

Cristiano Chaves de Farias
Nelson Rosenvald

6

Curso de **DIREITO** **CIVIL**

Famílias

15^a
Edição

revista
atualizada
ampliada

2023

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO II

O Casamento (A Família Matrimonializada)

Sumário • 1. Uma visão constitucional do casamento – 2. Estrutura jurídica do casamento: 2.1 Noções conceituais; 2.2 Finalidades do casamento; 2.3 Natureza jurídica do casamento; 2.4 Características do casamento; 2.5 Prova do casamento; 2.6 Os esponsais (a promessa de casamento e os seus efeitos jurídicos); 2.7 Agências de casamento (corretagem matrimonial); 2.8 Modalidades de casamento e o modelo civil de casamento adotado pelo sistema brasileiro; 2.9 Impedimentos matrimoniais; 2.10 Causas suspensivas matrimoniais; 2.11 A habilitação para o casamento; 2.12 Casamento de militares; 2.13 Casamento dos servidores do Serviço Exterior Brasileiro; 2.14 Contrato de emprego entre cônjuges – 3. Existência, validade e eficácia do casamento: 3.1 Os planos do mundo jurídico aplicáveis ao casamento; 3.2 A existência do casamento; 3.3 A validade do casamento – 4. Celebração do casamento: 4.1 Noções gerais; 4.2 Formalidades da celebração; 4.3 O momento da celebração; 4.4 O casamento consular; 4.5 O casamento religioso com efeitos civis posteriores; 4.6 Conversão da união estável em casamento; 4.7 Formas excepcionais de casamento: o casamento em iminente risco de vida e o casamento nuncupativo – 5. Efeitos jurídicos decorrentes do casamento: 5.1 Generalidades; 5.2 Efeitos sociais; 5.3 Efeitos pessoais; 5.4 Efeitos patrimoniais; 5.5 A não fluência de prazo prescricional entre cônjuges na constância do casamento e a possibilidade de usucapião conjugal (usucapião por abandono de lar); 5.6 As relações jurídicas entre os cônjuges-empresários.

*“Case-se comigo; antes que amanheça
Antes que não pareça tão bom pedido;*

Antes que eu padeça; Case comigo;

*Quero dizer pra sempre; Que eu te mereço; Que eu me pareço
Com o seu estilo; E existe um forte pressentimento dizendo*

Que eu sem você é como você sem mim

Antes que amanheça, que seja sem fim

Antes que eu acorde, seja um pouco mais assim

Meu príncipe, meu hóspede, meu homem, meu marido

Meu príncipe, meu hóspede, meu marido

Case-se comigo”.

**(Vanessa da Mata, *Case-se comigo*,
de Vanessa da Mata e Liminha)**

*“Então, case-se comigo numa noite de luar
Ou na manhã de um domingo a beira-mar
Diga sim pra mim
Case-se comigo na igreja e no papel
Vestido branco com bouquet e lua de mel
Diga sim pra mim!”*

**(Isabella Taviani, *Diga sim pra mim*,
de Isabella Taviani)**

1. UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DO CASAMENTO

É certo e incontroverso que o casamento é uma instituição histórica, trazendo consigo a marca da tradição e de inúmeros fatores que a ele se agregaram com o passar do tempo. É, enfim, uma instituição milenar, conglomerando valores culturais, sociais, religiosos, biológicos e jurídicos.

Entre nós, o casamento já esteve arraigado à disciplina religiosa, sob o império das leis canônicas. Aliás, de qualquer maneira, conquanto tenha explícita natureza civil, continua, de certa maneira, interligado, ainda que por via oblíqua, às manifestações religiosas. Desde o advento da República, oportunidade em que o Estado foi laicizado, divorciando-se em definitivo da influência religiosa, o casamento vem sendo encarado como instituto meramente jurídico, de natureza civil.

Durante a vigência da Codificação Beviláqua, o casamento assumiu preponderante papel de forma instituidora única da *família legítima*, que gozava de privilégios distintos. Fora do casamento a família era ilegítima, espúria ou adulterina, e não merecia a proteção do ordenamento jurídico familiarista, projetando efeitos, tão somente, no âmbito das relações obrigacionais.

Com a *Lex Mater* de 1988, a situação se modificou, ganhando novos ares. A família foi pluralizada, assumindo diferentes feições. O casamento perdeu a exclusividade, mas não a proteção. Continua merecedor da *especial proteção do Estado* (CF, art. 226), como *uma das formas possíveis para a constituição de uma entidade familiar*, através de uma união formal, solene, entre pessoas humanas. Apenas não mais possui a característica da exclusividade, convivendo com outros mecanismos de constituição de família, como a união estável, a família monoparental, a família homoafetiva... Dispõe, textualmente, o *caput* do art. 226 da Carta Maior que “*a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado*”, revelando, de forma evidente, que todo e qualquer núcleo familiar, tenha sido constituído de que modo for, merecerá a proteção estatal, não podendo sofrer discriminações. O casamento, em meio a essa multiplicidade de núcleos afetivos, continua protegido, apenas perdendo o exclusivismo.

A outro giro, o Código Civil de 1916 também emprestava ao casamento feição eterna, indissolúvel. Incorporava, de certa maneira, a máxima canonista “*o que Deus uniu o homem não separa*”. Aliás, a disciplina normativa do casamento naquela

Codificação revelava, sem segredos, a total influência religiosa sobre a relação de família, praticamente repetindo a normatividade canônica.

Todavia, desde o advento da Lei do Divórcio, em 1977, mudou a orientação do sistema jurídico brasileiro, admitindo, como de resto o fazem todos os países democráticos atualmente, a dissolução do vínculo matrimonial, através do divórcio. Aliás, no ponto, vale o registro de que a Emenda Constitucional 66/10 facilitou a dissolução nupcial, eliminando a exigência de prazos para a obtenção do divórcio.

Com a Constituição da República de 5 de outubro, novos ares têm de ser respirados pela legislação infraconstitucional sobre o casamento, mudando consideravelmente a feição do instituto. Veja-se.

Como se pode notar, até o advento constitucional, o casamento sempre havia sido enxergado pela ótica *institucionalista*, servindo como uma instituição jurídica e social, através da qual era constituída a família, plena em regulamentações. Mais interessava o atendimento das formalidades e prescrições legais do que a proteção e a felicidade das pessoas envolvidas.

Mudando radicalmente essa visão, o constituinte assegurou a todos uma nova tábua axiomática, privilegiando valores essenciais à pessoa humana, como a *dignidade*, a *solidariedade social*, a *igualdade substancial* e a *liberdade*. Assim, é absolutamente imperioso compreender, doravante, o sentido e o alcance das normas casamentárias a partir da experiência constitucional e prestigiando o seu garantismo humanitário e social. Equivale a dizer: é preciso submeter toda a normatividade infraconstitucional do casamento à supremacia dos valores constitucionais, harmonizando, quando possível, as suas regras ao espírito garantista e, quando não for possível promover uma conciliação, simplesmente repelindo a norma inferior do sistema.

O casamento tem de servir às pessoas. Ele é *meio*, *instrumento*, através do qual as pessoas desenvolvem a sua personalidade e almejam a realização plena, a felicidade.

Os históricos argumentos jurídicos de que a tutela formal e solene do casamento se justificava em face de um *interesse na manutenção da família*, ainda que em prejuízo das pessoas que a compunham, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo, cedem espaço para a proteção de um casamento encarado como *núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana*. Não há mais proteção ao casamento pelo casamento, mas, sim, em razão do ser humano.

A observação atenta aos comandos dos arts. 226 a 230 da *Lex Legum* conduz ao raciocínio de que “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”, nas palavras de Gustavo Tepedino.¹ Isto é, o matrimônio existe em função de seus componentes e

1. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 349.

não estes em função dele, reconhecida, com a valorização da pessoa humana, uma proteção avançada dos vínculos afetivos.

Não se olvide, demais de tudo isso, que a *Lex Legum* (no art. 3º, IV) é de clareza solar ao disparar que é objetivo fundamental da República “*promover o bem de todos*”, deixando antever a nítida preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Além dessa aplicação dos *valores (princípios) constitucionais ao casamento*, é preciso, por idêntico, incorporar as específicas normas constitucionais sobre o matrimônio, garantindo, em definitivo, a sua dissolubilidade e o seu caráter plural.

