



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ISBN 978-85-99559-13-0

Série Aperfeiçoamento
de Magistrados 12

Família do Século XXI

Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

CURSO FAMÍLIA DO SÉCULO XXI -
ASPECTOS JURÍDICOS E PSICANALÍTICOS

03, 10, 17, e 31 DE AGOSTO DE 2012



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 12

Família do Século XXI

Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

**CURSO FAMÍLIA DO SÉCULO XXI - ASPECTOS JURÍDICOS
E PSICANALÍTICOS - RIO DE JANEIRO, 03, 10, 17 E 31 DE AGOSTO DE 2012**

**Rio de Janeiro
EMERJ
2013**

© 2013 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Trabalhos de magistrados participantes do Curso de Família do Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos, realizado em 03, 10, 17 e 31 de agosto de 2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuá Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Raquel Rocha;
Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

CURSO FAMÍLIA DO SÉCULO XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos, 2012,
Rio de Janeiro.

Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

154 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 12)

ISBN 978-85-99559-13-0

1. Direito de família. 2. Família. I. EMERJ. II. Série. III. Título.

CDD 342.16

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manoel, 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da **EMERJ**

◆ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



EMERJ

Sumário

Apresentação	7
Quando menos interferência é mais justiça...	
<i>Andréa Maciel Pachá</i>	9
Alienação Parental	
<i>Andréia Magalhães Araújo</i>	28
União Estável – Sua Evolução na Jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro	
<i>Carlos Alberto Machado</i>	34
A judicialização dos conflitos afetivos	
<i>Fernando Antonio de Souza e Silva</i>	55
Breves reflexões sobre o instituto da guarda	
<i>Isabela Pessanha Chagas</i>	62
Da conversão de separação em divórcio diante da nova redação do § 6º, do art. 226, da Constituição da República Federativa do Brasil	
<i>Mafalda Lucchese</i>	83
Família do Século XXI – Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos	
<i>Marcos Borba Caruggi</i>	97
União Estável	
<i>Maria Celeste P. C. Jatahy</i>	117
Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no Direito	
<i>Mylène Glória Pinto Vassal</i>	126
O Fator Temporal na Prestação Alimentar	
<i>Regina Helena Fábregas Ferreira</i>	132
Anexo 1	141
Anexo 2	145



EMERJ

Apresentação

Em continuidade ao Programa de Aperfeiçoamento dos Magistrados, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro promoveu, em agosto de 2012, o curso “Família do Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos”, o qual contou com a coordenação das Excelentíssimas Desembargadoras Elisabete Filizzola e Kátya Monnerat.

A temática de perene evolução e grande interesse dos operadores do direito e da sociedade como um todo mereceu conteúdo programático esmerado, abordando questões contemporâneas do Direito de Família.

Os magistrados participantes, como de costume, apresentaram concisos estudos acadêmicos que refletem o conhecimento compartilhado, ao longo dos quatro dias de curso, por profissionais especializados na matéria.

Na certeza de contribuir para a disseminação destes ensinamentos, repercutindo, por meio da veiculação do teor dos referidos trabalhos, no aperfeiçoamento dos operadores do direito, desejamos a todos uma boa leitura.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ



EMERJ

Quando menos interferência é mais justiça...

Andréa Maciel Pachá¹

RESUMO

Este breve estudo tem o objetivo de discutir limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário quanto a conflitos oriundos de relações humanas no espaço familiar, no contexto de uma sociedade consumista e de subversão de valores humanistas e solidários, em benefício do individualismo e sucesso a qualquer preço. Como recorte de reflexão, analisa-se caso que se restringia a conflitos usuais e inerentes à esfera das relações familiares, mas foi trazido ao julgamento em Vara de Família. Com base na doutrina, legislação e experiência profissional da autora como magistrada na área de família, a análise do caso parte do pressuposto de que são intransferíveis as responsabilidades e compromissos derivados das relações entre pais e filhos no direito das famílias contemporâneas. Nesse contexto, sublinham-se os compromissos com o desenvolvimento e educação dos filhos, o que inclui inexoravelmente sua preparação para adaptar-se às mudanças e desafios do cotidiano, a capacidade de conviver com limites, frustrações e diferenças de toda natureza. Ao final, apresentam-se propostas que podem contribuir para que a complexidades desses problemas seja enfrentada, sem a paradoxal tendência de transferir ao poder judiciário as responsabilidades parentais.

1 Juíza Titular da 1ª. Vara de Família de Petrópolis.

INTRODUÇÃO

Observando a natureza das demandas que chegam diuturnamente às Varas de Família, pode-se constatar a repetição de um fenômeno cada vez mais frequente: o ajuizamento de processos manejados pelos pais, como forma de suprir sua incapacidade de estabelecer limites e fazer os seus filhos cumprirem regras e aceitarem restrições.

Nessas circunstâncias, parece que se transfere ao magistrado a responsabilidade intrinsecamente familiar de decidir em que escola a criança deve estudar, que ambientes deve frequentar, que tipo de música pode ouvir, a que horas deve voltar para casa e até mesmo que roupas pode vestir...

Para ilustrar, considero oportuno trazer à colação um caso concreto que me foi submetido e aproveito a oportunidade para tomar o exemplo como ponto de partida para que se reflita até onde é admissível e devida a interferência estatal nas relações privadas, principalmente aquelas que se situam no contexto familiar.

Em termos genéricos, a reflexão será orientada por questões como as seguintes: Qual é o significado do acesso à justiça em conflitos familiares? Há limites para a intervenção estatal nesses casos? Como o Judiciário deve comportar-se quando é instado a posicionar-se em relação a conflitos cuja natureza extrapola sua esfera de decisão?

Pretende-se, com a análise do caso já transitado em julgado, tecer considerações sobre o complexo quadro em que se inserem as relações familiares na contemporaneidade e buscar caminhos possíveis de atuação do Poder Judiciário no direito das Famílias, que tem experimentado as mais profundas transformações nas últimas décadas.

O CASO CONCRETO

Um pai ajuizou medida cautelar inominada para garantir que seu filho fosse matriculado em determinada instituição de ensino, diferente daquela onde a criança se encontrava. A criança vivia havia cinco anos sob a guarda compartilhada dos genitores, e, no pedido, não se manifestou qualquer pretensão à modificação da guarda ou da pensão alimentícia.

Antes mesmo da contestação, pai e mãe foram submetidos à mediação, que restou infrutífera. Ainda assim, foi designada audiência especial, à qual as partes compareceram, ficando constatado que inexistia qualquer motivo para a mudança que ensejasse repercussão jurídica, senão a vontade de cada um dos genitores de fazer prevalecer a sua orientação. Ademais, os estabelecimentos de ensino eram equivalentes em termos de projeto pedagógico e os valores das mensalidades eram praticamente os mesmos.

Entendendo que tal conflito não se enquadrava naqueles que podem/devem ser apreciados pelo Judiciário, julguei improcedente o pedido, conforme texto integral da sentença transcrito a seguir:

“O PAI ajuizou a presente medida cautelar inominada em face da MÃE, aduzindo, em síntese, que se encontra separado da ré desde 2006 e com ela possui a guarda compartilhada de um filho, atualmente com seis anos de idade; que não há consenso quanto à escolha da escola para a criança e, objetivando os interesses do infante, pretende a procedência do pedido para que o mesmo seja matriculado na Escola S e não na Escola R onde se encontra atualmente, em período integral.

Com a inicial de fls. 2/6, vieram os documentos de fls. 7/21.

Não houve apreciação da antecipação da tutela (fls.22) e as partes submeteram-se à mediação judicial, sem, contudo, alcançar êxito (fls.27).

Por insistência do autor, na urgência da apreciação da liminar, (fls.30/31), o Juiz em exercício nesta Vara designou audiência especial que se realizou conforme assentada de fls. 37.

Os autos vieram conclusos para apreciação do pedido de antecipação de tutela.

É o relatório. Examinados, decido.

Muito embora não tenha se iniciado o prazo para contestação, o presente processo está a merecer julgamento antecipado.

Por consenso, em 2006, quando da separação, autor e ré permaneceram com a guarda compartilhada do filho, decisão madura e que, sem dúvida resguarda os melhores interesses da criança. O compartilhamento da guarda, longe de se constituir em direito dos genitores, foi a forma encontrada pelo legislador para garantir aos filhos o direito de serem cuidados pelos pais, ainda que o casamento tenha terminado. Assim, garante-se à criança que o pai e a mãe, cientes de suas obrigações, continuarão, juntos, a zelar pelo desenvolvimento de sua prole, escolher, por consenso, os trilhos a serem seguidos na educação, na formação de valores e da espiritualidade, enfim, nas decisões do cotidiano.

Ocorre que o autor discorda da escolha realizada pela ré quanto à escola na qual a criança deve estudar. Não há qualquer outra discussão ou conflito subjacente, quer com relação ao valor da mensalidade (o que poderia alterar o acordo entre as partes), quer com relação à modificação da cláusula com o fim da guarda compartilhada. Do mesmo modo, inexistente discussão sobre a similaridade de ambos os estabelecimentos de ensino ou sobre algum interesse do menor que possa ser prejudicado pela opção por um ou por outro colégio.

Assim, o que se conclui é que o único motivo que trouxe as partes ao Judiciário foi a incapacidade de comunicação entre ambos, que não conseguem, sozinhos, discutir e solucionar um problema banal e cotidiano.

Nem todo conflito pode ser apreciado pelo Estado. Ao garantir o amplo acesso à justiça, quis a Constituição garantir o funcionamento adequado de um estado democrático de direito e evitar que qualquer lesão ou ofensa a direitos fosse excluída de um devido processo, de um juiz independente e imparcial, do adequado contraditório.

Esses conflitos e esses direitos, no entanto, não são de qualquer natureza e sim aqueles que podem contar com a interferência estatal para a sua solução.

Vinho tinto ou branco, café ou chá, futebol ou basquete, salada ou sopa, vestido ou calça, preto ou branco, cinema ou teatro, Flamengo ou Fluminense são alternativas com as quais um ser humano se depara de forma permanente e é próprio da condição humana decidir e solucionar.

Aliás, são as escolhas do dia-a-dia que traduzem e expõem a fragilidade e as contradições próprias da condição humana. Delegar para o Estado a opção por escolhas íntimas e individuais não se constitui numa alternativa possível.

A menos que exista algum dano a ser experimentado pela criança, ou alguma perda a ser sofrida pelas partes, não pode o Judiciário substituir os pais na definição de um ou outro colégio, ainda que os mesmos não cheguem a um consenso sobre o assunto.

Como bem afirmou Maria Berenice Dias in Manual de Direito das Famílias: “O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível(..) As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que decorrem da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados” (7ª. Edição, p. 414, RT)

A guarda compartilhada, decorrente do poder familiar, deve garantir à criança a percepção de que, tanto o pai, quanto a mãe são responsáveis solidários pelos direitos-deveres típicos desse poder. Não há possibilidade de se pretender que o Estado interfira nesta escolha que é subjetiva e deve ser enfrentada de maneira amadurecida pelas partes.

Terapias, mediações familiares, auxílio de orientadores, amigos, padres, pastores, são alguns caminhos existentes na sociedade e que podem ser eficientes na solução de um conflito desta natureza.

O Judiciário não pode, sob pena de interferir na esfera da intimidade e da privacidade, definir qual escola é melhor para uma criança que possui pai e mãe capazes, maiores e no exercício regular da guarda.

Repito que não se trata de decidir absolutamente nada que diga respeito aos direitos do menino, garantidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O filho do casal é bem cuidado e tem acesso à educação de qualidade. Ambos os colégios atendem aos seus interesses. A menos que se demonstre que o pai e a mãe não possuem capacidade e discernimento para optar pela orientação pedagógica ou sobre horário parcial ou integral da escola, não há que se cogitar a indevida ingerência estatal em matéria desta natureza.

Os pais não devem, sob pena de ver ameaçada a autoridade decorrente da parentalidade, pretender que o Estado, através do Juiz, exerça o papel que lhes incumbe por lei e pela própria formação da sociedade.

Uma vez que o conflito trazido aos autos não comporta a interferência estatal, devendo ser solucionado por outras formas de composição de litígio, que não a judicial, entendo que a pretensão do autor merece improvimento.”²

Esse embate instiga a refletir sobre o papel social e jurídico dos detentores da guarda e do poder familiar, bem como sobre os limites da interferência estatal nas relações privadas e sobre o respeito à intimidade nas relações familiares, como princípio constitucional, como se fará na continuidade do estudo.

Para contextualizar a análise, abordam-se alguns dos desafios característicos da sociedade contemporânea, os quais se refletem na instituição familiar e são indispensáveis para a compreensão do problema.

² Os nomes foram omitidos em razão do segredo de justiça. O processo tramitou perante a 1ª. Vara de Família da Comarca de Petrópolis/RJ.

EDUCAÇÃO, LIMITES E AUTORIDADE NA SOCIEDADE DO HIPERCONSUMO

A ordem econômica mundial contemporânea alterou de tal forma as relações interpessoais e coletivas que é difícil avaliar o impacto das mudanças e a densidade das transformações e desafios a enfrentar. Se, no âmbito dos estados e instituições, a mutabilidade dos conceitos e princípios tem sido constante, também na esfera dos indivíduos a repercussão é complexa, intensa e extensa.

A família, como núcleo inicial de agregação social, por óbvio, é levada a adaptar-se dialeticamente a esse processo dinâmico. De célula da sociedade a espaço de afeto e realização de direitos, a instituição familiar tem sido a mais completa tradução de que nada é permanente, exceto a mudança. Para fortalecimento desse núcleo, essencial à formação do ser humano, a família precisou reinventar-se e afirmar-se, conferindo novas funções a seus atores sociais.

Aplica-se, aqui, para a família, o princípio científico da sobrevivência estudado por Darwin: “na vida, não sobrevive o mais forte ou o mais inteligente, mas aquele com a maior capacidade de adaptação”.

Como assinalado, os núcleos familiares têm experimentado transformações permanentes e o desafio dos magistrados que atuam nessa área têm sido garantir a aplicabilidade dos princípios constitucionais, mesmo com tantas e tão significativas mudanças.

De pronto, cumpre sublinhar que não é com pesar que se registra a falência da família patriarcal. Lembrada com saudades por alguns, foi naquele ambiente que se forjavam as maiores violências e submissões. Também não se pode esquecer que, até a Constituição de 1988, os filhos nascidos fora do casamento não podiam ser reconhecidos; a família era chefiada exclusivamente pelo homem, e o diálogo, se existente, era vertical. As companheiras de uma vida inteira não tinham direito a nada e a preservação do matrimônio a qualquer preço coroa a vitória de uma hipocrisia generalizada. Conforme ressaltou Del Priori:

*“Na visão da igreja, não era por amor que os cônjuges deviam se unir, mas sim por dever; para pagar o débito conjugal, procriar e, finalmente, lutar contra a tentação do adultério. “O amor” – leia-se conjugal – “extingue todas as paixões malignas que são quem perturba o nosso descanso”, admoestava em 1783, frei Antônio de Pádua.”*³

É inegável que o ambiente contemporâneo - com divórcios em série, novos casamentos, uniões homoafetivas, monoparentalidade - alterou radicalmente o conceito dos núcleos familiares. A transformação tem sido profunda, principalmente porque contextualizada numa época marcada por abalos em todos os seus alicerces de valores e ideias.

Se aquela família morreu, vivam as novas famílias!

Atualmente, as famílias são muito mais do que instituições que congregam as pessoas que vivem no mesmo ambiente doméstico, ligadas por identidades biológicas e dependentes economicamente. Pelo menos no plano teórico, próximos pela afetividade, os atores sociais desses novos espaços reafirmam sua vocação para multiplicadores de respeito, consideração e lealdade. Como se vê, tal delineamento afasta-se de tudo que lembre os inquestionáveis comandos de outrora ou a opressão daquelas vetustas relações. Essa inferência encontra respaldo em muitos estudiosos do assunto, como LAGRASTA NETO, que ressalta:

*“Assim, da família matrimonial hierarquizada, em que o marido exercia a chefia da sociedade conjugal, chega-se na família democrática em que não existe chefia, mas sim uma lógica do afeto e da conversa em busca do melhor interesse do grupo familiar.”*⁴

3 DEL PRIORI, Mary. **História do Amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005, p. 28.

4 LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 172.

Ao mesmo tempo em que se assiste a essa avalanche de mudanças nas relações familiares, o mundo experimenta a consolidação de um movimento econômico que privilegia o lucro e o consumo desenfreado. Nesse cenário, os valores de solidariedade, ética, respeito, amizade, amor, que sustentavam a civilização ocidental, foram substituídos pelo desejo de consumo e fortalecimento dos projetos individuais, em contraponto ao coletivo, ao gregário. Assim é que a coisa pública foi perdendo a importância, e o Estado, nesse cenário econômico, só se justifica se for mínimo e se prestar a atender a um grupo que não interessa às corporações e interesses econômicos.

Richard Sennet⁵, no seu livro **A Corrosão do Caráter**, aponta para as consequências do capitalismo nas relações de trabalho e, posteriormente, na obra **Respeito**, apresenta casos nos quais se percebe, com clareza, a ruptura com a escala de valores de humanidade, incensados por uma sociedade que se pretende civilizada.

Por seu turno, Zygmunt Bauman⁶, com maestria, no seu livro **O Amor Líquido**, desenha o quadro de fragilidade que impregna as relações humanas e as dificuldades de consolidação do afeto e do amor, numa sociedade por ele designada como *líquida*.

Num cenário em que a concretização do desejo individual é a mola propulsora da sociedade, em que a própria maternidade e paternidade se transformam em objetos de consumo e de realização (sempre pessoal...), como imaginar que os pais, preocupados em não limitar, nem contrariar a

5 SENNET, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual**. Tradução Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2004.

6 “E assim é numa cultura consumista como a nossa, que favorece o produto pronto para uso imediato, o prazer passageiro, a satisfação instantânea, resultados que não exijam esforços prolongados, receitas testadas, garantias de seguro total e devolução do dinheiro. A promessa de aprender a arte de amar é a oferta (falsa, enganosa, mas que se deseja ardentemente que seja verdadeira) de construir a “experiência amorosa” à semelhança de outras mercadorias, que fascinam e seduzem exibindo todas essas características e prometem desejo sem ansiedade, esforço sem suor e resultados sem esforço. Sem humildade e coragem não há amor. Essas duas qualidades são exigidas, em escalas enormes e contínuas, quando se ingressa numa terra inexplorada e não mapeada. É a esse território que o amor conduz ao se instalar entre dois ou mais seres humanos” – BAUMAN, Zygmunt, **Amor Líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda., 2004, p. 21 e 22.

prole e, ainda, ocupados com a realização dos próprios projetos, exerçam a autoridade indispensável ao desenvolvimento e educação de um ser humano?

O compromisso com a educação, de responsabilidade familiar, encontra-se numa encruzilhada: como educar os filhos, com os limites e as restrições próprios do processo civilizatório, sem o devido exercício da autoridade? Como representar o papel de pai ou mãe, sem arcar com o ônus de se responsabilizar pelas contrariedades naturais do amadurecimento? Como esclarecer aos adolescentes que a vida não é sempre agradável, pois infelizmente, nem tudo acontece como se espera e se programa? Como ser firme, sem se revelar um déspota e sem perder a ternura?

Não existe, até onde se conhece, geração espontânea de crianças, adolescentes e adultos bem-educados... Exceto que alguém estimule, exerça e promova desde a infância, os valores éticos, morais e comportamentais não se estabelecem, pois são inatos, nem resultado natural do transcurso do tempo...

Não é redundante assinalar que não se vive em harmonia em qualquer grupo social sem aprender a transigir e respeitar as diferenças, que a busca desenfreada de consumo e o egocentrismo na busca de prazeres individuais é incompatível com a vida em sociedade... Tudo isso se aprende...

Ademais, é no cotidiano que se descobre que tristezas e contradições são inerentes à condição humana, que a vida é precária e tudo é provisório... Preparar os filhos para conviver com tudo isso é a tarefa primordial dos pais, no convívio cotidiano com a prole. Cumpre-lhes ainda ensinar os filhos a transitar e adaptar-se ao contexto em permanente mudança, observando os valores de humanidade, que devem nortear qualquer relação. A dor e o limite, assim como o prazer do crescimento resultante do desenvolvimento pessoal (que não excluem sentimentos e atitudes fraternos e solidários), fazem parte desse processo de aprendizado.⁷

⁷ A respeito do tema, sugere-se a leitura de FERRY, LUC. **Família, Amo vocês – Política e vida Privada na Era da Globalização**. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

No caso concreto trazido à análise, a dificuldade de comunicação e a competição entre pares, apontam de forma cristalina, a maneira equivocada com que os pais cuidaram de uma escolha cotidiana e banal, transformando mera divergência em conflito e queda de braço, no qual esperavam que o Estado assumisse seu lugar no ônus do processo de educação.

Esse modelo eivado de paradoxos transmite ao filho a equivocada impressão de que a solução de problemas deve ser terceirizada, de que a comunicação é dificuldade invencível e de que o exercício e as responsabilidades decorrentes do poder familiar não passam de retórica, sem qualquer efetividade.

LIMITES DA INTERVENÇÃO DO ESTADO EM CONTRA-PONTO AO DIREITO ÀS ESCOLHAS PRIVADAS

Da mesma forma que o processo de educação decorre do poder familiar e deve ser exercido pelos pais, também as escolhas decorrentes do exercício da guarda não podem ser delegadas ao Estado.

Como dispõe o artigo 1634 do Código Civil:

- Art 1634 – Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:*
- I – dirigir-lhes a criação e educação;*
 - II – tê-los em sua companhia e guarda;*
 - III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;*
 - IV – 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;*
 - V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;*
 - VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;*
 - VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios da sua idade e condição.*

Longe de se constituir uma carta de intenções, o dispositivo legal em vigor vincula os genitores a deveres e obrigações típicos do poder familiar e do exercício da guarda.

Detentores da guarda compartilhada, o pai e a mãe, no caso julgado, são igualmente responsáveis pelos rumos a serem trilhados pelo filho. “A guarda consiste na atribuição a um dos pais separados ou a ambos dos **encargos de cuidado, proteção, zelo e custódia do filho**”, conforme lição de Paulo Lobo⁸.

Por sua vez, Maria Berenice reforça nosso entendimento sobre a responsabilidade decorrente do poder familiar, precipuamente quando afirma que:

“O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável, imprescritível e decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da sócio-afetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados. Nula é a renúncia ao poder familiar, sendo possível somente delegar a terceiros o seu exercício, preferencialmente a um membro da família. É crime entregar filho a pessoa inidônea (CP 245)”.⁹

E prossegue a eminente pensadora:

“Descabida a tentativa dos genitores de simplesmente “entregar os filhos para a justiça” quando não têm condições de lhes prover o sustento ou não conseguem, por exemplo, levá-los a abandonar o uso de drogas. Não se pode olvidar a responsabilidade do Estado para com o cidadão e, em especial, para com crianças, adolescentes e jovens. Portanto, deixando o Poder Público de obedecer

8 LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.169.

9 DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 414.

*ao comando constitucional de promover programas de assistência integral de prevenção e de atendimento especializados aos dependentes de entorpecentes e drogas afins (CF 227 §3º, VII), é possível o uso da via judicial para compelir o adimplemento de tais deveres. Essas demandas, que inclusive podem ser intentadas pelo Ministério Público, vem proliferando”.*¹⁰

Na mesma linha de entendimento, manifesta-se o magistério de Luiz Edson Fachin:

*“Os deveres explicitados no art. 1643, que compõem o conteúdo do poder familiar são irrenunciáveis e indelegáveis; aliás, bem se decidiu na consideração de ser o pátrio poder, “por ser um conjunto de obrigações, a cargo dos pais, no tocante às pessoas e bens dos filhos menores é irrenunciável e indelegável. Em outras palavras, por se tratar de ônus, não pode ser objeto de renúncia” (STJ – Resp. 158.920 – SP – 4ª. T – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – DJU 24.05.1999)”.*¹¹

Seguindo essa orientação, a possibilidade de o Estado substituir os pais na escolha de uma escola para o filho apenas seria possível com a suspensão ou extinção do poder familiar.

Com a evolução social e legislativa e com a constitucionalização do direito das famílias, há esferas privadas do convívio familiar, as quais não podem, em absoluto, ser invadidas pelo Poder Público, sob pena de violar-se o princípio à intimidade consagrado no art 5º. da Constituição Federal. Paulo Lobo aponta com precisão o papel do Estado nesses conflitos:

“A Constituição de 1988 proclama que a família é a base da sociedade. Aí reside a principal limitação ao Estado. A família não pode ser impunemente violada pelo Estado, porque seria atingida

¹⁰ Ibidem. p. 414/415.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil, v. XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco.** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 246.

a base da sociedade a que serve o próprio Estado.

Há situações, entretanto, que são subtraídas da decisão exclusiva da família, quando entra em jogo o interesse social ou público. Nesses casos, o aumento das funções do Estado é imprescindível. Como exemplos, têm-se:

a) É social a obra de higiene, de profilaxia, de educação, de preparação profissional, militar e cívica;

b) É de interesse social que as crianças sejam alfabetizadas e tenham educação básica, obrigatoriamente;

c) É de interesse público a política populacional do Estado, cabendo a este estimular a prole mais ou menos numerosa. O planejamento familiar é livre, pela Constituição, mas o Estado não está impedido de realizar um planejamento global;

d) É de interesse social que se vede aos pais a fixação do sexo dos filhos, mediante manipulação genética;

e) É de interesse social que se assegure a ajuda recíproca entre pais e filhos e idosos e que o abandono familiar seja punido;

f) É de interesse público que seja eliminada a repressão e a violência dentro da família.”¹²

“O Estado social superou o pressuposto do Estado liberal da separação Estado/indivíduo, porque são da sua natureza as interferências recíprocas entre o público e o privado. O que antes era reserva exclusiva da autonomia dos indivíduos transmutou-se em objeto de intervenção legislativa, judicial e administrativa do Estado, máxime a partir da constitucionalização dos antigos direitos privados. Passou a ser comum que diversos institutos do direito civil fossem objeto de intervenção estatal mais ou menos intensa, o que não lhes retirou a natureza do direito privado. Portanto, há equívoco em se falar de publicização do direito privado em virtude da intensidade da intervenção estatal nas relações privadas.”¹³

12 LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.5.

13 Idibem p. 25.

*“Portanto, o direito de família é genuinamente privado, pois os sujeitos de suas relações são entes privados, apesar da predominância das normas cogentes ou de ordem pública. Não há qualquer relação de direito público entre marido e mulher, entre companheiros, entre pais e filhos, dos filhos entre si e dos parentes entre si. Não lhe retira essa natureza o fato de ser o ramo do direito civil em que é menor a autonomia privada e em que é marcante a intervenção legislativa”.*¹⁴

Sob esse aspecto, apenas se justificaria a intervenção estatal se as escolhas dos pais confrontassem as garantias da criança ao acesso à educação e ao cuidado, o que não se observou.

*“A família identifica-se pela comunhão de vida, de amor e de afeto no plano da igualdade, da liberdade, da solidariedade e da responsabilidade recíproca. No momento em que o formato hierárquico da família cedeu à sua democratização, em que as relações são muito mais de igualdade e de respeito mútuo, e o traço fundamental é a lealdade, não mais existem razões morais, religiosas, políticas, físicas ou naturais que justifiquem a excessiva e indevida ingerência do Estado na vida das pessoas”.*¹⁵

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA ORIENTAÇÃO SOBRE MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Mesmo com a afirmação de que existe uma esfera de conflitos que não podem ser submetidos ao Estado, em se tratando de conflitos que dizem respeito exclusivamente à privacidade e à intimidade, compreende-se,

¹⁴ Idibem p. 25.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ª. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

no contexto social já descrito anteriormente¹⁶, que alguns pais, inseguros do seu papel, pretendam delegar ao julgador escolhas cotidianas, numa declarada manifestação de limitação do exercício da sua autoridade.

Trata-se de um verdadeiro paradoxo, pois a mesma sociedade que brada por menos Estado, espera que o Estado interfira justamente naquelas relações que deveriam ser exclusivamente privadas.

A tentativa de transferência dessas responsabilidades, primeiro para a escola, depois para os terapeutas, e agora para os juízes não parece o melhor caminho para enfrentar o problema... A nova geração, seguramente mais informada, mais tolerante e menos preconceituosa, merece ser cultivada por valores mais consistentes. O exercício da autoridade não deve ser visto como ameaça aos avanços até aqui alcançados, no terreno das liberdades e na horizontalidade nas relações.

Para ser eficiente, também a comunicação entre pais e filhos precisa ser clara e extrapola a mera troca de palavras. Mais do que ensinados e verbalizados, os valores éticos devem ser transmitidos pelo exemplo...

Com base nessas premissas, não se pode acolher a pretensão de pais no sentido de delegar ao poder público a decisão sobre aspectos que digam respeito ao destino de seu filho.

