. Dessa forma, no momento da aplicação da guarda compartilhada, é necessário haver uma averiguação quanto à vontade do menor sobre a aplicabilidade desta modalidade de guarda.

²⁵ Ob.cit. p. 520

²⁶ Ob.cit.

²⁷ Ob.cit. p. 525

²⁸ BRASIL, 2015 c

A Convenção sobre os Direitos da Criança ratificada em 24 de setembro de 1990 (Decreto nº 99.710/1990), especificamente em seu artigo 12, dispõe sobre a escuta do menor no âmbito jurídico²⁹.

A escuta dos menores é um direito com consideráveis funções, na aplicação da guarda no momento da ruptura do casamento dos pais, além dos casos de adoção, sempre que possível, a oitiva do menor se faz por necessário,³⁰.

O ECA, no Capítulo II “Do Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade”, estritamente em no artigo 16, II, descreve a liberdade do menor a opinião e expressão, portanto, é direito da criança e do adolescente expressar sua opinião em assuntos que os envolvam, na observância do princípio do melhor interesse do menor.

Tendo em vista o princípio do melhor interesse do menor ressaltado na alteração da guarda compartilhada, Lei nº 13.058/15, há diversos posicionamentos jurisprudências sobre a sua importância, dizendo que a nova lei de guarda compartilhada é exclusivamente voltada para resguardar o direito do menor quanto ao convívio frequente com ambos os pais, e também pressupondo uma divisão da responsabilidade de todas as deliberações em relação à vida dos filhos, principalmente sobre o seu bem-estar. Dessa forma analisa a apelação do Tribunal do Distrito Federal quanto ao interesse dos filhos e da responsabilização dos pais:

“APELAÇÃO. AÇÃO DE GUARDA. UNILATERAL. COMPARTILHADA. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. BEM-ESTAR DO MENOR. I – Dispensável a dilação probatória, pois o processo está devidamente instruído com as provas necessárias ao julgamento da lide. Rejeitada preliminar de nulidade do processo. II - A guarda compartilhada, após as alterações nos arts. 1.583, 1.584 e 1.585 do Código Civil efetivadas pela Lei 13.058/14, deve ser a regra e o ideal a ser alcançado, no entanto a custódia física conjunta dos genitores não pode ser deferida em detrimento do melhor interesse da criança. III - A guarda compartilhada pressupõe a divisão de responsabilidades dos genitores quanto às decisões referentes ao filho, o que se torna impossível quando os pais vivem em constante litigiosidade e não possuem diálogo saudável. Reformada a r. sentença que fixou a

²⁹ “1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.”

³⁰ MÔNACO e CAMPOS, 2005, apud BRITO, AYRES e AMENDOLA, 2006

guarda compartilhada para concedê-la de forma unilateral à mãe. IV – A ampliação do regime de visitas postulada pelo pai impõe um ônus excessivo sobre o filho, exigindo que ele esteja permanentemente em mudança de casa, o que geraria uma rotina cansativa, irrazoável e confusa. Mantida a regulamentação da r. sentença, que prestigiou o bem-estar da criança. V – Apelação da autora-genitora parcialmente provida. Apelação do réu-genitor desprovida.”³¹

Em se tratando do princípio do melhor interesse da criança, discorre Lobo³² sobre a sistematicidade em relação sua aplicabilidade: “O princípio do melhor interesse a criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito. Na sistemática legal anterior, a proteção da criança resumia-se a quem ficaria com sua guarda, como aspecto secundário e derivado da separação. A concepção da criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeitos de direitos redirecionou a primazia para si, máxime por força do princípio constitucional da prioridade absoluta (art.227 da Constituição) de sua dignidade, de seu respeito, de sua convivência familiar, que não podem ficar comprometidos com a separação de seus pais. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas.”

Neste diapasão, deve ser sempre observado o interesse do menor, trazendo-o para a discussão, para que conjuntamente com os pais estipulem por uma modalidade que guarda adequada, de uma forma que menos difícil e traumática.

A forma que na qual é dada a oitiva do menor é sob a presença de psicólogos e assistentes sociais, que possuem recursos técnicos adequados para acompanhar a escuta em pauta. Nas Varas da Infância e da Juventude e nas Varas de Família, tem-se verificado que a utilização da escuta do menor conquistou-se grandes pesos, de acordo com a demanda em lide³³.

O ECA, em seu artigo 28, § 1º, é bem claro em relação à oitiva dos infantes sempre que necessário, afirmando que havendo a possibilidade os menos serão ouvidos de forma prévia, por uma equipe de profissionais, na medida do grau de discernimento dos envolvidos, sendo consideradas as suas opiniões esplanadas.

³¹ DISTRITO FEDERAL - TJ-DF - APC: 20130110756488, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 04/11/2015, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/11/2015 . Pág.: 239

³² Ob.cit.

³³ BRITO, AYRES E AMENDOLA, Ob.cit

E no § 2º deste mesmo artigo, nos casos que envolvam maiores de 12 anos, deverão ter seu consentimento em audiência.

Portanto, sendo atestada capacidade avançada pelo menor através da avaliação dos profissionais adequados, a manifestação da vontade do menor deve ser levada em consideração, ou seja, caso ele ateste que a aplicabilidade da guarda compartilhada é viável, o juiz deverá usar de sua vontade conjuntamente com a decisão dos pais.

Uma das necessidades de que haja a oitiva dos infantes, é para que seja atestado se ocorre à alienação parental, pois, no momento em que os profissionais acompanham os relatos dos menores, pode-se apontar se suas falas são fruto de seu desenvolvimento, ou se são coisas em que escutam de seus pais, podendo alegar fatos que não ocorreram.

Dias³⁴ relata sobre a Síndrome de Alienação Parental (SAP), “É levada a efeito verdadeira “lavagem cerebral”, de modo a compreender a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador.”

O instituto alienação parental, regido pela Lei nº 12.318/2010, que em seu artigo 2º traz o conceito: “Art.2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.”

A forma que na qual se é atestada se ocorre a alienação parental, é por meio de perícia psicológica e biopsicossocial, através de profissionais qualificados na área. Sendo atestada a prática, será instaurado um processo autônomo e incidental, que tramitará de maneira prioritária, e o juiz irá ouvir ao Ministério Público que seja tomada as medidas provisórias necessárias para preservar a integridade psíquica dos menores³⁵.

Ocorre que, muitas vezes os magistrados ou relatores, em caso de recurso, indeferem os pedidos dos autores em processos de guarda quanto à oitiva dos filhos menores, por entendem que ao levar a criança para o âmbito jurídico para ser ouvida promove um desgaste emocional.

³⁴ DIAS, 2015

³⁵ BRASIL, 2015 d

Como forma exemplificativa, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento - AI 70064804974 RS, o seguinte acórdão:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO NÃO ESTÁ MOTIVADA. INOCORRÊNCIA. ART. 93, IX, DA CF/88. APRAZAMENTO DE AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE DOIS FILHOS MENORES E ESTABELECIMENTO DA GUARDA COMPARTILHADA. INDEFERIMENTO NA ORIGEM. MANUTENÇÃO. 1. A decisão, ainda que de forma sucinta, está fundamentada, com o que não há nulidade. 2. Considerando já ter sido determinada a realização de estudo social com o grupo familiar, diligência na qual serão apuradas e esclarecidas as questões respeitantes ao exercício da guarda e ao atendimento das necessidades dos filhos comuns, inexistem razões a justificar, por ora, o aprazamento de audiência para oitiva dos filhos menores, tampouco o estabelecimento da guarda compartilhada, mostrando-se adequado aguardar a conclusão do estudo social, a fim de verificar se este arranjo virá ao encontro dos interesses dos filhos. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.”³⁶

Nesse acórdão o relator indeferiu o pedido do autor sobre a oitiva dos filhos, alegando que há uma sobrecarga emocional, devendo então ser preservados.

Todavia, esse indeferimento fere o princípio do melhor interesse do menor, pois sendo o maior interessado sobre a aplicação de guarda, e em casos de ocorrência de alienação parental, a oitiva do menor é extremamente necessária, para serem atestados com total segurança tais eventos.