Esboçando o mesmo relato evolutivo, Sílvio Rodrigues, com invulgar lucidez, propõe: “A família de que cuidava o legislador de 1916 é a tradicional, inspirada no privilégio da varonia, pois o art. 233 desse Código declarava o homem como chefe da sociedade conjugal. Ele limitava bastante os direitos da mulher casada, que inclusive era vista como relativamente incapaz”. Já a “Constituição de 5 de outubro de 1988 declara que a família tem especial proteção do Estado. Mas não conjuga a ideia de família com a de casamento. Nesse passo, o legislador constituinte procurou abrir a porta para o reconhecimento da família (até então chamada de) ilegítima. Esse menoscabo do legislador constitucional em relação ao casamento levou a uma posição de maior liberalidade quanto à sua dissolução. Mudança total e absoluta”.²

O que se põe, nesse novo panorama, é a imprescindibilidade de uma análise de todos os dispositivos infraconstitucionais relativos ao casamento rente à normatividade da Carta Maior. É a adaptação de clássicos e históricos dispositivos (como, *exempli gracia*, a previsão de celebração de portas abertas, ainda presente em nosso sistema, através do art. 1.534 do Código de 2002) à legalidade constitucional. Essa operação se materializa de um modo claro: vocacionando os institutos do casamento à filosofia garantista constitucional, almejando a inclusão e a especial proteção da pessoa humana no seio familiar, como fator de garantia de sua cidadania e dignidade.

O casamento, em síntese apertada, não é a *finalidade e o objetivo central* da vida das pessoas humanas. Casar, ou não, é circunstância relacionada à opção pessoal. Nada mais. Assim, casando, ou não, a pessoa humana merecerá, sempre, a mesma proteção. Optando pela via formal e solene do casamento, por igual, estará protegida e as normas do casamento adaptadas para realçar a sua dignidade, igualdade substancial e liberdade, além de estabelecer um elo solidário entre cada um dos cônjuges – que, nesse novo panorama, de fato, pode ser chamado de *com sorte*.

2. ESTRUTURA JURÍDICA DO CASAMENTO

2.1 Noções conceituais

O casamento é tão antigo quanto o próprio ser humano.

2. RODRIGUES, Sílvio. *Comentários ao Código Civil*, op. cit., p. 7-9.

Adão e Eva, simbolicamente, representam a origem do casamento. Consta do Texto Bíblico: *“e da costela que o Senhor Deus tomou do homem, formou uma mulher: e trouxe-a a Adão. E disse Adão: Esta é agora osso de meus ossos, e carne da minha carne: esta será chamada varoa, porquanto do varão foi tomada. Portanto, deixará o varão o seu pai e a sua mãe e apegar-se-á à sua mulher, e serão ambos uma carne”* (Gênesis 2: 21 a 24).

Rios de tinta, então, foram derramados, ao longo do tempo, por diversos autores, de diferentes ramos do conhecimento e com diferentes formações, tentando apagar as acesas polêmicas que cercam a definição do casamento.

Apenas a título ilustrativo, vale lembrar algumas conceituações com diferentes perspectivas. Defensores fervorosos da correlação do casamento com a Igreja chegaram a nele perceber *“a grande escola fundada pelo próprio Deus para a educação do gênero humano”* (Lessing). Outros preferiram vislumbrá-lo como *“fundamento da sociedade, base da moralidade pública e privada”* (Laurent) ou mesmo como a *“base e o coroamento de toda cultura”* (Goethe). Em tom mais crítico – e de certo modo irônico – também já se disse que o matrimônio significa *“perder metade de seus direitos e duplicar seus deveres”* (Schopenhauer) ou que se trata de *“um pacto inoportuno e obscuro”* (Aldous Huxley) ou, ainda, que se trata *“de uma ridícula instituição dos filisteus”* (Somerset Maugham).³

Abstraindo as discussões filosóficas, antropológicas e sociológicas a respeito do casamento e buscando uma perspectiva mais jurídica, colhemos, em doutrina estrangeira, a ideia de que o casamento é uma *“sociedade entre homem e mulher que se unem para perpetuar a sua espécie, para ajudar-se e para socorrer-se mutuamente, para levar o peso da vida e compartilhar os seus destinos”* (Portalís).⁴ Muito comum, em doutrina pátria e alienígena, é a referência ao conceito de Modestino, talhado no ápice do direito romano, afirmando o casamento como *“conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano”*.⁵ Em sentido muito aproximado, no âmbito nacional, Pontes de Miranda disse que o casamento é *“a regulamentação social do instinto de reprodução”*.⁶ Disso também não discrepou Washington de Barros Monteiro, ao reconhecer o casamento como *“a união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de se reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos”*.⁷

Pois bem, partindo para o esboço de uma definição de casamento à luz da normatividade constitucional, que proclama a pluralidade das entidades familiares

3. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 21.

4. PERRINO, Jorge Oscar. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 166.

5. No original latino: *“nuptiae sunt coninuctio maris et foeminae, et consortium omnis vitae, divini et humani rerum communication”* (D, 23.2.1).

6. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito de Família*, op. cit., p. 85.

7. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 22.

(CF, art. 226, *caput*) e igualdade entre as pessoas humanas (CF, art. 5º, *caput* e inciso I), bem como reconhece a absoluta isonomia entre os filhos (CF, art. 227, § 6º), é preciso afastar alguns elementos que, indevidamente, povoam o casamento no imaginário dos juristas.

Primus, é preciso apartar o casamento da ideia de *procriação*. Com efeito, para ter filhos não é preciso casar. Casamento é *comunhão de vida entre pessoas humanas*, independentemente da procriação. Não se olvide, inclusive, que o *livre planejamento familiar* é garantido constitucionalmente, em nada afetando a estrutura do matrimônio. Dessa forma, a paternidade e a maternidade não estão correlacionadas ao casamento, caracterizando situações jurídicas distintas. Até porque não precisa casar para ter filhos. E, nesse ponto, o próprio sistema de direito positivo (Código Civil e Estatuto da Criança e do Adolescente) permite a adoção por pessoas não casadas, deixando clara a inexistência de uma relação implicacional entre o casamento e a reprodução. Outrossim, com as modernas técnicas de reprodução assistida, também não se pode conectar ao casamento à (antiga) ideia de “perpetuação da espécie”.

Secundus, também não se pode enxergar no casamento a feição de sua *indissolubilidade*, pois, conforme expressa previsão constitucional (CF, art. 226, § 6º), o casamento pode ser dissolvido por vontade de um ou de ambos os cônjuges. Aliás, promovendo uma compreensão sistêmica da matéria, *casar e não permanecer casado correspondem ao verso e ao reverso da mesma moeda*. Afinal, ao direito de casar há de decorrer o direito de descasar (divorciar), que é assegurado também em sede constitucional, não se submetendo a qualquer requisito, senão a simples declaração de vontade dos próprios cônjuges.

Tertius, é necessário desvincular o casamento das referências religiosas, sendo fundamental lembrar que, segundo preceito constitucional expresso (CF, art. 19), o nosso país é laico, não sendo possível conectar o casamento civil às exigências e às formalidades (ou mesmo às finalidades) típicas da sua estrutura religiosa. Enfim, o conceito jurídico de casamento não pode estar atrelado à sua concepção religiosa.

A mais profunda modificação na concepção de casamento, no entanto, adveio da interpretação emprestada pela jurisprudência dos nossos Tribunais Superiores. Abraçando as proposições doutrinárias majoritárias, as nossas Cortes eliminaram o requisito da diversidade de sexos para a constituição do casamento. Admite-se, assim, a celebração do casamento (civil, logicamente) entre pessoas do mesmo sexo. É o chamado *casamento homoafetivo*. Após a histórica manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF, Ac. Unân. Tribunal Pleno, ADIn 4277/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 5.5.11, *DJe* 14.10.11), reconhecendo a natureza familiar das uniões entre pessoas do mesmo sexo, o Superior Tribunal de Justiça, lastreado no mesmo fundamento de respeito à dignidade humana, à liberdade, à igualdade substancial e à solidariedade social, admitiu o casamento homoafetivo. Em decisão inédita, a Corte Superior de Justiça reconheceu a possibilidade de habilitação para o casamento de duas mulheres. Afirmou-se que “a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição, não é

aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir famílias da proteção jurídica representada pelo casamento” (STJ, Ac. 4ª T., REsp. 1.183.378/RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 25.10.11). À luz dessa nova orientação jurisprudencial, calcada em sólida interpretação conforme a Constituição, é reconhecida a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo. Por evidente, não se trata da possibilidade de impor às Igrejas a obrigatoriedade de celebrar tais núpcias. A própria laicidade do Estado (CF, art. 19) impediria a ingerência estatal sobre elas. E não se confunda, a propósito, o conceito técnico e literal do *casamento civil* e do *casamento religioso*. O casamento civil é regulamentado pelo sistema jurídico, para efeitos protetivos das pessoas humanas, reconhecendo-lhes direitos e obrigações recíprocas. Já o matrimônio (casamento eclesástico), tem concepção religiosa, chegando a ser dogma para algumas das religiões constituídas. Por isso, não interessa à regulamentação estatal. Dessa forma, o casamento pode, sim, ser entre pessoas do mesmo sexo, escapando ao interesse religioso, por dizer respeito, tão somente, aos efeitos civis.