Se o acesso irrestrito à justiça criou a falsa percepção de que todos os conflitos humanos podem ser solucionados pelo Judiciário e se o novo marco regulatório que define essa nova família solidária, afetiva e central para o próprio desenvolvimento do Estado encontra-se positivado na Constituição Federal em seu artigo 226, nada mais adequado do que preparar os juízes para lidar com essa realidade que emerge, formando-o adequadamente para funcionar como orientador na busca por formas alternativas de composição dos conflitos.

A falta de formação adequada pode levar alguns juízes à convicção e à crença de que não só podem, como devem interferir na vida íntima dos jurisdicionados, comportando-se como verdadeiros salvadores morais

16 “hoje em dia você tem uma exposição sistemática da intimidade do olhar de todos, e isso passa a ser objeto de atenção, de atração e de debate, mas sem se constituir em bem comum.”. COSTA, Jurandir Freire. **Razões Públicas, emoções privadas**. Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 122.

e adotando a perigosa postura de se transformar em medida moral para os comportamentos sociais e familiares.

A mediação, notadamente se indicada por um magistrado, pode revelar-se prática eficiente no encaminhamento dessas demandas. A cultura brasileira da litigiosidade e da necessidade da presença do juiz para solucionar demandas, premissa aliás, equivocada, acaba por qualificar o magistrado como avalista para uma prática verdadeiramente importante e eficaz como é a mediação e a busca pela solução autocompositiva de conflitos.

A justiça, assim como o afeto, são construções da civilização e, nesse sentido, o Judiciário, por meio de uma formação humana de seus magistrados pode interferir esclarecendo aos cidadãos que buscam a efetividade de seus direitos pelos processos, que a infelicidade não é crime e a euforia perpétua não é direito ou obrigação.¹⁷

No caso concreto apresentado, a opção escolhida foi pela negação da interferência indevida e pelo fortalecimento da autoridade dos pais, como únicos responsáveis pelas escolhas dos rumos escolares decorrentes da guarda.

CONCLUSÃO

O caso concreto em exame traduz uma realidade que tem se refletido em diversos processos da mesma natureza e que levam a conclusões que devem ser compreendidas no cenário socioeconômico e cultural contemporâneo.

A vida em sociedade implica restrições à liberdade, e o processo de educação contém subjacente a natureza de limitador de desejos individuais, em prol da construção de valores compatíveis com a vida em grupo.

Em contrapartida, o neoliberalismo hegemônico e a sociedade de

17 “Os saberes e as ciências mais elaboradas devem confessar sua impotência em garantir a felicidade dos povos ou dos indivíduos. Esta, cada vez que nos toca, produz o efeito de uma graça, de um favor, não de um cálculo, de uma conduta específica. E talvez conheçamos a tal ponto as belezas do mundo, como o acaso, os prazeres e a sorte, que abandonemos o sonho de alcançar a beatitude com b maiúsculo”. BRUCKNER, Pascal. **A euforia perpétua: ensaios sobre o dever de felicidade**. Tradução Rejane Janowitz- 3ª. Ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010. p. 18.

hiperconsumo trazem subjacentes um discurso e prática sociais egoístas, sob o pressuposto de que todos os desejos devem ser realizados e não há limites para o consumismo. Nesse contexto, a felicidade deixa de ser um projeto de vida no sentido mais abrangente e transforma-se numa obrigação a ser perseguida, em termos de metas que se restringem ao plano material.

Esse esquema de valores alcança igualmente a instituição familiar, o que interfere nas atitudes dos pais, quando não estão preparados para aceitar as limitações próprias da condição humana e menos ainda para dar exemplos aos filhos de adaptação às mudanças, desafios e respeito ao diferente, mesmo que seja apenas no modo de pensar...

Porém, como nada é linear, nem pode ser analisado na base do maniqueísmo, esse é também o cenário em que as famílias evoluíram e se constituem cada vez mais como espaço de afeto, solidariedade e tolerância. Paralelamente, gerações que cresceram sob o império do autoritarismo, sentem-se perplexas quando devem exercer a autoridade decorrente do poder familiar.

Diante das dificuldades para estabelecer limites e impor regras, pais têm procurado o Judiciário para exercer poder intransferível, porque inerente ao âmbito familiar, e o Judiciário não pode, sob pena de violar o princípio constitucional do respeito à privacidade, interferir em conflitos que decorrem dessas angústias.

Se a ampliação do acesso à justiça viabiliza o ingresso de tais demandas e se o Judiciário se fortalece como instância legítima a interferir nos conflitos familiares, nada melhor do que a indicação e o esclarecimento quanto às possibilidades de solução de conflitos em esferas adequadas, como a mediação e outras formas alternativas de composição de conflitos.

A tentativa de solucionar demandas que extrapolam àquelas em que constitucionalmente se admite a interferência do poder público na esfera privada, gera indesejáveis distorções e incorre no risco de transformar a magistratura em um modelo de messianismo e salvacionismo, ambos incompatíveis com um estado democrático e republicano. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**. Sobre a fragilidade dos laços humanos. Copyright da Edição Brasileira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2004.

BRUCKNER, Pascal. **A euforia perpétua: ensaios sobre o dever de felicidade**. Tradução Rejane Janowitzter – 3ª.ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

COSTA, Jurandir Freire. **Razões Públicas, emoções privadas**: Rio de Janeiro. Rocco, 1999.

DEL PRIORI, Mary. **História do Amor no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 7ª. ed. rev, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Comentários ao novo Código Civil**, v. XVIII: do direito de família, do direito pessoal, das relações de parentesco. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRY, Luc. **Família, amo vocês: política e vida privada na época da globalização**. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Direito de Família: novas tendências e julgamentos emblemáticos**. São Paulo: Atlas, 2011.

LÔBO, Paulo. Direito Civil. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SENNET, Richard. **Respeito: a formação do caráter em um mundo desigual**. Tradução Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2004.

Alienação Parental

Andréia Magalhães Araújo¹

A Lei 12.318, com efeitos gerados a partir da data de sua publicação – 26/agosto/2.010 – dispõe sobre Alienação Parental. Previa, ainda, a alteração do art. 236 da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ato normativo contém 11 artigos. O legislador definiu o “ato de alienação parental”, inclusive arrolando condutas exemplificativas. Dispôs, ainda, sobre o procedimento judicial, no caso de constatação de conduta dessa natureza.

Desses 11 artigos, dois foram vetados, o artigo 9º e o artigo 10. Estas são as redações originais:

*“**Art. 9º** As partes, por iniciativa própria ou sugestão do juiz, do Ministério Público ou do Conselho Tutelar, poderão utilizar-se do procedimento da mediação para a solução do litígio, antes ou no curso do processo judicial.*

§ 1º O acordo que estabelecer a mediação indicará o prazo de eventual suspensão do processo e o correspondente regime provisório para regular as questões controvertidas, o qual não vinculará eventual decisão judicial superveniente.

§ 2º O mediador será livremente escolhido pelas partes, mas o juízo competente, o Ministério Público e o Conselho Tutelar formarão cadastros de mediadores habilitados a examinar questões relacionadas à alienação parental.

¹ Juíza de Direito da 3ª Vara de Família do Fórum Regional do Méier.

§ 3º O termo que ajustar o procedimento de mediação ou o que dele resultar deverá ser submetido ao exame do Ministério Público e à homologação judicial.”

“**Art. 10.** O art. 236 da Seção II do Capítulo I do Título VII da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo único:

Art. 236.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem apresenta relato falso ao agente indicado no caput ou à autoridade policial cujo teor possa ensejar restrição à convivência de criança ou adolescente com genitor.’ (NR)”.

As razões do veto declaradas na Mensagem nº 513, de 26/08/10, no que tange ao artigo 9º, fundamentam-se na indisponibilidade do direito da criança e do adolescente à convivência familiar, o que excluiria a sua apreciação por mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos, ressaltando-se o princípio da intervenção mínima, segundo o qual eventual medida para a proteção da criança e do adolescente deve ser exercida exclusivamente pelas autoridades e instituições cuja ação seja indispensável.

Esse veto, contudo, merece algumas críticas. Não se discute que o direito do incapaz à convivência familiar seja indisponível. Certamente, conflito dessa natureza comporta intervenção estatal, mostrando-se pertinente a exclusão da possibilidade de procedimento de mediação extrajudicial. Contudo, não se pode entender que qualquer iniciativa privada de solução dos conflitos, no curso de um processo, mormente aqueles nascidos no seio familiar, seja atentatória a esse direito. Muitas vezes, os conflitos familiares são objeto de discussão, inicialmente, em outros meios sociais. Isso ocorre, por exemplo, quando um núcleo familiar mais restrito leva questão privada para discussão em seu núcleo familiar mais amplo,

ou a submete a um terapeuta, ou a um pastor, por exemplo. Assim, nada há que desabone a tentativa inicial, suspendendo-se o curso do processo, de utilização da mediação, mormente quando se constata que a suposta alienação parental ainda se apresenta em estágio embrionário. Dar-se-á aos genitores a possibilidade de amadurecerem o luto da separação conjugal, sem que haja tentativa de vingança por meio de desmoralização do ex-parceiro perante a prole comum. Ademais, a transição dos genitores feita na presença de um mediador será submetida à fiscalização do Ministério Público e à chancela do Judiciário.

Por outro lado, andou bem a Presidência da República ao vetar a alteração que seria feita ao art. 236 do ECA. Entendeu aquele órgão que *“O Estatuto da Criança e do Adolescente já contempla mecanismos de punição suficientes para inibir os efeitos da alienação parental, como a inversão da guarda, multa e até mesmo a suspensão da autoridade parental. Assim, não se mostra necessária a inclusão de sanção de natureza penal, cujos efeitos poderão ser prejudiciais à criança ou ao adolescente, detentores dos direitos que se pretende assegurar com o projeto”*.

Verifica-se que a própria Lei 12.318/10, em seu art. 6º, elenca os instrumentos processuais que devem ser utilizados pelo Juiz para inibir ou atenuar os efeitos da alienação parental, começando-se com simples advertência ao alienador e culminando com a suspensão da autoridade parental. Tais instrumentos, obviamente, geram maior impacto na vida do genitor-alienador em relação ao controle que exerce (ou tenta exercer) em relação ao genitor-alienado e ao seu filho, dando maior efetividade ao provimento jurisdicional e ao bem da vida que se está tutelando, do que à pena restritiva de direitos que lhe seria aplicada em sede penal, considerando-se que se trata de crime de menor potencial ofensivo. Ademais, a imposição da norma contida no art. 6º da Lei 12.318/90 não exclui a verificação da responsabilidade civil ou criminal do alienador.

No mais, quanto aos artigos que não foram vetados, plenos em sua eficácia e validade, há de se chamar a atenção do julgador no que tange à possibilidade de aplicação de multa ao alienador, nos termos do art. 6º, III. Inicialmente, surgem as primeiras indagações, diante da lacuna do

legislador. Qual o beneficiário do numerário a ser pago a título de multa? Haveria limites no valor? Há correspondência dessa norma com aquela contida no art. 249 do ECA?

Bem. Em princípio, parece que a multa prevista no art. 6º, III, da Lei da Alienação Parental nada tem a ver com aquela do art. 249 do ECA. Esta vem inserta no capítulo que trata das Infrações Administrativas da Lei 8.069/90, de modo que sua natureza se aproxima à das multas previstas nos artigos 14, P.U., e 601 do CPC, servindo para penalizar conduta atentatória ao exercício da jurisdição.

A multa prevista no art. 6º, III, da LAP aproxima-se em natureza daquela do art. 461, § 4º, do CPC. Sabe-se que o objetivo das astreintes não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica, no caso, deixar de praticar o ato de alienação. Trata-se de multa inibitória, vale dizer, o genitor-alienador deve sentir ser preferível cumprir a obrigação negativa na forma específica a pagar a multa.

Ocorre que a aplicação dessa multa em seio familiar pode gerar maior animosidade entre os atores da demanda. As figuras do vencedor e do vencido em processo judicial, não só na questão da disputa da guarda e do regime de convivência a ser aplicado ao caso concreto, transcende à questão pecuniária. Para o genitor-alienador talvez não funcione a inteligência cartesiana, mas apenas a inteligência emocional. Obviamente, trata-se de pessoa totalmente despida de bom-senso e, por isso, a tutela inibitória talvez não funcione no caso concreto.

Além disso, esse avanço no patrimônio do genitor-alienador poderá acabar repercutindo nos alimentos que deve prestar àquele filho, objeto da disputa entre os genitores.

Quanto ao beneficiário do valor da multa, há de se entender que é o genitor-alienado, ocupante do polo contrário em disputa dessa natureza (ações de guarda ou regulamentação de regime de convivência). A criança/adolescente não é parte nesse tipo de processo, de modo que não se vislumbra a possibilidade dessa multa se reverter em seu favor, nem sua legitimidade para executá-la.

Por fim, verifica-se que a prática de alienação parental quase sempre vem acompanhada de uma denúncia grave contra o genitor-alienado. Muitos dos processos em que um dos genitores se opõe ao exercício da visitação do outro genitor, ou se tenta restringir/suprimir cláusula de visitação homologada em processo anterior, vem acompanhado de denúncia de prática de abuso sexual.

Essas denúncias, face à gravidade do ato imputado, fazem com que, em regra, o Ministério Público opine pela restrição/supressão da visitação pelo suposto abusador, opinião essa adotada pelo Magistrado, utilizando-se o poder geral de cautela. Entende-se que a restrição da convivência, in limine, é menos gravosa que a possibilidade de exposição da criança/adolescente à prática de conduta tão nefasta.

No curso da instrução é que as autoridades perceberão que do outro lado se encontra alguém que também está praticando outro tipo de abuso, de natureza moral.

Ocorre que, mesmo após a realização de estudos técnicos, como o resultado de perícia realizada no Instituto Médico Legal, além das conclusões do assistente social e do psicólogo, não há definição quanto à exclusão da prática do abuso sexual.

Promotor e Juiz se deparam com o seguinte quadro: de um lado, um suposto abusador sexual; de outro, o que pratica a alienação parental. Se houver abuso dos dois lados, a criança sofre. Contudo, ainda que a imputação do ato criminoso seja falsa, o sofrimento da criança não será menor. Afinal, já lhe foram inculcadas falsas memórias, além do repúdio à figura do genitor-alienado.

Trata-se aqui de processos em que os genitores imputam, reciprocamente, condutas graves perpetradas em prejuízo da prole, vale dizer, a prática de abuso sexual e de abuso moral, este consistente na alienação parental. Nesses casos, em que, no curso do processo, se constata a alienação parental, mas não se consegue excluir a suposta prática do abuso sexual, há de se entender que a criança/adolescente encontra-se em situação concreta de risco.

Em que pese a adiantada fase processual, impõe-se o reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo da Vara de Família em favor do Juízo da Vara da Infância e do Idoso, aplicando-se as medidas de proteção às

crianças, que se encontram em situação concreta de risco e vêm sofrendo, reiteradamente, abusos de ordem física e/ou moral por parte dos genitores que, em tese, poderão até ser destituídos do poder familiar, nos termos da norma contida nos artigos 98, II, 129 e 148, P.U., “b”, da Lei 8.069/90.

Além dos diplomas legais apontados, a competência da Vara da Infância, da Juventude e do Idoso exurge do CODJERJ, especialmente dos artigos 85, §2º e 92, XI, impondo-se o declínio da competência deste Juízo de Família em favor daquela Vara. A título de ilustração, traz-se o entendimento do Tribunal deste Estado:

Direito processual civil. Guarda de menor. Competência. A competência do Juízo da Infância não é fixada pelo mero fato de a criança não estar com pessoas com quem guarde laços de parentesco, exigindo ainda elementos que indiquem a existência de situação concreta de risco. Inexistindo tais elementos, a competência é do Juízo de Família. Recurso a que se nega provimento (TJRJ. 20ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento 0014502-22.2012.8.19.0000. Relator Des. Alexandre Câmara. Julgado em 05/06/12).

Conflito negativo de competência. Ação de guarda. Na hipótese dos autos devem ser aplicados os artigos 148, parágrafo único, alínea “a”, c/c 98, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente. In casu, ante a existência de menores em situação de risco, ainda que potencial, a competência para a demanda é da vara da infância e não da vara de família. Conflito julgado improcedente (TJRJ. 6ª Câmara Cível. Conflito de Competência 0045722-72.2011.8.19.0000. Relator Des. Benedicto Abicair. Julgado em 05/12/11). ♦

União Estável – Sua Evolução na Jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Carlos Alberto Machado ¹

INTRODUÇÃO

O ser humano é gregário.

Desde priscas eras, buscavam os seres humanos primitivos formar grupos, seja para a autodefesa, seja para suplantar os ambientes inóspitos.

O agrupamento humano daqueles tempos imemoriais deu lugar, por força da evolução da humanidade, a grupos sociais formados segundo laços de parentesco, de amizade, de autopreservação, de interesses patrimoniais, de religião, de conhecimentos científicos e tantos outros.

E dentre estes agrupamentos sociais, a família é o mais preponderante grupo social e organizado.

Desde então, suscita a família a preocupação do Estado que regula os direitos e deveres de seus membros.

Ao longo dos séculos, segundo os moldes ocidentais e por força das religiões, mormente o Cristianismo, a família era fruto do casamento como ato solene.

A união livre e afetiva entre um homem e uma mulher, ou seja, sem observar a solenidade do ato de união, conforme a lei, sempre foi relegada à posição secundária, embora fosse do conhecimento público.

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara de Família do Fórum Regional da Leopoldina.

No Brasil, de início, o casamento religioso era o único a permitir a constituição da família legítima.

Com o advento da República e a segregação entre o Estado e a Igreja, somente o casamento civil era válido e apto a constituir a família legítima.

Posteriormente, o matrimônio civil veio a coexistir com o matrimônio religioso, desde que este observasse as exigências das leis do Estado laico.

Permanecia a união livre entre um homem e uma mulher à margem da lei, não gerando direitos e obrigações entre os parceiros.

No albor do século XX, os Tribunais do país não se furtaram a enfrentar as consequências jurídicas advindas das uniões livres.

O Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula nº 35, reconheceu direito à concubina de ser indenizada pela morte do amásio em caso de acidente de trabalho ou de transporte.

Insta ressaltar que a referida súmula veio a lume em virtude dos acidentes ocorridos durante o transporte ferroviário, sendo que data do ano de 1912 o Decreto nº 2.681, que regulamenta a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Excetuando-se o reconhecimento legal dos direitos da concubina, por meio da Consolidação das Leis da Previdência Social, todos os demais direitos reconhecidos e concedidos à concubina tiveram por origem a construção da doutrina e a atuação do Judiciário, que vivenciou o confronto entre teses conservadoras e teses liberais.

Somente após a promulgação da Carta Política de 1988, os primeiros passos foram dados para o reconhecimento da união livre como entidade familiar e, a partir desse marco político, houve a profusão de leis para regulamentar os direitos dos parceiros que vivem sob união estável.

Pretende este estudo tecer singelos comentários sobre a evolução da sociedade concubinária – entidade não aceita como família – até a sua elevação à condição de grupo familiar reconhecido por disposição legal.

E, por derradeiro, porém não menos importante, faz-se menção ao ativismo judicial, ante a inércia do legislador, ao reconhecer como entidade familiar o casal homoafetivo e os direitos dos parceiros segundo a justa interpretação dada à norma constitucional do art. 226.

BREVE HISTÓRICO

A família, nos moldes civilizados, ao longo dos séculos, manteve-se organizada segundo a influência da civilização romana.

Na sociedade romana antiga, em torno de um líder, o *pater – familias*, orbitavam todos os demais membros de um mesmo tronco.

O referido grupo familiar, em Roma, após várias transformações, adotou o modelo de união solene entre pessoas de sexos opostos como fundamento nas *justae nuptiae*. E, para ser reconhecida como tal, como pontifica Carlos Alberto Bittar, deveriam observar alguns requisitos: a) capacidade dos nubentes (elemento objetivo); b) consentimento (elemento volitivo); c) afeição (elemento espiritual); d) ausência de impedimentos (elemento pessoal).²

Em realidade, tratava-se de compromisso formal (contrato) assumido perante a sociedade, advindo responsabilidades para os nubentes, tais como: relacionamento íntimo, exclusivo, duradouro e comunhão de vida entre as partes.³

Complementa Carlos Alberto Bittar que as uniões constituídas sem aquela solenidade eram consideradas uniões livres, pois que não tinham o status próprio do casamento. Se consideradas estáveis, eram conceituadas como quase-casamento e não desfrutavam dos mesmos efeitos originados do ato solene porque desprovidos dos deveres especiais dos nubentes.⁴

No mesmo sentido, comenta Adahyl Lourenço Dias haver previsão legal para a união livre (concubinato) na Roma Antiga pré e pós – Cristianismo.⁵

Se naquela época era reconhecida a união livre, com o advento do Cristianismo e a preponderância da Igreja Católica Apostólica Romana, o núcleo familiar legítimo se originava do casamento como sacramento. O

2 BITTAR, Carlos Alberto. “Novos Rumos do Direito de Família”. In: **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva. 1989. p. 02.

3 BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.* p 02.

4 Idem, p. 02.

5 DIAS, Adahyl Lourenço. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 1988 p. 23-31.

ato solene havia de ser submetido à autoridade religiosa, com consentimento formal e publicação de proclamas para produzir efeitos legais. Vedado era o divórcio e desestimuladas as uniões livres.⁶

Embora não estimulada a família de fato, aquela oriunda das uniões livres, sempre existiu e, segundo Kátia Regina da Costa S. Ciotola, esta espécie de família recebeu proteção jurídica ao longo das Idades Média e Moderna.⁷

Comunga Adahyl Lourenço Dias desse mesmo entendimento.⁸

A FAMÍLIA NO BRASIL

No Brasil, desde a colonização, vigeu por longo tempo o casamento religioso como base a constituir o grupo familiar e a gerar direitos, obrigações e proteção.

Com a proclamação da República, houve a separação entre a Igreja e o Estado.

A partir desse acontecimento político, o casamento passou a ser exclusivamente civil e regulamentado através do Decreto nº 181, de 24.01.1890. As uniões com o fim de constituir núcleo familiar se originavam do casamento civil. Família era sinônimo de casamento.

A despeito da segregação entre o Estado republicano brasileiro e a Igreja Católica, a sociedade de então repelia o divórcio, ainda por forte influência da Santa Igreja, o que deu ensejo à formação de uniões livres, ou seja, união entre pessoas impedidas de contraírem novo matrimônio, tendo em vista que o desquite não rompia o vínculo matrimonial. Dentre outras consequências, pode-se suscitar a inferioridade a que ficavam relegados os filhos adulterinos, os quais, de início, não podiam ser perfilhados.

O Código Civil de 1916, de igual modo, não previu o divórcio, pois que espelhava o pensamento reinante na sociedade de então.

6 BITTAR, Carlos Alberto. *Op.cit.* p. 02.

7 CIOTOLA, Katia Regina da Costa S. **O Concubinato e as Inovações Introduzidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96.** 1ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 1996. p. 08/09.

8 DIAS, Adahyl Lourenço. *Op. cit.* p. 29.

Clóvis Bevilacqua assim se pronunciou para justificar sua rejeição contra o divórcio e as uniões livres, conforme citado por Adahyl Lourenço Dias:

*“Mas essas uniões ilícitas não são consequências do desquite, e sim, da educação falsa dos homens. Não é com o divórcio que as combateremos e, sim, com a moral; não é o divórcio que as evita e, sim, a dignidade de cada um. E é curioso que se lembrem de evitar as uniões ilícitas com o divórcio, quando este é, principalmente, o resultado das uniões ilícitas dos adúlteros. Não é o celibato forçado um estado contrário à natureza, porque, nas famílias honestas, nele se conservam, indefinidamente, as mulheres. É contrário, apenas, à incontinência”*⁹

Embora a inexistência de legislação própria a regular as uniões livres, os desajustes entre os cônjuges, o término do amor e as desavenças havidas no interior do lar conjugal não impediram a separação do casal infeliz e a constituição de novas uniões.

O Direito não podia estar omissa às transformações sociais.

A propósito, durante o século XX não faltaram exemplos a instigar o legislador brasileiro a elaborar leis que protegessem e regulassem as uniões informais.

Cita Katia Regina da Costa S. Ciotola a jurisprudência francesa que, ao apreciar as demandas oriundas do concubinato, passou a reconhecer essa união como sociedade de fato por força da comunhão de vida dos concubinos.

E mais, no dia 16.11.1912, na França, veio a lume a primeira lei que estabeleceu o concubinato notório como fundamento para o reconhecimento da paternidade ilegítima. Em sequência, várias leis surgiram para a evolução doutrinária e jurisprudencial francesas.¹⁰

No Brasil, ante a lacuna legislativa e por força da norma inserta no art. 4º do Decreto Lei nº 4.657/1942, Lei de Introdução ao Código Civil,

⁹ DIAS, Adahyl Lourenço. *Op. cit.* p. 30.

¹⁰ CIOTOLA, Katia Regina da Costa S. *Op. cit.* p. 09.

os Tribunais pátrios foram preponderantes para o reconhecimento dos direitos dos concubinos. E possibilitaram o surgimento de leis que regem os direitos e obrigações daqueles que vivem em uniões livres, como também que permitem, por lei, o reconhecimento de filhos ilegítimos.

Em suma, nosso ordenamento passou a reconhecer como entidade familiar aqueles que vivem em uniões livres.

Hodiernamente, a atuação vanguardista da jurisprudência brasileira, em razão da inércia do legislador, reconhece como entidade familiar a união homoafetiva e estabelece equiparação dessas uniões às uniões estáveis heterossexuais.¹¹

Ato contínuo, benefícios previdenciários entre os companheiros do mesmo sexo foram admitidos. Casais homoafetivos passaram a ter direito à adoção de crianças e à formalização do casamento.

Avanços que, repiso, os operadores do Direito não poderiam olvidar e tampouco agir como se esses fatos sociais não existissem e não estivessem batendo às portas dos Tribunais clamando por justiça.

A união livre para ser reconhecida como entidade familiar teve de enfrentar, inclusive, o conservadorismo de alguns magistrados, o que ensejou uma longa trajetória.

Necessário que sejam apreendidos os conceitos e distinções entre concubinato e união estável, tendo em vista que o Código Civil de 2002 ainda os mantém.

CONCEITO DE CONCUBINATO

No princípio, antes, portanto, da normatização da união estável, a doutrina, ao analisar a união livre, fazia distinções entre concubinos e companheiros.

Adahyl Lourenço Dias resume a doutrina vigente à época anterior às Leis 8.971/94 e 9.278/96.¹²

11 FUX, Luiz. **Equiparação das Uniões Homoafetivas às Uniões Estáveis in Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos Fundamentais**. Edição Especial. Belo Horizonte. Editora Forum. 2012, p. 83-98.

12 DIAS, Adahyl Lourenço. *Op. cit.* p. 42-43.

“No campo do direito civil é mister estabelecer duas espécies de concubinato, uma no sentido lato e outra no estrito.

Afigura-se-nos o sentido lato mais para o lado da concubinação, isto é, ligação do homem casado civilmente, coabitando-se com sua legítima esposa e, concomitantemente, mantendo uma ou várias concubinas; ou do homem desimpedido, mas que a sua coabitação com a concubina não assuma, pelo espaço de tempo, a durabilidade convincente de uma ligação plena e aparente de estado de casado.

.....
A concubinação, portanto, se estende a todas as várias modalidades de ligações livres, eventuais e transitórias, desde que perdurem por algum tempo.”

E como concubinato em sentido estrito, assim o define:

“O concubinato no sentido estrito é a união duradoura, com todo o aspecto de casamento legítimo, notoriedade de afeições recíprocas, vivendo como marido e mulher, respeitando-se mutuamente e coabitando-se sob o mesmo teto. O verbo “coabitar” tem duas acepções em direito – conviver sob o mesmo teto e ter comércio sexual”.

Inferese que no concubinato em sentido estrito somente as pessoas solteiras, viúvas ou desquitadas poderiam viver esta modalidade de união livre.

As pretensões concubinárias chegavam aos Tribunais.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal, no princípio do século XX, através da Súmula nº 35, reconheceu direito à concubina de ser indenizada pela morte do amásio em caso de acidente de trabalho ou de transporte.

Insta ressaltar que a referida Súmula veio a lume em virtude dos acidentes ocorridos durante o transporte ferroviário, sendo que data do ano de 1912 o Decreto nº 2.681 que regulamenta a responsabilidade civil das estradas de ferro.

Como decidir a pretensão daquele(a) que, após anos de vida em comum, a despeito da impossibilidade de matrimoniar-se, via-se sem qualquer garantia depois de terminada a relação concubinária em seu sentido estrito?

Como já dito, o magistrado não pode se omitir de resolver o conflito social sob o argumento de inexistir norma legal que o regule, haja vista o art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil.