4. O Poder Judiciário e o direito de escolha do menor

O Poder Judiciário permite que outras ciências os ajudem para a percepção de alguns fatos. Exemplo disso é a Psicologia, que através de seus profissionais especializados ateste ocorrências que envolvem pessoas que passam despercebidos dos olhos jurídicos. Dessa forma, nos casos de divórcios, no momento em que se é discutido a guarda dos filhos menores, é necessário que haja uma oitiva dos menores, para que manifestem sua vontade frente a modalidade de guarda a ser escolhida, e para ser avaliado a capacidade de discernimento da criança é necessário que o juiz nomeie um profissional especializado, que muitas vezes são os psicólogos convocados para realizar tal avaliação. Nesse momento,

³⁶ RIO GRANDE DO SUL, 2015 a

quando o profissional observar o desenvolvimento da criança, o juiz a ouviria para que seja feita os procedimentos naturais do processo.

A utilização da perícia psicológica judicial é conceituada como: “[...] exame de situações (relações entre coisas e/ou pessoas) ou fatos (ocorrências envolvendo coisas e/ou pessoas), realizado especialista ou pessoa entendida da matéria que lhe é submetida, denominada perito, com o objetivo de determinar os aspectos técnicos e científicos.”³⁷

Segundo Santos³⁸ a perícia técnica tem por objetivo proporcionar ao juiz as informações que passam despercebidos ao conhecimento jurídico e ao senso comum, por mais bem informado e instruído que o juiz seja, há informações que não podem ser obtidas diretamente por ele, não obteria com total clareza e segurança que um profissional teria. Porém, se for de matéria conhecida pelo juiz, há dispensa de perícia.

Dessa forma, a evidência da utilização de perícia em alguns casos é de suma importância, pois por mais conhecimento que o juiz tenha, por mais que ele busque constantemente estudar sobre matérias distintas, há casos que necessariamente devem ser atestados por profissionais capacitados na área, para que informe ao juiz algo que ficou obscuro em seu entendimento.

A forma em que é feita essa perícia é definida como uma entrevista, realizada por um psicólogo, demonstra Ortiz³⁹ sobre a entrevista: “Os instrumentos de que dispomos para uma avaliação psicológica são a entrevista, individual ou grupal, e os testes psicológicos. Escolhemos, nesse artigo, nos debruçar sobre a entrevista, que é, sem dúvida, o instrumento mais utilizado por psicólogos de qualquer abordagem teórica. Até mesmo a aplicação de métodos projetivos, como o Rorschach e o TAT, continuam a exigir um exímio domínio de sua técnica.”

Afirma Silva⁴⁰ que: “Ao lado do perito, como profissional nomeado pelo juiz segundo critérios de confiança e capacitação aparece também a figura do assistente técnico, profissional indicado, opcionalmente, pelas partes, na função de consultor para reforçar a argumentação apresentada nos autos, [...]”

O Código de Processo Civil de 1973, disciplina sobre a perícia em dispositivos de dois capítulos do Livro I: Capítulo V do Título IV - DOS AUXILIARES

³⁷ BRANDIMILLER, 1996, apud, SILVA, 2003, p. 5

³⁸ SANTOS, apud Silva, Ob.cit. p.5,

³⁹ Ortiz, 2012

⁴⁰ Ob.cit.

DA JUSTIÇA, no artigo 139, dispondo que o perito entre outros profissionais são auxiliares do juízo, nos artigos 145 e 147 aduz que quando a prova depender de conhecimento científico e técnico, o perito assistirá o juiz de acordo com o artigo 421 deste Código; e Capítulo VI do Título VIII – DAS PROVAS, artigos 420 a 439, disciplinando a respeito da produção da prova pericial⁴¹.

Todavia, com a sanção do Novo Código de Processo Civil, em 17 de março de 2015, houve diversas mudanças e alguns acréscimos processuais, entre elas em relação aos peritos e as provas periciais⁴²

Ortiz⁴³ traz importante contribuição na reflexão que faz sobre a perícia técnica em matérias de Direito de Família feita por psicólogo: “A forma pela qual se dá a constituição do psicólogo na função de perito no contexto de processos de Varas de Família merece uma reflexão acurada. De modo geral, ela se dá no entrecruzamento de pelo menos três ordens distintas de conflito: a primeira diz respeito à dissensão familiar que deu origem ao processo; a segunda se refere ao encontro nem sempre pacífico entre duas disciplinas distintas: a Psicologia e o Direito; a terceira, finalmente, é aquela que envolve a complexidade inerente ao exercício de nossa profissão como psicólogos em qualquer lugar que ele aconteça. É, portanto, em meio a diversas linhas de combate que se encontra o perito, e é isso que torna necessário pensar de modo estratégico como se dá a sua entrada na cena processual.”

O psicólogo, por sua vez irá elaborar um laudo especificando as capacidades e, em alguns casos, as limitações de entendimento percebidas nos

⁴¹ BRASIL, 2015 f

⁴² Novo CPC “Art.156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

§1º Os peritos serão nomeados entre os profissionais legalmente habilitados e os órgãos técnicos ou científicos devidamente inscritos em cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz está vinculado.

§2º Para formação do cadastro, os tribunais devem realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computação ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidade, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

§3º Os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados.

§4º Para verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição, os termos dos arts.148 e 467, o órgão técnico ou científico nomeado para a realização da perícia informará ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade.

§5º Na localidade onde não houver inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, a nomeação do perito é de livre escolha pelo juiz e deverá recair sobre profissional ou órgão técnico ou científico comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia.”

⁴³ Ob.cit.

menores. O ECA, em seus artigos 150 e 151 autorizam utilização de auxiliares da justiça, dando a eles competência para fornecer laudos por escrito ou verbalmente em audiência, transferindo a eles total liberdade para manifestar seu ponto de vista técnico.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na vanguarda das discussões e inovações jurisprudenciais, demonstra em um de seus julgados a importância do papel do perito em matéria que envolva guarda de menores, prevalecendo o princípio do melhor interesse do menor, como de fato foi manifestado a seguinte Apelação Civil:

“APELAÇÃO CÍVEL. FILHA MENOR. ALTERAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PREPONDERÂNCIA DO BEM ESTAR DA MENOR. Os laudos periciais realizados durante a instrução demonstram que a genitora possui melhor aptidão para o exercício da guarda da filha do casal, não restando apontado qualquer impedimento para o exercício do pátrio poder. Por outro lado, os laudos psicológicos e psiquiátricos realizados no curso do feito dão conta do comportamento inadequado do pai, que possui estrutura emocional bastante comprometida. APELO DESPROVIDO.”⁴⁴

O julgado demonstra a utilização da perícia psicológica e psiquiátrica para apontar que a filha deveria ficar sob guarda da mãe, não sendo impedido o exercício do pátrio poder. Através dos laudos periciais, foi atestado que o pai não possui comportamento adequado para a criação de sua filha, tendo sua estrutura emocional comprometida.

Neste diapasão, o melhor interesse da criança foi assegurado, dando a filha do casal em discussão uma melhor qualidade de vida ao lado da mãe, pelo simples fato de valer-se da perícia técnica.

O que ocorre no Poder Judiciário é o despreparo para receber as crianças em casos de oitiva, pois o ambiente forense traz um tanto que constrangimento e inibição do menor, não se comportando a vontade. Os menores, para que tenham seu interesse protegido e que manifeste sua vontade, sendo eles o destinatário final da discussão sobre a guarda, necessariamente deveriam ser ouvidos com maior frequência no judiciário, deixando eles que participem da resolução da questão, e que não haja constrangimento a eles, que sejam criadas

⁴⁴ RIO GRANDE DO SUL, 2015 b

salas específicas nos fóruns aptas para recebê-lo, sem que necessite de entrar em uma sala de audiência ou então ser conduzido a um consultório psiquiátrico.

Para Maia⁴⁵ o ECA reconhece as crianças e adolescentes como sujeitos de direito, privilegiando a eles todos os direitos fundamentais e sociais pertinentes. No preceito legal em que a criança possui prioridade absoluta, em razão da evolução de seu desenvolvimento.