Registre-se, de qualquer sorte, que no Brasil, diferentemente do que ocorre na maioria dos outros países (como a Espanha,⁸ Portugal, Bélgica, Suécia, Dinamarca, Holanda, Argentina,⁹ Nova Zelândia, África do Sul, Canadá, México, Uruguai...), que regulamentaram a questão em sede legislativa, o casamento homoafetivo é permitido por força de interpretação conforme a Constituição promovida pela jurisprudência, não existindo texto legal expresso. Efetivamente, não é preciso uma norma legal textual para tanto, sendo suficiente uma prospectiva interpretação do Texto Constitucional, como vem fazendo a jurisprudência superior.

Acrescente-se que admitido o casamento homoafetivo entre nós, também se deve permitir o registro de casamento celebrado entre pessoas do mesmo sexo celebrado no estrangeiro (por óbvio, nos países em que se permite essas núpcias), do mesmo modo que qualquer outro casamento heteroafetivo.¹⁰

Estabelecida, então, essa nova perspectiva sobre o tema, pode-se dizer que o casamento é uma *entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial*.

8. No Reino da Espanha, a Ley n. 13/05, publicada em 1 de julho (por coincidência, o Dia do Orgulho Gay), reconheceu a possibilidade de casamento entre pessoas do mesmo sexo.

9. Em terras andinas, a Lei do casamento igualitário, de 15 de julho de 2010, admitiu a união casamentária homoafetiva.

10. Já admitindo essa compreensão: “1. Reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar – desde a decisão proferida na ADPF 132 e na ADIN 4277, na qual conferiu-se efeito vinculante à eficácia *erga omnes* – não há razão para não conferir igual proteção legal ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, legalmente realizado no estrangeiro, sobretudo para efeitos de comprovação de relacionamento afetivo com a finalidade de obtenção de visto permanente do cônjuge do estrangeiro” (TJ/DFT, Ac. 6ª T. Civ., Acórdão 578792, Ap. Civ. 2011.10111948032, Rel. Des. Jair Soares, j. 11.4.12, DJU 19.4.12, p. 243).

É, seguramente, uma das formas de regulamentação social da convivência entre pessoas que se entrelaçam pelo afeto. Até porque parece ser certo e indubitado que o ser humano carece de uma convivência plena, com ajuda mútua no campo material, psicológico, sexual, biológica e espiritual. O casamento é, assim, uma das formas de alcançar essa plenitude, a partir da (con)vivência humana.

É um mecanismo para a constituição de uma família, com diversos objetivos e perspectivas personalíssimas.

Nessa linha de pensamento, o casamento é uma das diversas e variadas formas de convivência afetiva e familiar, através da *união de duas pessoas “realizando uma integração fisiopsíquica”*, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira.¹¹

Vale deixar patente que o casamento não é a única forma de constituição de família, mas *uma delas*, formada pela *união formal, solene*, entre pessoas que se entrelaçam afetivamente, estabelecendo uma comunhão de vida. Aliás, nessa referência à comunhão de vida, realçamos a presença da *sexualidade*, do *auxílio mútuo* e do *projeto de vida em comum* – que, certamente, são marcas características do casamento.

Bem esclarece Rodrigo da Cunha Pereira que o “o gênero família comporta várias espécies, como a do casamento”, e tanto ele, quanto as outras espécies “vêm exprimir a liberdade dos sujeitos de constituírem a família da forma que lhes convier, no espaço de sua liberdade”, não cabendo ao Estado regulamentar as formas de manifestação da comunhão plena de vida, pois “a sexualidade, que é da ordem do desejo, *escapa ao normatizável* e o Estado não pode mais controlar as formas de constituição de família”.¹²

Seguindo essa ordem e tendência, o art. 1.511 do Código Civil de 2002 estabeleceu que “*o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”, afastando eventual tratamento diferenciado entre o homem e a mulher, diferentemente do que fazia o seu antecessor.¹³

Passando em revista toda a discussão a respeito da conceituação do casamento, centramos os esforços na ideia fundamental de se tratar de uma *comunhão de vidas, de afetos*, através de uma plena integração fisiopsíquica.

2.2 Finalidades do casamento

É importante detectar as finalidades do casamento para que se tenha uma perfeita compreensão do próprio instituto, explicando a política legislativa observada na sua disciplina.¹⁴

11. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, op. cit., p. 53.

12. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de Família: uma abordagem psicanalítica*, op. cit., p. 31.

13. Na mesma levada, o art. 1.577º do Código Civil lusitano reconhece o casamento como um “contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

14. GOMES, Orlando. *Direito de Família*, op. cit., p. 64.

Outrora, já se disse que o casamento tendia à *constituição da família legítima*, quando, sob a égide do Código Civil de 1916, distinguam-se os diferentes tipos de entidade familiar – o que, contemporaneamente, é de todo inadmissível.

Ainda hoje, alguns autores, como Maria Helena Diniz, enxergam dentre as finalidades do casamento a *procriação dos filhos* (que, segundo a professora paulista, “é uma consequência lógico-natural e não essencial” do casamento), a *legalização das relações sexuais* (“pois dentro da satisfação do desejo sexual, que é normal e inerente à natureza humana, apazigua a concupiscência”), a *educação da prole* (“pois no matrimônio não existe apenas o dever de gerar filhos, mas também de criá-los e educá-los”) e a *atribuição do nome ao cônjuge e a reparação de erros do passado*.¹⁵

Venia maxima concessa, nada mais equivocado.

Com efeito, a finalidade precípua do casamento é o estabelecimento de uma *comunhão de vida*, não se prestando a fins específicos que podem, ou não, estar presentes nas mais diferentes relações de casamento.

Note-se que a *procriação* não pode ser a finalidade do casamento civil porque a própria Carta Magna (CF, art. 226, § 7º)¹⁶ reconhece o direito ao planejamento familiar, que é de livre decisão do casal. Assim, é absolutamente possível às pessoas casadas decidirem não ter filhos – e nem por isso haverá frustração dos objetivos matrimoniais. Por outro lado, aceitando a ideia de que a procriação é uma finalidade do matrimônio, terão de ser anuladas todas as núpcias das quais não decorrerem filhos. Outrossim, não há que se falar em relações sexuais *ilegais* fora do casamento! É o ápice do preconceito e da visão patriarcal e casamentária do Código Civil de 1916, superada de há muito pelo constituinte, pretender enxergar no casamento uma forma de *legalização de relações sexuais* (que, de um modo ou de outro, não deixam de ser relações *afetivas*), como se os relacionamentos sexuais entre pessoas não casadas fossem *ilícitos*. Aliás, basta lembrar que a Constituição proíbe discriminação entre filhos, em relação à sua origem (CF, art. 227, § 6º),¹⁷ para se afastar essa visão míope da relação matrimonial. Também não parece ser fim do casamento a *educação da prole*, uma vez que essa circunstância decorre da paternidade e da maternidade, não precisando ser casado para ter de educar e manter os filhos. Demais disso, a *atribuição do nome ao cônjuge*, por idêntico, não é finalidade do casamento, pois é possível casar e não acrescer o patronímico do outro

15. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 38-40. Confirmando, de certo modo, esses desideratos a serem alcançados pelo matrimônio, chega a afirmar, com base em Filomusi-Guelfi, que “não é a procriação dos filhos a única finalidade do casamento, nem mesmo a purificação dos prazeres sexuais, mas a união mais perfeita entre o homem e a mulher em todas as várias esferas”.

16. Art. 226, § 7º, Constituição da República: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

17. Art. 227, § 6º, Constituição da República: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

(CC, art. 1.565, § 1º),¹⁸ bem como é possível acrescentar o sobrenome do companheiro, com quem se convive habitualmente, sem casar (Lei nº 6.015/73, art. 57, § 2º).¹⁹ E, *in fine*, não se pode tratar o casamento como forma de *reparar erros de cada parte*. O casamento, por certo, há de ser mais do que isso...

Superada, portanto, essa concepção retrógrada e dissonante do espírito constitucional, é preciso estabelecer a finalidade do casamento em expressão genérica, mas eficiente e clara: a finalidade do casamento é estabelecer *comunhão de afetos*.

“Uma espécie de afeto que, enquanto existe, conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum [...] Mas não um afeto qualquer. Se fosse qualquer afeto, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. O que identifica a família é um *afeto especial*, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição [...] Este é o afeto que define a família: *o afeto conjugal*”, na síntese de Sérgio Resende de Barros.²⁰

Tentando destrinchar essa finalidade afetiva do casamento, Fábio Ulhoa Coelho, após indagar qual seria o objetivo perseguido por pessoas que se casam, concorda quanto à finalidade de comunhão de vida (de afetos), destrinchando-a em diferentes aspectos: *“amor, gratificação sexual e organização de vida”*.²¹

Esta a gênese verdadeira perseguida pelo casamento: o estabelecimento de uma vida afetiva em comum, constituindo uma entidade familiar formal e solene.