Houve julgamentos que apegados à literalidade da lei negavam qualquer direito à concubina por não existir possibilidade jurídica do pedido.

Não obstante, houve julgados que reconheciam efeitos jurídicos advindos das uniões livres puras.

E, para tanto, a doutrina e a jurisprudência igualmente faziam distinção entre concubina e companheira com o intuito de serem identificadas as conseqüências jurídicas.

Com efeito, a qualidade de companheira estava vinculada à formação de uma sociedade de fato, ou seja, quando a mulher houvesse contribuído com seu trabalho ou houvesse exercido atividade produtiva para o enriquecimento do patrimônio concubinário com aquisição de bens, embora estes estivessem em nome de apenas um dos companheiros.

Em contrapartida, considerava-se concubina a mulher que simplesmente prestava serviços domésticos e sua participação cingia-se a cuidar do lar.

No que concerne às demandas que envolvem as companheiras, as decisões judiciais tinham fundamento na Súmula 380 do STF, que entendia, uma vez dissolvida a união concubinária, cada parceiro tinha direito a uma parte dos bens comuns adquiridos por comunhão de esforços.

Dispõe a Súmula 380 que:

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

Na mesma linha de raciocínio, porém sob o amparo dos arts. 1.363 e 1.366 do Código Civil de 1916, decidia-se acerca da justeza da partilha dos bens comuns adquiridos por esforço de ambos os parceiros durante a união.

Quanto às demandas relacionadas às concubinas, ou seja, aquelas que prestavam tão somente serviços domésticos e, por assim dizer, não contribuía para a aquisição de bens durante a vida em comum, as decisões judiciais fundamentavam, por analogia, na formação de um contrato de prestação de serviços entre os concubinos à luz do art. 1.216 do Código Civil de 1916.

Assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal ao apreciar pretensão de ex-concubina de receber salário por serviços prestados ao ex-concubino, decorridos 18 anos de vida concubinária e por haver sido expulsa de casa pelo então companheiro. Transcreve-se a ementa do julgado colegiado da 1ª Turma, RE 79.079, em 10.11.1977, sendo Relator o Ministro Antonio Néder:

“Deve distinguir-se no concubinato a situação da mulher que contribui, com o seu esforço ou trabalho pessoal, para formar o patrimônio comum, de que o companheiro se diz único senhor, e a situação da mulher que, a despeito de não haver contribuído para formar o patrimônio do companheiro, prestou a ele serviço doméstico, ou de outra natureza, para o fim de ajudá-lo a manter-se no lar comum.

Na primeira hipótese, a mulher tem o direito de partilhar com o companheiro o patrimônio que ambos formaram; é o que promana dos artigos 1.363 e 1.366 do CC, do art. 673 do CPC de 1939, este ainda vigente no pormenor por força do art. 1.218, VII, do CPC de 1973, e do verbete 380 da Súmula desta Corte. Na segunda hipótese, a mulher tem o direito de receber do companheiro a retribuição devida pelo serviço doméstico a ele prestado, como se fosse parte num contrato civil de prestação de serviços, contrato esse que, outro não é senão o bilateral, oneroso e consensual definido nos arts. 1.216 e seguintes do C.C., isto é, como se não estivesse ligada, pelo concubinato, ao companheiro.”¹³

Entendimentos posteriores de nossos Tribunais admitiram não ser indispensável haver a contribuição financeira de ambos os companheiros para a formação do patrimônio durante a união pura livre.

Confira-se o julgado do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJ/RJ:

MEACÃO DE BENS – *Comprovado que a contribuição da companheira não se limitou aos afazeres domésticos, mas foi de efetiva participação na formação de patrimônio comum, reconhecida a sociedade de fato em ambas as instâncias, bem como que tal participação deve ser relativa ao produto dos bens adquiridos durante a união “more uxorio”, restringindo-se a divergência da turma julgadora de segundo grau de jurisdição apenas ao percentual a ser atribuído, defere-se, em grau de embargos infringentes, o percentual de 50% (cinquenta por cento), nos limites do voto vencido.*

De forma mais justa, a companheira que se atém a administrar o lar e a criar os filhos concorre para a estabilidade do lar e contribui, mesmo que indiretamente, para o progresso da vida profissional do companheiro. Daí por que legítima a partilha dos bens.¹⁴

Observe-se o julgado da 7ª CC do TJRJ:

SOCIEDADE DE FATO – *A convivência “more uxorio” por vinte e dois anos, demonstrado que a companheira se dedicou nesse longo período de tempo ao varão, dando-lhe assistência espiritual, conforto, ministrando-lhe cuidados, dada a saúde precária do companheiro, caracteriza, à evidência, a sociedade de fato. Proviemento à apelação para que se julgue procedente o pedido inicial, com relação a alguns bens adquiridos pelo varão durante a existência da sociedade de fato.*¹⁵

14 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ac. unânime do 2º Grupo de Câmaras Cíveis. EAp. 3942/86. Relator Desembargador Pecegueiro do Amaral. Registrado em 26.05.1988. O Direito de Família nos Tribunais. Tomo IV: Concubinato, dezembro/1992 in **Seleções Jurídicas** – ADV – Advocacia Dinâmica.

15 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ac. unânime Apelação 1.366/90. Relator Desembargador Penalva San-

Eram consideradas as uniões livres inseridas neste contexto como sociedades de fato.

Evitava-se, assim, o enriquecimento sem causa por parte daquele que se beneficiou do esforço do outro parceiro e obteve a aquisição de bens, os quais constavam em seu nome tão somente.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, se houve avanços no reconhecimento de efeitos jurídicos decorrentes da formação de união concubinária, seja quanto à partilha de bens, seja quanto ao pagamento de indenização, mesmo que por serviços prestados, negava-se à concubina ou companheira o direito de receber alimentos do parceiro.

Vigorava o entendimento de não ser possível a prestação alimentícia entre os concubinos/companheiros por inexistir norma legal que a autorizasse, tendo em vista que os alimentos seriam devidos única e exclusivamente com fundamento na relação de parentesco ou de matrimônio.

Nesse diapasão, o Tribunal de São Paulo refletia o entendimento então vigente:

“CONCUBINA NÃO FAZ JUS A ALIMENTOS – Os concubinos, reciprocamente, não têm direito de pedir alimentos, os quais são devidos em razão de consanguinidade – “ius sanguinis” – ou do casamento. Em suma, ausente relação de parentesco ou que advenha do casamento, é descabido falar em obrigação alimentícia. Não emerge relacionamento com a natureza jurídica decorrente da indenização por serviços domésticos prestados, que tem outro fundamento”.¹⁶

A 1ª CC do TJRJ, ao julgar a Ap. nº 5.016, no mês de agosto de 1989, sob a pena do Des. Renato Maneschy, não divergia desse entendimento então majoritário, haja vista excerto daquele julgado:

tos. Registrado em 17.04.1991. “O Direito de Família nos Tribunais”. Tomo IV: Concubinato, dezembro/1992 in **Seleções Jurídicas** - ADV – Advocacia Dinâmica.

16 **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo: v. 132/46. Ap. 133.222-1. Rel. Des. Silverio Ribeiro.

“A proteção que o Estado assegura à concubina, e que dispensava antes mesmo da atual Constituição Federal, traduzida no seu reconhecimento como beneficiária da previdência social ainda não chegou a ponto de equipará-la, em tudo e por tudo, à esposa legítima, aquela ligada ao homem pelos laços do matrimônio civil. Por isso mesmo, e sem lei que a regule expressamente, não é possível, “data venia”, conceder pensão à companheira, assegurar-lhe o direito aos alimentos. No estágio atual do nosso direito, a obrigação alimentar decorre, em primeiro lugar, de uma relação de parentesco e, em segundo lugar, do casamento.”¹⁷

A FAMÍLIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A união livre entre um homem e uma mulher, desimpedidos ou não para o casamento, passou a ser considerada entidade familiar. Deve-se não olvidar que os impedidos para o casamento são aqueles que estivessem insertos nas hipóteses previstas no art. 183 do Código Civil de 1916 e no art. 1.521 do Código Civil de 2002, salvo os casados, mas separados de fato.

Mas divergiam os Tribunais do país quanto às consequências jurídicas oriundas dessa nova entidade familiar em virtude de não haver normatização infraconstitucional. Havia entendimentos no sentido de ser necessário regulamentar a norma inserta no art. 226, § 3º, da Constituição Federal.

Com efeito, muitos julgadores mantinham-se presos ao direito obrigacional para dirimirem as lides oriundas das uniões livres, ainda consideradas como uniões concubinárias. Significa dizer, equiparavam as uniões estáveis às sociedades de fato. Tampouco havia consenso acerca da possibilidade de prestação alimentícia entre os companheiros.

17 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Ac. unân. Ap. 5.016. 1ª CC/TJ. Rel. Des. Renato Maneschy. “O Direito de Família nos Tribunais”. Tomo IV: Concubinato **in** **Seleções Jurídicas** – ADV Advocacia Dinâmica.

Katia Regina da Costa S. Ciotola faz menção ao julgado coletivo da 5ª CC/TJRJ ao apreciar a Ap. Cível 125.110, sendo Relator o Des. Jorge Tannus, vazada nos seguintes termos:

*“Prescrevendo a C.F. no art. 226, §3º, que para efeito da proteção do Estado é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento, não chegou ao ponto de igualar o concubinato ao casamento. Ao contrário, mandando que facilite a conversão do concubinato em casamento, manteve distinção entre um e outro, e implicitamente realçou a superioridade do último sobre o primeiro. A natureza das relações para efeitos patrimoniais e, indubitavelmente, de caráter obrigacional tão somente, não podendo ser erigido o concubinato a condição “status familiae”.*¹⁸

Constata-se que a mudança do entendimento de nossos Tribunais não ocorreu sem resistências. Natural que a profunda inovação em nosso ordenamento jurídico causasse dificuldades de assimilação de novos conceitos.

Em sentido oposto, demonstrando afinidade com o dispositivo constitucional, o Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito, se não o primeiro no Tribunal de Justiça a adotar a união estável como entidade familiar e a reconhecer direitos aos companheiros, mesmo sem previsão legal infraconstitucional, foi um dos maiores defensores dessa tese jurídica.

Afastou o eminente Desembargador o Direito Obrigacional como fundamento a regular as relações entre os companheiros e passou a fundamentar no Direito de Família para resolver os conflitos oriundos da união estável.

De outro lado, reconheceu a autoaplicabilidade da norma constitucional.

Uma vez mais, forte na obra de Katia Regina da Costa S. Ciotola, transcrevo excerto do julgado no qual o Desembargador Carlos Alberto Menezes Direito foi o relator:

18 CIOTOLA, Katia Regina da Costa S. **O Concubinato e as Inovações Introduzidas pelas leis 8.971/94 e 9.278/96**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 41.

“Assim, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato do Código Civil, passa ao patamar de união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar, e como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos da incidência de regras do direito de família, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

*Com tal raciocínio, que certamente enfrentará dificuldades para alcançar aceitação em plenitude, o requisito para a participação patrimonial há de ultrapassar o preâmbulo das provas do esforço comum, de natureza econômica, para centrar-se na concretização do que seja união estável, reconhecida como entidade familiar”.*¹⁹

Nesse prisma de raciocínio, o mesmo eminente julgador obtemperou seu entendimento, embora vencido, quando do julgamento da Ap. Cível nº 5.016/88 pelo órgão colegiado da 1ª CC/TJRJ, senão vejamos:

“União estável, interpretação do § 3º do art. 226 da Constituição Federal. O que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro na disciplina contratual das sociedades de fato, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar.

.....
Dá-se a proteção do Estado com o direito positivo que edita. Reconhecendo a união estável como entidade familiar para efeito de proteção do Estado, a Constituição Federal permite, expressamente, que leis protetoras da família protejam também a união estável. Desse modo, possível é o pensionamento.

*Provimento da apelação para condenar o réu ao pagamento da pensão de um piso nacional de salário”.*²⁰

19 CIOTOLA. Katia Regina da Costa S. *Op. cit.* p. 41-42.

20 CIOTOLA. Katia Regina da Costa S. *Op. cit.* p. 46-47.

Impende ressaltar que a preservação do direito da concubina já havia sido garantido, mediante previsão legal em algumas situações, e, portanto, mantendo-se hígido das divergências doutrinária e jurisprudencial.

O Decreto nº 77.077, de 24.01.1976, que instituiu a Consolidação das Leis da Previdência Social, em seu art. 13, inciso I, já resguardava o direito da companheira, como dependente do segurado, a receber o benefício previdenciário previsto.

Outra não foi a disposição do Decreto nº 89.312, de 23.01.1984, que instituiu a nova Consolidação das Leis da Previdência Social, revogando *in totum* o Decreto nº 77.077, de 24.01.1976.

O referido diploma legal regulava o direito da companheira nos seguintes termos em seu art. 10, inciso I:

“art. 10. Consideram-se dependentes do segurado:

I – a esposa, o marido inválido, a companheira mantida há mais de 5 (cinco) anos, o filho de qualquer condição menor de 18 (dezoito) anos ou inválido e a filha solteira de qualquer condição menor de 21 (vinte e um) anos ou inválida”.

A seu turno, a Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, em seu art. 16, mantém a companheira como dependente do segurado.

A Lei nº 6.858 de 24.11.1980, em seu art. 1º, igualmente preserva o direito à companheira, desde que dependente habilitada perante a Previdência Social, de receber os valores devidos em vida aos empregados dos montantes referentes aos saldos de FGTS e do Fundo de Participação PIS/PASEP.

Legitimada estava a companheira para reclamar o seguro obrigatório caso tivesse convivido com a vítima por cinco anos ou mais e estivesse habilitada como dependente na Previdência Social. Direito previsto na Lei nº 6.194, de 19.12.1974, art. 4º, § 1º, alterado pela Lei nº 8.441/92.

Com o advento da Lei nº 8.971/94, que prevê o direito de alimentos entre os companheiros, bem como o direito à sucessão dos bens deixados por morte do companheiro.

Ainda presa às disposições legais previdenciárias, o referido diploma legal resguarda o direito do companheiro, porém, se a vida em comum existir há cinco anos ou se houver prole.

Deixou de avançar o diploma legal para estar em consonância com a realidade social, vez que não resguardou o direito do companheiro separado apenas de fato. Legitimados a reivindicar aqueles direitos somente estavam os companheiros solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos.

Andou no mesmo sentido a Lei nº 9.278/96 (Estatuto da União Estável) ao dispor sobre os direitos dos conviventes.

Tanto que, em seu art. 8º, expõe que, a qualquer tempo, poderão os companheiros requerer a conversão da união estável em casamento.

Ora, para que tal fato ocorra, necessário que os companheiros não tenham impedimento para casar na forma prevista no inciso VI do art. 183 do Código Civil de 1916, ou seja, que não sejam casados. Significa dizer estão afastados da proteção legal os casados, porém, separados de fato, mesmo que há anos.

O Código Civil de 2002 veio reparar essa falta, na medida em que os companheiros casados, mas separados de fato, não deixam de constituir uma entidade familiar sob a forma de união estável.

O mesmo diploma legal, em seu art. 1.727, ainda distingue a união estável do concubinato.

Nesse contexto, define o Código, no art. 1.723 a união estável e deixa para os doutrinadores a definição de concubinato.

Carlos Roberto Gonçalves considera concubinato como união prolongada entre o homem e a mulher sem casamento. Acrescenta que o conceito generalizado do concubinato é também conhecido por união livre.²¹

De outro lado, Paulo Nader distingue união estável e concubinato, em que pese reconhecer que haja doutrinadores que consideram o concubinato como gênero do qual advêm as espécies: concubinato puro (união estável) e concubinato impuro ou adúltero.

21 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 6. 9ª edição. São Paulo. Editora Saraiva. 2012. p. 602.

Define Paulo Nader o concubinato, à luz do Código Civil/2002, como a relação não eventual entre o homem e a mulher impedidos de casar, salvo se o impedimento decorrer de separação de fato ou judicial. Aduz, que a relação concubinária pode se transformar em união estável, desde que cesse o impedimento matrimonial anterior.²²

Agiu bem o legislador do código civil ao estabelecer, em seu art. 1.723, §1º, que os companheiros separados de fato não deixam de constituir uma entidade familiar sob a forma de união estável.

E, por elasticidade, advêm todos os direitos dos companheiros de pleitear pensão alimentícia um do outro, como também de herdar os bens deixados por seu companheiro, de ser incluído como dependente perante os órgãos de previdência social, de exigir indenizações por morte ilícita do companheiro, etc.

Em suma, todos os direitos previstos para os cônjuges estão previstos para os companheiros.

Contudo, cabe registrar o equívoco da norma inserta no art. 1.727 do CC/2002 ao lançar na parte final a expressão “impedidos de casar”, como observa nota de Rodrigo da Cunha Pereira.²³

De fato, o § 1º do art. 1.723 não afasta os separados de fato e os separados judicialmente de viverem em união estável se observados os requisitos insertos no caput do art. 1.723 do CC/2002.

As hipóteses de impedimento para o casamento estão circunscritas, em *numerus clausus*, ao art. 1.521 do CC/2002.

Por óbvio que o impedimento para o casamento, com amparo no art. 1.521, diz respeito unicamente às pessoas casadas, inciso VI (desde que não estejam separadas de fato), e à união entre o cônjuge sobrevivente e o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte, como exposto no inciso VII.

22 NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. V. 5. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2006. p. 610-611.

23 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e da curatela**. Arts. 1.723 a 1.783. V. XX. 1ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2004.

As demais hipóteses repulsam a moral existente na sociedade brasileira, além do que não se concebe que aquelas uniões viessem a se tornar públicas por desejo daqueles envolvidos afetivamente.

E a publicidade da afetividade entre um homem e uma mulher é pressuposto para o reconhecimento da união estável.

Portanto, para a melhor interpretação a ser dada ao art. 1.727, a meu sentir, deve-se desconsiderar a expressão “impedidos de casar”, pois todos aqueles que sejam solteiros, viúvos, separados judicialmente, divorciados ou casados, mas separados de fato, viverão em concubinato se a convivência não for pública, duradoura, contínua, com o objetivo de formar uma família, mesmo que as relações sejam não eventuais.

Dessarte, haverá harmonia entre o art. 1.723, caput, § 1º e o art. 1.727.

Até o presente momento, tanto as normas legais, como a jurisprudência e a doutrina se ocuparam em estabelecer direitos e obrigações entre os companheiros que formam unidade familiar sob união estável.

Em última análise, família, hodiernamente, não é apenas aquela originada do casamento.

Como é cediço, a sociedade é dinâmica.

Seguro é dizer que, nos últimos 50 (cinquenta) anos, a sociedade brasileira sofreu diversas transformações.

A revolução sexual nos anos 60 ensejou o início do fim da supremacia da sociedade patriarcal.

A democratização política do Brasil permitiu o aprofundamento do conceito de dignidade da pessoa humana, do respeito aos direitos humanos consubstanciados na Carta Política de 1.988 e da liberdade de expressão.

Nessa esteira, foi a sociedade brasileira confrontada com os clamores dos homossexuais e casais homoafetivos por maior espaço no cenário nacional, por oportunidades e direitos iguais aos heterossexuais; por liberdade de expressão e por respeito às diferenças.

Apesar de vozes ainda amplificadas no meio social contrárias aos anseios dos homossexuais, as reivindicações não mais podem retroagir.

Diante da ausência de normas legais que regulem os direitos dos homossexuais, por inércia do legislador, o Judiciário não pôde se omitir de apreciar aquelas reivindicações.

Através do julgamento da ADPF nº132/ADI nº 4.277, o Supremo Tribunal Federal se posicionou na defesa dos casais homoafetivos e lhes concedeu o status de entidade familiar e com os mesmos direitos dos quais são titulares os casais heterossexuais.

Do voto do Ministro Luiz Fux anuindo ao voto do Ministro Relator Ayres Britto, extraio a seguinte ementa:

“(...) Dever de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Garantia institucional da família (art. 226, caput). Caracterização da união estável como entidade familiar. Igualdade. Dignidade da pessoa humana, na vertente da proteção da autonomia individual. Direitos de personalidade. Segurança jurídica: previsibilidade e certeza dos efeitos jurídicos das relações estabelecidas entre indivíduos do mesmo sexo. Interpretação conforme a constituição do art. 1.723 do Código Civil.

1. O Estado é responsável pela proteção e promoção dos direitos fundamentais, à luz da teoria dos deveres de proteção.

2.

3. A garantia institucional da família, insculpida no art. 226, caput, da Constituição da República, pressupõe a existência de relações de afeto, assistência e suporte recíproco entre os membros, bem como a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum e a identidade de uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade.

4. A união homoafetiva se enquadra no conceito constitucionalmente adequado de família.

5. O art. 226§3º, da Constituição deve ser interpretado em conjunto com os princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana – em sua vertente da proteção da autonomia individual – e da segurança jurídica, de modo a conferir guarida às uniões homoafetivas nos mesmos termos que a confere às uniões estáveis heterossexuais.

6. Interpretação conforme a Constituição do art. 1.723 do Código Civil de 2002, para permitir sua aplicação às uniões homoafetivas.

7. Pedidos julgados procedentes”.

CONCLUSÃO

1. Ao longo desta singela síntese, tentou-se demonstrar não somente a importância da família, como grupo social, para a estrutura do Estado, haja vista sua perene preocupação em regular as relações existentes entre os membros daquele núcleo.

2. De igual modo, comparou-se, em primeiro momento, o desnível, em grau de importância, existente entre a união havida entre um homem e uma mulher segundo as leis vigentes ou segundo as normas canônicas e as uniões livres.

3. Destacou-se que a sociedade é dinâmica e não permanece presa a vetustas normas legais, tanto que, embora desestimuladas, sempre houve uniões livres.

4. A realidade social passou a suscitar o concurso dos órgãos jurisdicionais, vez que chamados a dirimir os conflitos após o rompimento das uniões livres.

5. Anelando a justiça das decisões, os Tribunais pátrios reconheceram e concederam direitos aos concubinos, mesmo que sem previsão legal, salvo as normas previdenciárias.

6. Ressaltou-se a longa jornada, a despeito de produzir efeitos jurídicos, da união informal existente entre um homem e uma mulher ser reconhecida como unidade familiar.

7. E, como consequência, hodiernamente, os companheiros possuem os mesmos direitos que aqueles se uniram sob o matrimônio.

8. Diante da inércia do legislador, o ativismo judiciário veio ao encontro dos anseios dos casais homoafetivos que buscavam equiparação de direitos aos casais heterossexuais. Assim, compõem unidade familiar com direitos iguais aos dos heterossexuais. ♦

BIBLIOGRAFIA:

CIOTOLA, Kátia Regina da Costa S. **O Concubinato e as Inovações Introduzidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96**. 1ª edição. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996.

COUTO, Sergio da Silva (organizador). ADV – Advocacia Dinâmica. Seleções Jurídicas. **O Direito de Família nos Tribunais**. Tomo IV: Concubinato. 1992/Dezembro.

DIAS, Adahyl Lourenço. **A Concubina e o Direito Brasileiro**. 4ª edição. São Paulo. Saraiva. 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. V. 6. 9ª edição. São Paulo. Saraiva. 2012.

FUX, Luiz. **Jurisdição Constitucional. Democracia e Direitos Fundamentais**. Edição Especial. Belo Horizonte. Editora Forum. 2012.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil. Direito de Família**. V. 5. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Comentários ao Novo Código Civil. Da União Estável, da Tutela e da Curatela**. Arts. 1.723 a 1.738. V. XX. 1ª edição. Rio de Janeiro. Forense. 2004.

A judicialização dos conflitos afetivos

Fernando Antonio de Souza e Silva¹

A família, entendida como indivíduos unidos pelo parentesco, é forma de agrupamento historicamente consagrada, desde tempos imemoriais. Chegou aos nossos tempos um conceito tradicional de família, de raízes greco-romanas, facilmente verificável na família europeia ocidental do início do século XIX. Todavia, nos séculos XIX e XX, o conceito tradicional de família e o prestígio social a ele agregado sofreram intensas transformações.

A família patriarcal tradicional do século XIX, em que a mulher era oficialmente coadjuvante, em que os filhos eram integralmente submissos à autoridade paterna e em que não havia espaço para homossexuais, uniões informais ou prole extraconjugal, viu surgir novas formas de agrupamento, as quais ganharam reconhecimento social e jurídico, sem que isto fizesse desaparecer, por completo, o modelo tradicional, que persiste, ainda que irremediavelmente alterado.

A ascensão da mulher, de coadjuvante a coprotagonista da dinâmica familiar, foi o primeiro e mais importante movimento de legitimação de novos sujeitos de direito, ainda dentro da família tradicional.

Uma vez titular de direitos dentro da família, naturalmente passou a mulher a reivindicar seus direitos fora do contexto familiar, fazendo-o no campo profissional e no dos direitos políticos.

Não demorou muito para que o reconhecimento da dignidade feminina intrínseca fosse estendido àquelas mulheres que, por quaisquer motivos, mantivessem uniões informais.

¹ Juiz de Direito da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias.

Verificou-se, portanto, que a mulher passou a fazer valer seus direitos, tanto dentro como fora do ambiente doméstico e do conceito tradicional de família.

Dignificada a mulher, dignificou-se a prole. Em um primeiro momento, passaram os filhos a ter reconhecidos como legítimos os seus anseios e interesses, deixando a posição de objetos de direito para assumir a posição de sujeitos de direito, ainda que naturalmente submissos à autoridade, a qual não era mais apenas paterna, mas conjugal.

Consequência natural da dignidade filial dita legítima foi o fim da clandestinidade outrora destinada à prole dita ilegítima. Os filhos havidos fora do casamento passaram a ter os mesmos direitos que os filhos do convívio conjugal formalmente estabelecido.

Mais recentemente, ganharam proteção jurídica várias formas de organização familiar, como as uniões entre homossexuais, as famílias socioafetivas e as famílias monoparentais, que já existiam como fatos sociais, mas careciam de legitimação estatal. Hoje já se discute a existência de polifamílias (famílias onde não há casal, mas tríade ou grupo ainda maior), dentre outras possibilidades.

Todos estes fenômenos jurídico-sociais são a prova de que, em um curto período de tempo - praticamente dois séculos -, o conceito tradicional de família modificou-se em dois níveis: a) dentro da família tradicional, diminuiu-se a autoridade paterna, com atribuição de autoridade à mãe e de direitos aos filhos; b) fora da família tradicional, atribuíram-se direitos a outras formas de organização familiar e a outras formas de filiação.

Em qualquer destes modelos, seja o da família do século XIX, seja o da família do século XXI, não há muito interesse jurídico quando a dinâmica funcional daquela organização funciona a contento e todos os envolvidos estão razoavelmente satisfeitos. Interessam ao direito os casos em que há insatisfação, porque isto levará à lide, entendida como um conflito de interesses, uma pretensão resistida.

Na família tradicional do século XIX, as frustrações geradas dentro do espaço doméstico eram ali resolvidas, encontravam válvulas de escape

em alguma atividade fora da família ou transformavam-se em neuroses. Em qualquer hipótese, não chegavam a envolver o Estado, que não era chamado a intervir no âmbito doméstico, em regra. Tratava-se de um problema da esfera privada.

Na família do final do século XX e do século XXI, houve um notável aumento dos direitos e de seus titulares. Ocorreu a atribuição, por parte do Estado-legislador, de mais direitos a mais pessoas, sempre de forma vaga e tendente à expansão. Isto gerou expectativas difíceis de atender, por parte daqueles que detêm a autoridade familiar, seja em um só lar, seja em lares separados. Infelizmente, não se atribuiu a estes novos sujeitos de direito quase nenhum dever correlato, de modo a dar algum caráter sinalagmático às obrigações.

O resultado desta colisão entre as legítimas expectativas dos novos sujeitos de direito e as igualmente legítimas resistências e perplexidades dos titulares do poder familiar foi o surgimento de uma incrível demanda pelo reconhecimento judicial dos novos direitos.

Nada há de novo neste fenômeno, já que é natural que uma aspiração transforme-se em direito, após mobilização social e ação legislativa, e que o reconhecimento legislativo sofra resistências iniciais, que são levadas ao Poder Judiciário, que passa a reconhecê-lo, até que o novo direito seja sedimentado e passe a ser menos questionado.

Entretanto, o Poder Judiciário não pode ceder à tentação de substituir-se à família, como local de solução de conflitos, quando estes conflitos, apesar de envoltos em arcabouço jurídico, são essencialmente conflitos emocionais naturais, nos quais as condutas de alguns envolvidos, embora frim sentimentos e pretensões de outros envolvidos, nada têm de ilícito. Ou, pelo menos, não deveriam ter sido taxadas, pelo Poder Legislativo, de ilícitas.