O Direito brasileiro considera a criança como sujeitos de direitos desde nascituro, lhe é atribuída à personalidade jurídica. A partir de então, possui uma situação jurídica amparada, com direito e deveres garantidos. O artigo 2º do CC, assim o descreve: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”⁴⁶

Assim informado pelo dispositivo legal, a criança desde a sua concepção possui personalidade jurídica, tratando como complemento do artigo 1º desde mesmo Código, que define que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”⁴⁷. Vale ressaltar que o exercício do pleno direito decorrente do reconhecimento da criança como pessoa desde a concepção tem limite na capacidade jurídica. Pelo critério legal da idade o menor será tratado como absolutamente ou relativamente incapaz, para exercer alguns atos jurídicos.

Dessa forma, como fato caracterizador de personalidade jurídica ser o direito em si, porque não tratar as crianças com importância necessária em situações que as envolvam? Dando uma oportunidade para que manifeste sua vontade, prevalecendo o princípio do melhor interesse do menor? Se for de seu interesse, ele próprio que deve manifestar sua vontade.

Seria então de se indagar a possibilidade de advir sentença que defina guarda com base unicamente na aplicação da norma que define a guarda compartilhada como regra sem qualquer oitiva dos tutelados. Para tal discussão, cabem três questões.

Deverá o Judiciário submeter todos os processos ao serviço auxiliar forense? Em sendo a convicção formada livremente no cotejo das provas, pretender que se exija perícia técnica em processos não litigiosos parece ser mais que

⁴⁵ MAIA, 2015

⁴⁶ BRASIL, 2015 a

⁴⁷ IDEM

exagerado. Noutra vertente, em processos de natureza litigiosa normalmente os menores são ouvidos através da perícia psicossocial. Porém tal procedimento não é obrigatório, cabendo ao juízo a determinação, de ofício ou a requerimento das partes.

Os tribunais estaduais estariam preparados para uma eventual obrigatoriedade? Não cumpre ao escopo desta investigação responder se todas as varas judiciárias competentes para as questões de guarda têm o serviço auxiliar em condições condizentes com as demandas. Mas, independentemente dessa resposta se pode inferir que a obrigatoriedade certamente tocará a velocidade no andamento dos feitos.

E no possível confronto entre celeridade processual e defesa do interesse do menor, o debate principiológico estaria a gerar fase processual desnecessária? Quanto ao último ponto, necessidade, somente se poderá dizer que a oitiva dos filhos será inútil na eventualidade de vir a confirmar o que os pais inicialmente levaram ao conhecimento do juízo. Porém, mesmo assim haverá maior garantia do juízo na justeza da decisão. Em caso contrário, de a oitiva dos menores vir a revelar posicionamento diverso dos pais, poderá haver um ganho para os filhos na defesa de seu real interesse.

5. Considerações finais

Ao se considerar que à luz do nosso ordenamento jurídico a criança e o adolescente são tidos como sujeitos de direitos, cujo respeito exige que se deva tratar de forma participativa no processo de guarda, lhes dando voz ativa para a manifestação de sua vontade.

Deve ser tratado com observância o princípio do melhor interesse do menor, dizendo este se a aplicação da guarda compartilhada é viável, certo que, diante vários casos de rompimento do vínculo conjugal, os filhos são tratados como bens partilhados, ou utilizados até como forma de ataque entre os ex-cônjuges.

O reconhecimento Direito Civil da personalidade jurídica desde a concepção encontra o ápice da regulamentação no ECA. O estatuto reforça que todas as crianças e adolescentes gozam de todos os direitos fundamentais no tocante à pessoa humana, sem que haja, no entanto um prejuízo em sua proteção integral, e também prevê nos casos em que sempre que possível, a criança o

adolescente será ouvido por um grupo de profissionais especializados, desde que tenha uma capacidade de desenvolvimento e grau de discernimento, terá sua opinião considerada.

Portanto, casos em que os interesses dos menores estão sendo discutidos, devem ser ouvidos para que esbocem suas vontades, utilizando-se peritos qualificados, nomeados pelo juiz, para atestar as capacidades do menor, e após, uma elaboração de um laudo explicando suas cognições e limitações.

Para que haja uma melhor efetivação na oitiva dos infantes, será necessário que tenha locais adequados, ambientes congêneres para que as crianças sejam ouvidas, e que principalmente, esse evento seja realizado com mais frequência no judiciário, a partir do momento que o juiz nomeie, para que tenha um melhor aproveitamento da vontade da criança.

O Poder Judiciário deve ser mais consistente nas relações de guardas dos menores, que se deva considerar a ideia de que a criança tem total capacidade para explanar o que deseja ainda que tal manifestação se dê em linguagem própria à sua idade. De tal modo que possua o menor uma participação maior sobre tema guarda, e como dito anteriormente, desde que sejam comprovadas as cognições dos infantes, que seja levado para ser ouvido.

É necessário que se produza um ambiente mais adequado para recebê-los, com o objetivo de não os constrangerem. Levando como exemplo, os ambientes que são ouvidos as vítimas de maus tratos, violências sexuais, locais onde recriam um meio onde a criança de sinta confortável, que transpareçam segurança.

Quanto aos profissionais a serem escolhidos para apurar as capacidades e interesses dos menores, e ouçam suas manifestações de vontade, verificou-se que os psicólogos são os mais capacitados para tanto, pois sua formação toca as variações das atitudes humanas. Dessa forma, irá apresentar ao juiz as reais vontades dos menores, então ser respeitado o seu direito de escolha frente à aplicação da guarda compartilhada, na observância dos princípios do melhor interesse do menor e da sua proteção integral.

6. Referências

- AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *A Criança, o adolescente: Aspectos Históricos*. Disponível em: <http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:8YGatWCDv8oJ:scholar.google.com/+A+CRIAN%C3%87A,+O+ADOLESCENTE:+ASPECTOS+HIST%C3%93RICOS&hl=pt-BR&lr=lang_pt&as_sdt=1,5&as_vis=1>. Acesso em: 22 de abr. 2015
- BRASIL a, *Código de Direito Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 02 de out.2015.
- _____ b, *Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990*. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 16 de set.2015.
- _____ c, *Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 02 de out.2015.
- _____ d, *Lei de Alienação Parental. Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 02 de out.2015.
- _____ e, *Nova Lei de Guarda Compartilhada, Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm> Acesso em: 02 de out.2015.
- _____ f, *Código de Processo Civil, Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm> Acesso em: 02 de out.2015.
- BRITO, Leila; AYRES, Lygia; AMENDOLA, Marcia. *A escuta de crianças no sistema de justiça*. < <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v18n3/a10v18n3.pdf>>. Acesso em: 16 de set. 2015.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil, família, sucessões*. Volume 5 – 5 Ed, rev. atual. São Paulo: Saraiva. 2012.
- DIAS, Maria Berenice. *Guarda compartilhada, uma novidade bem-vinda*. Disponível em <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf> Acesso em: 23 de abr. 2015

_____, *Manual de direito de família* – 10. ed. rev. Atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

DISTRITO FEDERAL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Apelação Relator: Vera Andrighi. Apelação Cível nº 20130110756488, 6ª Turma Cível, Relatora Desembargadora Vera Andrighi. Data de Julgamento: 04/11/2015. Disponível em <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/257171997/apelacao-civel-apc-20130110756488>>. Acesso em 18 de nov. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo Curso de Direito de Civil*. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 Ed.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013 / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: família* – 4. ed – São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Camila Yamaoka Mariz. *A trajetória da psicologia jurídica*. Disponível em <<http://www.iesp.edu.br/newsite/assets/2012/11/3.pdf>> Acesso em: 02 de out.2015.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ORTIZ, Marta Cristina Meirelles. *A Constituição do Perito Psicólogo em Varas de Família à Luz da Análise Institucional de Discurso*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v32n4/v32n4a10.pdf>> Acesso em: 02 de out. 2015.

SILVA, Denise Maria Perissine da. *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro: a interface da psicologia com direitos nas questões de família e infância* – São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

RIO GRANDE DO SUL a, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de Instrumento nº AI: 70064804974 RS*, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl. Data de Julgamento: 02/07/2015, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/07/2015. Disponível em <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70064804974&num_processo=70064804974&codEmenta=6367566&templntTeor=true>. Acesso em 02 de out. 2015.