É bem verdade que não faltam casamentos em que estão patentes outras finalidades, em lugar do afeto. Há quem se enlace por impulso, por frustração, para dar satisfação familiar e social, sem reflexão, sem motivo... Basta lembrar de *Manuel Fulô*, o *Mané das Moças*, do clássico *Sagarana*,²² do imortal João Guimarães Rosa, que, ao

18. Art. 1.565, § 1º, Código Civil: “Qualquer dos nubentes, querendo, *poderá* acrescentar ao seu o sobrenome do outro”.

19. Art. 57, § 2º, Lei nº 6.015/73: “A mulher solteira, desquitada ou viúva, *que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro*, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas”.

20. BARROS, Sérgio Resende de. “A ideologia do afeto”, op. cit., p. 8.

21. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 25-26.

22. *Sagarana* é uma das obras marcantes de Guimarães Rosa, composta por nove contos. Seguindo a característica do autor, o título da obra sugere ao leitor um processo de invenção de palavras, através do hibridismo. *Saga* é um radical de origem germânica, com o significado de uma *lenda*, enquanto *rana* tem raízes indígenas, dizendo respeito à “*maneira de*” ou “*espécie de*”. As narrativas do livro seguem uma alegoria, fixando-se, basicamente, na cultura mineira, bem explorada pelo autor. A propósito, inclusive, as epígrafes que encabeçam cada conto são inspiradas na tradição mineira, com provérbios e cantigas do sertão de Minas Gerais.

casar, apresentou a seguinte explicação: “é o jeito. Eu queria três coisas só: ter um sela mexicana, pr’a arrear a Beija-Fulô... E ser boticário ou chefe de trem-de-ferro, fardado de boné! Mas isso mesmo é que ainda é mais impossível... A pois, estando vendo que não arranjo nem trem-de-ferro, nem farmácia, nem a sela, me caso... Me caso!, seu doutor...”²³

2.3 Natureza jurídica do casamento

Matéria que sempre pertenceu à área cinzenta do Direito diz respeito à natureza jurídica do casamento, acendendo polêmicas que pareciam insuperáveis.

Em apertada síntese, as opiniões diversas apresentadas podem ser concatenadas em três teorias distintas, tentando justificar a natureza matrimonial, podendo ser sintetizadas, a partir de seus pilares, com as seguintes características: (i) *natureza negocial*, entendendo que, por se tratar de ato decorrente da vontade das partes, fundado, basicamente, no consentimento, o casamento seria um negócio jurídico – que não se confunde com o contrato;^{24,25} (ii) *natureza institucional*, rejeitando a natureza negocial e enxergando no matrimônio uma situação jurídica que refletiria parâmetros preestabelecidos pelo legislador e constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado;²⁶ (iii) *natureza mista ou eclética*, promovendo uma conciliação entre as teorias antecedentes, passando a considerar o casamento um ato complexo, impregnado, a um só tempo, por características contratuais e institucionais.²⁷

Todas essas discussões teóricas acerca da natureza jurídica do casamento foram muito bem captadas e sintetizadas pela pena sensível de Camilo de Lélis Colani Barbosa, ao salientar que a questão, na verdade, “revela a condição social, refletindo a tendência histórica adotada pelo direito de um determinado país e determinada época”. Sem dúvida, assiste inteira razão ao eminente civilista paulista radicado na Bahia, pois, com toda certeza, a natureza do casamento sofre as oscilações típicas das condições de tempo e lugar. Por isso, com invulgar percepção, já percebia: “o

23. A oportuníssima lembrança vem da obra de Antônio Chaves. *Tratado de Direito Civil*, op. cit., p. 54.

24. Corifeus dessa concepção negocial, os saudosos professores paranaenses José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz aduzem, com habitual coerência, promovendo um raciocínio ao qual não se pode objetar contradições, que o casamento é “*negócio jurídico bilateral*”, fugindo do uso da expressão *contrato*, mas enfatizando a presença intensa do elemento volitivo, seja na sua formação, seja na sua continuidade, seja mesmo no exercício de suas faculdades, tais como a escolha do regime de bens ou da mudança do nome. Cf. *Direito de Família*, op. cit., p. 125.

25. Na elaboração do novo Código Civil da Itália, o relatório ministerial ao projeto definitivo, confirmando a natureza contratual das núpcias, anotava que “*o casamento é um contrato solene porque a declaração de vontade dos esposos obedece a uma forma sacramental e deve ser atestada (não completada) pelo oficial público*”.

26. Promovendo a defesa dessa corrente, Washington de Barros Monteiro apregoa que o casamento constitui “uma grande instituição social, que, de fato, nasce da vontade dos contraentes, mas que, da imutável autoridade da lei, recebe sua forma, suas normas e seus efeitos”. Cf. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 13. Também Maria Helena Diniz: “Por ser o matrimônio a mais importante das transações humanas, uma das bases de toda constituição da sociedade civilizada, filiamo-nos à teoria institucionalista, que o considera como uma instituição social” (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, op. cit., p. 42).

27. Nessa esteira, acatando essa concepção, Sílvio Rodrigues afirma que o “casamento assume a feição de um ato complexo” (*Direito Civil*, op. cit., p. 21-22).

CAPÍTULO IV

A Dissolução do Casamento (O Divórcio)

Sumário • 1. Uma compreensão constitucional da dissolução do casamento: o direito de não permanecer casado – 2. A dissolução do casamento: 2.1 Escorço histórico evolutivo da dissolução do casamento; 2.2 Os antecedentes da Emenda Constitucional n. 66/10; 2.3 O sistema de dissolução do casamento: unificado ou dualista?; 2.4 Um réquiem para a separação: se ainda não morreu, está moribunda; 2.5 Hipóteses de cabimento da separação (se admitida a sua incidência, na forma do Código de Processo Civil de 2015); 2.6 Questões intertemporais para a hipótese de eliminação da separação do sistema jurídico brasileiro; 2.7 A separação de corpos como medida jurídica possível e a possibilidade de mandado de distanciamento; 2.8 A importância da separação de fato como um instrumento idôneo para cessar efeitos jurídicos do casamento (teoria da primazia da realidade afetiva); 2.9 A dissolução do casamento pela morte; 2.10. A morte presumida como causa dissolutória do casamento – 3. O divórcio: 3.1 O divórcio em perspectiva histórica e em leitura civil-constitucional; 3.2 Noções conceituais; 3.3 Requisito constitucional único para o divórcio; 3.4 Objeto cognitivo da ação de divórcio e a possibilidade de resolução parcial do mérito da causa (art. 356 do Código de Processo Civil de 2015); 3.5 Superação do regime diferenciado do divórcio; 3.6 O divórcio litigioso e o divórcio consensual; 3.7 O divórcio consensual; 3.8 O divórcio litigioso – 4. Características (materiais e processuais) do divórcio (aplicáveis também à separação) – 5. Situações patrimoniais controvertidas no divórcio: 5.1 A possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica no divórcio e o procedimento especial estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015; 5.2 Outras controvérsias patrimoniais relevantes.

*“Eu vou lhe deixar a medida do Bonfim, não me valeu;
Mas fico com o disco do Pixinguinha, sim!, o resto é seu;
Trocando em miúdos, pode guardar, as sobras de tudo que chamam
lar, as sobras de tudo que fomos nós, as marcas de amor nos
nossos lençóis, as nossas melhores lembranças...
Eu bato o portão sem fazer alarde, eu levo a carteira de
identidade, uma saideira, muita saudade,
e a leve impressão de que já vou tarde.”*

**(Chico Buarque. *Trocando em miúdos*,
de Chico Buarque de Hollanda e Francis Hime)**

“Na primeira manhã que te perdi; Acordei mais cansado que sozinho; Como um conde falando aos passarinhos; Como Bumba-Meu-Boi sem capitão; E gemi como geme o arvoredo; Como a brisa descendo das colinas; Como quem perde o prumo e desatina; Como o sol no meio da multidão;

Na segunda manhã que te perdi; Era tarde demais pra ser sozinho; Cruzei ruas, estradas e caminhos; Como um carro correndo em contra-mão; Pelo canto da boca, num sussurro; Fiz um canto demente, absurdo; Um lamento noturno dos viúvos; Como um gato gemendo no porão; Solidão.”

(Maria Bethânia, *Na primeira manhã*, de Alceu Valença)

1. UMA COMPREENSÃO CONSTITUCIONAL DA DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO: O DIREITO DE NÃO PERMANECER CASADO

É certo e incontroverso que todo projeto afetivo, inclusive o casamento, tende, naturalmente, à permanência. Não há casamento que seja celebrado pensando em sua dissolução. É preciso observar, de qualquer maneira, que muito mais relevante do que a manutenção de um casamento com o sacrifício da felicidade dos cônjuges (e, no final das contas, com a violação da própria dignidade deles), é o respeito às liberdades e garantias individuais.

Surge, assim, nesse cenário, o divórcio como a medida jurídica de nítida inspiração garantista, concretizadora da própria liberdade humana de autodeterminação, reconhecida em sede constitucional (art. 226, § 6º).