A família é o espaço civilizacional primário, no qual as figuras paterna e materna irão impor restrições aos impulsos egocêntricos dos filhos, servindo como e apontando exemplos positivos e negativos, ajudando-os a preparar-se para a vida adulta, a aceitar vitórias e derrotas, satisfações e frustrações. Em uma palavra, a amadurecer.

A realização deste amadurecimento, por parte de todos os envolvidos, não tem como resultado um círculo perfeito, mas uma construção assimétrica, imperfeita, inacabada e cheia de arestas. As frustrações da vida familiar são, muitas vezes, fonte de fortaleza na vida adulta.

Quando as frustrações inerentes à vida familiar, como os conflitos afetivos e suas insatisfações insolúveis, são levados ao Poder Judiciário e este aceita intervir, enfraquece-se a família, que fica suprimida e ultrapassada, como local natural para o desenvolvimento desta dinâmica.

Enfraquecendo-se a família, criam-se indivíduos menos civilizados, com menos experiência em lidar com limites, perdas e insatisfações. Some-se isto à cultura de massa hedonista e superficial hoje predominante, e teremos um quadro generalizado de intolerância à frustração. Estes adultos infantilizados serão mais propensos ao abuso de drogas e à delinquência, satisfazendo o impulso destrutivo primário, em contraposição à negação da satisfação do seu impulso egocêntrico primário.

Não existem famílias perfeitas, nem famílias-tipo, ideais. Existe, todavia, um mínimo que se espera de cada um dos membros de uma família. É apenas para garantir este mínimo que deve o Poder Judiciário aceitar intervir em uma relação familiar. Indo além do mínimo, estará usurpando funções alheias e, embora sob justificativa de valorizar a família, desvalorizando-a e desacreditando-a como espaço civilizacional primário.

Passando ao caso concreto, veja-se a recente tendência de ajuizamento de ações de reparação de dano moral decorrente de negação de afeto. Trata-se de tema difícil, em relação ao qual já há duas correntes distintas, podendo-se delas extrair uma posição média, condizente com os termos deste trabalho.

O primeiro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de negar a possibilidade de indenizar o abandono afetivo, por ausência de previsão legal. É exemplo deste entendimento o acórdão abaixo (REsp 514.350-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 28/4/2009):

ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE.

Trata-se de ação de investigação de paternidade em que o ora recorrente teve o reconhecimento da filiação, mas o Tribunal a quo excluiu os danos morais resultantes do abandono moral e afetivo obtidos no primeiro grau. A Turma entendeu que não pode o Judiciário compelir alguém a um relacionamento afetivo e nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Assim, por não haver nenhuma possibilidade de reparação a que alude o art. 159 do CC/1916 (pressupõe prática de ato ilícito), não há como reconhecer o abandono afetivo como dano passível de reparação. Logo a Turma não conheceu do recurso especial. Precedente citado: REsp 757.411-MG, DJ 27/3/2006.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça julgou em sentido contrário, entendendo que há previsão legal de deveres paternos que, descumpridos, dão direito à indenização por ato ilícito. O acórdão abaixo exemplifica este novo entendimento (REsp 1.159.242 –SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 24/04/2012):

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. *Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.*
4. *Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.*
5. *A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.*
6. *A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.*
7. *Recurso especial parcialmente provido.*

Analisando-se a divergência jurisprudencial verificada acima, nota-se, inicialmente, que, dentre duas posições extremadas – negação da possibilidade jurídica de reparação de dano moral e ampla admissibilidade da referida reparação – existe uma posição mediana, mais apta a respeitar todos os valores envolvidos.

É verdade que uma relação afetiva não pode ser imposta e a negação do afeto é fenômeno que pertence ao universo emocional, devendo ser analisado e eventualmente solucionado na esfera psíquica, com ou sem auxílio de terceiros.

Todavia, a maternidade e a paternidade são fatos biológicos e fatos jurídicos, gerando, para os seus titulares, deveres claramente previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Neste sentido, a Constituição da República erigiu como princípio a paternidade responsável. Logo, ser pai ou mãe traz responsabilidades inafastáveis, algumas previstas no próprio texto constitucional, como o de garantir ao filho o direito à convivência familiar, assistindo-o, criando-o e educando-o.

A legislação infraconstitucional prevê como deveres dos pais dirigir a criação e educação dos filhos, tendo-os em sua companhia e guarda, punindo qualquer descumprimento destes deveres, ainda que por omissão ou negligência.

Sendo assim, a mera negação do afeto permanece insuscetível de judicialização, mas o descumprimento destes deveres concretos, explicitamente previstos no ordenamento jurídico, é ato ilícito e enseja reparação de dano, conforme a mais recente jurisprudência do STJ. ♦

Breves reflexões sobre o instituto da guarda

Isabela Pessanha Chagas¹

INTRODUÇÃO

Proteção, vigilância, segurança. A expressão guarda pode ser interpretada de diversas maneiras. Trata-se de um direito-dever que ambos os pais - ou um dos pais - estão incumbidos de exercer em favor de seus filhos.

Segundo a definição de JOSÉ ANTÔNIO DE PAULA NETO, a guarda trata-se de um “direito consistente na posse de menor, oponível a terceiros e que acarreta deveres de vigilância em relação a este”.²

SILVANA MARIA CARBONERA, por seu turno, define guarda, ainda salientando tratar-se de um esboço do conteúdo da guarda e, portanto, não seria uma definição perfeita e inacabada, como um

*instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial.*³

1 Juíza de Direito da 14ª Vara Cível da Capital.

2 NETO, José Antônio Paula Santos. **Do Poder Familiar**. São Paulo, p. 55.

3 CARBONERA, Maria Silvana. **Guarda de filhos – Na família constitucionalizada**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 64.

A guarda legal⁴ é aquela que não necessita de uma interferência judicial para ser estabelecida. É inerente ao poder familiar, pois é justamente este poder que confere aos pais o direito de ter o seu filho em sua companhia e guarda, e de reclamá-lo, de quem ilegalmente o detenha⁵, o que explica a razão de seu conceito se confundir com a própria definição do poder familiar⁶.

Podemos perceber que o poder familiar é um antecedente à presença da guarda. Portanto, para que os filhos estejam sob a guarda de seus pais, é imperativo que os pais estejam em pleno gozo do poder familiar.

A guarda é a um só tempo, direito e dever⁷. Conforme ensinamento de SILVIO RODRIGUES,

A guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho⁸.

Os genitores gozam dos seguintes direitos em relação aos filhos, vide art. 1.634, CC: I) dirigir-lhes a criação e educação; II) tê-los em sua companhia e guarda; III) conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV) 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; V) representá-los, até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil,

⁴ A guarda legal sendo “compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial”. Silvana Maria Carbonera, obra citada, p. 77.

⁵ Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

⁶ A este respeito, Marco Aurélio S. Viana assinala que: “A guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio-poder, podendo ser conferida a terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio-poder e direito de guarda, aquele com os pais, estes com terceiro”. Marco Aurélio S. Viana. **De Guarda, da Tutela e da Adoção**, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1991, p. 28.

⁷ Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

⁸ RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil: Direito de família**, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 344.

e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI) reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII) exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Em contrapartida, os genitores arcam com os seguintes deveres: a) não abandonar pessoa que está sob cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, sob pena de incursão no crime de abandono de incapaz (art. 133, CP); b) prover a instrução primária de filho em idade escolar, sob pena de responder pelo crime de abandono intelectual (art. 246, CP); c) prover a subsistência de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, não lhe proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, sob pena de caracterização do crime de abandono material (art. 244, CP).

I. DESENVOLVIMENTO: DA GUARDA UNILATERAL, COMPARTILHADA E ALTERNADA

1.1 Guarda Unilateral e a Síndrome da Alienação Parental

A guarda unilateral, diferentemente do que ocorria no período anterior à Lei 11.698/2008, é a exceção no nosso ordenamento jurídico. A regra é a guarda compartilhada. A guarda unilateral é a atribuída exclusivamente a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1584, § 5, CC/02), conforme dispõe o art. 1583, § 1, primeira parte do Código Civil de 2002. Para que a guarda unilateral seja atribuída é necessário levar em consideração critérios que foram sendo modificados com o passar dos anos. Para compreender a evolução do critério para a definição da guarda unilateral, é necessário dividir o instituto em duas fases, a saber:

- 1) Guarda Unilateral no Código Civil de 1916;
- 2) Guarda Unilateral do Código Civil de 2002.

De acordo com o art. 326 do Código Civil de 1916, “sendo o desquite judicial, ficarão os filhos menores com o cônjuge inocente.” Fica

evidenciado aqui que a guarda a um só dos genitores era atribuída, quando não houvesse acordo de guarda entre os cônjuges, àquele que não deu causa ao desquite. Ou seja, era levada em consideração a culpa dos genitores, sendo atribuída a guarda ao cônjuge que não tivesse culpa do desquite.

Com o advento do Código Civil de 2002, tal norma foi revogada, dando lugar ao antigo artigo 1.584, do Código Civil de 2002, que dispunha: “Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la.” Percebe-se que aqui não é mais levada em consideração a culpa do genitor para atribuição da guarda ao cônjuge inocente, como ocorria com o Código Civil de 1916, mas a guarda era atribuída ao cônjuge que revelasse melhores condições para exercê-la, priorizando o melhor interesse da criança ou do adolescente (corolário assinado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que foi realizado pela ONU no ano de 1989).

A expressão “melhores condições” empregada no artigo 1.583, § 2, do Código Civil de 2002 - “A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la...” não pode ser interpretada no sentido financeiro da palavra. Melhores condições a que se refere o referido parágrafo diz respeito aos requisitos dos incisos 1, II e III, do art. 1.583, § 2, do CC/02, quais sejam:

- I - afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
- II - saúde e segurança;
- III - educação.

Dessa forma, a guarda unilateral será atribuída ao genitor que demonstrar melhores condições de afeto com o filho e aptidão para integrar o filho ao grupo familiar, também, demonstrar maior aptidão para propiciar ao filho saúde, segurança e educação.

Os incisos que foram supracitados são meramente exemplificativos, devendo o Juiz, quando da análise de tais critérios, levar em consideração aspectos como alimentação, esporte, cultura, lazer, dentre outros.

Ao genitor que não detém a guarda, o Código Civil de 2002 atribuiu a obrigação de supervisão dos interesses nos filhos, de acordo com

o § 3º, do art. 1583, do CC/02. Este genitor, como pôde ser observado, não perde o poder familiar como um todo, apenas não recebe as mesmas atribuições do guardião, mas ficando com a obrigação de supervisioná-lo. A atribuição ao genitor não guardião da obrigação de supervisão, resguarda o filho de um possível abandono moral.

No preciso entendimento de Welter⁹

a guarda unilateral não garante o desenvolvimento da criança e não confere aos pais o direito da igualdade no âmbito pessoal, familiar e social, pois quem não detém a guarda, recebe um tratamento meramente coadjuvante no processo de desenvolvimento dos filhos.

Nas fartas lições de LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES, “não obstante, há de se ressaltar que, no âmbito da guarda unilateral e do direito de visita, há muito mais espaço para que um dos genitores, geralmente a mãe, utilize-se dos seus próprios filhos como “arma”, instrumento de vingança e chantagem contra o seu antigo consorte, atitude passional decorrente das inúmeras frustrações advindas do fim do relacionamento amoroso, o que é altamente prejudicial à situação dos menores, que acabam se distanciando deste segundo genitor, em virtude de uma concepção distorcida acerca dele, a qual é fomentada, de inúmeras formas, pelo primeiro, proporcionando graves abalos na formação psíquica de pessoas de tão tenra idade, fenômeno que já foi alcunhado como Fenômeno da Alienação Parental, responsável pela Síndrome da Alienação Parental (SAP ou PAS)¹⁰.”

A Professora Giselle Câmara Groeninga, discorrendo sobre essa temática, leciona:

9 WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda Compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. In: **Guarda Compartilhada**. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009, p. 56.

10 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. **A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/08**, p. 240.

Segundo Gardner: 'A Síndrome da Alienação Parental é uma das doenças que emerge quase que exclusivamente no contexto das disputas pela guarda. Nesta doença, um dos genitores (o alienador, o genitor alienante, o genitor PAS indutor) empreende um programa de denegrir o outro genitor (o genitor alienado, a vítima, o genitor denegrido). No entanto, esta não é simplesmente uma questão de 'lavagem cerebral' ou 'programação' na qual a criança contribui com seus próprios elementos na campanha de denegrir. E esta combinação de fatores que justificadamente garantem a designação de PAS [...]. Na PAS, os pólos dos impasses judiciais seriam compostos por um genitor alienador e um genitor alienado. Como apontado no início deste texto, seria fundamental considerar as contribuições do contexto judicial para a instalação de dita síndrome, ou Fenômeno de Alienação Parental, como se defende aqui ser mais apropriado denominar [...]. O genitor alienante seria, em geral, a mãe que costuma deter a guarda, e que a exerceria de forma tirânica. Inegável é a grande influência que a mãe exerce nos filhos pequenos, dada a natural sequência de um vínculo biológico para o psíquico e afetivo. O que se observa é que há mães que utilizam sim de forma abusiva, consciente e inconscientemente, o vínculo de dependência não só física, mas, sobretudo, psíquica que a criança tem para com ela [...]'¹¹.

1.2 Guarda Compartilhada e o Melhor Interesse do Menor

Conforme dispõe o art. 1.583, *caput*, do Código Civil de 2002, a guarda será unilateral ou compartilhada.

Por guarda compartilhada, entende-se como sendo a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, nos termos do art. 1583, § 1, *in fine*, do CC.

¹¹ GROENINGA, 2008, p. 122-123.

A guarda compartilhada passou a ter previsão expressa no nosso ordenamento jurídico a partir da entrada em vigor da Lei 11.698/2008, que alterou os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil de 2002. Contudo, não obstante não ter previsão expressa, a guarda compartilhada era aplicada, em certos casos, antes da Lei 11.698/2008. O princípio da igualdade entre os genitores, previsto no art. 226, § 5º, da CRFB/88 e o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, consagrado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989, permitiam que o magistrado aplicasse a guarda compartilhada, que já era aplicada em outros países.

Nesse sentido, vale ressaltar os ensinamentos de Leonardo Barreto Moreira Alves:

O instituto da guarda compartilhada, até bem pouco tempo, não era previsto expressamente no ordenamento jurídico nacional, o que não impossibilitava a sua aplicação na prática, a uma com base nas experiências do Direito Comparado (principalmente na França - Código Civil francês, art. 373-2, Espanha Código Civil espanhol, arts. 156, 159 e 160, em Portugal - Código Civil português, art. 1905º, Cuba - Código de Família de Cuba, arts. 57 e 58 e Uruguai - Código Civil uruguaio, arts. 252 e 257) e, a duas, com fulcro em dispositivos já existentes no ordenamento jurídico, especialmente o art. 229 da Constituição Federal (“Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores [...]”) e os artigos 1.579 (“O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos”), 1.632 (“A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”) e 1.690, parágrafo único (“Os pais devem decidir em comum as questões relativas aos filhos e a seus bens; havendo divergência, poderá qualquer deles recorrer ao juiz para a solução necessária”) do Código Civil brasileiro¹².

12 ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **A guarda compartilhada e a Lei 11.698/2008**, p. 241.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 1967, já teve a oportunidade de se pronunciar, em termos genéricos, sobre a importância da guarda compartilhada, ex vi do seguinte julgado:

O juiz, ao dirimir divergência entre pai e mãe, não se deve restringir a regular visitas, estabelecendo limitados horários em dia determinado da semana, o que representa medida mínima. Preocupação do juiz, nesta ordenação, será propiciar a manutenção das relações dos pais com os filhos. É preciso fixar regras que não permitam que se desfça a relação afetiva entre pais e filho, entre mãe e filho. Em relação à guarda dos filhos, em qualquer momento, o juiz pode ser chamado a revisar a decisão, atento ao sistema legal. O que prepondera é o interesse dos filhos, e não a pretensão do pai ou da mãe. (RE 60.265-RJ)¹³.

O referido instituto, como já conhecido, caracteriza-se pelos pais exercerem simultaneamente a guarda de sua prole, compartilhando direitos e obrigações, não existindo, obrigatoriamente, um acerto em relação à moradia fixa ou períodos em que os menores permanecerão em companhia de um ou de outro.

Todavia, o filho poderá residir em uma única casa, seja ela a do pai ou da mãe, cabendo ao genitor não guardião o direito de visita (art. 1589, do Código Civil). Ambos genitores compartilham as decisões mais importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas e, até mesmo, em localidades diferentes.

Felizes são os dizeres de Silvana Maria Carbonera sobre a temática:

Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta¹⁴.

13 RE 60.265-RJ.

14 CARBONERA, Silvana Maria. Obra citada, p. 150.

Ainda nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite: “a guarda compartilhada mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança”¹⁵.

Gustavo Tepedino, por sua vez: “Uma das vantagens desse modelo de guarda é “o fato de evitar a desresponsabilização do genitor que não permanece com a guarda, além de assegurar a continuidade da relação de cuidados por ambos os pais”¹⁶.

A atual conjuntura do Código Civil brasileiro estabelece a aplicação, via de regra, da guarda compartilhada. Isto pode ser percebido da redação do art. 1.584, § 2º, do CC/02, que aduz “quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada.”

O juiz deve informar ao pai e à mãe, na audiência de conciliação, o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas (art. 1.584, § 1, do Código Civil).

Cumprir esclarecer que a definição da guarda compartilhada atribuída aos genitores deve levar em consideração o melhor interesse da criança, e não a vontade dos genitores.

O princípio do melhor interesse da criança, segundo Maria Regina Fay de Azambuja, fundamenta-se “no reconhecimento da peculiar condição de pessoa humana em desenvolvimento atribuída à infância e juventude”¹⁷. Segundo a jurista, crianças e adolescentes são pessoas que ainda não desenvolveram completamente sua personalidade, estão em processo de formação física, psíquica, intelectual, moral e social. O crité-

15 LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 244.

16 TEPEDINO, Gustavo. “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”. *In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 313.

17 AZAMBUJA, Maria Regina Fay. LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. “Guarda compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe”. **Revista Juris Plenum**. Ano VI, nº 31, janeiro de 2010, p. 85.

rio que norteia o exercício de qualquer modalidade de guarda é o melhor interesse do menor, tendo em conta que a medida deve ser aplicada sempre em benefício deste. A professora Maria Manoela Rocha tece considerações importantes sobre o princípio do melhor interesse da criança na atribuição da guarda¹⁸.

O princípio do melhor interesse da criança deve estar presente em todas as áreas concernente à família e à criança. Tem como consequência dar ao juiz um poder discricionário de decidir diferente da lei se melhor interessar à criança.

[...]

O melhor interesse do filho dependerá de cada caso. A criança como ser em desenvolvimento demanda em cada etapa da vida necessidades diferentes, portanto, interesses diferentes.

[...]

Deste modo, impõe-se ao juiz um poder discricionário. Segundo Guilherme Strenger, o juiz deveria buscar o que fosse mais vantajoso ao modo de vida da criança, seu desenvolvimento, seu futuro, felicidade e equilíbrio.

A guarda compartilhada, ainda que difícil de ser implantada em certos casos, na prática, deve ser a regra geral. Uma vez dissolvido o vínculo conjugal, a paternidade jamais será rompida. A cultura que era implantada na constância do Código Civil de 1916 era a de que havendo a dissolução do vínculo conjugal, sem culpa dos genitores, a guarda era atribuída à mãe. Isso era fruto de uma sociedade machista, que entendia que a mulher tinha melhores aptidões com a criança e com os afazeres domésticos. Durou muitos anos, mas essa cultura, passada de geração para geração, modificou-se. A sociedade ganhou novos contornos. Antes de 1977 não havia divórcio, mas o desquite. A mulher desquitada era má vista à época. Atualmente, o divórcio é, não só, permitido, mas em muitos cartórios há mais divórcios do que casamentos.

18 ROCHA DE ALBUQUERQUE QUINTAS, Maria Manoela Rocha, *op. cit.*, p. 59.

Com todas essas alterações ocorridas no instituto de maior relevância social, a família, faz-se necessário, agora, a implantação, através dos operadores do direito e da disseminação dos doutrinadores, da cultura de que os pais, quando resolverem gerar um filho, devem se comprometer com a formação da sua personalidade, até os 18 (dezoito) anos. Assim, o melhor interesse da criança é a sua formação com a presença de ambos os genitores. Caso isso não seja possível, seja porque um dos pais abdique do direito de guarda, ou caso um dos genitores não tenha condições (ex. morem em lugares distantes, impossibilitando a guarda compartilhada), ambos os genitores devem ser responsabilizados pelos danos causados pelos seus filhos.

Desta feita, pelos benefícios por ela proporcionados, a guarda compartilhada deve ser a regra geral do exercício do poder familiar após a dissolução do casamento/união estável, mas, em não havendo acordo dos pais acerca da guarda dos filhos por força do prévio litígio de direito material existente entre eles, tal espécie de guarda, para que seja viável e efetivamente atenda ao melhor interesse do menor, deve vir precedida da prática da mediação familiar. Uma vez frustrada a mediação é que se recomenda a fixação da guarda exclusiva, como medida, portanto, excepcional.

1.3 Guarda Alternada ou Pendular

Na guarda alternada, a guarda é atribuída a uma única pessoa, durante período determinado. Após decorrido esse tempo, a guarda passa para o genitor que, até então não, a detinha. Ou seja, o filho fica na casa de um dos pais, por período determinado (Ex: dois meses, um semestre, etc) e após o decurso desse prazo, o filho passa a residir com o outro cônjuge, por igual período. Na guarda alternada, a guarda fica, como o próprio nome diz, alternando-se entre os genitores.

O referido instituto nunca esteve expresso no nosso ordenamento jurídico. Nem no Código Civil de 1916, nem no novo Código Civil. Ocorre que, antes da alteração do Código Civil de 2002, trazida pela Lei

11.689/2008, não havia previsão expressa das modalidades de guarda a ser adotada. O que hoje, diferentemente, pode ser percebido pela redação do art. 1.583, caput, do CC/02, a saber: “a guarda será unilateral ou compartilhada.”

Dessa forma, como a nova redação do art. 1583 do CC/02 não contemplou a guarda alternada como uma das possibilidades, diversos doutrinadores têm entendido não ser mais possível a atribuição da guarda alternada, pela falta de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, no caso, possibilidade jurídica do pedido¹⁹.

É importante ressaltar, nesse momento, que, antes da entrada em vigor da Lei 11.689/2008, não havia previsão expressa do instituto da guarda compartilhada e nem da guarda alternada. Ambos os institutos, mesmo não tendo previsão expressa, eram aplicados a determinadas casos, tendo em vista a possibilidade de utilização de outros dispositivos, como o do art. 226, § 5º, da CRFB/88, que consagrou o princípio da igualdade entre os cônjuges na relação conjugal e o princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente, consagrado como direito fundamental pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88, com a assinatura da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, feito pela ONU em 1989. Depois da nova redação do artigo 1.583, só se torna viável a aplicação da guarda compartilhada, como regra geral, e, excepcionalmente, a guarda unilateral. Não sendo mais possível a atribuição de guarda alternada (ou *pendulum*).

Frise-se, entretanto, que não há que se confundir a guarda alternada com a possibilidade de os filhos alterarem a moradia, seja em que alternância for, considerando-se que a guarda mantinha-se compartilhada; em que pese, por exemplo, os menores estarem residindo uma semana na casa da mãe, o que, destaca-se, na prática acaba por ajudar uma maior aproximação dos genitores no cuidado com sua prole.

O entendimento marcante nos nossos tribunais é no sentido de que a guarda compartilhada somente será atribuída àqueles pais que residam

19 MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, jul./set. 2009, p. 11-12.

próximos uns aos outros. Fica claro essa posição, tendo em vista o fato de que a guarda compartilhada se caracteriza pela presença de ambos os pais nas decisões cotidianas.

É muito mais simples o exercício da guarda compartilhada diariamente, com o acompanhamento do crescimento da personalidade da criança, quando genitores residam na mesma localidade. Contudo, não há impedimento para que o instituto da guarda compartilhada seja aplicado, até mesmo, nos casos em que os pais residam em localidades diferentes.

Nesta modalidade de guarda, há igualdade nos poderes exercidos pelos pais em relação aos filhos. Os genitores compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas, e até mesmo em localidades diferentes²⁰.

Sobre esse posicionamento, ANDRÉ LUÍS DA SILVA FRANZOSO, afirma:

É fato que a guarda compartilhada não consiste na estrita divisão do tempo em que os filhos permanecem com os guardiões, tal situação é enquadrada como guarda alternada, situação na qual, como já referido em capítulo anterior do presente artigo, os filhos passam determinados períodos do mês com o pai e outros com a mãe, o que, em caso de grande distância entre as residências, fará com que os infantes tenham que enfrentar frequentes e longos deslocamentos, o que poderá vir a prejudicá-los em suas atividades escolares e amigáveis²¹.

No que diz respeito à necessidade de proximidade da residência entre os genitores para a aplicação da guarda compartilhada, a matéria não é unânime entre os aplicadores do direito. Dependendo do doutrinador e magistrado que atua no caso concreto, a guarda compartilhada pode ser

20 MESSIAS NETO, Francisco. Obra citada, p. 138.

21 FRANZOSO, André Luis da Silva. **Guarda Compartilhada: em favor de filhos e pais**, p. 53.

atribuída para pais que residam em localidades diferentes ou não. A fim de ilustrarmos a situação em que foi aplicada a guarda compartilhada no caso de pais residentes em localidades diferentes, tem-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro²².

Divergências entre o casal e distância da residência que, embora, possam dificultar o exercício da guarda compartilhada não se prestam ao fim de obstá-la, principalmente, in casu, quando demonstrada à sociedade a harmoniosa convivência do menor com os pais. Imprescindibilidade do contato com os genitores para a formação da personalidade do menor. Comando judicial impugnado que estabelece os termos como a guarda compartilhada irá se efetivar e viabilizar a convivência frequente entre pai e filho, como forma de tornar mais efetiva a participação deste na criação e educação do menor.

Ao determinar o compartilhamento da guarda indica-se aos genitores a importância que o Estado atribui à convivência entre pais e filhos, de forma que possam ser superadas eventuais dúvidas acerca dos arranjos concretos da guarda, valorizando-se o aspecto simbólico do instituto, ou seja, de que não há um “pai principal e um secundário, um para todos os dias e um para finais de semana”²³.

É saudável que os filhos possam reconhecer os dois genitores como seus responsáveis, podendo, quando necessário, recorrer a qualquer um deles. Cabe ao Estado utilizar as ferramentas possíveis para que sejam asseguradas e estimuladas as relações entre pais e filhos após o desenlace conjugal, não ficando o vínculo afetivo e a convivência, dependentes exclusivamente de critérios negociais entre os genitores, mas sim assegurados pelo Direito²⁴.

22 TJRJ. Processo 0018447-84.2007.8.19.0002.

23 BRITO, Leila Maria Torraca de. & GONSALVES, Emmanuela Neves. “Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada”. In: **Revista dos Tribunais**, v. 886, ago. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 80.

24 *Op. cit.*, p. 81.

1.4 Das Sanções pelo Descumprimento de Cláusulas Pactuadas na Guarda Compartilhada

*Art. 1.584, § 1º, do CC/02: Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e **as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.***

O art. 1.584, § 1º, do Código Civil de 2002, nos informa que o juiz deve informar aos genitores, dentre outras coisas, as sanções pelo descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada.

Por sua vez, o § 4º, do mesmo artigo, dispõe que:

A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

Da interpretação desses dois parágrafos que foram mencionados anteriormente é que se depreende o entendimento de que, tanto na guarda unilateral, quanto na guarda compartilhada, as sanções pelo descumprimento das cláusulas estabelecidas só serão aplicadas quando forem imotivadas. Assim, caso haja o descumprimento das cláusulas da guarda compartilhada, sendo motivada, não ocorrerão as sanções.

Vale ressaltar que a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho, exposto no §. 4º, do art. 1.584, do Código Civil de 2002, representa, apenas, um exemplo das sanções que poderão ser aplicadas quando do descumprimento das cláusulas pactuadas na guarda compartilhada ou unilateral.

Sobre a temática temos o entendimento de MESSIAS NETO:

De modo que, havendo descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá o juiz aplicar,

além da sanção indicada no parágrafo 40 do art. 1.584 do Código Civil (a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor), outras modalidades que tenham como objetivo dar efetividade às decisões judiciais, que é questão de ordem pública, sempre salvaguardando os melhores interesses da criança²⁵.

Neste contexto, o juiz poderá determinar, como forma de sanção, a busca e apreensão, inversão de guarda, suspensão e destituição do poder familiar e multa cominatória – astreintes²⁶.

Importante destacar os ensinamentos de FLÁVIO GUIMARÃES LAURIA:

No que atine a busca e apreensão, importante lembrar que todos os esforços devem ser utilizados para procurar resguardar o filho desta medida extrema, cujos prejuízos psíquicos dela advindos podem se mostrar superiores ao bem que se pretende proteger²⁷.