_____ b, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Apelação Cível nº 70045190121 RS*. Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Sétima Câmara Cível, Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Data de Julgamento:

28/03/2012. Disponível em <
http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_acordaos.php?Numero_Processo=70045190121&code=0618&entrancia=2&id_comarca=700&nomecomarca=Tribunal%20de%20Justi%EA&orgao=TRIBUNAL%20DE%20JUSTI%CA%20-%207.%20CAMARA%20CIVEL>. Acesso em 02 de out. 2015.

INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 1.829, I, DO CÓDIGO CIVIL: A CONCORRÊNCIA DO CÔNJUGE SOBREVIVENTE COM OS DESCENDENTES NA ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

INTERPRETATION OF ARTICLE 1.829, I, OF THE CIVIL CODE: THE COMPETITION OF THE SURVIVING SPOUSE WITH THE DESCENDANTS IN THE HEREDITARY VOCATION ORDER

Laura Covatti dos Santos

Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito). Pós-graduanda em Direito Civil - Direito de Família Avançado pela Faculdade Anhanguera de Passo Fundo/RS.
Advogada.

Resumo. O tema de pesquisa tem sua origem no instituto do Direito de Família e Sucessões. Serão abordados dois assuntos que, embora antagônicos, mostram-se de extrema relevância para o estudo do Direito Civil, quais sejam: o casamento e a sucessão hereditária. A vida pode ser comparada a um ciclo, cujo início se dá com o nascimento e o fim com a morte. Mesmo em decorrência do óbito de uma pessoa da família, a vida dos que lhe sucedem continua. Da mesma forma, em vida, o de cujus fora titular de direitos e obrigações, os quais devem ser mantidos e respeitados após a sua morte. Nesse sentido, quando duas pessoas resolvem se casar a escolha do regime de bens será condizente com a livre vontade de ambos. Por essa razão, quando um dos cônjuges falecer, observar-se-á a ordem de vocação hereditária, isso é, a presença dos descendentes, ascendentes e colaterais, que gera a concorrência na sucessão legítima. O objetivo da pesquisa é analisar o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil e compreender as controvérsias que surgiram da sua interpretação. Para tanto, serão aludidos os posicionamentos divergentes que resultaram da hermenêutica jurídica desse artigo. Questiona-se acerca da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes na ordem de vocação hereditária. Tal abordagem refletirá em hipóteses que a concorrência incidirá sobre todos os bens deixados pelo falecido, ou apenas sobre os adquiridos onerosamente na constância do casamento, excluída a meação do cônjuge sobrevivente, ou apenas sobre os adquiridos antes do casamento. A pesquisa possui relevância, pois

o próprio legislador estimulou a divergência de posicionamentos com a redação desse artigo. Igualmente, o interesse pelo tema surgiu devido a preocupação da hermenêutica errônea e das consequências jurídicas que poderão ser causadas. Atribui-se ainda que os com resultados desse estudo aprofundado, possibilitará a devida orientação àqueles que estão em conflito de interesse, bem como o esclarecimento do pretendido com a redação de tal artigo. Por fim, reitera-se que o problema jurídico é passível de ser solucionando inclusive possui fundamento jurisprudencial.

Palavras-Chave: Casamento; Regime de bens; Sucessão legítima; Ordem de vocação hereditária; Concorrência do cônjuge.

Abstract *The research subject has its origin at the Institute of Family and Succession Law. There will be addressed two issues that although antagonistic they show to be of extreme relevance for the study of civil law, such as: marriage and hereditary succession. Life can be compared to a cycle, which starts with birth and end with death. Even due to the passing of a family member, the lives of those who succeed him goes on. Similarly, in life, the deceased had rights and obligations, which should be maintained and respected after his death. In this sense, when two people decide to marry the choice of property regime is consistent with the free will of both. For this reason, when one spouse passes away, it will observe the order of hereditary vocation, that is, the presence of descendants, ascendants and collaterals, which generates competition in the legitimate succession. The objective of the research is to analyze the item I of article 1829 of the Civil Code and understand the controversies that arose from its interpretation. For this, there will be alluded the diverging positions that resulted from the legal hermeneutics of this article. It is questioned about the competition of the surviving spouse with the descendants in the hereditary vocation order. Such approach will reflect on hypothesis that the competition will focus on all the property left by the deceased, or just upon the onerously acquired during marriage, excluding the moiety of the surviving spouse, or just on the ones acquired before marriage. The research is relevant because the legislator stimulated the divergent positions within the writing of this article. Likewise, the interest in the subject arose from the concern of erroneous hermeneutics and legal consequences that may be caused. It is also attributed with the results of this*

detailed study will allow the proper guidance to those who are in conflict of interest, as well as the elucidation of the intended writing of this article. Finally, it is reiterated that the legal problem is likely to be solved and even has jurisprudential foundation.

Keywords: *Competition of the spouse; Legal Succession; Marriage; Order of heredity vocation; Property Regime.*

Sumário. 1. Introdução. 2. Concepção e evolução histórica do direito de família e sucessões. 3. A ordem de vocação hereditária e o cônjuge no artigo 1.829, I do Código Civil de 2002. 4. Análise das correntes divergentes: doutrina e jurisprudência. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

O Direito de Família e Sucessões constitui o ramo do Direito Civil brasileiro que aprecia as relações entre as pessoas, sejam elas unidas pelo casamento, pela união estável ou pelo parentesco, em vida ou após a morte.

Como consequências da intensa evolução social a legislação passou por mudanças e atualizações. Contudo, é importante asseverar que os princípios do direito sempre são observados e atribuídos para que nenhum cidadão sofra qualquer prejuízo quando ocorrer algum conflito.

Com base no exposto acima, faz-se menção ao princípio da dignidade da pessoa humana, constante no artigo 1º, III da Constituição Federal. A sua finalidade é proteger qualquer cidadão, dando amparo legal e preceituando que deve haver uma melhor convivência social, respeitando-se os aspectos individuais de cada pessoa.

De tal modo, o tema escolhido foi resultado do estudo e análise aprofundado do ramo do Direito de Família e Sucessões, mais precisamente quanto a redação do artigo 1.829, I do Código Civil. Falar-se-á na concorrência do cônjuge com os descendentes na ordem de vocação hereditária quando da sucessão legítima.

Consequentemente, em decorrência da hermenêutica jurídica do mesmo, surgiram posicionamentos divergentes acerca da concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes quando o autor da herança não houver deixado

bens particulares. Durante o desenvolvimento da pesquisa será dado foco para o regime de comunhão parcial de bens, constante na parte final do artigo referido acima.

Nesse contexto, a pesquisa foi dividida em três capítulos. O primeiro capítulo consistirá na definição através da doutrina e da legislação a respeito do Direito de Família e Sucessões. Ademais, será abordada a sua breve evolução histórica, demonstrando as significativas mudanças desse ramo do Direito Civil.

Por sua vez, o segundo capítulo tem como escopo explanar sobre a ordem de vocação hereditária e a figura do cônjuge no artigo 1.829, I do Código Civil. Dar-se-á ênfase à elevação da figura do cônjuge do Código Civil de 1916 para o de 2002, o qual passou de herdeiro legítimo facultativo para necessário.

Por fim, no último capítulo serão elucidados os principais questionamentos sobre a concorrência do cônjuge com os bens particulares do autor da herança. Por isso, buscando demonstrar a realidade jurídica existente, serão apontadas as correntes divergentes.

Num primeiro momento, cabe analisar e estudar o conceito do Direito de Família e Sucessões, para depois avaliar como se deu a evolução histórica desse ramo. Após esta definição inicial, dar-se-á início à análise do tema objeto da pesquisa, adentrando-se nos seus principais questionamentos.

2 Concepção e evolução histórica do direito de família e sucessões

O Direito de Família é o ramo do Direito Civil brasileiro que aborda exclusivamente sobre a organização e a proteção familiar. Por sua vez, o Direito das Sucessões preceitua sobre a transmissão do patrimônio da pessoa depois da sua morte.

A finalidade da pesquisa é analisar a redação do artigo 1.829, I do Código Civil, através do qual o legislador destacou a concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes no plano sucessório. Assim sendo, tem-se como foco a sua interpretação e compreensão diante dos posicionamentos divergentes.