Na expressiva e simbólica linguagem de Luiz Edson Fachin, “uma história construída a quatro mãos tende ao sentido da permanência. Todavia, *a liberdade de casar convive com o espelho invertido da mesma liberdade, a de não permanecer casado*”.¹

Equivale a dizer: embora seja certo e incontroverso que todo casamento tende à manutenção, não se pode olvidar a possibilidade de cessação do afeto, encerrando o projeto familiar. Pois bem, cessando o pacto de solidariedade afetiva, pela ausência de ideais de comunhão de vida, surge para cada consorte o direito de dissolver a união matrimonial que se imaginou eterna.² Nessa linha de compreensão, Rodrigo da

1. FACHIN, Luiz Edson. *Direito de Família*, op. cit., p. 194-195. Comparando o casamento ao voo de uma aeronave, o mestre paranaense vislumbra no divórcio um verdadeiro “pouso, não raro, marcado pelos solavancos da turbulência”. E acresce: “Quando o projeto parental vai cessando, no voo em curso diminui-se, voluntária ou involuntariamente, a velocidade que impulsionava a comunhão de vida. Sobre uma espécie de ‘pista de taxiamento’, terminado está o voo que levou, antes, ao início, aqueles passageiros a decolar”.
2. Françoise Dolto, psicanalista francesa, sustenta que “o divórcio é tão honroso quanto o casamento”, explicando a necessidade de manter a dissolução do matrimônio em níveis de compreensão elevados, especialmente no que respeita à proteção da prole (*Quando os pais se separam*, op. cit., p. 26).

Cunha Pereira percebe, com pena sensível, que “no casamento, quando se depara com o cotidiano, e o véu da paixão já não encobre mais os defeitos do outro, constata-se uma realidade completamente diferente daquela idealizada”.³ Por isso, fracassada a cumplicidade almejada (ao menos *in these*), com a vida em comum, resta reconhecer o *direito de ambos os cônjuges* – mesmo do eventual responsável (em todos os sentidos) pela ruptura – de promover a dissolução matrimonial.

O divórcio, portanto, materializa o direito reconhecido a cada pessoa de promover a cessação de uma comunidade de vida (de um projeto afetivo comum que naufragou por motivos que não interessam a terceiros ou mesmo ao Estado – aliás, não sabemos mesmo se interessam a eles próprios). Por isso, toda e qualquer restrição à obtenção da ruptura da vida conjugal não fará mais do que convalidar estruturas familiares enfermas, casamentos malogrados, convivências conjugais em crise, corrosivas e atentatórias às garantias de cada uma das pessoas envolvidas.

Talvez tenha sido por tudo isso que Laurent já pregava que o divórcio não é um mal para a sociedade, mas verdadeiramente “o remédio para um mal”.⁴ É que não tem valor algum para a sociedade manter casamentos esvaziados de seu conteúdo mais proeminente (que é o afeto e o respeito recíproco), impondo enormes privações para os cônjuges e violando direitos da personalidade.

Nessa ordem de ideias, é fácil perceber que repugna a dignidade humana, consagrada constitucionalmente como valor precípuo do sistema jurídico, dificultar ou impedir que pessoas casadas possam, facilmente, dissolver o seu casamento. E mais. Impor dificuldades ou entraves jurídicos nesse momento importa em uma verdadeira degradação pessoal nas esferas psíquica, moral, intelectual e, por certo, física, afrontando a dignidade dos envolvidos.

Por isso, com as lentes garantistas da Constituição da República, é preciso, sem dúvida, enxergar a dissolução do casamento (agora simplificada pela Emenda Constitucional 66/10) com uma feição mais ética e humanizada, compreendendo o divórcio como um instrumento efetivo e eficaz de promoção da integridade e da dignidade da pessoa humana. Essa humanização implica, inclusive, em evitar a excessiva exposição da intimidade do casal, fazendo que com que o divórcio esteja sintonizado em um novo tempo, no qual a dignidade do ser humano sobrepuje os formalismos legais.

Aliás, é certo que os valores constitucionais reconhecidos à pessoa humana para a sua ampla proteção física, psíquica e intelectual (em especial, as garantias fundamentais de dignidade, liberdade e igualdade substancial) precisam ser *concretizados*⁵ pela legislação infraconstitucional e pelo Poder Judiciário na interpretação

3. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. “A culpa no desenlace conjugal”, op. cit., p. 326.

4. LAURENT, François, apud MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, op. cit., p. 165.

5. A respeito da concretização dos valores constitucionais, propondo um novo método hermenêutico, consulte-se André Ramos Tavares. *Direito Constitucional Brasileiro concretizado: hard cases e soluções juridicamente adequadas*, op. cit., em especial p. 25-50.

da norma. Enfim, as normas infraconstitucionais contemporâneas precisam, pois, incorporar esse espírito constitucional, disciplinando a vida em sociedade a partir de valores humanitários.

Com isso, a regulamentação do divórcio, como mecanismo dissolutório do casamento, precisa estar conectada na norma constitucional. Lembre-se, a propósito, a existência de uma plúrima regulamentação legal da dissolução do casamento, o que exige cuidado e atenção na sua interpretação conforme a Constituição. Trata-se de um verdadeiro *mix* entre uma lei editada no auge da ditadura militar (a Lei nº 6.515/77, apelidada de Lei do Divórcio), o Código de Processo Civil de 2015 (editado em tempos de democracia participativa) e o Código Civil (que, embora tenha sido aprovado em 2002, foi elaborado no período compreendido entre 1969 e 1975). E tudo isso com as intervenções impostas por outros Diplomas, como a norma que, primeiramente, autorizou a dissolução nupcial em cartório, sem decisão judicial (a Lei nº 11.441/07) e, mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 66/10.

Infere-se, pois, com tranquilidade que, tendo em mira o realce da proteção avançada da pessoa humana, o ato de casar e o de não permanecer casado constituem, por certo, o verso e o reverso da mesma moeda: a liberdade de autodeterminação afetiva. Assim, como concretização disso, é de se reconhecer um âmbito intangível na intimidade dos indivíduos: o respeito às suas decisões pessoais, concretizando uma tendência contemporânea universal.⁶

Já existe, inclusive, precedente jurisprudencial emprestando valor jurídico à falta de afeto como móvel para a dissolução do casamento. Vale observar: “Há que emprestar-se valor jurídico à impossibilidade de manutenção do casamento, pela ausência da *affectio* que lhe é própria, não se podendo condenar à convivência dois seres que não mais se suportam [...] Decretada a separação judicial sem culpa, face à evidente falência do matrimônio” (TJ/RS, Ac. 7ª Câ. Cív., Ap. Cív. 70000.410.688, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

Veja-se, aliás, que a proclamação da dignidade humana como valor fundante da ordem jurídica encerra um verdadeiro direito fundamental, genérico, à tutela plena e integral, consubstanciando uma *cláusula geral de proteção da personalidade* ou *teoria geral de personalidade*. Nessa mesma esteira, a Declaração dos Direitos do Homem (art. 12) e a Convenção da Europa (art. 8º) outorgam direitos fundamentais ao homem, conferindo proteção à vida privada e familiar. Ora, compreendida a amplitude conceitual da cláusula geral de proteção da personalidade humana, a *dignidade da pessoa humana*, não pode haver dúvidas de que *se é direito da pessoa humana constituir, formar, um núcleo familiar, também é direito seu não manter a entidade formada, sob pena de comprometer-lhe a própria existência digna, impondo-lhe um sacrifício pessoal e emocional, nitidamente atentatório à sua dignidade*.

6. Sobre o assunto, consulte-se: MIZRAHI, Mauricio Luis. *Familia, matrimonio y divorcio*, op. cit., p. 172.

Bem por isso, Rolf Madaleno, ao comentar a previsão legal da dissolução do casamento, em respeito à dignificação pessoal do ser humano, dizia se tratar de uma solução para um problema, pois “livra os cônjuges ou conviventes da degradação de continuarem sendo infelizes”.⁷ Mais incisivo, Alexandre Rosa, também fundamentado no princípio da *dignidade humana* e alvitando a necessária valorização do indivíduo, reconhece, a partir da manifestação do desinteresse na continuidade matrimonial por qualquer dos cônjuges, um “*direito constitucional de serem felizes* e dar cabo àquilo que lhes aflige, sem inventar motivos. O casamento/união – como visto – é a confluência de interesses, inclusive erótico-afetivos. Não existindo esse elo, o melhor é terminar”.⁸

Nessa linha de intelecção, sobreleva reconhecer que é preciso permear toda a compreensão dogmática-jurídica da dissolução do casamento a partir do direito de não permanecer casado, como expressão da materialização da dignidade humana em sede familiarista, implicando no redimensionamento das normas infraconstitucionais.

Registre-se, em arremate, que esse direito fundamental a não permanecer casado já foi acolhido pelo avançado direito alemão, consubstanciado no Código Civil daquele país (*BGB*, § 1.565, al. 1), reconhecido, assim, um *direito material ao divórcio*,⁹ tendo como *única causa o fracasso da união conjugal*, independentemente de lapso temporal e de indagações sobre outras causas.