E ignorar essas advertências implica negar vigência ao art. 227 da Constituição da República²⁸ e ao art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹.

25 MESSIAS NETO, Francisco, *in* obra citada, p. 26-27.

26 *Idem*, p. 27.

27 LAURIA, Flávio Guimarães, *in* obra citada, p. 100-101.

28 BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, p. 61-66 e 67. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2006: Com a *constitucionalização do direito* a Constituição, agora preocupada com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno, deixa de ser uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas e passa a incorporar de fato ao dia-a-dia dos tribunais, sendo invocada com grande frequência pelas partes e aplicada diretamente pelos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos e privados.

29 Art. 18 do ECA: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Flávio Guimarães Lauria³⁰ ressalta, ainda, transcrevendo da lição de Piero Perlingieri:

“Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, juridicamente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individualizar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários, constitucionalmente relevantes³¹.”

CONCLUSÃO

Como pudemos observar ao longo deste trabalho, os institutos ligados à guarda compartilhada, como Poder Familiar, guarda e seu conceito, as formas de famílias admitidas no ordenamento jurídico pátrio, a dissolução do vínculo conjugal, a própria guarda compartilhada, são conceitos em constantes transformações. A sociedade muda a sua concepção a respeito desses institutos através de seres humanos que, normalmente, possuem ideias contrárias à grande maioria, mas que, por terem fundamentação, acabam influenciando poucas pessoas, até que esses pensamentos se tornem fato social, e, então, o direito o reconhece.

Assim foi o que aconteceu com o divórcio, que entrou em vigor com a Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Somente em 1977, uma data relativamente recente, é que o divórcio foi permitido no Brasil. Atualmente, existem cartórios em que há mais divórcios do que casamen-

30 LAURIA, Flávio Guimarães, *in* obra citada, p. 134.

31 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis dos Direito Civil**, p. 156-157.

tos. Importante entendermos que o Código Civil de 1916, criticado por muitos operadores do direito, era preconceituoso (ex: o tratamento dispensado aos filhos havidos na constância do casamento e os decorrentes de relação extraconjugal não era o mesmo; a família advinha do casamento, o que veio a ser alterado, dando origem a uma nova concepção de família, podendo ser monoparental, união estável, entre heterossexuais ou homossexuais). Mas era preconceituoso porque a sociedade em que o Código Civil de 1916 entrou em vigor era preconceituosa. Tratava-se de uma sociedade essencialmente rural, em que a figura principal era a do senhor dono da fazenda. A mulher não era inserida no mercado de trabalho, tinha um papel subsidiário em relação ao homem. Passavam suas vidas a seguir seus maridos. Por consequência, por não trabalhar, não obter liberdade financeira, se colocavam em uma posição submissa, abaixo do homem. Ela era responsável pela criação dos filhos e o cuidado com o lar. Criou-se, então, a concepção de que a mulher é quem sabe varrer uma casa, a mulher é quem sabe cozinhar, lavar a louça. Por conta dessa evolução histórica é que o direito foi se amoldando. Naquela época, em que a mulher, supostamente, tinha maiores aptidões com o lar e com as crianças, é que ficou estabelecido que a guarda das crianças, não havendo culpa dos genitores, ficava diretamente com a mulher.

Essa postura preconceituosa não pode perdurar. Contudo, importante percebermos que é mais simples olharmos para o passado e termos a conclusão de que era um código preconceituoso, ou, que era uma sociedade preconceituosa. O difícil é fazermos o mesmo com a nossa atual sociedade. O difícil é percebermos na nossa sociedade e no nosso ordenamento jurídico vigente o que deve ser melhorado, hoje.

A guarda compartilhada representa um grande avanço na legislação familiar pátria. O cerne da discussão, quando da atribuição da guarda, passou a ser a criança e o seu melhor interesse. Antes da Lei 11.685/08 a regra era a guarda unilateral, agora, a compartilhada. Por óbvio, a saúde mental do menor passa pela presença de ambos os genitores nas tomadas de decisões cotidianas. Na presença do pai e da mãe a autoestima cresce mais calibrada. Não são poucos os relatos de crianças que alteram os seus

comportamentos quando passam por uma dissolução traumática do vínculo de seus pais. Há casos em que, após a dissolução, um dos genitores se afasta dessa criança, o que tem consequências que serão percebidas mais a diante.

Acredito que, assim como o divórcio era impensável antigamente, deve ser criada a cultura de que o filho é pra sempre, diferente da relação conjugal. Isso deve ser aplicado na prática. Os desafetos devem ser esquecidos, dando lugar à responsabilidade acordada anteriormente, de criar e desenvolver a personalidade da criança, da forma mais sadia possível.

Nesse contexto, à luz do princípio do melhor interesse da criança, a guarda compartilhada deve ser aplicada pelos juízes, até mesmo, quando não requerida pela parte. Deve ser aplicada ainda que os pais não queiram, ou mesmo que os pais não residam juntos e não tenham a melhor das relações (fazendo, neste caso, o uso da medição). É nesse contexto que defendo que a responsabilidade civil de ambos os pais deva ser solidária, uma vez que, tanto na guarda compartilhada, como na unilateral, ainda que o filho resida apenas com um dos genitores, é melhor para a criança que ela seja acompanhada, instruída, educada, por ambos os pais. A responsabilidade civil, nesse caso, nada mais é do que uma consequência do direito que as crianças têm de se desenvolverem com a presença de ambos os pais. A responsabilidade solidária representa um incentivo para que os pais criem os seus filhos, e, ainda, representa uma sanção para aqueles que se escusaram dessa obrigação.

A forma ideal de se conseguir idosos, adultos, adolescentes educados, corretos, éticos e saudáveis é começando esse desenvolvimento cedo, quando ainda são crianças. As crianças, dessa forma, representam o caminho para uma sociedade mais igualitária e humana. Elas representam o cerne do instituto mais importante de nossa sociedade, a família. Portanto, o Estado, entendendo que aquela situação concreta é caso de guarda compartilhada, deve resguardá-la. Um Estado em prol da criança é uma sociedade em prol do futuro. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira, Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais, **A Guarda Compartilhada e a Lei 11.698/08**.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay, LARRATÉA, Roberta Vieira e FILIPOUSKI, Gabriela Ribeiro. “Guarda Compartilhada: A Justiça pode ajudar os filhos a ter pai e mãe”. **Revista Juris Plenum**. Ed. Plenum - Ano VI, nº 31 - Janeiro de 2010.

BARBOSA, Águida Arruda. *Apud* VIEIRA, Cláudia Stein e GUIMARÃES, Manha Pinheiro. “Guarda compartilhada tal como prevista na Lei 11.689/2008”. *In*: **Guarda Compartilhada**. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, p. 61 — 66 e 67. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

BRITO, Leila Maria Torraca de, e GONSALVES, Emmanuela Neves. “Razões e contra-razões para a aplicação da guarda compartilhada”. *In*: **Revista dos Tribunais**, v. 886, ago. 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**, p. 191 e 192. Editora São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. 50 v. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRANZOSO, André Luís da Silva. **Guarda compartilhada: em favor de filhos e pais**. Porto Alegre, p. 52.

GOMES, Orlando. **Direito de família**, p. 395. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito de família**, p. 344. Editora São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. V. VI. Editora Saraiva, 2007. LEITE, Eduardo de Oliveira. **Famílias Monoparentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. “Guarda compartilhada: a mediação como instrumento”. *In: Guarda Compartilhada*. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado, São Paulo: Método, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto, **Código Civil comentado**, v. XVI.

MARTINS, Ronaldo Álvaro Lopes, *in Revista de Direito*, TJ-RJ. Nº 65, p. 83. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2005.

MESSIAS NETO, Francisco. “Aspectos pontuais da guarda compartilhada”. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p. 11-12, jul./set. 2009.

ROSA, Conrado P. da, citando Mário Moacyr Porto. “Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos filhos”. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 555, p. 14, jan. 1982.

SANTOS NETO. José de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1993.

SILVANA, Maria Carbonera. **Guarda de filhos - Na família Constitucionalizada**, p. 64. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”. *In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. “Guarda compartilhada: um jeito de conviver e de ser em família”. *In: Guarda Compartilhada*. Coord. Antônio Mathias Coltro e Mário Luiz Delgado. São Paulo: Método, 2009.

Da conversão de separação em divórcio diante da nova redação do § 6º, do art. 226, da Constituição da República Federativa do Brasil

Mafalda Lucchese ¹

INTRODUÇÃO

A nova redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 66 ao § 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil trouxe várias divergências quanto à sua aplicação, dentre elas a questão sobre a permanência ou não em nosso ordenamento jurídico da conversão da separação judicial em divórcio, entendendo alguns que não tem mais aplicação o artigo 35 da Lei nº 6.515, de 1977, existindo apenas o Divórcio Direto.

Ocorre que o dispositivo constitucional não pôs termo ao estado civil de separado, e os separados judicial ou extrajudicialmente, por escritura pública, não voltaram a ser casados e nem passaram a ser divorciados automaticamente.

Por outro lado, a questão acima referida, em conformidade com o entendimento que vier a ser adotado pelo aplicador do Direito, implica em distribuir-se o pedido livremente a uma das Varas de Família, nas Comarcas em que há mais de um Juízo com a mesma competência, ou distribuir-se o pedido por dependência, se proposto perante a mesma Comarca em que foi decretada ou homologada a separação.

¹Juíza de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias.

DESENVOLVIMENTO

Em nosso ordenamento jurídico, o estado civil é a situação de uma pessoa em relação ao matrimônio ou à sociedade conjugal e, os possíveis estados civis, em conformidade com a legislação pátria são[1][1]:

- 1) Solteiro: quem nunca se casou ou que teve o casamento anulado ou declarado nulo;
- 2) Casado: quem contraiu matrimônio;
- 3) Separado: quem obteve sentença que deliberou por decretar a separação judicial dos cônjuges ou realizou escritura pública lavrando a separação, não tendo ainda obtido o divórcio, pondo fim às obrigações oriundas da sociedade conjugal (deveres de coabitação, fidelidade recíproca e ao regime de bens);
- 4) Divorciado: após a homologação/decretação do divórcio judicial ou através de escritura pública;
- 5) Viúvo: pessoa cujo cônjuge faleceu.

A nova redação dada ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal apenas deixou de exigir o prazo de um ano do decreto de separação judicial para obtenção do divórcio, mas não alterou o procedimento judicial e nem retirou do ordenamento jurídico o estado civil de separado. As pessoas em tal situação não passaram a ser consideradas automaticamente divorciadas. Deve ser resguardado o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da Carta Magna e art. 6º da Lei de Introdução). Devem, ainda, ser aplicadas ao caso sub judice as regras de interpretação das Normas Jurídicas e de Direito Inter-temporal, não se podendo interpretar apenas literalmente o § 6º do art. 226 da Constituição Federal, pois conforme CELSO:

“Saber as leis não consiste em conhecer-lhes as palavras, mas sua força e poder” (Digesto, Livro 1º, Título 3º, fragmento 17).

Quanto ao método de interpretação, a mesma pode ser: gramatical (ou literal), lógica, histórica e sistemática.

A interpretação literal se refere aos elementos puramente verbais da lei, ao real significado de seus termos e períodos que informam o texto, buscando estabelecer a coerência entre o significado, ou seja, o sentido normativo da lei e os usos linguísticos.

Entretanto, a simples análise gramatical não é suficiente, podendo levar o intérprete a conclusões contrárias às diretrizes da ordem jurídica e, por tal razão, deve também ser investigada sua finalidade, o seu objetivo, a *ratio legis*. Daí a interpretação lógica, porquanto o estudo puro e simples da letra da lei conduz a resultados insuficientes e imprecisos, havendo necessidade de investigações mais amplas. Busca o intérprete, por este meio, a razão, a intenção da lei e a ocasião da lei. Tem que se indagar qual o motivo determinante do dispositivo.

Já a interpretação histórica consiste na investigação de elementos históricos remotos e próximos da lei, procurando revelar o estado de espírito dos autores da lei, os motivos que ensejaram esta, a análise cuidadosa do projeto, com sua exposição de motivos, mensagens do Executivo, debates etc.

E, finalmente, na interpretação sistemática, se confronta o dispositivo a ser interpretado com as demais normas do sistema que tratam do mesmo assunto e, até mesmo, com a própria ordem jurídica global. Parte-se do pressuposto de que uma lei não pode ser entendida isoladamente. É um processo comparativo.

Nos casos das separações judiciais ou extrajudiciais já existentes no momento em que entrou em vigor a nova redação do § 6º do artigo 226 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, trata-se de relação já exaurida, sendo um ato jurídico perfeito, que goza de proteção, não tendo a alteração da norma constitucional força para modificar uma situação jurídica perfeitamente consolidada em conformidade com as normas vigentes na época de sua constituição.

A doutrina tem sido praticamente unânime, com ROUBIER e SERPA LOPES, no sentido de que todas aquelas leis que se referem ao estado

das pessoas, principalmente às relações de família, têm aplicação imediata e geral, o que não se confunde com aplicação retroativa. Ou seja, a lei aplicar-se-á a todas as relações existentes, só não se aplicará, evidentemente, àquelas relações que já estavam exauridas antes de sua vigência.

Em regra, deve sempre prevalecer o princípio da irretroatividade das leis, não tendo efeitos pretéritos, só valendo para o futuro. Tal princípio constitui um dos postulados que dominam toda a legislação contemporânea. WALKER, citado por BARBALHO (**Constituição Federal Brasileira**, p.42) afirmava que *leis retroativas só tiranos as fazem e só escravos se lhes submetem*.

Conforme preleciona o sempre festejado Autor Prof^o. CAIO MAIO DA SILVA PEREIRA, em sua obra **Instituições de Direito Civil**, v. I. Ed. Forense, 10^a ed., p. 100:

“Fazendo-se abstração de qualquer motivo de política legislativa, e independentemente de encarar o assunto no terreno do direito positivo, o efeito retroativo da lei encontra repulsa na consciência jurídica, além de traduzir, como diz bem FERRARA, uma contradição do Estado consigo mesmo, pois que as relações e direito que se fundam sob a garantia e proteção de suas leis não podem ser arbitrariamente destituídos de eficácia.”

A nova regra constitucional se limita, simplesmente, a declarar que o casamento pode ser dissolvido pelo divórcio, nada dispondo em relação à dispensa ou não de qualquer outro requisito. Mantém-se o caráter processual, sendo necessária a aplicação do procedimento estabelecido pela legislação infraconstitucional.

O texto constitucional não revogou os dispositivos do Código Civil e da Lei nº 6.515. Tão somente deixou de exigir prazo, seja para o divórcio direto, seja para a conversão da separação em divórcio.

Cumpra esclarecer que embora alguns profissionais do direito intitulem a ação como Divórcio direto, entretanto, o nome tecnicamente correto do pedido é de Conversão de Separação em Divórcio, *ex vi* do artigo

35, da Lei nº. 6.515, que dispõe:

“Art. 35. A conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges.”

A renomada Desembargadora e Jurista MARIA BERENICE DIAS, em sua obra **Manual de Direito das Famílias**, 6ª Ed., Ed. RT, p. 319, ao comentar o tema da Conversão da Separação em Divórcio, preleciona:

“Com o fim da separação, a ação de conversão em divórcio irá desaparecer, na medida em que ocorrer a conversão de todas as separações que foram decretadas antes da sua extinção. No entanto, a exigência temporal de um ano do art. 1.580 do CC simplesmente vai desaparecer. Os separados judicialmente ou separados de corpos, por decisão judicial, podem pedir a conversão da separação em divórcio sem aguardar o decurso de qualquer prazo. Enquanto isso, devem continuar a se qualificarem como separados, apesar de o estado civil que as identifica não mais existir. Mas enquanto se mantiverem separados, nada impede a reconciliação, com o retorno ao estado de casado (CC 1.577)”.

Assim, em tendo sido decretada ou homologada a separação judicial previamente, o pedido de Divórcio deve ser distribuído por dependência, quando na mesma Comarca, tendo aplicação o disposto no parágrafo único do art. 35 da Lei nº. 6.515, que dispõe:

*“Art. 35. ...
Parágrafo único. O pedido será apensado aos autos da separação judicial (art. 48)”*

O Prof^{or}. LUIZ RODRIGUES WAMBIER, na obra por este coordenada, intitulada de **Curso Avançado de Processo Civil**, v. I. 8ª ed., Editora RT, p. 40, preleciona:

*“São garantias como a do devido processo legal, **do juiz natural**,” (grifei) “da indelegabilidade e indeclinabilidade da jurisdição, da ampla defesa, do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais, da razoável duração do processo, dentre outras tantas, igualmente previstas na Constituição Federal, que garantem aos cidadãos do Estado e às pessoas em geral o direito de acesso às decisões judiciais”.*

O art. 5º, LIII, da Constituição Federal, estabelece que *“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”*. E repita-se, a Lei 6.515, no parágrafo único do art. 35, estabelece que *o pedido será apensado aos autos da separação judicial*.

Por outro lado, através do PROVIMENTO CGJ Nº 25/2011, o Desembargador ANTÔNIO JOSÉ AZEVEDO PINTO, Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no exercício das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso XX do artigo 44 do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, deu nova redação ao art. 31, da Consolidação Normativa da Corregedoria Geral da Justiça (parte judicial), que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 31. Ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei, os feitos ajuizados serão distribuídos igualmente entre os Juízos e Ofícios de Registro de Distribuição, obedecido o critério de compensação.

...

§ 6º. Na hipótese de petição inicial de conversão de separação em divórcio, acompanhada da certidão de casamento contendo a averbação da separação, em que fique comprovado que o Juízo prevento tem sede na mesma Comarca, a distribuição por dependência será feita independentemente de decisão judicial e de ofício.”

Ora, caso não mais existisse a Conversão de Separação em Divórcio, não haveria necessidade de regulamentação da distribuição por dependência

de tal pedido pela Consolidação Normativa da Corregedoria da Justiça.

Acrescente-se que somente os Estados podem legislar sobre normas de organização Judiciária, nos termos e a *contrario sensu* do art. 22, XVII, da Constituição Federal.

Ressalte-se que o órgão julgador está adstrito aos limites objetivos do pedido, nos termos dos arts. 128 e 460 do Código de Processo Civil.

Leciona o Prof^or. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em sua obra **O Novo Processo Civil Brasileiro**, Ed. Forense, 1997, 19^a. ed., que:

*“Através da demanda, formula a parte um pedido, cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual é lícito ao Órgão Judicial decidir a lide (art. 128). Ao proferir a Sentença de Mérito, o Juiz acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido do autor (art. 459, 1^a parte). Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem em quantidade superior ou objeto diverso do que se pediu (art. 460). É o princípio da Correlação (ou da Congruência entre o pedido e a Sentença (**Ne Eat Iudex Ultra Vel Extra Petita Partium**), só afastável ante exceção legal expressa”.*

Ensina ainda o autor acima referido que inexistem *nomem iuris* da ação, existindo sim, ações de Conhecimento, Cautelar, de Execução etc. (ob. citada).

Acrescente-se, ainda, que, conforme o renomado jurista ENRICO TULLIO LIEBMAN, em sua obra **Manual de Direito Processual Civil**, Ed. Forense, 1984, volume I, p. 56, *in verbis*:

“A competência é um pressuposto processual, ou seja, requisito de validade do processo e dos seus atos, no sentido de que o Juiz sem competência não pode realizar atividade alguma e deve apenas declarar sua própria incompetência.”

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já decidiu a respeito, conforme acórdão a seguir, transcrevendo o voto integralmente em razão da abrangência minuciosa em relação às divergentes questões surgidas sobre a matéria:

“DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 0003346-71.2011.8.19.0000. SUSCITANTE: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE DUQUE DE CAXIAS. SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DE DUQUE DE CAXIAS. RELATOR: DES. HELENO RIBEIRO PEREIRA NUNES. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. 1) Inobstante a recente modificação introduzida pela Emenda constitucional nº 66/2010 venha provocando extensa discussão acerca da extinção ou não do instituto da separação judicial, no pertinente aos já separados quando da edição da referida emenda, entende a maioria dos doutrinadores que a hipótese é de conversão da separação em divórcio, circunstância que atrai a aplicação do artigo 35 da Lei 6.515/77. 2) Disto se extrai que a competência para processar e julgar a ‘conversão de separação em divórcio’ postulada pelos ora interessados é do Juízo da 3ª Vara de Família de Duque de Caxias, por onde tramitou a separação judicial. 3) Conflito do qual se conhece para fixar a competência do Juízo suscitante para processar e julgar a conversão da separação judicial em divórcio requerida pelos ora interessados.

ACÓRDÃO. Acordamos Desembargadores que integram a Décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça, por unanimidade, em conhecer do presente conflito e fixar a competência do Juízo suscitante para processar e julgar a conversão da separação em divórcio requerida pelos ora interessados.

Trata-se de conflito negativo de competência, sendo suscitante o

Juízo de Direito da 3ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias e suscitado o Juízo de Direito da 1ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias. Afirma o suscitante, em apertada síntese, que o pedido inicial é de divórcio direto e não de conversão de separação em divórcio. Entende, por essa razão, que não há prevenção ou conexão com o processo findo de separação judicial que tramitou naquele Juízo, pelo que, em consequência, é competente para apreciar o pedido aquele que couber por livre distribuição, no caso, o Juízo suscitado.

Instado a apresentar as cópias necessárias ao exame do conflito, o Juízo suscitante fez acostar os documentos de fls. 34/56.

Em suas informações, o Juízo suscitado sustenta ser competente o suscitante, uma vez que, conforme consulta ao sistema informatizado deste Tribunal, verifica-se a existência de Separação Judicial homologada pelo Juízo da 3ª Vara de Família daquela Comarca, ora suscitante. Entende, assim, que tem aplicação o artigo 35, da Lei 6.515/77 que dispõe: Artigo 35 – A conversão da separação judicial em divórcio será feita mediante pedido de qualquer dos cônjuges. Parágrafo único: O pedido será apensado aos autos da separação judicial (art. 48). Destaca, ainda, que, ao contrário do que afirmou o Juízo suscitante, não houve alteração do pedido formulado pelas partes, o qual tem por finalidade a obtenção do divórcio, nada obstante não se lhe tenha dado a correta denominação que é ‘Conversão de Separação em Divórcio’. O Ministério Público opinou no sentido de que seja fixada a competência do Juízo suscitante, conforme se colhe do parecer de fls. 63/66. É o relatório. Passo a votar. Nada obstante a modificação introduzida pela Emenda Constitucional 66/2010, que suprimiu o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou a exigência de separação fática por mais de dois anos para a concessão do divórcio, tenha suscitado extrema celeuma acerca extinção ou não da separação judicial, no pertinente aos já separados judicialmente, antes da edição da referida emenda, a questão não guarde grande controvérsia. É que, mesmo aqueles

que afirmam ter sido abolido o instituto da separação judicial, entendem que o estado civil “separado judicialmente” não deixou de existir, porquanto não há qualquer lógica em simplesmente transformar, de modo automático, os separados judicialmente em divorciados, já que houve um processo regular de separação judicial e não de divórcio. Nesta ordem de ideias, pode-se afirmar que, em que pese o patrono das partes interessadas tenha nominado a ação simplesmente de ‘divórcio consensual’, na verdade, o caso é de ‘conversão de separação em divórcio’, não havendo falar-se em ‘mudança de pedido’. Deveras, não se pode considerar que os interessados ostentam hoje o estado civil de separados. Portanto, não poderiam simplesmente pleitear o divórcio, ignorando a sua condição atual. A discussão, repita-se, ainda está em fase de maturação, ante a proximidade da alteração perpetrada. No entanto, a renomada jurista Maria Berenice Dias já se pronunciou acerca do tema, sendo pertinente transcrever o trecho destacada nas informações do Juízo suscitado. Confira-se: “Com o fim da separação, a ação de conversão em divórcio irá desaparecer, na medida em que ocorrer a conversão de todas as separações que foram decretadas antes da sua extinção. No entanto, a exigência temporal de um ano do art. 1.580 do CC simplesmente vai desaparecer. Os separados judicialmente ou separados de corpos, por decisão judicial, podem pedir a conversão da separação em divórcio sem aguardar o decurso de qualquer prazo. Enquanto isso, devem continuar a se qualificarem como separados, apesar do estado civil que as identifica não mais existir. Mas, enquanto se mantiverem separados, nada impede a reconciliação, com o retorno ao estado de casado (CC 1.577)”. Muito pertinente também é a colocação ministerial assim expressa: “A alteração do sobredito dispositivo constitucional não autoriza, contudo, a ilação de que se aboliu a ação de conversão de separação em divórcio, já que esta se mantém imprescindível para a regularização do estado civil daqueles que se separaram judicialmente antes do advento da EC 66/2010”. Nessa linha de raciocínio, se o pedido

deve ser considerado como 'conversão de separação em divórcio' (ainda que tecnicamente não tenha sido assim veiculado), tem incidência o artigo 35 supra referenciado, pelo que é competente o Juízo pelo qual tramitou a separação judicial, no caso, o Juízo suscitante. Note-se que, todavia, para o deferimento do pedido, considerando que a emenda constitucional em testilha já está em vigor, não mais será necessário o cumprimento do prazo anteriormente previsto no § 6º, do artigo 226, da Constituição da República. Ante o exposto, voto no sentido de se conhecer do conflito e fixar a competência do Juízo suscitante, a 3ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias para processar e julgar a conversão da separação judicial em divórcio requerida pelos ora interessados”.

Para os que entendem que não mais subsiste no ordenamento jurídico de nosso país a separação judicial ou extrajudicial, o divórcio indireto não mais existe a partir da vigência da nova redação do § 6º do artigo 226 da Carta Magna, porém para aqueles que se encontravam apenas separados judicial ou extrajudicialmente, por escritura pública, mesmo que venha a se pacificar o entendimento jurídico no sentido de ter sido abolida a separação judicial ou extrajudicial, persiste a necessidade de se converter a separação em divórcio para os que desejem alterar o respectivo estado civil para divorciado, apenas não mais se exige o decurso do prazo de um ano da separação, seja judicial ou extrajudicial.

O professor FLÁVIO TARTUCE, em sua obra **Manual de Direito Civil**, volume único, 2ª Ed., Editora Método, ano 2012, p. 1.121, esclarece:

“Em suma, o art. 1.580 do Código Civil está revogado, pois não recepcionado pelo novo Texto Constitucional. Perdeu sustento o § 1º. do comando, pelo que a conversão em divórcio seria concedida sem que houvesse menção à sua causa. Isso porque não existe mais no sistema a citada conversão, a não ser para o caso de pessoas já separadas juridicamente” (grifei).

A distribuição por dependência evita que seja necessária a extração de cópias das peças dos autos da separação para instruir o pedido de conversão em divórcio, porquanto, embora o art. 1.581 do Código Civil dispense a prévia partilha de bens para a decretação do divórcio, *torna-se necessário ter-se conhecimento de sua existência ou não, pois há consequências de tal ato, a saber:*

1) no caso de novo casamento, sem partilha ou sem que expressamente conste do divórcio a inexistência de bens, este terá que ser contraído sob o regime obrigatório da separação de bens, conforme artigos 1.523, III, c/c 1.641, do Código Civil;

2) na hipótese do regime obrigatório da separação de bens, o cônjuge sobrevivente não terá direito à sucessão legítima, *ex vi* do disposto no art. 1.829, I, do Código Civil;

3) o esclarecimento e comprovação da existência de bens também se faz necessário a fim de ser dado cumprimento à Resolução CGJ nº 12, de 20-09-2004, publicada no D.O. de 23-09-2004, p. 81, que acrescenta o parágrafo único ao art. 230 da Consolidação Normativa da Corregedoria-Geral da Justiça, com a seguinte redação:

“Art. 230 -

Parágrafo único - Se se tratar de carta de sentença ou mandado de averbação expedidos em ação de divórcio ou separação judicial, neles deverá constar a informação acerca da existência ou não de bens a partilhar, e em existindo, se a partilha já foi realizada, informação esta que deverá ser anotada no livro próprio do competente cartório do registro civil de pessoas naturais, devendo este último fazer constar tais dados das respectivas certidões, no espaço destinado a ‘observação’.”

Tal Resolução teve por finalidade agilizar o procedimento de habilitação de casamento daqueles já divorciados, para que possa ser verificado o regime de bens a ser adotado, sem necessidade de desarquivamento do processo de divórcio.

CONCLUSÃO

Tendo em vista que persiste no ordenamento jurídico o estado civil de separado(a) para aqueles(as) que tiveram a separação judicial decretada ou homologada antes da vigência da nova redação dada ao § 6º do artigo 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, necessário o procedimento judicial pertinente à conversão da separação em divórcio para o(a) que pretende alterar o respectivo estado civil para divorciado(a), distribuindo-se o pedido por dependência ao processo de separação judicial, se tramitar perante a mesma Comarca, apenas não se exigindo mais o período de um ano de separação de fato. A competência para o julgamento de tais pedidos, os quais visam à obtenção do divórcio, alterando assim o estado civil anterior de separado não é questão de direito material, mas processual. ♦

REFERÊNCIAS

DIAS, MARIA BERENICE DIAS, **Manual de Direito das Famílias**, 6ª Ed., Ed. RT, 2010.