Para adentrar no tema é adequado incluir o conceito e a evolução histórica do Direito de Família e Sucessões. Dissertar sobre os acontecimentos passados têm caráter indispensável para que se possa observar o que fora alterado na legislação no transcorrer do tempo.

Veja-se, para Venosa⁴⁸ o direito de família possui características peculiares, formado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientando-se através dos interesses morais e do bem-estar social. O Código Civil de 2002, apesar de não conceituar a família, trouxe uma nova compreensão, adaptando-se ao novo século.

Na legislação vigente, a Constituição Federal de 1988 prevê nos artigos 226 e seguintes a proteção da família, inclusive o caput desse artigo já alude que a mesma é a base da sociedade e tem a proteção especial do Estado. Nos parágrafos que seguem há o esclarecimento dos direitos e deveres recíprocos referentes a família.

Por sua vez, a palavra sucessão significa, em sentido amplo, o ato pelo qual uma pessoa se torna titular de determinados bens de outra. Contudo, em sentido estrito, a sucessão designa a morte de alguém. Fala-se em sucessão *causa mortis*. Assim explana Gonçalves⁴⁹, observando que o Direito das Sucessões disciplina a transmissão do patrimônio, seja ativo ou passivo, do autor da herança para os que lhe sucedem.

O Código Civil de 2002 faz a sua abordagem sobre o Direito de Família no Livro IV e Direito das Sucessões no Livro V. O primeiro artigo do Livro IV, qual seja, o 1.511, menciona que o casamento estabelece a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. Por conseguinte, o título II desse mesmo Livro faz referência ao Direito Patrimonial, sendo que o Subtítulo I trata do regime de bens entre os cônjuges.

É apropriado asseverar que quando for um casal contrair núpcias, o regime de bens será condizente de espontânea vontade, formando-se a partir de então uma nova família. No tocante a isso, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 5º estabeleceu a igualdade jurídica entre os cônjuges, aplicada como um princípio.

Analisando o que fora referido até então, pode-se afirmar que o Direito de Família contempla princípios e normas que regulam a sociedade conjugal, desde o início do casamento até o seu término. A família tem deliberada proteção do Estado, pois o mesmo visa preservá-la e fortalece-la.

⁴⁸ VENOSA, S. Direito civil: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 11-12.

⁴⁹ GONÇALVES, C.R. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19-20.

Também fora mencionando que diferentemente do Direito de Família, o principal marco do Direito das Sucessões se dá com a morte. Por mais que a pessoa venha a óbito, os seus bens permanecem entre os vivos, dando-se continuidade aos seus direitos e obrigações.

Para alcançar o tema objeto da pesquisa se fez necessária a compreensão do conceito dado pela doutrina para o Direito de Família e de Sucessões. Por mais que um complete o outro, as diferenças refletem no mundo jurídico. Desse modo, realizar-se-á uma breve reflexão da intensa evolução histórica que se sucedeu ao longo do tempo.

A origem do Direito de Família é incerta, porém na antiguidade, mais precisamente em Roma, é possível visualizar a família sendo chefiada pelo próprio cidadão romano, também conhecido como *pater*. Coelho⁵⁰ explica que todos aqueles que eram da família do *pater* estavam sob o seu domínio, chega a compará-los a escravos submetidos ao chefe, pois poderiam ser torturados ou até mesmo mortos.

Nota-se que desde os primórdios da civilização até os dias atuais o Direito de Família e Sucessões passou por uma extrema mudança. A compreensão da família teve alterações significativas, como exemplo o chamado *pater*, o qual era responsável por estabelecer as regras da sua própria família e todos deveriam obedecê-lo.

A família moderna, formada por pais e filhos, passou por severas mudanças, principalmente no que concerne as suas finalidades, no aspecto jurídico e social. Venosa⁵¹ demonstra tal avanço citando, por exemplo, a profunda transformação do papel da mulher no mercado de trabalho, o eixo familiar que sob o prisma social e jurídico não tem como apoio o matrimônio e a modernização com o casamento homoafetivo.

A formação da família pode ser verificada e configurada de diversas formas. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º e 4º prevê a união estável e família monoparental, respectivamente, como modalidades distintas de família. Com isso, pode-se compreender que a família antiga, formada pelo homem e pela mulher casados juntamente com os filhos, não é mais vista como a única forma de constituir família.

⁵⁰ COELHO, F. Curso de direito civil: família e sucessões, volume 5. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p.16-17

⁵¹ VENOSA, S. Direito civil: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5-6.

Igualmente, o Direito das Sucessões remonta à antiguidade, na qual a sucessão somente seria transmitida para a linha masculina, ao primogênito varão. Gonçalves⁵² diz que a filha era afastada da sucessão, pois iria se casar e através do casamento passaria a integrar a família do marido. Nesse sentido, perderia qualquer espécie de laço com a família do seu pai.

Diante do exposto, é notória a hierarquia da antiga organização familiar, inclusive quanto ao filho homem que tinha importância ímpar. Ao contrário dos dias atuais, a mulher era subordinada ao homem e não alcançava os mesmos direitos do marido, apenas tinha a obrigação de obedecê-lo.

De acordo com Gonçalves⁵³, a evolução histórica do Direito das Sucessões se torna nítida a partir do direito romano, pois nessa época a Lei das XII Tábuas concedia liberdade ao pai de família para dispor de seus bens para depois da morte. Todavia, se o marido falecesse sem o testamento feito, a sucessão seria devolvida aos filhos, aos netos e a esposa, ou aos parentes mais próximos ou então ao grupo familiar em sentido lato.

A pesquisa não visa aprofundar o estudo sobre a evolução histórica do Direito de Família e Sucessões, porém é importante observar a intensa mudança social que refletiu diretamente na legislação. Por isso, esse ramo do Direito Civil teve alterações significativas e que perduraram por séculos até alcançar os dias atuais.

Dessa forma, o próximo capítulo versará exclusivamente sobre a ordem de vocação hereditária, dando-se ênfase para o disposto no artigo 1.829, I do Código Civil. Outrossim, busca-se demonstrar que diferentemente do Código Civil de 1916, o de 2002 traz o cônjuge como herdeiro necessário e não mais como facultativo.

3. A ordem de vocação hereditária e o cônjuge no artigo 1.829, I do Código Civil de 2002

Numa noção sucinta, fora possível elencar o conceito e a evolução histórica do Direito de Família e Sucessões. De tal modo, esse capítulo analisará as

⁵² GONÇALVES, C.R. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 21.

⁵³ GONÇALVES, C.R. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 22.

disposições referentes a ordem de vocação hereditária no plano sucessório, conjugando os seus aspectos fundamentais e os artigos de lei que a baseiam.

Na redação do Código Civil de 1916 o cônjuge não tinha a mesma proteção que possui no Código Civil de 2002. De acordo com o artigo 1.829, I do Código Civil o cônjuge, sendo herdeiro necessário, concorre com os descendentes e ascendentes quando da sucessão legítima.

Ocorre que ao interpretar esse artigo, a doutrina e a jurisprudência foram totalmente divergentes, surgindo fundamentos para ambas as correntes. Nesse passo, o presente capítulo fará as ressalvas necessárias para complementar o estudo e introduzir a pesquisa que resultará na análise de tais posicionamentos.

O Livro V do Código Civil trata especialmente sobre o Direito das Sucessões. De acordo com o artigo 1.784 dessa lei, aberta a sucessão, a herança será transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários. Por sua vez, a sucessão legítima é disciplinada pelo artigo 1.829 e seguintes e a sucessão testamentária pelo artigo 1.857 e seguintes.

Tanto o texto legal como a doutrina registram que a sucessão poderá ser diferida de duas formas. Dar-se-á por intermédio da legislação, chamada legítima, ou através de declaração de última vontade, conhecida como testamento, conforme consta expressamente no Código Civil em seu artigo 1.786.

De acordo com Coelho⁵⁴, a sucessão legítima pode ser caracterizada das seguintes formas: “quando falece alguém sem testamento, caduca o testamento deixado ou declara-se sua invalidade, os bens do patrimônio do falecido são destinados exclusivamente aos herdeiros legítimos, isto é, seus familiares indicados na lei”.