Seguindo as pegadas do direito germânico, o ordenamento jurídico brasileiro se conectou nessa compreensão contemporânea da facilitada dissolução nupcial, através da Emenda Constitucional n. 66/10, que emprestou nova redação ao § 6º do art. 226 da *Lex Fundamental*, estabelecendo, com clareza solar que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Como se vê, a nova redação constitucional facilita, definitivamente, a obtenção do divórcio, não submetendo a discussões relativas a prazos ou causas. Com isso, é possível casar e dissolver o matrimônio a qualquer tempo, como expressão da *liberdade de casar e de não permanecer casado*.

Em sucintas linhas: o fim do projeto de comunhão plena de vida (constituído por laços de afeto) tem no desamor seu único fundamento!¹⁰

Pelo fio do exposto, em uma visão estritamente garantista e centrada em perspectiva constitucional, *o divórcio se tornou um direito potestativo extintivo* de cada uma das pessoas que estão casadas, submetendo-se, tão somente, à manifestação de vontade.

7. MADALENO, Rolf. “A infidelidade e o mito causal da separação”, op. cit., p. 158.

8. ROSA, Alexandre. *Amante virtual*: (In)Consequências no Direito de Família e Penal, op. cit., p. 88.

9. Afirmando essa perspectiva, Wilfried Schlüter chega mesmo a apregoar que “se uma união conjugal – pelo motivo que seja – estiver fracassada, ela pode ser dissolvida por divórcio a pedido de qualquer cônjuge” (*Código Civil Alemão*: Direito de Família, op. cit., p. 241).

10. Nesse sentido, veja-se a lúcida posição de Thiago Felipe Vargas Simões: “O direito de ser feliz ou de buscar a felicidade em outro seio familiar não pode ser preterido ou obstaculizado por capricho da lei, que insiste em querer apontar situações diversas para caracterizar o fim da família quando à esta não existe mais o afeto” (*(Des)Afeto e família*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/scripts/certificados/revista.php?id=6112>).

2. A DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

2.1 Escorço histórico evolutivo da dissolução do casamento

Na estrutura do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel.

Inspirado em ideias patrimonialistas e patriarcais e sob a direta influência da Igreja Católica,¹¹ o Direito das Famílias não admitia a dissolução do vínculo matrimonial em vida. Vigorava a máxima *o que Deus uniu, o homem não separa*.

Toda e qualquer união extramatrimonial, naquela arquitetura, era chamada de *illegítima* e não produzia os efeitos típicos do casamento. Até mesmo porque somente o casamento fundava a família. Por conseguinte, as uniões extramatrimoniais (apeladas de concubinato) eram meras sociedades de fato, não dispondo dos mesmos direitos reconhecidos às famílias casamentárias. Exemplificativamente, o direito de receber alimentos era exclusivo do casamento, não se aplicando à dissolução do concubinato.

Motivado por essa pressão social, o ordenamento jurídico pátrio, então, em 1977, com o advento da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, que emprestou nova redação ao § 1º do art. 175 da Constituição Federal de 1967, permitiu o divórcio, como causa de dissolução nupcial,¹² tendo a matéria sido disciplinada pela Lei nº 6.515/77 – Lei do Divórcio. Até essa data, somente o desquite colocava fim ao casamento, sem, entretanto, dissolver o vínculo existente entre marido e mulher. Superava-se uma intensa fase de debates e infundadas preocupações¹³ sociais e religiosas,¹⁴ típicas do contexto cultural do individualismo jurídico que impregnou o período oitocentista, admitiu-se a quebra do vínculo matrimonial, quando cessado o próprio afeto.

Nesse momento, por questões de política legislativa, o divórcio foi admitido de maneira extremamente tímida. Assim, somente era admitido um único divórcio por requerimento da pessoa interessada e desde que precedido do longo prazo de cinco anos de separação judicial. Ou seja, o casal tinha, primeiramente, de buscar a separação e, após esse elástico prazo, voltar ao juiz para obter o divórcio.

11. Também no direito espanhol se pode notar essa influência: “Nos países de profunda tradição católica (como a Espanha, a Itália e o Brasil), a admissão do divórcio sempre provocou um profundíssimo e exacerbado debate social – o que nós devemos evitar..., deixando de lado opiniões e opções ideológicas que, necessariamente, devem ser de caráter pessoal” (LASARTE, Carlos. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 95).

12. Vale notar que o caráter indissolúvel do casamento, no direito brasileiro, vinha deliberado em sede constitucional, diferentemente dos demais países que não tratavam da matéria na Lei Maior, deixando para ela temas de maior relevo.

13. Nesse diapasão, Lourival Serejo lembra que “a implantação do divórcio, no Brasil, enfrentou um processo longo de debates, críticas e movimentos organizados, principalmente liderados pela Igreja e intelectuais católicos. Previa-se, então, o caos da família brasileira, a disseminação da falta de respeito entre os casais e a proliferação de casamentos fáceis que já nasceriam com o estigma da separação, pois lhes faltaria o vínculo da indissolubilidade. [...] Depois de muito tempo de vigência, entretanto, o uso do divórcio não importou em descontrole nem anarquia” (*Direito Constitucional da Família*, op. cit., p. 72).

14. No que concerne aos dogmas da Igreja Católica, vale ressaltar que, após intensos debates doutrinários, somente com o Concílio de Trento, de 1545 a 1553, o casamento se tornou um sacramento indissolúvel.

Com a *Lex Legum* de 1988, porém, abraçou o nosso sistema a facilitação da dissolução do casamento, diminuindo o lapso temporal para a obtenção do divórcio por conversão, precedido de uma separação (reduziu-se o prazo para um ano apenas) e criando uma nova modalidade dissolutiva de casamento, o divórcio direto (submetido a um lapso temporal de dois anos de separação de fato, independentemente de prévia separação). Nas pegadas da norma constitucional, a Lei nº 7.841/89 aboliu o limite de concessão de divórcio, estabelecido no art. 38 da Lei nº 6.515/77,¹⁵ findando uma esdrúxula situação pela qual somente poderia ser concedido um único divórcio por pessoa.¹⁶

Na ótica do constitucionalismo contemporâneo, então, a dissolução do enlace matrimonial há de ser compreendida como um verdadeiro direito da pessoa humana à vida digna, por conta da liberdade de autodeterminação, que há de ser compreendida inclusive pelo prisma afetivo. Dessa maneira, encerrados os projetos e anseios comuns – que servem como base de sustentação para o casamento – exsurge a dissolução do matrimônio como consequência natural, consubstanciando um direito exercitável pela simples vontade do indivíduo.¹⁷

Eis o sinal dos tempos: afirma-se o direito de não manter o núcleo familiar constituído, dissolvendo o casamento ou a união constituída, como consequência natural da proteção da dignidade da pessoa humana.

Incorporando essa compreensão e em evidente homenagem à *autonomia privada*, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 66/10, promulgada em 13 de julho de 2010, alterando o texto do art. 226, em seu § 6º.¹⁸ Com isso, foi estabelecida uma total facilidade para a obtenção da dissolução do casamento, que estará submetida, tão somente, à simples manifestação da vontade de um dos cônjuges, ou de ambos, de não mais permanecer enlaçado maritalmente.

Nessa ordem de ideias, o divórcio se tornou um mero *exercício de direito potestativo*, sem prazo contemplado em lei e independentemente da vontade da outra parte.

2.2 Os antecedentes da Emenda Constitucional nº 66/10

Fruto de um esforço intelectual e doutrinário, a Emenda Constitucional nº 66/10 resultou da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 413/05 (depois renumerada PEC 33/07), de autoria, inicialmente, do Deputado Antonio Carlos Biscaia,

15. Estabelecia o dispositivo legal aludido que “o pedido de divórcio, em qualquer dos seus casos, somente poderá ser formulado uma vez”.

16. O limite ao número de divórcio gerava uma estranha situação: se uma pessoa divorciada viesse a convolar núpcias com uma pessoa ainda solteira, não seria possível a dissolução desse casamento, violando frontalmente a liberdade daquele que nunca havia se divorciado antes.

17. Para Rita Simões Bonelli, “desaparecendo a intenção de continuidade de convivência como marido e mulher, aliado à ruptura do compromisso firmado de observarem as obrigações dele inseparáveis, o caminho natural é o do desfazimento do consórcio de vida” (“Responsabilidade civil entre marido e mulher por ofensa aos direitos da personalidade”, op. cit., p. 258-259).

18. Giza o texto atual do art. 226, § 6º, da Carta Magna: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

do Rio de Janeiro, e, posteriormente, encampada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro, da Bahia.

Durante a sua tramitação, os parlamentares, em louvável iniciativa, perceberam a necessidade de aperfeiçoar a redação da Proposta. Originariamente, a PEC 33/07 estabelecia:

Art. 226, § 6º, Constituição Federal:

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

Quando da aprovação do Projeto no Congresso Nacional, foi suprimida a expressão “*na forma da lei*”, constante da parte final do dispositivo proposto. Com isso, a redação efetivamente aprovada se mostrou mais objetiva e direta:

Art. 226, § 6º, Constituição Federal:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.