LIEBMAN, ENRICO TULLIO LIEBMAN, **Manual de Direito Processual Civil**, v. I, Ed. Forense, 1984.

MOREIRA, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 19ª.ed. Editora Forense, 1997.

PEREIRA, CAIO MAIO DA SILVA PEREIRA, **Instituições de Direito Civil**, v. I. 10ª. ed., Editora Forense.

TARTUCE, FLÁVIO TARTUCE, **Manual de Direito Civil**, volume único, 2ª. ed., Editora Método, ano 2012.

WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, **Curso Avançado de Processo Civil**, v. I., 8ª. ed., Editora RT.

WIKIPÉDIA, internet.

Família do Século XXI – Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

Marcos Borba Caruggi¹

INTRODUÇÃO

No limiar do século XXI, verifica-se uma profunda mudança na formação clássica da família ensejando o crescimento de arranjos familiares que, em um passado recente, revelavam-se minoritários no contexto da sociedade brasileira.

Nesse diapasão, é fundamental que os magistrados estejam preparados para absorver essa nova gama de questões que estão começando a eclodir na seara do Direito de Família, valorizando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, de índole, inclusive, constitucional.

No dia 26 de agosto de 2012, o jornal **O Globo**, 2.^a edição, p. 39, trouxe matéria intitulada “‘Pai, mãe e filhos’ já não reinam mais nos lares”, na qual, valendo-se de dados estatísticos do IBGE, revela que, em 2010, as famílias tradicionais, ou seja, casais com filhos, representam 49,9% dos arranjos familiares, enquanto o referido percentual no ano de 1991 representava 75%. Em 2010 já se verificam 16% de casais sem filhos, 15,5% de mulheres sozinhas com filhos, 12,2% de homens ou mulheres morando sozinhos, 2,3% de homens sozinhos com filhos e 4,1% de outros tipos de arranjos familiares.

O Direito de Família é um direito que interessa sobremaneira a toda sociedade, bastando para tanto ver alguns temas que, com frequência, são

¹Juiz de Direito da 4^a Vara de Família do Fórum Regional do Méier.

veiculados na mídia, tais como guarda compartilhada, alienação parental, união estável e divórcio, temas esses que inclusive serão objeto de análise no presente trabalho.

O ilustre palestrante, o Desembargador Federal Guilherme Calmon, informa que atualmente a sociedade está numa fase em que prepondera o fator instintivo. É a fase da autenticidade. É a fase na qual ganha relevo ainda a proteção da criança e do adolescente.

É evidente que este trabalho nem de longe tem a pretensão de exaurir temas tão amplos, buscando apenas trazer alguns aspectos merecedores de reflexão.

Por oportuno, cumpre mais uma vez parabenizar a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro que, novamente, brindou magistrados, operadores do direito e demais interessados com tão relevante curso, dotado de ótimos palestrantes e apresentando grande atualidade nos temas enfocados.

GUARDA COMPARTILHADA - COMENTÁRIOS

A Lei n.º 11.698/2008, modificando os artigos 1.583 e 1.584 do Código Civil, veio a introduzir a guarda compartilhada no ordenamento jurídico brasileiro, mantendo, entretanto, a possibilidade da guarda unilateral, guarda essa que, inclusive, ainda é majoritariamente adotada nos casos concretos, como se verifica do cotidiano das varas de família.

Na boa lição do ilustre professor Rolf Madaleno²:

“...Esta guarda monoparental na hipótese de fragmentação da convivência dos pais ainda é o modelo tradicional, e através desta modalidade os filhos permanecem sob os cuidados e sob a orientação de apenas um dos pais, escolhido de comum acordo pelos genitores ou por decorrência de uma decisão judicial...”

2 Madaleno, Rolf. **Novos Horizontes no Direito de Família**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2010, p. 210.

Por outro lado, prosseguimento a lição do insigne professor antes citado³:

“... A guarda compartilhada reconhece e põe em prática os princípios da isonomia entre o homem e a mulher e o do superior interesse da criança. Compartilhar a custódia dos filhos não significa repartir o tempo que a prole passa com cada um dos seus pais, como ocorre na guarda alternada, nem tampouco representa alternar a moradia dos filhos entre a casa do pai e a residência da mãe, mas significa unicamente que os filhos terão garantidos o direito de se relacionarem em igualdade de condições com ambos os genitores equilibrando o poder familiar...”

Neste sentido, a ilustre palestrante Dr.^a Cláudia Stein Vieira destacou a circunstância de que guarda compartilhada diverge de guarda alternada e lembrou ainda que guarda compartilhada não se resume tão somente a questões decisórias na vida dos filhos.

Lamentavelmente ainda não se difundiu plenamente o exato conceito do que seja guarda compartilhada, não sendo raras as confusões com guarda alternada.

Não é incomum deparar-se nas varas de família com pretensões de guarda compartilhada que têm tão somente o escopo de elidir o pagamento de uma pensão alimentícia. Da mesma forma, pode a guarda compartilhada ser utilizada de forma indevida por um dos genitores objetivando impedir a mudança de domicílio do outro genitor. Mais uma vez, tal fato foi detectado pelo ilustre professor Rolf Madaleno que leciona⁴:

“... Porém, a pretensão à guarda compartilhada pode estar simplesmente municiando o poder de negociação dos pais quando é utilizada para tentar impedir as mudanças de domicílio, em especial para o exterior, ou pior ainda, quando atija a possibilidade de eliminação do pagamento de pensão alimentícia...”

3 *Opus citatum*, p. 211.

4 *Opus citatum*, p. 217 a 219.

É fato que, muito embora sejam ainda minoritárias as decisões judiciais de guarda compartilhada, não se pode deixar de reconhecer vantagens na sua previsão legal no ordenamento jurídico.

Ocorre que, para que a mesma seja efetivada na prática, é necessário que haja um diálogo franco e respeitoso na relação do ex-casal. É preciso que os genitores entendam que a relação que se passou entre eles não pode e não deve afetar os filhos. É mister o amadurecimento suficiente dos progenitores para entenderem que, com certeza, os grandes prejudicados são seus próprios filhos.

Se as condições mínimas estiverem presentes entre os genitores, com certeza torna-se possível a implementação da guarda compartilhada, com inquestionável vantagem para todos. Não haverá mais no que se refere aos filhos a ideia de vencedor e vencido, e os filhos terão o amplo direito de convívio com seus pais.

Os genitores, por sua vez, se tornarão conjuntamente responsáveis pela vida dos filhos, com grande participação de ambos, e propiciarão um saudável desenvolvimento a seus filhos.

A separação do casal não deve afetar a relação dos genitores com os filhos.

É importante que não haja a eternização dos conflitos de uma relação finda, pois tal acirramento do conflito é prejudicial aos próprios genitores e seus filhos.

Recentemente, de matéria veiculada no jornal **O Globo**⁵ sob o título ‘O afeto é que importa’ se pode extrair o seguinte texto:

“... Para esses adolescentes identificados na pesquisa, a máxima de que é melhor os pais estarem separados do que vivendo juntos e brigando deveria sofrer mudanças.

- Eles querem que os pais, mesmo separados, se deem bem. Essa boa relação influencia os seus hábitos e comportamentos – afirma Tatiana Soter, diretora de Planejamento de Quê...”

5 2.ª edição. Domingo, 09/09/2012, p. 13.

Ora, ainda que os pesquisados fossem de adolescentes de 13 a 17 anos, das classes A, B e C, é importante ter noção do como a sociedade está mudando rápido e da esperança que isso representa, de que a guarda compartilhada que hoje ainda é um instituto pouco utilizado na prática possa em um futuro próximo ter larga utilização em nosso meio.

Para tanto, a educação e a disseminação de valores que preservem a dignidade humana é fundamental.

ALIENAÇÃO PARENTAL

Outro tema que tem ganhado relevância nas lidas de família refere-se à questão da alienação parental erigida à condição de crime através da Lei n.º 12.318/10.

Nesse sentido, é bom ressaltar mais uma vez a palestra da Ilustre Dr.^a Cláudia Stein Vieira, proferida no curso “Família do Século XXI”, na qual alerta para a diferença entre a Síndrome da Alienação Parental e as tentativas de Alienação parental, lembrando que, para a incidência da Síndrome, é necessária que a alienação se manifeste na criança.

Tal esclarecimento é importante porque hoje são inúmeros os casos que começam a surgir no Judiciário com alegações de alienação parental, que nada mais são que meras ilações decorrentes até mesmo de uma animosidade que possa existir em uma relação não suficientemente resolvida entre os ex-cônjuges.

A palestrante acima mencionada indica a mediação como um mecanismo para buscar aplacar os sentimentos negativos que possam restar ao final de uma relação entre os pais. Isso é importante não só pelos genitores, mas também porque, por vezes, nem os filhos são poupados deste conflito.

Posto isso, é relevante definir o que devemos entender como sendo Síndrome de Alienação Parental. A ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias⁶ conceitua Síndrome de Alienação Parental como sendo:

6 Berenice Dias, Maria. **Incesto e Alienação Parental**. 2.^a edição, IBDFAM. Editora dos Tribunais 2010.

“... um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição. Em outras palavras, consiste num processo de programar uma criança para que odeie um de seus genitores sem justificativas, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor.”

A Dr.^a Claudia Stein Vieira ressaltou, nessa mesma linha de raciocínio, que em determinadas guardas é possível um genitor inculcar falsas memórias na cabeça de uma criança adotando prática similar a que ocorria na Alemanha nazista de Hitler, em que a “mentira dita muitas vezes se torna verdade.” É lógico que essa não é a única forma de alienação parental, existindo diversas outras possibilidades para o genitor alcançar seu intento, sempre, contudo, tendo como escopo a desqualificação do outro genitor.

Enfocou também que, no seu entender, a modificação da guarda abrupta não é uma boa opção feita pela lei.

O inciso V, do art. 6.º da Lei n.º 12.318/10 prevê a possibilidade do Juiz “...determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão...”.

Deflui do acima exposto uma enorme responsabilidade aos Magistrados, que devem procurar atuar com equilíbrio e utilizando-se da ajuda de profissionais de outras áreas e que tenham larga experiência no tema, tarefa árdua, visto que poucos são os profissionais capacitados para efetivamente detectar uma alienação parental e orientar, do ponto de vista psicológico, a melhor conduta a ser trilhada.

Assim sendo, embora a lei em questão tenha representado uma evolução e uma necessidade, há muito por fazer, pois existe uma grande carência de profissionais especializados para apoiar e ajudar com estudos técnicos os magistrados em suas decisões nesta seara da alienação parental.

Ora, basta a simples transcrição do § 2.º do art. 5.º da lei em comento para se perceber como estamos carentes de profissionais na área de alienação parental, não obstante os louváveis esforços trilhados por alguns profissionais. Dita o referido parágrafo o seguinte: “... A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de alienação parental...”.

Uma das principais tarefas no momento no campo da alienação parental é, portanto, disponibilizar técnicos com amplo conhecimento na questão da alienação parental.

UNIÃO ESTÁVEL

Dispõe o § 3º do art. 226 da Carta Política que “... Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento...”

Por outro lado, o art. 1.723 do Código Civil dispõe estar “reconhecida como entidade familiar a união entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

Inolvidável do ponto de vista histórico os avanços da jurisprudência dos tribunais superiores. Apenas como exemplo, tem-se o Recurso Extraordinário n.º 34.969, de 29/10/1976, que teve como Relator o Ministro Cordeiro Guerra, recurso esse mencionado na palestra proferida pelo ilustre Desembargador Marcos Aurélio Bezerra de Mello e no qual se verifica da ementa o seguinte:

“...I – A sociedade de fato, e não a convivência more uxório é o que legitima a partilha dos bens entre os concubinos. Julgado que nega a existência da sociedade entre os concubinos; face à prova dos autos, não discrepa da Súmula 380. RE não conhecido – Súmula 279.

II- A jurisprudência tem admitido, em casos especiais, serem in-

denizáveis os serviços prestados pela concubina ao amásio durante o período da vida em comum, desde que demonstrados, pois, quem pede o mais pede o menos.

Provido o segundo recurso, em parte, para assegurar a indenização dos serviços domésticos e de natureza social com reflexos comerciais, prestados pela concubina em favor do amásio, conforme se apurar em execução.”

Portanto, no ano de 1976, o nosso Tribunal Constitucional admitia à concubina indenização por serviços domésticos prestados.

Após, evolui-se a uma fase onde se admite a indenização por serviços prestados à sociedade de fato no concubinato puro e, finalmente, é através da Constituição de 1988 que a família em seu sentido amplo passa a ter especial proteção do Estado.

Para que se possa entender a questão da união estável é importante que sejam apreciados os seus requisitos de ordem objetiva e subjetiva.

Os elementos objetivos dizem respeito à diversidade de sexo (questão que hoje ganha novos contornos), à estabilidade, à publicidade e à inexistência de impedimentos legais para o casamento. Já o elemento subjetivo, que é único e fundamental, cinge-se ao ânimo de constituir família, ou seja, o que se denomina *animus familiae*.

Iniciando pelo requisito subjetivo, pode se dizer que é tarefa árdua do Magistrado, por vezes, a extração da real vontade dos conviventes em constituir família.

O professor Rolf Madaleno⁷ sugere que:

“... Pretender constituir família, à semelhança do casamento, em plena comunidade de vida, é realizar, em conjunto, o propósito de viver um pelo outro, estando ambos os conviventes despojados de outras relações...”

⁷ *Opus citatum*, p. 115.

Já o professor Cristiano Chaves de Farias⁸ leciona que:

“..Por isso, sem a pretensão de esgotar as (múltiplas) possibilidades, é possível detectar a união estável, dentre outras hipóteses, através da soma de projetos afetivos, pessoais e patrimoniais, de empreendimento financeiro com esforço comum, de contas conjuntas bancárias, declarações de dependência em imposto de renda, em planos de saúde, e em entidades previdenciárias, a frequência a eventos sociais e familiares, eventual casamento religioso(o chamado casamento eclesiástico) etc...”

Portanto, o elemento subjetivo, que é essencial, é de difícil aferição, impondo ao julgador valer-se de um conjunto probatório robusto para verificar se determinar relação tinha caráter de união estável ou não. Não há como adentrar nos mais íntimos sentimentos das pessoas envolvidas, mas, por certo, é possível a verificação dos elementos que conferem um substrato necessário para o reconhecimento da alegada união.

Posta a questão do elemento subjetivo, passa-se à análise dos elementos objetivos.

O primeiro cinge-se à diversidade de sexo.

Não há como se falar neste requisito sem mencionar a recente decisão do nosso STF, em Acórdão unânime na ADIN n.º 4277/DF, que teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, publicado em 14/10/2011, sendo interessante trazer à colação parte do voto do Ministro Relator e cujo teor é o seguinte:

“... A Constituição não interdita a família por pessoas do mesmo sexo.... Aplicabilidade do § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados... Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e consequências da união estável heteroaferiva.”

⁸ *Opus citatum*, p. 519.

Efetivamente, a mais recente decisão do STF que deu interpretação em franca valorização da dignidade humana e dos diversos princípios e garantias fundamentais carreados no bojo da própria Carta Magna, é elogiável na medida em que tutelou juridicamente entidades familiares homoafetivas e que se encontravam desamparadas dos direitos fundamentais.

Nesse diapasão, vale trazer à colação o seguinte trecho doutrinário⁹:

“... Realmente não se poderia conceber um tratamento mesquinho das uniões homoafetivas, como meras sociedades de fato, repercutindo, apenas, no âmbito das relações obrigacionais. Seria um verdadeiro atentado contra os direitos humanos, pois estaria se reduzindo a relação entre dois seres humanos a efeitos, tão somente, no espaço patrimonial..”

Como se verifica da análise a seguir, a questão hoje não obedece aos padrões sociais de outras épocas. Na atualidade, na boa lição de Cristiano Chaves de Farias¹⁰:

“... Efetivamente, a união de pessoas homossexuais poderá estar acobertada pelas mesmas características de uma entidade heterossexual, fundada, basicamente, no afeto e na solidariedade. Sem dúvida não é diversidade de sexo que garantirá a caracterização de um modelo familiar, pois a afetividade poderá estar presente mesmo nas relações homoafetivas...”

Não se pode deixar de reconhecer que há respeitável corrente doutrinária defendendo a impossibilidade de caracterização de união estável entre homossexuais, bastando lembrar o professor Carlos Roberto Gonçalves para quem a diversidade de sexos é requisito natural, reputan-

9 De Freitas, Cristiano Chaves e Rosenvald, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Editora JusPodivm. Edição 2012, p. 523.

10 *Opus citatum*, p. 520.

do como inexistente as uniões homossexuais para quais caberia apenas uma regulamentação no campo do direito obrigacional.

Para o ilustre doutrinador Rainer Czajkowski, a relação homoafetiva agride a ideia de família num dos elementos que lhe é mais próprio.

De qualquer forma, ante a valoração do afeto, a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana, o novo entendimento do STF, evidencia-se claramente que não há mais como ignorar as mudanças apegando-se a conceitos mais tradicionais. Não se trata de diminuir tais conceitos, e sim de entender que há uma nova realidade que perpassa pela valorização da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, vale transcrever o Desembargador Nagib Slaib Filho¹¹:

“O conceito de família vem evoluindo no ordenamento jurídico brasileiro e de outras nações, principalmente em decorrência de mudanças sociais que não cessam de aceleradamente ocorrer, de novas modalidades de grupos familiares que vêm se formando, estabelecendo novos valores e acepções de vida. Nesse contexto, o legislador, o magistrado, jurista e demais operadores do Direito não podem ignorar os fatos sociais que, através dos valores que propagam, vêm influenciar no surgimento de diferentes regras de vida, novos costumes no seio da sociedade, impondo-se uma constante oxigenação das normas jurídicas, através de sua atualização e adequação aos comportamentos sociais em voga. Como dizia Jacques Cruet, não são as leis que mudam a realidade, e sim a realidade que modifica as leis...”

Ao exigir o requisito da estabilidade, o que pretendeu a lei foi não tutelar simples relações efêmeras ou transitórias como uniões de caráter estável. Historicamente, como ensina o preclaro Professor Rolf Madaleno, era usual a exigência de um período mínimo de duração dos

11 <http://www.nagib.net>. “União Homoafetiva como Entidade Familiar.” Adicionado em Quinta, 20 Outubro 2011 18:43. por Nagib Slaibi Filho.

relacionamentos. Tal exigência, contudo, estava muito mais relacionada a questões do direito securitário e da previdência social. Atualmente, contudo, a questão da estabilidade tem um cunho casuístico, visto que foi conferido aos tribunais a aferição da existência da estabilidade em uma determinada relação.

Neste aspecto, ensina Cristiano de Chaves Farias¹² o seguinte:

“Confere-se, então, ao intérprete, casuisticamente, a tarefa de verificar se a união perdura por tempo suficiente para a estabilidade familiar. E percebe-se que o traço caracterizador da estabilidade é a convivência prolongada no tempo, durante bons e maus momentos, a repartição das alegrias e tristezas experimentadas reciprocamente, expectativa criada entre ambos de alcançar projetos futuros comuns...”

Com relação ao requisito objetivo da publicidade, implica dizer que a união estável deve ser pública, ou seja, os conviventes comportam-se no seio social como se casados fossem. Não é razoável situações esdrúxulas, como, por exemplo, a circunstância dos conviventes se apresentarem perante determinado grupo social como se casados fossem, e perante outro segmento social como se vivessem uma relação proibida.

Importante destacar que, ao se impor como requisito o caráter público, não se está com isso exigindo dos conviventes nada além da forma de atuar de qualquer casal, o que implica dizer que podem levar uma vida discreta, pois os conviventes são pessoas com personalidades e características próprias, alguns mais tímidos, outros mais extrovertidos. O que não se aceita é a dissimulação, a clandestinidade.

A questão da inexistência dos impedimentos legais para o casamento, como outro requisito para a união estável, é corolário lógico de que o nosso regime e todo o arcabouço legal e ordenamento jurídico é monogâm-

¹² *Opus citatum*, p. 523.

mico. Assim sendo, perfeitamente compreensível que os impedimentos para o casamento do art. 1.521 também se apliquem à união estável, consoante § 1º do art. 1.723 do Código Civil.

Situação, contudo, que tem gerado reflexão refere-se ao fato de que, no caso da pessoa casada se achar separada judicialmente ou mesmo de fato, não haverá impedimento para a constituição de uma união estável, não se aplicando o impedimento do art. 1.521, inciso VI, do Código Civil. O mesmo não ocorrerá, entretanto, com relação à possibilidade de um pessoa casar-se novamente, sem antes dissolver o vínculo matrimonial.

Apenas para finalizar a questão da união estável, cumpre tecer breves comentários acerca da coabitação

Com relação à coabitação, é certo que a mesma, para fins de reconhecimento de união estável, é a regra e não a exceção. Isso não significa, obviamente, que a questão da coabitação não possa ser mitigada de acordo com a situação ou o caso concreto que se apresente. O próprio STF já sedimentou entendimento através da Súmula 382, cujo teor é o seguinte: “A vida em comum sob o mesmo teto ‘more uxorio’, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

DO DIVÓRCIO

A ilustrativa palestra proferida pelo procurador de Justiça José Maria Leoni sobre os efeitos da Emenda Constitucional 66/2010 e seus reflexos no Direito de Família mostrou o quanto acirrada do ponto de vista doutrinário têm sido as discussões com relação a temas como a manutenção da separação no ordenamento jurídico pátrio, a relevância ou não da discussão da culpa, brindando ainda os presentes ao curso com posicionamentos de doutrinadores de alta respeitabilidade no meio jurídico e indicando diversos julgados que têm se apresentado no nosso Tribunal de Justiça.

Historicamente, podemos dizer que foi longo o caminho percorrido até chegarmos ao estágio que nos encontramos hoje, o qual inclusive

mereceu elogios do Palestrante Dr. Paulo Lins e Silva, face aos avanços do nosso arcabouço legal que coloca o Brasil ao lado de países com legislações bastante evoluídas.

O Brasil, no que tange ao divórcio, passou por diversas fases. Merece menção do ponto de vista histórico a primeira fase, que seria a da ausência absoluta de possibilidade da dissolução do vínculo matrimonial, até alcançar outra etapa histórica com o advento da Lei 6.615 de dezembro de 1977, lei essa que trouxe finalmente a possibilidade jurídica do divórcio, desde que precedida da separação judicial como requisito prévio. Em seguida, houve a promulgação da Constituição da República de 1988, ampliando a possibilidade do divórcio quer pela conversão da separação judicial quer pelo simples exercício direto após prévia separação de fato por mais de dois anos. Por último, tem-se o divórcio como simples exercício de um direito potestativo, surgido através da Emenda Constitucional n.º 66/2010.

Antes de prosseguirmos na questão específica da Emenda Constitucional e alguns dos seus reflexos, cumpre salientar, conforme dito pelo ilustre procurador de Justiça José Maria Leoni, que a Constituição de 1988 representou uma verdadeira mudança de paradigmas, cabendo lembrar que equiparou filhos legítimos a ilegítimos, dignificando o ser humano e eliminando ranços de preconceitos arraigados na sociedade.

Questão que merece abordagem pertine à manutenção ou não da separação judicial.

Para respeitáveis exegetas como a ilustre Desembargadora Maria Berenice Dias, o promotor de justiça Cristiano Chaves de Farias, o mestre Rolf Madaleno, os juízes Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, dentre outros, a separação não mais subsiste. O próprio palestrante e procurador de Justiça José Maria Leoni entende ser desnecessária a separação em razão da ausência de efeitos jurídicos.

O Professor Cristiano Chaves de Farias¹³ informa que:

13 *Opus citatum*, p. 409.

“... É possível, então, extrair algumas conclusões lógicas e imperativas decorrentes do novo Texto Magno:i) a extinção da separação, judicial ou em cartório ii) superação dos prazos estabelecidos para o divórcio(sendo possível o divórcio mesmo que o casamento tenha sido celebrado a pouquíssimo tempo)iii) impossibilidade de discussão da causa da dissolução nupcial(inclusive a culpa, que não pode mais ser debatida na ação de divórcio)....”

Para o referido professor, trata-se de um direito potestativo e, em verdade, ocorrera a modificação do nosso ordenamento jurídico no sentido de que as cláusulas extintivas do casamento, antes em um sistema dualista, posto que poderiam ser causas dissolutivas(morte e divórcio) ou terminativas(separação, anulação ou nulidade do casamento), cederam lugar ao sistema unificado.

Teria havido, no entender do ilustre professor, a substituição do princípio da culpa pelo princípio da ruptura, em que a única causa é o fracasso da união conjugal.

É certo, contudo, que existem também respeitáveis doutrinadores, da envergadura de Francisco Bilac Pinto, Maria Helena Diniz, Regina Beatriz Tavares, Ministra Nancy Andrighi, Yussef Said Cahali, que têm uma interpretação mais restrita, no sentido da continuidade da separação no ordenamento jurídico, não havendo, contudo, mais prazo para divórcio.

A professora Maria Helena Diniz, embora entenda pela manutenção da separação, prevê, contudo, que a mesma cairá em desuso.

Não se pode deixar de mencionar ainda o Enunciado da 5.^a Jornada do CJF, que firmou, por maioria, o seguinte: “A Emenda Constitucional nº 66/2010 não extinguiu o instituto da separação judicial e extrajudicial”.

A defesa da manutenção da separação apresenta, entre outros argumentos, o seguinte: 1) as normas infraconstitucionais não foram expurgadas; 2) motivos de ordem religiosa; 3) a manutenção da separação facilitaria a reconciliação; 4) ao eliminar-se a separação com culpa, os

deveres do casamento passariam a ser mera recomendação judicial, especialmente fidelidade conjugal.

Há que se tecer alguns comentários com relação aos argumentos acima expostos.

Os ilustres Professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁴ aduzem o seguinte:

“A partir da promulgação da Emenda, desapareceu do nosso sistema o instituto da separação judicial e toda legislação que o regulava, por consequência, sucumbiu, sem eficácia, por conta de uma não recepção.”

Ora, o primeiro argumento de que normas infraconstitucionais não foram expurgadas é controvertido, diante da possibilidade da não recepção.

O próprio Professor Maria José Leoni, na palestra proferida na EMERJ, expressou seu entendimento no sentido de que os art. 1.571, 1.572, 1.573, 1.574, *caput*, 1.578, 1.580, 1.582 e 1.584, todos do Código Civil, não teriam mais vigência.

Nessa questão acima aventada, ou seja, da não recepção pelo novo texto constitucional, há de se fazer, contudo, a ressalva de que tal circunstância não pode atingir as separações decretadas antes da nova sistemática, sob pena de violação do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido. Assim, perfeitamente possível que a separação anterior à emenda constitucional possa ser objeto de uma reconciliação nos moldes previstos no art. 1.577 do Código Civil.

O segundo argumento, ou seja, motivo de ordem religiosa, evidencia-se que não tem como prosperar, não obstante a respeitabilidade da corrente doutrinária em contrário, diante do Estado laico.

O terceiro argumento, ou seja, de que a manutenção da separação facilitaria a reconciliação, também não merece prosperar. A uma porque,

¹⁴ Gagliano, Pablo Stolze e Filho, Rodolfo Pamplona. **O novo divórcio**. Editora Saraiva. 2010, p. 56.

não obstante a abolição do sistema vigente de separação, existem outros mecanismos legais pelos quais as partes podem se valer quando não tiverem a certeza necessária para o divórcio. Nesse diapasão, temos a cautelar de separação de corpos, que redundará em todos os efeitos jurídicos decorrentes da separação (cessação de regime de bens do casamento, extinção dos efeitos recíprocos, termo do direito sucessório, etc.) e que, embora topograficamente esteja classificada entre as medidas cautelares, neste caso seria uma cautelar satisfativa, sem a necessidade de ajuizamento de demanda principal em trinta dias, consoante entendimento inclusive jurisprudencial. A duas porque são raros os casos de reconciliação.

Por último, melhor sorte não está reservada ao argumento de que, ao eliminar-se a separação com culpa, os deveres do casamento passariam a ser mera recomendação judicial, especialmente fidelidade conjugal.

Tal argumento parece-nos destituído também de força a justificar a manutenção da investigação da culpa.

Primeiro é preciso entender que a nova sistemática decorrente da Emenda Constitucional 66/2010 adotou o princípio da ruptura em substituição ao princípio da culpa. A única causa é a falência do casamento, pouco importando ao Estado a intimidade da vida das pessoas.