Não obstante, Lôbo⁵⁵ segue o seguinte raciocínio “a sucessão testamentária é a que se dá em observância às declarações de vontade expressas deixadas pelo *de cuius*, nos limites e em documentos formais admitidos pela lei”. Por isso os efeitos do testamento se mantêm suspensos até acontecer o evento futuro e indeterminado, qual seja, a morte do testador.

Enfim, a ordem de vocação hereditária quando da sucessão legítima está disposta no artigo 1.829 e seguintes do Código Civil, configurando-se com a

⁵⁴ COELHO, F. Curso de direito civil: família e sucessões, volume 5. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 273.

⁵⁵ LÔBO, P. Direito civil: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 189-191.

abertura da sucessão. Em resumo, quando uma pessoa vem a óbito, os seus herdeiros são chamados imediatamente para suceder.

Adentrando no tema objeto da pesquisa, observar-se-á a partir de então as disposições pertinentes quanto a ordem de vocação hereditária, incluindo-se a concorrência do cônjuge sobrevivente. Conforme já fora enfatizado durante o estudo, o Código Civil de 2002 passou por profundas transformações relacionadas a esse assunto, as quais serão mencionadas a seguir.

Gonçalves⁵⁶ faz seu comentário com relação as significativas inovações na legislação concernentes a sucessão legítima. Ocorre que o cônjuge sobrevivente passou a concorrer com os descendentes, em primeiro lugar, e com os ascendentes, em segundo lugar. Deixou a condição de herdeiro legítimo facultativo e ocupante do terceiro lugar, como era estabelecido no Código Civil de 1916.

Veja-se, diferentemente da legislação anterior, o Código Civil de 2002 expandiu a sua abordagem com relação ao cônjuge sobrevivente, colocando-o em classes preferenciais. Inclusive, o mesmo concorrerá com os descendentes, com os ascendentes ou em havendo a ausência desses, fará jus a sucessão sozinho.

Conforme Venosa⁵⁷, no Código Civil de 1916 em seu artigo 1.721, o cônjuge não era considerado herdeiro necessário, somente se falava nos descendentes e ascendentes. Sendo assim, o autor da herança poderia excluí-lo da sucessão, fazendo o testamento para quem desejasse. Analisando o exposto, nota-se a elevação da posição do cônjuge na ordem da vocação hereditária, hoje expresso no artigo 1.829, I do Código Civil de 2002.

Oportuno considerar que a legislação pretérita consagrou, em favor do(a) viúvo(a), direitos sucessórios paralelos, ou seja, o usufruto viual e o direito real de habitação. Gagliano e Pamplona Filho⁵⁸ explanam que o usufruto viual foi extinto do Código Civil de 2002, certamente pela dificuldade de sua aplicação e ampliação do âmbito de tutela do cônjuge sobrevivente. Por sua vez, fora mantido o direito real de habitação.

Em matéria de Direito das Sucessões, a maior alteração feita pelo novo Código Civil foi com relação à sucessão do cônjuge e do companheiro.

⁵⁶ GONÇALVES, C.R. Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 30.

⁵⁷ VENOSA, S. Direito civil: direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 126.

⁵⁸ GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: direito das sucessões, v. 7. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 225.

Carvalho Neto⁵⁹ alude ser válido esclarecer que o artigo 1.829, I do Código Civil substituiu o usufruto viual com grandes vantagens, pois o cônjuge terá direito à parte da herança.

Nevares⁶⁰ faz uma colocação importante, referindo que “ao cônjuge sobrevivente, que muitas vezes é o mais desamparado em virtude da morte do consorte, sendo o cônjuge supérstite o único componente fixo e essencial do núcleo familiar”. Explica isso referindo que no futuro os filhos se despedirão da família primitiva para formarem as suas próprias famílias.

A propósito, a redação do artigo estudado nessa pesquisa buscou tutelar o cônjuge sobrevivente, permitindo que o mesmo participasse no momento da sucessão. Procurou-se evitar que o cônjuge supérstite ficasse desamparado – no sentido patrimonial – com a morte do outro.

O artigo 1.829, I do Código Civil traz as hipóteses em que há concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes. Entretanto, a pesquisa versará exclusivamente sobre o regime da comunhão parcial de bens, quando o autor da herança não houver deixado bens particulares.

Nesse sentido, embora o artigo supracitado mencione a possibilidade de os cônjuges terem se casado no regime da comunhão universal (artigo 1.667 do Código Civil) ou no da separação obrigatória de bens (artigo 1.641 do Código Civil), as mesmas não serão expostas.

Existem três hipóteses em que a lei deixa de reconhecer vocação ao cônjuge sobrevivente, atribuindo a herança na sua totalidade aos descendentes: se o regime de bens do casal era o da comunhão universal (artigo 1.667 a 1.671 do Código Civil), se o regime de bens era o da separação obrigatória (artigo 1.641 do Código Civil) e se o regime de bens era o da comunhão parcial, sem que o falecido tenha deixado bens particulares.

Nesse sentido, a divergência das teses doutrinárias e jurisprudenciais surgiu da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. A controvérsia se funda no seguinte sentido: a concorrência incidirá sobre o conjunto dos bens deixados pelo falecido, isto é, a herança ou apenas sobre os adquiridos

⁵⁹ CARVALHO NETO, I. Direito sucessório do cônjuge e do companheiro. São Paulo: Método, 2007. p. 123-125

⁶⁰ NEVARES, A. L. A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 90.

onerosamente na constância do casamento, excluída a meação do cônjuge sobrevivente ou apenas sobre os adquiridos antes do casamento (particulares).

Partindo dos elementos que configuram o artigo 1.829, I do Código Civil, Silveira Netto⁶¹ diz que nesse estão presentes alguns princípios constitucionais. Cita-se como exemplo o já citado princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da autonomia privada e da autorresponsabilidade e o princípio da confiança legítima e boa-fé.

A seguir, no terceiro e último capítulo, serão explicitados os principais questionamentos acerca das correntes divergentes que surgiram com relação a concorrência do cônjuge na ordem de vocação hereditária. Até então, foram objeto de estudo os pontos basilares para construir e desenvolver o tema da pesquisa.

4. Análise das correntes divergentes: doutrina e jurisprudência

O último capítulo fará a sua abordagem às correntes que divergem quanto a interpretação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. Dar-se-á desenvolvimento ao raciocínio da doutrina e jurisprudência, relacionando a teoria e a prática diante da sua aplicabilidade.

O inciso I do dispositivo acima citado suscitou inúmeras discussões doutrinárias, refletindo na jurisprudência nacional e gerando precedentes totalmente divergentes nos Tribunais do país. O motivo se encontra na sua redação, que gerou polêmicas, razão pela qual se justifica o motivo dessa pesquisa.

Segundo o inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes na sucessão do de *cujus*. Dessa forma, o Código Civil de 2002 estabeleceu que dependendo do regime de bens escolhido pelo casal, dar-se-á o direito hereditário do cônjuge.

Nevarés⁶² afirma que a discussão é relevante. Há quem defenda que a sucessão do cônjuge deve incidir apenas sobre os bens particulares, afastando-se o cônjuge meeiro da sucessão. Por outro lado, há quem aposte que a herança é

⁶¹ SILVEIRA NETTO, E. A concorrência do parceiro na sucessão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 52.

⁶² NEVARES, A. L. A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 95.

transferida como um todo unitário aos sucessores, assim só existirá sucessão especial (em bens específicos) se a legislação prever, porém não é o caso.

O Enunciado 270 da Jornada de Direito Civil⁶³ se posiciona com relação ao disposto no inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. Efetivamente, será assegurado ao cônjuge sobrevivente o direito a concorrência com os descendentes do autor da herança “se casados nos regimes da comunhão parcial [...], o falecido possuíse bens particulares, hipótese em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes”.

Em suma, o Enunciado prevê que o cônjuge sobrevivente, casado no regime de comunhão parcial, somente participará quanto aos bens particulares que o falecido deixou. Além disso, serão excluídos os bens adquiridos na constância do casamento, os quais já foram objeto de meação.