Em uma leitura perfunctória, a alteração no texto da Proposta pode não merecer maior atenção. Todavia, a supressão da expressão *na forma da lei* está revestida de relevante significado jurídico. É que, mantida a redação originária, seria possível objetar o argumento da necessidade de edição de uma norma infraconstitucional, de uma lei, para que o novo sistema pudesse produzir efeitos.

Suprimida a expressão *na forma da lei*, infere-se, com tranquilidade, que a Emenda Constitucional nº 66/10 tem *eficácia imediata e direta*, não reclamando a edição de qualquer norma infraconstitucional. É dizer: a Emenda Constitucional nº 66/10 entrou imediatamente em vigor, produzindo efeitos e vinculando todo o tecido normativo infraconstitucional que passou a ser interpretado conforme os seus preceitos e opções legislativas.

Pensar de modo diverso importa em afrontar a natureza dessa Emenda Constitucional e desafiar a intenção do próprio constituinte, até porque, conforme se disse, expressamente, no Parlamento: “a exigência de prazo e a imposição de condição para a realização do divórcio desatendem ao princípio da proporcionalidade, que recomenda não cause a lei ao jurisdicionado ônus impróprio ou desnecessário”.

Com isso, nota-se que o constituinte *facilitou a obtenção do divórcio* lastreado na tendência constitucional de preservação da vida privada das partes envolvidas, o que, em última análise, diz respeito à proteção da dignidade humana.

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

Para além disso, há uma grande discussão no País sobre a eliminação, ou não, da separação, como causa dissolutiva da sociedade conjugal, em razão da referida

Emenda. Para nós, há de prevalecer o entendimento mais compatível com o espírito constitucional e com a racionalidade do sistema: não há motivos para a manutenção da separação no ordenamento jurídico. Assim, parece-nos que a sua supressão decorrente da Emenda Constitucional multicitada é o melhor caminho para facilitar a dissolução do casamento.

Nessa tocada, parece que tais conclusões estão bem alicerçadas na interpretação autêntica e na interpretação histórica da Emenda Constitucional nº 66/10. É que, apreciando mais uma vez a justificativa apresentada pelo Deputado Sérgio Barradas Carneiro (BA), infere-se as razões que inspiraram a sua apresentação:

“Levantamentos feitos das separações judiciais demonstram que a grande maioria dos processos são iniciados ou concluídos amigavelmente, sendo insignificantes os que resultaram em julgamentos de causas culposas imputáveis ao cônjuge vencido. Por outro lado, a preferência dos casais é nitidamente para o divórcio, que apenas prevê a causa objetiva da separação de fato, sem imiscuir-se nos dramas íntimos; afinal, qual o interesse público relevante em se investigar a causa do desaparecimento do afeto ou do desamor? O que importa é que a lei regule os efeitos jurídicos da separação, quando o casal não se entender amigavelmente, máxime em relação à guarda dos filhos, aos alimentos e ao patrimônio familiar. Para tal, não é necessário que haja dois processos judiciais, bastando o divórcio amigável ou judicial”.

O tema, contudo, está longe de ser pacífico. Prova disso é que o Código de Processo Civil de 2015, em posição distinta, disponibilizou um procedimento para a separação litigiosa e outro para a amigável, na forma da legislação civil. Parte, portanto, da premissa de que a separação se manteria em nosso sistema.

Promovendo a interpretação do sistema jurídico, o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, caminhou por sentido diverso, entendendo que a possibilidade de separação está mantida, não tendo sido abolida pela Emenda Constitucional nº 66/10, que não teria tido esse objetivo, mas, tão só, facilitar o divórcio (STJ, Ac. 4ª T., REsp 1.247.098/MS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.3.17, DJe 16.5.17).

O tema, contudo, permanece em discussão, com um visível desacordo na doutrina (*auctores ultraque trahunt*), a respeito da permanência, ou não, da separação como uma possibilidade jurídica.

2.3 O sistema de dissolução do casamento: unitário ou dualista?

Singrando os mares desbravados pela redação originária do art. 1.571, *caput*, da Lei Civil é possível notar que o sistema jurídico brasileiro havia eleito duas diferentes formas extintivas do casamento: as *causas dissolutivas* e as *causas terminativas*.

Estas (as causas terminativas) atacariam, apenas e tão somente, a *sociedade conjugal*, pondo fim aos deveres recíprocos impostos pelo matrimônio (CC, art. 1.566), além do regime de bens. Não fulminariam o vínculo matrimonial existente. Aquelas (as causas dissolutivas), se destinariam a extinguir os deveres recíprocos e o regime

de bens, bem assim como a relação jurídica (vínculo matrimonial) existente entre os consortes. Desse modo, as causas terminativas não permitiam novas núpcias, uma vez que o vínculo jurídico existente entre eles ainda era mantido. Somente através das causas dissolutivas do vínculo é que se admitia a celebração de novas núpcias.

Em palavras mais claras: em se tratando de causa terminativa, colocava-se fim à sociedade existente, extinguindo os deveres entre os cônjuges; a outro giro, quando se tratava de causa dissolutiva, além de fulminar a sociedade, também se atacava o vínculo estabelecido através do casamento.

A falta de lógica em relação a esse sistema dual é evidente: as causas terminativas terminam o casamento, mas não acabam, na medida em que o vínculo se mantém.

Na rota dessa dualidade de causas dissolutivas do casamento, foram mencionadas, no art. 1.571 da Codificação de 2002, quatro causas terminativas: (i) a morte; (ii) o divórcio; (iii) a separação; e (iv) a anulação ou nulidade do casamento.

Dessas quatro causas terminativas, somente duas delas também eram causas dissolutivas do casamento: (i) a morte e (ii) o divórcio, pois dissolviam o vínculo então existente, permitindo às pessoas contrair novas núpcias – o que não é possível nas demais hipóteses, que, repita-se, eram meramente extintivas da sociedade e, por conseguinte, dos deveres conjugais, sem desconstituir o vínculo matrimonial existente.

Nessa ordem de ideias, através do instituto da *separação*, os consortes apenas colocam fim aos deveres recíprocos conjugais e ao regime de bens, sem que estejam libertos da relação jurídica formada pelo matrimônio, motivo pelo qual não podem contrair um novo casamento. Os cônjuges separados, portanto, não são divorciados e não podem casar novamente, pois ainda estão vinculados matrimonialmente.

Registre-se que, na *invalidação do casamento* (através de *anulação* ou de *nulidade matrimonial*), também não há que se falar em possibilidade de contrair *novas* núpcias, pois o casamento existente entre os nubentes não foi dissolvido, mas, verdadeiramente, desconstituído, retornando as partes ao *status quo ante*. Logo, após a invalidação do matrimônio, podem os ex-cônjuges simplesmente *casar* (porém, não se tratando de um *novo* casamento). Ou seja, voltam a ter o estado civil que possuíam antes do casamento, não havendo que se falar em dissolução. Exatamente por isso, é possível que seja formulado um pedido de anulação ou de nulidade de casamento mesmo quando a parte já estiver divorciada, pois o que se pretende não é a dissolução do casamento, mas a sua desconstituição, voltando ao estado civil anterior.¹⁹ Aliás, vale destacar, inclusive, a possibilidade, no campo do processo civil, de cumulação (eventual) de pedidos, em uma mesma ação, formulando a parte um pedido de invalidação do casamento cumulado com divórcio. Ou seja, poderá ser proposta uma ação, requerendo ao juiz a invalidação do casamento e, não sendo atendido esse pleito, já restando formulado o pedido de divórcio.

19. Anuindo a esse entendimento, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz esclarecem que “a sentença que decreta a separação não exclui nem a possibilidade jurídica, nem o interesse necessário ao ajuizamento de ação de nulidade ou anulação” (*Curso de Direito de Família*, op. cit., p. 412).

Destarte, somente o divórcio e a morte, em nosso sistema jurídico, colocam fim à sociedade e ao vínculo matrimonial, permitindo novas núpcias.

É absolutamente evidente a dificuldade conceitual em compreender, com precisão, esse dualismo de medidas dissolutivas do matrimônio. Não há justificativa lógica em terminar e não dissolver um casamento. Escapa à razoabilidade e viola a própria operabilidade do sistema jurídico. Daí, as justificadas críticas disparadas ao sistema dualista, binário, de dissolução do casamento, em face de sua evidente inutilidade, por trazer consigo uma antítese: o separado judicialmente não mais é mais casado, todavia, ainda não pode casar novamente, pois permanece atrelado ao seu ex-cônjuge, com quem mantém vinculação jurídica.²⁰

Por isso, Jander Maurício Brum reconhece uma *ilógica manutenção da separação judicial*, sendo dotado de melhor juridicidade a “implantação do divórcio direto sem exigências outras”.²¹⁻²²

De nossa parte, perfilhando o entendimento majoritário em nossa doutrina e jurisprudência, absorvemos cuidadosamente essas considerações críticas para afirmar a superação do caráter binário do sistema, com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10. Com a reforma do texto constitucional originário, pensamos que se estabeleceu uma dissolução do casamento facilitada, através da *morte* ou do *divórcio*, extinguindo a possibilidade de dissolução por separação.