Essa nova interpretação está em consonância com a Carta Magna de 1988, sendo certo que já antes da Emenda Constitucional 66/2010 havia crítica doutrinária à questão da culpa, posto que juízes, promotores de justiça e demais operadores do direito eram ericados a investigação da intimidade das pessoas, em circunstância que hoje se pode considerar como atentatória aos direitos da pessoa humana, entre os quais, por certo, se inclui o direito a intimidade.

A tendência atual do Estado não é no sentido de se imiscuir na intimidade do casal, sendo por isso questionável entender os deveres do casamento como mera recomendação.

A verdadeira transformação ocorrida no campo do Direito de Família com a Emenda Constitucional em tela é bem explicitada a partir da transcrição dos motivos que conduziram a mudança na Carta Política, por ocasião da apresentação de sua proposta:

“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 não divorcistas, o que não mais se sustenta. Impõe-se a unificação no divórcio de todas as hipóteses de separação dos cônjuges, sejam litigiosas 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 reveladas e trazidos ao espaço público dos tribunais, com todo o caudal de constrangimento que provocam, contribuindo para o agravamento de suas crises e dificultando o entendimento necessário para a melhor solução dos problemas decorrentes da separação.”

Por fim, quanto a este tópico, interessa apenas trazer à colação o presente aresto jurisprudencial do nosso Egrégio Tribunal de Justiça:

“0022258-63.2009.8.19.0008 – Apelação – Des. Conceição Mousnier – Julgamento: 27/06/2012 – Ação de Rito Ordinário – Ação de Divórcio Judicial – Emenda à inicial após a citação, em razão da entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 66, de 13/07/2010. Sentença que decreta o Divórcio. Inconformismo da Ré. Entendimento desta Relatora no sentido de manter a sentença impugnada. Com o advento da Emenda constitucional 66/2010, o instituto da separação judicial não encontra mais guarida na nova ordem constitucional. Princípio da Celeridade Processual. Razoabilidade aplicada na instrução do Processo. Precedentes do TJERJ. CONHECIMENTO DO RECURSO e DESPROVIMENTO DO APELO.”

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por escopo mostrar a atualidade de que se reveste o Direito de Família, trazendo à reflexão algumas das inúmeras discussões que se tem verificado nos tribunais brasileiros e na nossa sociedade.

O Direito de Família, como dito pelo ilustre Dr. Paulo Lins e Silva no curso ministrado pela EMERJ, é o mais humano de todos os direitos.

As partes que se socorrem do Poder Judiciário na esfera do Direito de Família muitas vezes criam expectativas que vão além do que a própria autoridade pode fazer. Neste aspecto, a mediação é uma alternativa da qual o Magistrado deverá cada vez mais se valer.

O Magistrado e os demais operadores do direito na área de família devem ter o discernimento e equilíbrio necessários, visto que estão a sua frente seres humanos clamando por ajuda.

Na área de família, diferentemente das demais áreas, o Magistrado tem a noção do quanto a parte precisa de sua ajuda. É fato que isso traz ao Magistrado por vezes uma carga emocional muito pesada ao final de um dia de audiências. Mas é verdade também que o Magistrado tem a possibilidade de encontrar uma realização muito compensadora.

O Desembargador Guilherme Calmon lembra que o Direito de Família é o reflexo dos direitos éticos, culturais e sociais de uma sociedade.

Atualmente, vivemos um momento ímpar, no qual os princípios constitucionais têm aflorado de forma vigorosa.

A valorização do ser humano é incontestante no âmbito do Judiciário. Concomitantemente, a sociedade tem vivido transformações importantes em seus núcleos familiares.

A família, nos moldes tradicionais, não tem atendido mais a toda sociedade. Tem surgido cada vez mais, e de forma mais intensa, novos arranjos familiares, que por vezes estão buscando o Judiciário por direitos muitas vezes fundamentais.

O juiz de família atualmente deve estar conectado a essas novas mudanças sociais, sob pena de não conseguir desenvolver plenamente seu mister.

Os novos relacionamentos são calcados no afeto e na solidariedade. Não existe mais espaço para discussões inócuas, individualismo, perpetuação injustificada de processos que só levem as partes a mais sofrimentos, não bastassem aqueles decorrentes de já se encontrarem no Judiciário discutindo assuntos relativos à família.

Por tudo isso, o Magistrado, mais do que nunca, deve ter sensibilidade para perceber o tipo de relação que se coloca a sua frente, sabendo lidar com os diversos arranjos familiares que se apresentarão para sua apreciação.

É preciso que os Magistrados estejam preparados e atualizados, e, neste sentido, foi de grande valia o curso, mais uma vez propiciado por esta importante Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. ♦

União Estável

Maria Celeste P. C. Jatahy¹

INTRODUÇÃO

A existência de relações paralelas ao casamento já era narrada no Antigo Testamento. Sarai, que era estéril, sugeriu a seu marido Abraão que o mesmo convivesse com a criada Hagar. Do referido relacionamento, adveio o nascimento de Ismael².

Na antiga Grécia há relatos de que Sócrates teria convivido ao mesmo tempo com Xântipe e Myrto.

Em Roma, o concubinato era fato habitual, merecendo reação por parte do Imperador Augusto, que através da *Lex Julia de Adulteris* impôs restrições ao referido relacionamento. Posteriormente, Constantino retirou direitos dos filhos nascidos de uniões não legais³.

Com a expansão do Cristianismo, sendo o casamento um sacramento, as uniões havidas fora do casamento passaram a ser ainda mais combatidas, embora continuassem a existir. O Concílio de Trento, em 1563, condenava o relacionamento extramatrimonial.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “*na idade contemporânea começam a operar mudanças a partir da primeira metade do Século XIX, quando os tribunais franceses apreciam e consideram as pretensões das concubinas*”⁴.

O presente trabalho visa a analisar a evolução da união estável na sociedade brasileira e as consequências atuais do reconhecimento do referido instituto.

1 Juíza de Direito da 4ª. Vara de Família - Capital.

2 GÊNESE, capítulo 16, versículos 1 a 15.

3 RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 3ª. ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 895.

4 PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Concubinato e União Estável**, 6ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 17.

A UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

O Código Civil de 1916 não reconhecia as uniões extramatrimoniais como família. Somente o casamento legitimava a família.

O artigo 229 dispunha: “*Criando a família legítima, o casamento legítima os filhos comuns, antes de nascidos ou concebidos*”. “*Só havia família pelo casamento e, nessa linha de raciocínio, todo e qualquer núcleo formado fora do matrimônio não se submetia à proteção do Direito de Família*”.⁵

O fato, contudo, é que sempre existiram relações extramatrimoniais.

O Decreto-Lei 7.036/44 (Reforma da Lei de Acidentes de Trabalho), ainda que não expressamente, permitia que a concubina fosse beneficiária do acidentado, isto porque, se o acidentado não deixasse esposa, ainda que desquitada ou separada, porém, não por sua vontade, filhos menores ou inválidos ou filhas solteiras, e desde que a tivesse instituído como sua dependente, qualquer pessoa que vivesse sob a dependência do acidentado faria jus ao recebimento da indenização.

Tal interpretação veio a ser confirmada pelo STJ duas décadas após, com a edição da Súmula 35, estendendo o direito também à hipótese de acidente de transporte: “Em caso de acidente de trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio”. (aprovada em 13/12/1963).

Em 1963, a Lei 4.297, dispoendo sobre a aposentadoria e pensões para ex-combatentes, reconhecia à companheira, se o ex-combatente não tivesse deixado viúva, filhos menores, interditados ou inválidos ou filhas solteiras, e tivesse convivido maritalmente com o segurado por prazo não inferior a 5 anos e até a data de seu óbito, o pensionamento por morte.

As ações judiciais tornavam-se comuns.

Segundo Arnold Wald “*houve na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uma evolução dialética. Inicialmente, os tribunais negavam qualquer*

5 FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, **Direito das Famílias**, 2ª. ed., 3ª. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 435.

direito à concubina. Em seguida, considerou-se que o concubinato, por si só, justificava o direito da companheira à meação com base na teoria do enriquecimento sem causa.”⁶

A consolidação de tal entendimento ocorreu com a aprovação, em 03.04.1964, da Súmula 380 do STJ: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos é cabível a sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

A jurisprudência passou então a reconhecer às uniões extramatrimoniais os efeitos de uma sociedade de fato.

Muitas vezes, contudo, não ocorria a aquisição de patrimônio durante a união extramatrimonial. Para essa hipótese, passou-se a conceder à concubina uma indenização por serviços prestados.

A Lei 6.015/73, no art. 57 §§ 2º e 3º, com a redação dada pela Lei 6216/73, permitiu à mulher solteira, desquitada ou viúva, que vivesse com homem solteiro, desquitado ou viúvo, em determinadas situações, averbar o patronímico de seu companheiro, desde que houvesse impedimento legal para o casamento. Para que o pedido fosse deferido, necessário seria a concordância expressa do companheiro e que a vida em comum já perdesse há cinco anos ou se existissem filhos da união.

A doutrina passou, então, a adotar duas formas de existência de concubinato: o concubinato puro, aquele existente entre pessoas que poderiam se casar, e concubinato impuro, aquele formado por pessoas com impedimento para o casamento.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 226, § 3º, o chamado concubinato puro passou a receber a proteção do Estado, sendo reconhecido, agora, com a terminologia de união estável, como entidade familiar.

Na lição de Silvio Rodrigues *“o legislador de 1988 tirou a máscara hipócrita de seu colega de 1916, a quem a família ilegítima envergonhava, para proclamar não só a existência da família nascida fora do casamento, sua*

6 WALD, Arnaldo. “A união estável – evolução jurisprudencial”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Direito de família e do menor: inovações e tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 109.

condição de entidade familiar, como também para dizer que ela se encontra sob a proteção do Estado.”⁷

A jurisprudência, contudo, continuou a aplicar a Súmula 380 do STJ, exigindo a prova do esforço comum. Havendo patrimônio adquirido pelo esforço comum, que nas classes sociais mais baixas podia ser reconhecido pelo desempenho das atividades domésticas por parte da mulher, caberia a partilha dos bens.

Já sob a vigência da Constituição Federal de 1988, foi promulgada a nova lei de locações (Lei 8.245/1991), sendo assegurado expressamente, no art. 12 em sua redação original que, em casos de dissolução da sociedade concubinária, a locação prosseguiria automaticamente com o companheiro que permanecesse no imóvel, exigindo, contudo, a comunicação por escrito ao locador que poderia exigir a substituição de fiador ou o oferecimento de qualquer das garantias previstas na aludida lei.

No final do ano de 1994, entrou em vigor a Lei 8.971, regulando o direito dos companheiros a alimento e à sucessão.

A referida legislação assegurava ao(à) companheiro(a), que convivesse há cinco anos ou se houvesse prole e desde que não houvesse impedimento ao matrimônio, o direito a alimentos; o usufruto de parte dos bens do companheiro(a) falecido(a) e, na hipótese de inexistência de descendentes e ascendentes, a totalidade da herança.

Em 1996, foi promulgada a Lei 9278 que regulou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, assegurando direitos e deveres aos conviventes. O art. 5º dispôs sobre a presunção da comunhão de esforços na aquisição de bens durante a constância da união, salvo se a aquisição patrimonial ocorresse com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união ou se houvesse estipulação contrária em contrato escrito. Deixou de estipular prazo mínimo para caracterizar a existência da união estável; assegurou o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, diante do óbito de um dos conviventes e determinou que toda a matéria relativa ao instituto seria da competência do juízo da vara de família, assegurado o segredo de justiça.

O novo Código Civil, no âmbito do Direito de Família, ratificou que, em relação às relações patrimoniais, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens. Estabeleceu, no art. 1.723, que a união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521, não se aplicando à pessoa casada se separada judicialmente ou de fato, esclarecendo, ainda, que as causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Em seu artigo 1.727 afirma que as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Quanto a este dispositivo, diante do disposto no art. 1.723, deve ser interpretado que não se aplica à pessoa casada mas separada de fato ou judicialmente.

No âmbito do Direito das Sucessões, o novo Código Civil, contudo, impôs um retrocesso aos direitos já assegurados ao convivente, como, por exemplo, ao não atribuir ao(à) companheiro(a) a totalidade da herança, na hipótese de inexistência de ascendentes ou descendentes ou a concorrência com estes, como ocorre em relação ao cônjuge. A questão é objeto de Arguição de Inconstitucionalidade (AI no REsp 1135354/PB).

ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA EXISTÊNCIA DA UNIÃO ESTÁVEL

O artigo 1.723 do NCC permite extrair os elementos essenciais para o reconhecimento da união estável.

O primeiro e principal é o *intuito familiae*. É o viver como se casados fossem, ainda que não convivam sob o mesmo teto.

A convivência *more uxório* não é essencial para caracterizar a união estável, embora, inegavelmente, seja um excelente meio de prova. Este foi o entendimento do E.STJ, no julgamento do REsp 474.962-SP, 4ª. Turma, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

I - Não exige a lei específica (Lei n. 9.728/96) a coabitação como requisito essencial para caracterizar a união estável. Na realidade, a convivência sob o mesmo teto pode ser um dos fundamentos

a demonstrar a relação comum, mas a sua ausência não afasta, de imediato, a existência da união estável.

II - Diante da alteração dos costumes, além das profundas mudanças pelas quais tem passado a sociedade, não é raro encontrar cônjuges ou companheiros residindo em locais diferentes.

III - O que se mostra indispensável é que a união se revista de estabilidade, ou seja, que haja aparência de casamento, como no caso entendeu o acórdão impugnado.

É necessária a estabilidade, a convivência duradoura. A lei não estabelece prazo, devendo ser analisado no caso concreto.

A convivência há de ser notória. “*Não pode, assim, a união permanecer em sigilo, em segredo, desconhecida no meio social*”⁸.

Necessário, também, que inexistam impedimentos matrimoniais, à exceção da separação judicial ou da separação de fato. Consequentemente, na lição de Carlos Roberto Gonçalves, “*o vínculo entre os companheiros, assim, tem que ser único, em vista do caráter monogâmico da relação*”⁹.

Este é o entendimento que prevalece no STJ:

“1. Para a existência jurídica da união estável, extrai-se, da exegese exclusividade de relacionamento sólido. Isso porque, nem mesmo a existência de casamento válido se apresenta como impedimento suficiente ao reconhecimento da união estável, desde que haja separação de fato, circunstância que erige a existência de outra relação afetiva factual ao degrau de óbice proeminente à nova união estável.

2. Com efeito, a pedra de toque para o aperfeiçoamento da união estável não está na inexistência de vínculo matrimonial, mas, a toda evidência, na inexistência de relacionamento de fato dura-

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. VI: direito de família. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 554.

9 **Direito civil brasileiro**, cit., p. 558. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 554.

douro, concorrentemente àquele que se pretende proteção jurídica, daí por que se mostra inviável o reconhecimento de uniões estáveis simultâneas”¹⁰.

O que se admite é, na hipótese de um dos conviventes ignorar que o outro viva com seu cônjuge ou que viva em união estável anteriormente estabelecida, o reconhecimento da união estável putativa. Tal fato pode ocorrer, assim como ocorre no casamento putativo e, conseqüentemente, deve haver o reconhecimento dos direitos do convivente de boa-fé.

A UNIÃO HOMOAFETIVA

No julgamento da ADPF 132/RJ, o Tribunal Pleno do E. STF decidiu ao interpretar o art. 1.723 do Código Civil em conformidade com a Constituição Federal, favoravelmente ao reconhecimento da união homoafetiva como família, reconhecimento que deve ser feito de acordo com as regras e conseqüências da união estável heteroafetiva, constando expressamente da ementa:

“INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva.”

10 REsp 912926/RS. Relator Min. Luis Felipe Salomão. 4ª. Turma. Julg. 22.02.2011.

CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se que até o reconhecimento dos direitos aos conviventes, hoje já consagrados, percorreu-se uma longa estrada. Paralelamente, tais direitos vêm despertando o interesse de pessoas que não estabeleceram, efetivamente, uma união estável com o intuito de auferirem vantagens financeiras.

É comum, nas varas de família, o ajuizamento de ações por pessoas que afirmam a existência da união estável, quando, em verdade, mantiveram meros relacionamentos afetivos, sem, contudo, haver o intuito de constituírem uma família.

Há hipóteses, também, de que sequer tenha existido um relacionamento afetivo. É crescente o ajuizamento de ações por acompanhantes de pessoa idosa, que falece sem deixar herdeiros, com o único intuito de se obter um benefício previdenciário.

O Judiciário deve estar atento a essa crescente demanda, notadamente, nas ações declaratórias de união estável post mortem, com a consequente concessão de benefícios previdenciários, que podem causar dano irreversível ao erário.

O instituto da união estável deve ser preservado e o reconhecimento somente deve ocorrer quando presentes os requisitos legais. ♦

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson, **Direito das Famílias**, 2ª. ed., 3ª. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume VI: direito de família. 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Concubinato e União Estável**, 6ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo, **Direito de Família**, 3ª. ed.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de Família**. 27ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

WALD, Arnaldo. “A união estável – evolução jurisprudencial”. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). **Direito de família e do menor: inovações e tendências**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

Evolução das famílias e seus reflexos na sociedade e no Direito

Mylène Glória Pinto Vassal¹

A família é o primeiro ente coletivo no qual a pessoa se insere e deve passar a conviver de maneira grupal.²

Desse conceito pode-se afirmar que a família é o lugar onde se desenvolve a pessoa e é finalizada a educação e a promoção daqueles que a ela pertencem, ainda que diversas possam ser as suas modalidades de organização.³

Na perspectiva de ser a primeira entidade da qual o ser humano passa a fazer parte, tem-se que a mesma é fundamental para a manutenção da espécie humana, assim como da sociedade e, por fim, do próprio Estado.

Evidentemente que o conceito de família vai variar de acordo com o contexto temporal, cultural, político e econômico em que a mesma esteja inserida, sendo certo, no entanto, que, em todos eles, a família é entendida como célula *mater* da sociedade.

A família vem passando por profundas alterações decorrentes de mudanças havidas na sociedade e nas relações humanas, em especial durante o século XX, do que decorre intenso debate a seu respeito sob o aspecto histórico, social, moral, religioso, econômico e, principalmente, jurídico.

A partir da sociedade industrial, surge uma crise individual e também coletiva que gera a necessidade de discutir-se o então modelo familiar e adotar um tratamento pluralista de família, com reflexos sociais e jurídicos.

1 Juíza de Direito titular da 1ª. Vara de Família do Fórum Regional da Pavuna.

2 Gama, Guilherme Calmon Nogueira da – **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08: família, criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3.

3 Perlingieri, Pietro – **Perfis de Direito Civil**; tradução de Maria Cristina De Cicco. 2ª. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 243/244.

A família deixa de constituir um instituto a que o homem serve e que se legitima por si só e passa a representar uma entidade que a esse mesmo homem se apresenta como local de desenvolvimento e satisfação pessoal, valorizando-se as relações de mútua ajuda e de afeto.

Preocupa-se o direito em tutelar a família como valor constitucionalmente garantido, principalmente porque a Declaração Universal dos Direitos do Homem reconheceu à pessoa humana o direito de fundar uma família e, sob esse cenário, tem sua tutela estabelecida de modo privilegiado diante de seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana.⁴

O valor da pessoa humana assegura o poder de cada um exercer livremente sua personalidade, segundo seus desejos e foro íntimo. A sexualidade está dentro do campo da subjetividade. Representa fundamental perspectiva do livre desenvolvimento da personalidade, e partilhar a cotidianidade da vida em parcerias estáveis e duradouras parece ser um aspecto primordial da existência humana.⁵

Diante da proteção constitucional oferecida à família não só no casamento, mas também em outras espécies, já se denota que a norma fundante de 1988 concebeu o instituto de modo plural.

As alterações causam desconfiança e preconceitos, sendo imperioso o debate aberto e neutro, de modo que as novas formas de família sejam tuteladas pelo Estado na medida em que, dentre suas várias acepções, atendam ao princípio da função social da família.

Surgem, portanto, para a família e para as filiações, novas definições, fundadas em valores como amor e solidariedade, superando o regime codificado que cede espaço para a família constitucionalizada.⁶

Em breve digressão, verifica-se que a família no Código Civil de 1916 era constituída apenas pelo casamento. A entidade tinha que ser protegida de qualquer ameaça e por isso não era possível dissolver-se o vínculo do matrimônio. Do mesmo modo, ao homem cabia a direção da família

4 Tepedino, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3ª. edição atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 372.

5 Dias, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. – 4ª. ed. revista e atualizada. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 103.

6 Fachin, Luiz Edson. **Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. – 2ª. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

enquanto a mulher era equiparada aos relativamente incapazes. Apenas os filhos havidos pelo casamento tinham legitimidade.

Originalmente, o casamento não se dissolvia, nem mesmo com o desquite, que surge em seguida, mas apenas para as hipóteses de adultério, tentativa de morte, sevícias, injúria grave e abandono voluntário e injusto do lar por prazo não inferior a dois anos.

O desquite podia ser consensual ou litigioso, e neste último, havia sempre uma associação à ideia de culpa, gerando um conjunto de sanções patrimoniais e não patrimoniais ao cônjuge faltoso.⁷

Ao cônjuge culpado não é permitido exercer a guarda dos filhos, dentre outras limitações relacionadas à ideia da culpa na dissolução do vínculo conjugal.

É importante observar, nessa época, a necessidade de se julgar um “culpado” pela separação, além do fato de esse culpado ser, de certo modo, punido com a privação da guarda dos filhos.⁸

É evidente a relação da então família com os conceitos de moral e religião, assim como com a necessidade de delimitar os limites dos direitos à propriedade.

Com o advento do Estatuto da Mulher Casada, Lei 4.121/62, embora o homem permanecesse na gerência da entidade, a mulher é elevada à colaboradora e passa a poder recorrer à Justiça quando discordar de questões afetas à sociedade conjugal. Por esse diploma, no desquite com culpa de ambos os cônjuges, à mulher é permitido o exercício da guarda dos filhos.

O divórcio surge em 1977, através da Lei 6.515, malgrado a enorme força contrária exercida especialmente pela Igreja. O instituto é permitido após cinco anos de separação de fato ou três anos depois da separação judicial. É permitido divorciar-se apenas uma vez. A grande evolução, *in*

7 Nevares, Ana Luiza Maia. “Entidades familiares na Constituição: crítica à concepção hierarquizada”. In **Diálogos sobre direito civil/Carmem Lucia Silveira Ramos (organizadora)** ... et al. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 293.

8 Duarte, Lenita Pacheco Lemos. **A guarda dos filhos na família em litígio**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 104.

casu, repousa na liberdade do indivíduo que não é mais obrigado a permanecer casado se assim não desejar. Surge o direito de ser ou de estar casado e de assim permanecer, se for esse o desejo do indivíduo. Ninguém mais é obrigado a permanecer casado, se assim não desejar. A família, pois, ganha maior liberdade e oxigenação. O indivíduo deixa de estar unido por forças jurídicas ou legais e passa a fazê-lo em razão de sua vontade. Ninguém é mais obrigado a permanecer casado. O divórcio não significa o fim da família, mas sim a sua reestruturação e sua reconstrução.

Com a Constituição de 1988, advém a igualdade entre homens e mulheres. O casamento deixa de ser a única forma de entidade familiar e passa a pertencer à categoria dos institutos de promoção da dignidade humana. Surge a igualdade entre os filhos, havidos ou não de relações matrimoniais. A partir dela, qualquer norma de direito de família requer a verificação do fundamento de validade constitucional, não podendo ser olvidada a lição de Tepedino, com base na combinação dos princípios da isonomia dos filhos e do pluralismo dos modelos familiares, com o fundamento da República do Brasil da dignidade da pessoa humana.⁹

Prestigia-se, pois, o princípio da liberdade individual, que se substancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier.¹⁰

Logo em seguida, com a Lei 7.811/89, há permissão para divórcios sucessivos.

Com a Lei 8.069/90, a criança é vista como sujeito de direitos e não mais como objeto de disputa entre os pais. Em questões relacionadas à sua guarda e visitação, deve prevalecer o seu melhor interesse, sendo irrelevante para essa solução quem tenha dado ensejo à separação, ou, em outras palavras, quem seja o cônjuge culpado.

9 Gama, Guilherme Calmon Nogueira da. - Ob. Cit. p. 114.

10 Moraes, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** – Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107.

Com a Lei 8.560/92, a investigação de paternidade abre as portas para o reconhecimento de filhos tidos até a Constituição de 1988, como adúlteros e ilegítimos.

As Leis 8.971/94 e 9.278/96, ainda que com denominações e requisitos diversos, reconhecem as relações concubinárias e de convivência.

O Código Civil de 2002, mantém a estrutura patrimonial e patriarcal do casamento.

O Projeto de novo Código Civil havia sido produzido sob as matrizes do pensamento jurídico dos inaugurais anos da segunda metade do século XX, razão pela qual foi fortemente afrontado pelos ditames da nova ordem social que já se redesenhava desde a promulgação da Lei do Divórcio, em 1977.¹¹

Em 2007, com a Lei 11.441, o divórcio e a separação sem filhos menores passa a ser realizada em sede extrajudicial e sem a intervenção do Estado-Juiz.

No ano de 2010, advém a Emenda Constitucional no. 66, que permite o divórcio direto sem a prévia separação de fato, e elimina, de modo definitivo, a discussão de culpa nas demandas de dissolução do vínculo conjugal.

Na linha evolutiva do conceito de família e suas novas acepções, emergem as ideias de afetividade e solidariedade, fundando a doutrina eudemonista que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade.

A ideia de família formal, cujo comprometimento mútuo decorre do casamento, vem cedendo lugar à certeza de que é o envolvimento afetivo que garante um espaço de individualidade e assegura uma auréola de privacidade indispensável ao pleno desenvolvimento do ser humano. Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa.¹²

O movimento sugere às mulheres afirmarem suas diferenças, que as

11 Oliveira, Euclides de e Hironaka, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Do direito de família". In **Direito de Família e o novo Código Civil** /coordenação Maria Berenice Dias e Rodrigo da Cunha Pereira. – 3ª. ed., revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 4.

12 Dias, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 4ª. edição, revista, atualizada e ampliada. 3. tiragem – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

crianças sejam olhadas como sujeitos e que os diferentes sejam tidos por indivíduos no exercício de sua liberdade. No entanto, tal movimento gerou uma angústia e uma desordem específicas, ligadas ao terror da abolição da diferença dos sexos, com perspectiva de uma dissolução da família no fim do caminho.¹³

Todas essas mudanças impõem um novo olhar para as entidades familiares e seus novos arranjos, bem como a constante reinterpretação de normas, inclusive da constituição da república, a fim de que o ordenamento jurídico chancele a função social da família e a proteja como instrumento de fundação do ser humano.

Não mais se admite o elenco fechado das formas de entidade familiar.

É preciso aceitar que o rol estabelecido no artigo 226 da Constituição da República é meramente exemplificativo e não taxativo, abrindo-se o leque para que novas formas reproduzam o ideal de solidariedade e afeto, imprescindíveis nas relações familiares.

Nas palavras de Marina Colasanti, em “E por falar em amor”, trata-se de consciência geral de que outras soluções são necessárias e todas as possibilidades são bem-vindas. ♦

13 Roudinesco, Elisabeth. **A família em desordem**. Tradução: André Telles. – Rio de Janeiro: Jahar, 2003.

O Fator Temporal na Prestação Alimentar

Regina Helena Fábregas Ferreira¹

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a situação da mulher que recebe pensão do marido desde a dissolução da sociedade conjugal e a conseqüente necessidade de manutenção dos alimentos.

O tema em questão foi escolhido a fim de que se trace um paralelo entre a situação das mulheres que se dedicaram ao lar e aos filhos, sobrevivendo com a pensão alimentícia do companheiro, e a pretensão dos alimentantes em exonerar-se do dever alimentar.

É importante examinarmos o posicionamento de nossos Tribunais acerca da matéria sem, contudo, deixar de abordar em breves linhas a evolução feminina.

A CONSOLIDAÇÃO DE UMA SITUAÇÃO FÁTICA E O DEVER DE ALIMENTAR

O homem adulto, desde os tempos de outrora, era criado para ser o provedor da família, enquanto que as mulheres eram educadas para serem donas de casa, esposas ou mães. Houve época em que muitas mulheres eram consideradas incapacitadas e impossibilitadas de exercer atividade laborativa e, não raro, frequentar os bancos de universidade.

Através de inúmeras lutas por elas travadas, a situação foi se modificando. A sociedade começou a aceitar que frequentassem cursos secundários e aos poucos permitindo a introdução do ensino superior.

¹ Juíza Titular da 9ª Vara de Família da Comarca da Capital.

As mulheres separadas, ainda na década de 60, eram estigmatizadas pela sociedade; o termo “desquite” era considerado pejorativo, sendo pior para o gênero feminino. Admitia-se que os homens tivessem outras parceiras, concubinas e que se separassem, não havendo qualquer reflexo em sua posição social. No entanto, o rigor era bem maior quando se tratava de mulheres oriundas de classe de baixa renda.