Ademais, em não havendo bens particulares, somente comuns, o cônjuge sobrevivente não participará da sucessão, pois já recebeu o suficiente a título de meação (situação análoga ao caso de comunhão universal). Dito isso, o Enunciado 270 da III Jornada de Direito Civil foi bastante objetivo ao declarar o seu posicionamento.

Perante a controvérsia da interpretação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, Gagliano e Pamplona Filho⁶⁴ expõem o seu entendimento. Num primeiro momento, seguia-se a linha de pensamento segundo a qual o cônjuge sobrevivente assistiria o direito de concorrer com os descendentes em detrimento de toda a herança.

A explicação dos doutrinadores⁶⁵ citados acima está na medida em que a maioria dos casais constituem o seu patrimônio após o casamento, formando uma massa comum de bens. Além disso, tal limitação não existe em face do (a) companheiro (a) viúvo (a), conforme indica o artigo 1.790 do Código Civil.

Diga-se de passagem, que, dificilmente o casal não irá possuir bens particulares antes do casamento. Todavia, na maioria das vezes, a maioria do patrimônio é formado após o casamento, com o esforço comum de ambos.

⁶³ AGUIAR JUNIOR, R. Jornada de Direito Civil. 1. ed. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2005.

⁶⁴ GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: direito das sucessões, v. 7. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

⁶⁵ GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: direito das sucessões, v. 7. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 213.

Entretanto, vale lembrar que o regime de bens tem importância para quando ocorrer a divisão de bens, principalmente no tocante à sucessão.

Depois de reiteradas críticas sobre o tema, Gagliano e Pamplona⁶⁶ se manifestaram da seguinte forma: “[...] posicionamo-nos junto aos autores que entendem haver direito concorrencial da(o) viúva(o) – que fora casada(o) em regime de comunhão parcial de bens –, somente quanto aos bens particulares deixados pelo falecido”.

No entanto, o segundo posicionamento que também gerou divergência quanto a comunhão parcial de bens é o da doutrinadora Maria Helena Diniz⁶⁷. A mesma entende que o cônjuge sobrevivente, de acordo com o artigo 1.829, I, só poderá ser casado sob o “regime de separação convencional de bens, de participação final dos aqüestos ou de comunhão parcial, se o falecido possuía patrimônio particular, embora sua participação incida sobre todo o acervo hereditário e não somente nos bens particulares do *de cuius*”.

Ademais, Maria Helena Diniz⁶⁸ comenta uma questão polêmica. Inicialmente a lei não menciona que a herança do cônjuge só recai sobre os bens particulares do falecido, mas a todo o acervo hereditário, e para atender ao princípio da operabilidade, tornando mais fácil o cálculo para a partilha da parte cabível a cada herdeiro. Por conseguinte, ressalta-se que a herança é indivisível, deferindo-se como um todo unitário, ainda que sejam vários os herdeiros (artigo 1.791, parágrafo único do Código Civil).

O terceiro posicionamento vem fundamentado por Maria Berenice Dias⁶⁹. Esta por sua vez explica que, mesmo a doutrina majoritária se baseando na primeira corrente, há de prevalecer outra teoria. Nesse sentido, em “[...] havendo bens particulares, o cônjuge sobrevivente não tem direito sobre eles. O direito de concorrência incide exclusivamente sobre os bens amealhados durante o casamento”.

⁶⁶ GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R. Novo curso de direito civil: direito das sucessões, v. 7. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 214.

⁶⁷ DINIZ, M.H.; Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 145.

⁶⁸ DINIZ, M.H.; Curso de direito civil brasileiro, volume 6: direito das sucessões. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 146

⁶⁹ Todas as citações da doutrinadora Maria Berenice Dias, referentes ao terceiro posicionamento, encontram-se nesses endereços: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf e http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf

A doutrinadora⁷⁰ acima ainda complementa dizendo que o regime de comunhão parcial de bens é considerado o mais ético, pois deixa a cada qual o que é seu – adquirido por esforço individual, por herança ou doação – e manda dividir o que for adquirido por ambos, partindo do pressuposto de que há colaboração mútua na sua formação.

Por fim, depois de reiterada apreciação da interpretação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, o quarto e último posicionamento condiz com o entendimento da jurisprudência. É importante ressaltar que o julgado que será analisado na sequência é notícia do Superior Tribunal de Justiça do ano de 2015, ou seja, é atual e traz fundamentos que foram desenvolvidos pelos ministros.

Trata-se do Recurso Especial nº 1368123⁷¹/SP (2012/0103103-3) o qual, na sua ação de origem de rito ordinário, explica que o autor no ano 1981 deu início a união estável com a sua companheira. Dessa forma, em 1988 se casou com a mesma sob o regime de comunhão parcial de bens, quando a esposa já era proprietária de um terreno.

Passados 12 anos do casamento, foi construído no terreno, em que a esposa era proprietária, um prédio residencial, com recursos do autor. No ano de 2008 a esposa veio a falecer e o viúvo ajuizou ação para ser reconhecido como proprietário do imóvel, total ou parcialmente.

Ocorre que os filhos da falecida alegaram que o imóvel não se comunicava com o cônjuge, pois se trata de bem adquirido anteriormente ao casamento. Nesse sentido, os ministros divergiram na interpretação da parte final do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil, ou seja, na identificação dos bens que o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes, quando adotado o regime de comunhão parcial de bens.

O ministro Sidnei Beneti, relator original do recurso no STJ, apresentou a tese que saiu vencedora na Segunda Seção. O mesmo entendeu que

⁷⁰ Todas as citações da doutrinadora Maria Berenice Dias, referentes ao terceiro posicionamento, encontram-se nesses endereços: http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf e http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf

⁷¹ Recurso Especial Nº 1368123. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Relator: Min. Sidnei Beneti. R.P/ÁCÓRDÃO: Min. Raul Araújo. Julgado em 22/04/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Se%C3%A7%C3%A3o-uniformiza-entendimento-sobre-sucess%C3%A3o-em-regime-de-comunh%C3%A3o-parcial-de-bens>

a concorrência somente se dá em relação a bens particulares, ou seja, àqueles que já integravam o patrimônio do cônjuge ao tempo do casamento.

Entretanto, a ministra Nancy Andrichi discordou dessa tese. Para a mesma o cônjuge sobrevivente, além de seu direito à meação, concorreria na herança apenas quanto aos bens comuns, havendo ou não bens particulares, que deveriam ser partilhados unicamente entre os descendentes.

Por conseguinte, o Tribunal de Justiça de São Paulo concordou com a tese defendida pelos filhos, mas a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso do viúvo, que tem mais de 80 anos, reconhecendo o seu direito à meação e à participação como herdeiro necessário dos bens particulares.

Sobre o posicionamento da Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrichi, Silveira Netto⁷² faz seu esclarecimento. Em sendo adotada a hermenêutica pela doutrina majoritária, através da qual o cônjuge casado sob o regime de comunhão parcial de bens herda com os descendentes, “teremos no Direito das Sucessões a conversão do regime escolhido em vida, [...] para o da comunhão universal, somente possível de ser celebrado por meio de pacto antenupcial por escritura pública”.

O tema da presente pesquisa, conforme elucidado durante todo o seu desenvolvimento, possui extremas controvérsias. A doutrina é diversificada ao tratar sobre a concorrência do cônjuge sobrevivente, quando casado sob o regime da comunhão parcial de bens.

Diante da análise realizada nesse capítulo, foi possível compreender no que consiste o questionamento da presente pesquisa, pois como determinado no desenvolver o feito, existem posicionamentos divergentes acerca da hermenêutica do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil.

5. Conclusão

O tema da presente pesquisa abrange o ramo do Direito de Família e Sucessões, especificamente quanto a interpretação do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. Para uma melhor compreensão e aproveitamento, utilizaram-se a doutrina, jurisprudência e legislação vigente.

⁷² SILVEIRA NETTO, E. A concorrência do parceiro na sucessão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 80.

Cumprido ressaltar que foram abordados os aspectos fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa, tendo em vista o estudo jurídico teórico (doutrina e legislação) e prático (jurisprudência atual). Em suma, a redação dada pelo legislador, ao artigo supracitado, gerou confusão para muitos, motivo pelo qual esse tema se mostrou imprescindível.