Ocorre que, em virtude da evolução feminina, as mulheres foram conquistando, gradativamente, a sua posição na sociedade, e é evidente que este processo de libertação teve reflexos na Justiça.

Ressaltou Áurea Tomatis Petersen sobre as relações de gênero nos anos recentes que:

“Nas últimas décadas, a situação social da mulher brasileira parece ter se alterado consideravelmente. Hoje, é elevado o percentual de mulheres que estão no mercado de trabalho (em torno de 40%) e também é significativo o número das que fazem sucesso em carreiras que, até bem pouco tempo, eram quase que exclusivamente masculinas, como por exemplo, medicina, engenharia, direito, economia, administração, informática, jornalismo. Já não é tão raro uma mulher ascender a um posto de grande prestígio na sociedade. Vejam-se as reitoras, recentemente empossadas em várias universidades do Rio Grande do Sul (na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Wrana Panizzi, na Universidade Federal de Pelotas, Inguelore Scheunemann e na Universidade de Cruz Alta, Lúcia Maria Baiocchi do Amaral), e a escolha da primeira mulher Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Maria Berenice Dias. Também cresce a população feminina com formação universitária, superando os dados registrados entre os homens-52,3% contra 47,7%. Nos próximos anos, estima-se que esse percentual aumentará significativamente, visto que, hoje, 64% da população universitária é composta de mulheres.

Saliente-se que as mudanças que vêm ocorrendo na sociedade civil brasileira determinaram que a Constituição de 1988 introduzisse alterações importantes quanto à relação entre homens

*e mulheres. No que se refere a esse tema, a Constituição preocupou-se, fundamentalmente, com a questão da isonomia, a qual introduziu a igualdade como princípio geral. Todos os homens foram considerados iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Os direitos decorrentes da sociedade conjugal passaram a ser igualmente reconhecidos para homens e mulheres, sendo definido que a chefia familiar deve ser compartilhada entre ambos os cônjuges. Também foram proibidas diferenças de salários, de exercício de profissão e de critérios de admissão ao trabalho por motivo de sexo (...).*²

No que concerne ao direito de família, uma das áreas jurídicas que mais sofreu transformações nas últimas décadas, são evidentes as consequências da emancipação das mulheres.

Podemos observar as referidas mudanças através dos julgados proferidos especialmente nas ações de alimentos, objeto de nosso estudo.

Vejamos o julgado proferido pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 133.756-1, do qual relator o Desembargador Yussef Said Cahali, que assim expôs:

“Revisional. Exclusão de ex-esposa. Constituição de nova família pelo alimentante. Direitos do filho menor do novo casal, idênticos aos dos filhos legítimos, que se sobrepõe ao da ex-esposa. Suspensão da pensão que vinha sendo paga à mulher, justificada. Recurso para esse fim”.³

No mesmo sentido, decisão da 8ª Câmara Cível na Apelação Cível nº 210.584-4/5-0, proferida pela Desembargadora Zélia Maria Antunes Alvez, nos seguintes termos:

2 PETERSEN, Áurea Tomatis. *Apud* MARQUES, Luiz Guilherme - **A Emancipação da Mulher na História: a igualdade dos direitos entre mulheres e homens na sociedade** - 1ª Edição-Editora Letras do Pensamento - São Paulo - SP - p. 201.

3 SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Oitava Câmara Cível, AC nº 133.576-1, rel. Des. Yussef Said Cahali .

“Alimentos-Separação Judicial-Inexistência de obrigação, por parte do ex-marido, de prestar ad eternum alimentos à ex-mulher-Mulher ainda em condições de trabalhar para prover o próprio sustento. Análise do binômio necessidade/possibilidade, que norteia a obrigação alimentar. Necessidade não demonstrada.”⁴

Como veremos, a par de estarem tais decisões absolutamente corretas no que tange ao contexto atual, não refletem a realidade em que viviam essas mulheres à época em que foi estipulado o pensionamento.

Explicando melhor: muitos homens que pensionam as mulheres pelo período de dez, vinte ou trinta anos resolvem exonerar-se do pagamento de pensão ou mesmo reduzi-los. Estes homens constituíram novas famílias, tiveram outros filhos e por certo não mais desejam arcar com os alimentos, quer seja porque houve evidente alteração em seu padrão de vida, quer seja pelo fato de que, na hipótese de falecimento do alimentante, não venha a ser dividida a verba entre a pensionista e a atual mulher.

Ocorre, porém, que muitas mulheres que hoje contam com mais de 50 anos de idade, embora tenham se separado jovens e muitas até com qualificação profissional, não se prepararam financeiramente para a pretendida exoneração.

Não resta a menor dúvida de que muitas mulheres nesta faixa etária trabalham e mantêm a própria subsistência, mas deve ser observado que a independência profissional e financeira por elas conquistadas resulta de um investimento que se iniciou na juventude.

Muitas alimentandas contavam com a pensão recebida para se manter e permaneciam cuidando dos filhos -realidade à época- ou arranjavam empregos para complementação de sua renda.

Passados vários anos, os alimentantes procuram o Judiciário, pleiteando a exoneração sob alegação de que não podem mais pagar a pensão e de que não se pode eternizar a situação, não obstante a consolidação de uma situação fática pelo decurso do tempo.

A respeito do tema ora enfrentado, vale trazer à colação parte da sentença por mim proferida em que se discute a necessária observância de duração da prestação alimentar para se alcançar a solução justa do caso concreto.

⁴ COAD/ADV, *Boletim Informativo Semanal* 14/2003.

Confira-se:

“Note-se que durante todos esses anos necessitou dos alimentos e, em que pese a injustiça da situação que eternize o pensionamento indevido, cada caso deve ser analisado separadamente.

É conhecimento geral da população brasileira que o acesso feminino ao trabalho aumentou gradativamente nos últimos anos, havendo uma modificação da realidade social.

Porém, se de um lado o mercado de trabalho evoluiu permitindo o crescimento profissional das mulheres, de outro, aquelas que hoje contam com de mais de cinquenta anos encontram dificuldades para obter novos empregos.

Indaga-se, então: há possibilidade de a ré obter emprego considerando-se a sua escolaridade bem como a sua idade atual?

Evidente a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de ingresso no mercado de trabalho, não restando dúvida de que sua idade, nível de escolaridade, experiência profissional, sexo, dentre outros fatores, impedem o reinício de uma vida profissional.

Sobre o tema em questão, se pronunciou a socióloga Norma Herminia Kreling, em artigo publicado na Revista Indicadores Econômicos da Fundação de Economia e Estatística (FEE), com o título “A inserção do adulto maior de 40 anos no mercado de trabalho: ocupação e desemprego na RMPA”, como se observa a seguir:

‘A mudança de rumos da atividade econômica, sustentada por uma modernização produtiva através de tecnologias e técnicas organizacionais inovadoras, demanda, do trabalhador, uma nova postura que exige tanto a ampliação de novos conhecimentos quanto a existência de habilidades que são essenciais na integração ao processo produtivo. Nesse novo contexto, a qualificação passa a ser palavra de ordem no mercado de trabalho, exigindo como pré-requisito um nível de escolaridade mais elevado. Esse

modelo atinge indiscriminadamente todos os trabalhadores, ficando, no entanto, mais difícil a adaptação às novas mudanças por parte dos indivíduos com mais idade, acostumados, ao longo da vida profissional, com um modo mais tradicional de trabalho, que não requeria uma maior qualificação. Por outro lado, eles terão que competir com os trabalhadores mais jovens no mercado de trabalho, os quais já contemplam uma formação mais voltada à nova realidade e às novas tecnologias.

Além do mais, os trabalhadores, à medida que envelhecem, tendem a ser discriminados pela mentalidade existente na empresa e na sociedade, que, não raro, os classificam como pessoas que têm relativamente menor capacidade de trabalho. Essa percepção em relação à idade, ao mesmo tempo em que rotula as pessoas, induz os trabalhadores a um sentimento de frustração e marginalização, subtraindo expectativas favoráveis para o futuro. Dai, muitas vezes, a dificuldade desse segmento em conseguir uma nova ocupação no mercado de trabalho após um longo período de desemprego ou, até mesmo, após a aposentadoria.' (KRELING, Norma Herminia, Indic. Econ. FEE, Porto Alegre, v. 31, n. 4, p. 181-202 – grifos nossos)'

Ora, muitos alimentantes decidem exonerar-se do pensionamento decorridos vinte ou trinta anos, sob alegação de que houve mudança na realidade social feminina.

No entanto, há que se observar o caminho trilhado por aquelas alimentadas, especialmente aquelas que hoje contam mais de 50 (cinquenta) ou 60 (sessenta) anos de idade, atentos à inércia dos devedores, que deixaram escoar tantos anos, sem nada reclamar.

Na presente hipótese, a alimentada sempre necessitou dos alimentos, mesmo trabalhando eventualmente com venda em feira de antiquários, consolidando-se, assim, uma situação fática.

O posicionamento ora retratado, por certo, não busca estimular o parasitismo da mulher, mas sim não desprezar a realidade

social e econômica que repercute diretamente sobre a sobrevivência mínima da ré, que necessita, à evidência, da pensão alimentícia para complementar sua renda.

Injusto, portanto, retirar da ré os alimentos a esta altura da vida quando a idade já não lhe é favorável a obtenção de emprego e restabelecê-los ao alimentante, que pode sobreviver perfeitamente sem a quantia que paga a título de pensionamento.

O caráter assistencial da obrigação alimentar entre ex-cônjuges deverá ser mantido enquanto perdurar a impossibilidade da mulher em promover o próprio sustento, o que restou comprovado nos autos.

Neste sentido, decisão proferida pelo STJ, nos termos do Resp 933.355, sendo relatora a ilustre Min. Nancy Andrighi, como se transcreve a seguir:

‘ Sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges, reveste-se de caráter assistencial, não apresentando características indenizatórias, tampouco fundando-se em qualquer traço de dependência econômica havida na constância do casamento.

(...)

*- Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do CC/02, o que implica na decomposição do **conceito de necessidade**, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os seguintes requisitos caracterizadores: (i) a ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que pretende alimentos; e (ii) a incapacidade do pretenso alimentando de prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção. (...)’ (grifos nossos)*

Ao comentar sobre o tema, ensina Arnaldo Rizzardo que:

‘(...) as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. É inata na pessoa a inclinação para prestar ajuda, socorrer e dar sustento. Desponta do íntimo das consciências esta inclinação, como que fazendo parte de nossa natureza, e se manifestando como uma necessidade. Todo ser humano sente espontaneamente a tendência não só em procriar, mas sobretudo produzir, amparar, desenvolver, proteger, dar e doar-se, amparar, desenvolver, proteger, dar e doar-se.’ (Grifo nosso - in Direito de Família: Lei nº10.406, de 10.01.2002 . Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 731.) (...)”

A reflexão sobre o assunto nos indica que a permanência ou não da prestação alimentar não pode ser definida mediante aplicação de uma regra genérica e impessoal, devendo o julgador observar as circunstâncias do caso concreto.

CONCLUSÃO

Dessa forma, podemos afirmar que o trabalho feminino é uma conquista recente, que trouxe às mulheres autoestima e independência, sendo certo que todos necessitamos trabalhar e manter a própria subsistência. Devemos, no entanto, atentar para a realidade do caso concreto que muitas vezes se consolidou por inércia, tanto do alimentando quanto da alimentada, que, mesmo desejando tardiamente lutar por sua independência financeira, não possui meios de ingressar no mercado de trabalho.

À luz de tais considerações, verificamos que a consolidação de uma situação fática deve ser levada em consideração pelo juiz quando examina o pedido de exoneração de alimentos, sob pena de ser praticada irremediável injustiça.

Note-se, finalmente, que toda linha de raciocínio desenvolvida no presente estudo pode ser aplicada à hipótese em que a mulher pensione o homem, embora tal situação seja mais rara. ♦

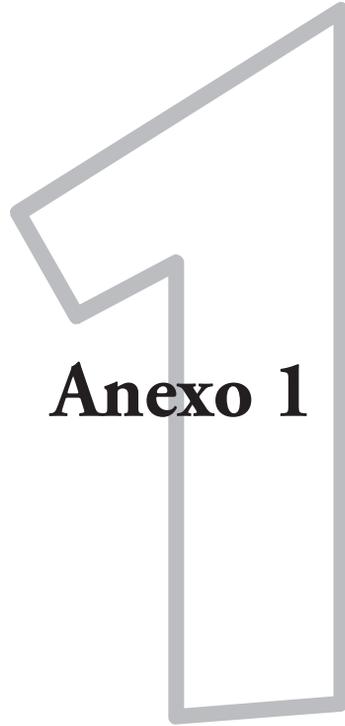
REFERÊNCIAS

PETERSEN, Àurea Tomatis. *Apud* MARQUES, Luiz Guilherme - **A Emancipação da Mulher na História: a igualdade dos direitos entre mulheres e homens na sociedade** - 1ª Edição - Editora Letras do Pensamento - São Paulo - SP - 2012.

COAD/ADV, **Boletim Informativo Semanal** 14/2003.

RIZZARDO, Arnaldo Rizzardo - **Direito de Família** - 4ª Edição - Rio de Janeiro.

KRELING, Norma Herminia, **Indic. Econ. FEE**, Porto Alegre, v. 31, n. 4, p. 181-202.



Anexo 1



EMERJ

Programação do Curso

Curso Família do Século XXI

Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

Dias: 03,10,17 e 31/08 de 2012

Coordenação: Des. Elisabete Filizzola e Des. Kátya Monnerat

Carga Horária: 20 horas

Dia 03/08/12

DAS 08H30MIN ÀS 10H30MIN

Tema: “Alienação Parental”

Palestrante:

Dra. Cláudia Stein Vieira – Advogada

DAS 10H30MIN ÀS 12H30MIN

Tema: “Pais em Movimento: E a família, como fica?
(Alienação Parental na Contemporaneidade)”

Palestrante:

Dr. Jairo Werner - Psicanalista

Moderadora:

Des. Kátya Monnerat

Dia 10/08/12

DAS 08H30MIN ÀS 10H30MIN

Tema: “As Transformações das Famílias num
Contexto de Permanente Mudança”

Palestrante:

Des. Guilherme Calmon – Desembargador Federal

DAS 10H30MIN ÀS 12H30MIN

Palestrante:

Dr. Luiz Alberto Py – Psiquiatra

Moderadora:

Dra. Andréa Pachá – Juíza de Direito

Dia 17/08/12

DAS 08H30MIN ÀS 10H30MIN

Tema: “Conflitos Continuados.”

Palestrante:

Dra. Giselle Groeninga - Psicanalista

DAS 10H30MIN ÀS 12H30MIN

Tema: “Efeitos da Emenda 66 e seus reflexos no Direito de Família.”

Palestrante:

Dr. José Maria Leoni – Procurador de Justiça

Moderadora:

Dra. Leise Rodrigues Lima do Espírito Santo – Juíza de Direito

Dia 31/08/12

DAS 08H30MIN ÀS 10H30MIN

Tema: “União Estável – Sua Evolução Doutrinária no Brasil e no Direito Comparado.”

Palestrante:

Dr. Paulo Lins e Silva - Advogado

DAS 10H30MIN ÀS 12H30MIN

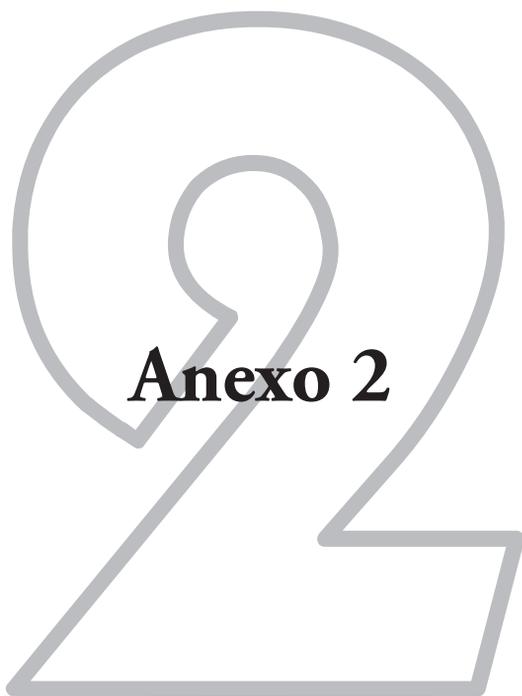
Tema: “União Estável – Sua Evolução na Jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.”

Palestrante:

Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo – Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Encerramento:

Des. Elisabete Filizzola



Anexo 2



EMERJ



PROCESSO Nº 2012261

FAREJER Nº 2012261 – 0012012

INTERESSADA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

CURSO: Família no Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos

Senhor Coordenador de Ensino,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, encaminha a esta Enfam, através do Sisfam, em 27 de junho de 2012, para fins de credenciamento, o projeto do curso denominado “Família no Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos”, oferecidas 100 (cem) vagas.

O curso, ora em exame, sob a modalidade presencial, com carga horária de 20 (vinte) horas-aula, será realizado no período de 03 a 31 de agosto de 2012.

Em sua justificativa assim aduz a escola:

“A complexidade dos conflitos envolvendo as relações familiares, ao longo das áreas, tem exigido dos magistrados uma formação multidisciplinar mais consistente. O Direito da Família enfrenta mudanças profundas e permanentes. Para lidar com essa multiplicidade de demandas, além da eficiente formação jurídica, os magistrados necessitam aprimorar o conhecimento, especialmente em particularismos e métodos alternativos de composição de conflitos. O curso proposto, com aulas expositivas, apresentação de casos concretos, certamente auxiliará aos juizes no enfrentamento dessas questões”.

O curso tem como objetivo geral garantir aos juizes o acesso às informações de outras áreas de conhecimento; Oferecer alternativas mais eficientes para composição dos conflitos no Direito de Família; Possibilitar a criação de redes com outras áreas de conhecimento para garantir a efetividade das decisões judiciais; Refletir sobre o contexto das mudanças permanentes na sociedade e os reflexos nos núcleos familiares; Aperfeiçoar os magistrados que atuam na área para sensibilizá-los sobre a necessidade de utilização de métodos alternativos de composição de conflitos familiares.

Supremo Tribunal de Justiça
Supremo Tribunal de Justiça

Especificamente, pretende a Escola requerente fornecer instrumentos teórico-conceituais e histórico-culturais para compreensão da Alienação Parental, e discussão do papel dos agentes jurídicos diante do fenômeno.

Quanto ao que diz respeito à abordagem pedagógica, o Curso Família do Século XXI – Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos desenvolver-se-á por meio de aulas interativas, voltado para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão de clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao aprimoramento de magistrados, buscando desta forma, instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades presenciais da classe, além de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial; essa aferição é feita mediante lista de presença. Apresentação de trabalho: findo o curso, no prazo de 10 (dez) dias, os participantes deverão entregar texto de 5 a 8 laudas, em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso; a esse trabalho será atribuído conceito muito bom, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso. No intuito de uniformizar os trabalhos acadêmicos a Escola de Magistratura do Rio de Janeiro padronizou a formatação dos mesmos, seguindo as normas da ABNT

Os cursistas deverão avaliar o curso através do preenchimento de folha própria de avaliação, considerando critérios elencados no projeto.

O conteúdo programático está assim esquematizado:

Carga horária total: 20 horas-aula

TEMA I – DIREITO DE FAMÍLIA	CARGA HORÁRIA
UNIÃO ESTÁVEL	3 horas-aula
EMENTA	
A Evolução Doutrinária da União Estável no Brasil e no Direito Comparado.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	

Supremo Tribunal de Justiça
Supremo Tribunal de Justiça

A instituição família teve uma evolução no campo legislativo nos últimos 10 (dez) anos, não somente no Brasil, como no exterior. Essa evolução foi essencial para acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade brasileira e internacional. Paradigmas e preconceitos foram derrubados e muitos comportamentos se alteraram. A instituição familiar passou a se fundar não mais no patriarcalismo e nas relações exclusivamente biológicas, mas sim, acima de tudo, na afetividade, na pluralidade e na convivência. No Brasil, tivemos o avanço com a Constituição de 1988, dando tratamento igual ao casamento e a união estável. Continuamos evoluindo, com projetos de leis e normas já promulgadas, envolvendo o Estatuto das Famílias; com a decisão do STF reconhecendo as uniões homoafetivas e com o posicionamento de nossos Tribunais em proteger e dar mais importância às relações afetivas que ao resultado biológico do DNA. O Direito de Família e a legislação pertinente a essa seara devem acompanhar as evoluções da sociedade e dos relacionamentos humanos, para permanecer em sintonia com a atualidade.

OBJETIVO ESPECÍFICO

Propiciar aos Magistrados uma maior compreensão do assunto.

TEMA II – DIREITO D FAMILIA	CARGA HORÁRIA
Pais em Movimento: E a família, como fica? Alienação Parental na Contemporaneidade	2 horas-aula
EMENTA	
Descrição dos modelos de configuração familiar contemporâneos e seu impacto nos processos de subjetivação. Definição e descrição da alienação parental. Análise dos elementos culturais e psicológicos da alienação parental. Análise de casos. Discussão do papel dos agentes jurídicos diante do fenômeno.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Nas últimas décadas, as formas de organização da família e dos laços parentais têm passado por um processo profundo de transformação. Novas redes familiares são criadas na medida em que o modelo das uniões conjugais sucessivas vai ocupando o lugar de modo predominante, em substituição à família nuclear tradicional. Em um cenário marcado pela exacerbação da cultura individualista, são cada vez mais frequentes situações nas quais filhos de pais separados são utilizados por um deles como instrumento de retaliação, descrédito ou desmoralização do ex-cônjuge, cuja imagem é propositalmente atacada, com o objetivo de afastá-lo da vida do filho. Compreender as razões culturais e psicológicas desse fenômeno e suas consequências para pais e filhos é crucial para todos aqueles que lidam profissionalmente com o problema, em especial aqueles que têm o poder de julgar e decidir demandas e pleitos a eles relacionados.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Fornecer instrumentos teórico-conceituais e histórico-culturais para compreensão da Alienação Parental, e discussão do papel dos agentes jurídicos diante do fenômeno.	

TEMA III – DIREITO DE FAMÍLIA	CARGA HORÁRIA
As Transformações das Famílias num Contexto de	3 horas-aula

Supremo Tribunal de Justiça
Supremo Tribunal de Justiça

Permanente Mudança	
EMENTA	
Direito de Família. Caráter Nacional. Transformações Políticas, Sociais, Econômicas e Culturais. As várias Famílias Contemporâneas. Características e Princípios.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
O caráter nacional do Direito de Família. Impactos decorrentes da globalização e as transformações oriundas das questões políticas, sociais, econômicas e culturais nas famílias contemporâneas. A situação de doutrina, de jurisprudência e de legislação. Identificação das novas famílias e suas características.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Analisar criticamente o modelo atual do Direito de Família Brasileiro e a constante mudança verificada na realidade cultural das famílias brasileiras.	

TEMA IV – DIREITO DE FAMÍLIA	CARGA HORÁRIA
Efeitos da Emenda 66	3 horas-aula
EMENTA	
Efeitos da Emenda 66 e seus reflexos no Direito de Família.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Divórcio. Evolução histórica. A Emenda Constitucional nº66/10. Repercussões e transição. Efeitos do Divórcio. Sentença. Natureza Jurídica. Separação de Corpos. Divórcio em Cartório.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Apresentar para os magistrados, em especial aqueles atuantes em questões familiares, as novidades e aspectos polêmicos trazidos pela Emenda Constitucional nº66/10, bem como estabelecer o debate acerca dos requisitos da separação no ordenamento jurídico brasileiro.	

TEMA V – DIREITO DE FAMÍLIA	CARGA HORÁRIA
A Alienação Parental,	2 horas-aula
EMENTA	
Alienação Parental. Guarda de Filhos. Direito de Convivência.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Alienação Parental: Conceito. Formas de manifestação. Posição do magistrado frente a um caso de alienação parental. Possibilidade de relativização da prova ilícita nos casos de alienação parental (maior interesse da criança). A Lei nº 12.318/10 (mínimo e máximo - analogia com o artigo 249 do ECA). Destinatário de Multa. Possível reflexo na própria criança em razão da diminuição patrimonial do genitor.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Apresentar para os magistrados, em especial aqueles atuantes em questões familiares, as formas de apresentação da alienação parental, bem como expor as novidades e pontos polêmicos trazidos pela Lei nº12.318/10.	

TEMA VI – DIREITO DE FAMÍLIA	CARGA HORÁRIA
As transformações das famílias num contexto de permanente	2 horas-aula

Supremo Tribunal de Justiça
Supremo Tribunal de Justiça

mudança na visão psicanalítica.	
EMENTA	
As representações dos papéis psicanalíticos. Transformações sociais. Autoridade e limite.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Os impactos das permanentes transformações dos papéis política, sociais e de representação nas relações familiares. Como se formam os papéis nas novas famílias.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Analisar criticamente o modelo atual do Direito de Família brasileiro e a constante mudança verificada na realidade cultural das famílias brasileiras.	

TEMA VII – DIREITO DE FAMÍLIA	CARGA HORÁRIA
União Estável sua evolução nas jurisprudências dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça de	3 horas-aula
EMENTA	
Transformações legislativas e constitucionais na União Estável. Da proteção patrimonial à tutela dos elementos casuais às famílias. Evolução jurisprudencial. União Estável homoafetiva.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Exposição da profunda transformação das uniões estáveis, seu contexto histórico e sua inserção e coerência constante, com foco nos valores de dignidade da pessoa humana.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Informar aos magistrados as transformações jurídicas e sociais possibilitando um novo olhar para as decisões efetivas na matéria.	

TEMA VIII	CARGA HORÁRIA
Conflitos Continuados	2 horas-aula
EMENTA	
Métodos alternativos de composição de conflitos continuados. A multidisciplinariedade na solução de conflitos familiares.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Enfrentamento da solução de conflitos continuados decorrentes dos novos modelos de família. Guarda e regulamentação de visitas. Mecanismos para fortalecimento da autonomia e da liberdade de escolha dos integrantes das famílias.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Aperfeiçoar o magistrado para utilizar métodos alternativos de solução de conflitos continuados.	

A indexação dos ministrantes veio acompanhada de síntese dos respectivos currículos. Foi apresentada a bibliografia básica que será sugerida aos cursistas.

É o Relatório.

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

II – Fundamentação

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrado para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam, através da Resolução nº 01, de 6 de junho de 2011, - mantidas, no que couber, a Resolução nº 2/2009 e respectivas Instruções Normativas.

De acordo com o inciso II do art. 13 da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011.

“O pedido de credenciamento para a execução dos cursos de aperfeiçoamento deverá ser feito, imperativamente, até 30 (trinta) dias antes de seu início”.

O curso terá seu início em 03 de agosto de 2012, já o pedido de credenciamento foi recebido nesta Enfam no dia 27 de junho de 2012. Tempestivo, portanto, o pedido.

O tema que compõe o projeto do curso em tela, se insere no conteúdo previsto no art. 8º da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, que fala dos conteúdos programáticos.

O conteúdo programático e a carga horária se mostram compatíveis entre si, porquanto o tema “Família no Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos” - com foco em assuntos como: Alienação Parental; Pais em Movimento: A família, como foco (Alienação Parental na Contemporaneidade); As Transformações das Famílias num Contexto de Permanente Mudança; Conflitos Continuados; Efeitos da Emenda 66 e seus Reflexos no Direito de Família; União Estável - Sua Evolução Doutrinária no Brasil e no Direito Comparado; União Estável - Sua Evolução Jurisprudência dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. - serão estudados em 20 (vinte) horas-aula.

Pela análise dos currículos, vê-se que os ministrantes são devidamente qualificados para ministrar o curso, pois são especializados em áreas concernentes ao conteúdo programático a ser examinado.

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: *“torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, instrumento de avaliação uniforme e adequado, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos”*.

No presente caso, a Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, traz e informação que, ao final do curso, os participantes deverão entregar texto, em que aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes, através de preenchimento de folha própria de avaliação.

III – Conclusão

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 01, de 6 de junho de 2011, Resolução n 2 de 16 de março de 2009 e respectivas Instruções Normativas), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso “Família no Século XXI - Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos”, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, como requerido.

À superior consideração.

Brasília, 18 de julho de 2012.

Nely van Boekel
Analista Judiciário - Enfam

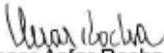
ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**PORTARIA Nº 265 DE 24 DE JULHO DE 2012.**

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **"Família no Século XXI – Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos"**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado **"Família no Século XXI – Aspectos Jurídicos e Psicanalíticos"**, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2012261 - Credenciamento.


Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

Enfam

Portaria de credenciamento nº 265 de 24 / 07 / 12Publicada no DJ de 16 / 08 / 12Conferido por 



EMERJ



EMMERJ