No primeiro capítulo, deu-se ênfase à concepção do Direito de Família e Sucessões, abordando os seus conceitos juntamente com os artigos de lei. Ainda, fora disposto sobre a importância da sua evolução histórica, reiterando os valores e princípios carregados pela sociedade.

Entendeu-se que o Direito de Família aprecia os princípios de direito e normas que regulam a sociedade conjugal, do início do matrimônio até o seu término. Por sua vez, o Direito das Sucessões trata do patrimônio do falecido, isso é, da transmissão de bens, direitos e obrigações.

Aproveitando a oportunidade, observou-se também a longa história desse ramo, cujo reflexo está na transformação da sociedade desde os primórdios da civilização. Fora possível vislumbrar o grande passo dado pelo Direito Civil, deixando no passado o *pater familias*, aceitando a mulher perante a sociedade e atribuindo a ela os seus direitos.

A família não se manteve inerte com a expressiva revolução de princípios e valores. No passado as pessoas da família, exceto o chefe, eram tratadas com desigualdade e discriminação. Nos dias atuais a família é igualitária, funda-se na democracia e no respeito daqueles que convivem.

O segundo capítulo versou especificamente sobre a alteração da figura do cônjuge do Código Civil de 1916 para o de 2002. Introduziu-se a diferença de ambos os Códigos, tendo em vista que no de 1916 o cônjuge era considerado herdeiro legítimo facultativo e ocupante do terceiro lugar na sucessão. Entretanto, no Código Civil de 2002 o cônjuge passou a ser herdeiro necessário concorrendo na ordem de vocação hereditária com os descendentes.

Após analisar os pontos cruciais para o desenvolvimento do tema, o terceiro capítulo teve como finalidade destacar as correntes que divergem quanto a hermenêutica do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. O legislador, a doutrina e a jurisprudência apresentam entendimentos totalmente opostos para aplicar tal dispositivo.

Em síntese, a primeira corrente versa sobre o Enunciado 270 da Jornada de Direito Civil, contempla que o cônjuge sobrevivente

A segunda corrente se baseia na explicação da doutrinadora Maria Helena Diniz, a qual defende que o cônjuge passa a ser herdeiro de todo o acervo hereditário, não apenas dos bens particulares.

A terceira corrente é explanada por Maria Berenice Dias, através da qual a sucessão do cônjuge casado pela comunhão parcial fica excluída na hipótese de o falecido ter deixado bens particulares.

A quarta corrente considera o Recurso Especial de nº 1368123, julgado pelo STJ, o qual reconheceu o direito do autor à meação e à participação como herdeiro necessário dos bens particulares.

O caso analisado é atual (do ano de 2015) e reflete a veracidade do alegado nessa pesquisa, comprovando que existem situações corriqueiras que acontecem na vida de uma pessoa e que acabam por envolver outras. Fica entendido que por mais que haja confusão na legislação, doutrina e jurisprudência, deve-se sempre observar os princípios do direito, tal como o da dignidade da pessoa humana.

A presente pesquisa teve como seu objetivo discutir um tema que gerou controvérsias, sendo um dos posicionamentos firmado através de entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Acredita-se ser necessário que os doutrinadores assumam a responsabilidade de mostrar a real interpretação do texto legal, despertando a consciência da necessidade de se compreender a lei.

A jurisprudência está cumprindo o seu fim, interpretando os casos a partir do trabalho dos juristas. Contudo, seria interessante a possibilidade da edição de súmula determinando a correta leitura do inciso I do artigo 1.829 do Código Civil. Assim, não restariam dúvidas.

A legislação vigente demonstra alguns avanços, como por exemplo, a evolução da figura do cônjuge sobrevivente na ordem de vocação hereditária do Código Civil de 1916 para o de 2002. Entretanto, ainda há temas que precisam ser esclarecidos para evitar a interpretação errônea da norma legal.

Com a pacificação desse assunto haverá segurança jurídica para todos os casos em que os cônjuges sejam casados pelo regime da comunhão parcial de bens. Além disso, ajudará a pessoa que passa por situação análoga a essa e que se encontra revestida de dúvidas.

Realizou-se a presente pesquisa de forma proveitosa, dando a oportunidade de estudar e analisar questões de relevância no direito (legislação, doutrina e jurisprudência). Para finalizar, reitera-se que devem ser sempre observados os princípios e valores da pessoa humana, não deixando que o cidadão sofra prejuízos.

6. Bibliografia

BRASIL. Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 20 março 2016.

_____. _____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 20 março 2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Se%C3%A7%C3%A3o-uniformiza-entendimento-sobre-sucess%C3%A3o-em-regime-de-comunh%C3%A3o-parcial-de-bens> Acesso em: 20 março 2016.

_____. _____. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201368123>> Acesso em: 20 março 2016.

AGUIAR JUNIOR, R. **Jornada de Direito Civil**. 1. ed. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 2005.

CARVALHO NETO, I. **Direito sucessório do cônjuge e do companheiro**. São Paulo: Método, 2007. p. 123-125

COELHO, F. **Curso de direito civil: família e sucessões**, volume 5. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, M. **Ponto final**.

Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/2_-_ponto_final.pdf> Acesso em: 20 março 2016.

DIAS, M. **O inc. I do art. 1.829 do CC: algumas interrogações**.

Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/5_-_o_inc_i_do_art._1.829_do_cc_algumas_interroga%E7%F5es.pdf> Acesso em: 20 março 2016.

DINIZ, M.H.; **Curso de direito civil brasileiro, volume 6**: direito das sucessões. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, P.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**: direito das sucessões, v. 7. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, C.R. **Direito civil brasileiro, volume 7**: direito das sucessões. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, P. **Direito civil**: sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVARES, A. L. A sucessão do cônjuge e do companheiro na perspectiva do direito civil-constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, C.M. **Instituições de direito civil, v. 5**: direito de família. 23. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

SILVEIRA NETTO, E. **A concorrência do parceiro na sucessão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TARTUCE, F. **Direito civil, v. 6**: direito das sucessões. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, S. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito civil**: direito das sucessões. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO

Convidamos os estudiosos do Direito de Família e das Sucessões e das disciplinas correlatas para participarem da RDFAS, com artigos inéditos em português, inglês, francês, alemão, espanhol e italiano.

Os temas são de livre escolha, desde que respeitado o âmbito da RDFAS, voltado ao Direito de Família e das Sucessões e às disciplinas correlatas, jurídicas e não jurídicas.

As regras de formatação são as seguintes:

- (a) Tamanho do papel: A4;
- (b) Tamanho do texto: mínimo de 15 e máximo de 25 páginas, sendo que cada lauda deve ter 2.100 caracteres – sem espaços, incluindo notas de rodapé e bibliografia;
- (c) Margens: superior e inferior de 2,0 cm, esquerda e direita de 3,0 cm;
- (d) Alinhamento: justificado;
- (e) Fonte: Times New Roman, normal, tamanho 12 - título, corpo de texto, citações e sumário; tamanho 10 - notas de rodapé (não utilizar notas de fim);
- (f) Espaçamento entre linhas: 1,5;
- (g) Destaques em itálico (não utilizar negrito e sublinhado);
- (h) Citações: entre aspas e sem recuo;
- (i) As citações ou referências bibliográficas deverão seguir a NBR 6023/2002 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). Se possível, citações de doutrina estrangeira.
- (j) Título do artigo em português e em inglês;
- (k) Sumário.

Em folha de rosto:

- (a) Nome, titulação, profissão, endereço, telefone e endereço eletrônico do(s) autor(es) do trabalho, assim como a afiliação universitária, ou seja, a instituição de ensino superior a que o articulista está afiliado;
- (b) Lista de 5 palavras-chave em português e suas correspondentes em inglês;
- (c) Resumo do artigo em português e em inglês de, no máximo, 750 caracteres – sem espaços.

Todos os artigos são submetidos ao processo *Blind Peer Review*, ou seja, à dupla revisão cega, realizada pelo corpo de pareceristas da RDFAS. Após a aprovação dos artigos para publicação, os respectivos termos de cessão de direitos autorais serão encaminhados aos autores.

Os artigos inéditos devem ser encaminhados pelo *e-mail* rdfas@adfas.org.br