Com isso, colocar-se-ia o ordenamento jurídico brasileiro em avançada posição, ladeando os sistemas da Áustria, Grã-Bretanha e Alemanha. No ordenamento germânico, inclusive, conforme previsão de seu Código Civil (*BGB*, §§ 1.564-1.568),²³ já se reconheceu um *direito material ao divórcio*, tendo como *única causa o fracasso da união conjugal*.

O afastamento do sistema dualista, com o estabelecimento da dissolução nupcial somente por divórcio ou morte, implica no acolhimento implícito pelo nosso sistema do *princípio da ruptura* em substituição ao princípio da culpa, que se mostra de duvidosa razoabilidade jurídica.

Em épocas remotas, em que o casamento assumia uma feição nitidamente patrimonialista, compreendia-se a dissolução da sociedade sem quebrar o vínculo existente entre os cônjuges, uma vez que o escopo da tutela jurídica era assegurar a incolumidade do patrimônio. Não é por outro motivo que o direito canônico, até

20. Diz, ironicamente, Maria Berenice Dias: “A separação traz em suas entranhas a marca de um conservadorismo atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo” (*Manual de Direito das Famílias*, op. cit., p. 282).

21. BRUM, Jander Mauricio. *Separação judicial e divórcio no novo Código Civil*, op. cit., p. 23.

22. Em idêntica proposição, Belmiro Pedro Welter vaticina que “a tendência legislativa é retirar do ordenamento jurídico brasileiro as separações judiciais, mantendo-se apenas a ação de divórcio direto sem culpa” (*Separação e divórcio*, op. cit., p. 20).

23. Essa nova feição do instituto foi traçada com o advento do *Erstes Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts*, de 14 de junho de 1976, que emprestou nova redação aos parágrafos do *BGB* que cuidam da matéria.

os tempos contemporâneos, apenas permite a *separatio quoad thorum et mensam*, bem apelidada de separação de cama e mesa, por prestigiar a proteção do ter em detrimento do ser. Hoje em dia, entretanto, não se vê mais justificativa para tanto. Especialmente após o advento da Constituição de 1988 afirmando uma agenda de valores humanitários e preocupados com a valorização da pessoa, o Direito das Famílias passou a estar calcado na afetividade. Nesse sentido, *não se afigura razoável a manutenção de uma providência que mantém vinculados os cônjuges quando já ausente a base afetiva de sustentação da relação*.

Outrossim, a suposta vantagem prática da separação (que seria a possibilidade de reconciliação independentemente de novas núpcias) é falsa. Nota-se, facilmente, que o volume de casais separados que retomavam a vida conjugal é insignificante. Mas, para além disso, é preciso registrar que os divorciados podem restabelecer o casamento de forma igualmente facilitada, sem necessidade de nova celebração nupcial.

Optando por uma compreensão distinta, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a separação se mantém no sistema jurídico, à luz, inclusive, do Código de Processo Civil de 2015, não tendo sido abolida pela Emenda Constitucional nº 66/10. Vale a pena conferir o posicionamento da jurisprudência superior:

“1. A separação é modalidade de extinção da sociedade conjugal, pondo fim aos deveres de coabitação e fidelidade, bem como ao regime de bens, podendo, todavia, ser revertida a qualquer momento pelos cônjuges. O divórcio, por outro lado, é forma de dissolução do vínculo conjugal e extingue o casamento, permitindo que os ex-cônjuges celebrem novo matrimônio. São institutos diversos, com conseqüências e regramentos jurídicos distintos. 2. A Emenda Constitucional nº 66/10 não revogou os artigos do Código Civil que tratam da separação judicial.” (STJ, Ac. 4ª T., REsp 1.247.098/MS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 14.3.17, DJe 16.5.17).

Em razão de seu pano de fundo evidentemente constitucional, a matéria teve reconhecida a sua repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, aguardando deliberação, pelo Pretório Excelso, a respeito da permanência, ou não, da separação no sistema jurídico como uma figura jurídica autônoma, após o advento da Emenda Constitucional nº 66/10 (STF, Ac. Tribunal Pleno, RE 1.167.478/RJ, rel. Min. Luiz Fux).

2.4 Um réquiem²⁴ para a separação: se ainda não morreu, está moribunda

Reiterando o raciocínio antes esposado, malgrado o posicionamento da jurisprudência superior, pensamos que a Emenda Constitucional nº 66/10 extirpou do

24. *Réquiem* ou *desambiguação* é uma cerimônia religiosa cristã, composta especialmente para um funeral. No âmbito musical, o réquiem deve conter passagens bíblicas e orações para a entrada dos mortos no céu. O termo, no entanto, passou a ser associado a outras composições musicais em homenagem às pessoas mortas. Alguns réquiems compostos por clássicos autores ficaram muito famosos, como os de Mozart, Brahms, Berlioz e Verdi.

CAPÍTULO IX

Os Alimentos

Sumário • 1. Os alimentos na visão civil-constitucional: 1.1 Os alimentos na perspectiva do direito civil-constitucional: instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana; 1.2 Os alimentos como expressão do princípio constitucional da solidariedade e do direito social à alimentação – 2. Noções gerais sobre os alimentos: 2.1 Noções conceituais e natureza jurídica; 2.2 Características; 2.3 Dever e obrigação alimentar: um bosquejo distintivo; 2.4 Sujeito ativo e sujeito passivo dos alimentos; 2.5 Fixação do *quantum* alimentício (o trinômio necessidade de quem recebe × capacidade contributiva de quem paga × proporcionalidade); 2.6 A indignidade do alimentando (credor) e os seus possíveis efeitos jurídicos – 3. Espécies de alimentos (classificação dos alimentos): 3.1 Generalidades; 3.2 Quanto à origem: legítimos, voluntários e ressarcitórios; 3.3 Quanto à natureza: civis e naturais (para a subsistência); 3.4 Quanto ao momento procedimental para a sua concessão: provisórios e definitivos; 3.5 Alimentos transitórios – 4. Aspectos processuais dos alimentos: 4.1 Noções gerais sobre as características procedimentais dos alimentos; 4.2 Competência para processar e julgar a ação de alimentos; 4.3 A legitimidade para as ações relacionadas aos alimentos, inclusive do Ministério Público; 4.4 O procedimento na ação de alimentos; 4.5 A possibilidade de revisão dos alimentos e o âmbito de cabimento da ação revisional; 4.6 A ação de oferta de alimentos; 4.7 A ação de exoneração de alimentos e as suas peculiaridades procedimentais; 4.8 Os alimentos internacionais; 4.9 A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) no âmbito alimentício e o procedimento especial previsto no Código de Processo Civil de 2015 – 5. A execução dos alimentos: 5.1 A efetivação dos alimentos e as idiossincrasias da sua execução: medidas disponibilizadas para a efetivação da obrigação alimentar; 5.2 Execução de alimentos decorrentes de título extrajudicial; 5.3 Execução de alimentos decorrentes de título judicial (cumprimento de decisão judicial que arbitrou alimentos); 5.4. A prisão civil do devedor de alimentos; 5.5 A questão da execução dos alimentos pretéritos na visão clássica jurisprudencial e doutrinária e à luz da técnica de ponderação de interesses constitucionais – 6. A prestação de contas em alimentos – 7. A possibilidade de uma ação de reembolso de despesas com a manutenção de filho comum – 8. A impossibilidade de alegação da teoria do adimplemento substancial (substancial performance) nas obrigações alimentícias – 9. O abuso do direito e os alimentos.

“Bebida é água, comida é pasto

Você tem sede de quê? Você tem fome de quê?

A gente não quer só comida, a gente quer comida, diversão e arte

A gente não quer só comida, a gente quer saída para qualquer parte,

A gente não quer só comida, a gente quer bebida, diversão, balé

A gente não quer só comida, a gente quer a vida como a vida quer...

A gente não quer só comer, a gente quer comer e quer fazer amor

A gente não quer só comer, a gente quer prazer pra aliviar a dor

A gente não quer só dinheiro, a gente quer dinheiro e felicidade

A gente não quer só dinheiro, a gente quer inteiro e não pela metade.”

**(Titãs, Comida, de Arnaldo Antunes,
Marcelo Fromer e Sérgio Britto)**

1. OS ALIMENTOS NA VISÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL

1.1 Os alimentos na perspectiva do direito civil-constitucional: instrumento de afirmação da dignidade da pessoa humana

Entrelaçada a feição da família com o retrato da própria sociedade, levando em conta as circunstâncias de tempo e lugar, é necessária uma compreensão contemporânea, atual, da entidade familiar, considerados os avanços técnico-científicos e a natural evolução filosófica do homem.

O escopo precípuo da família, então, passa a ser a solidariedade social e as demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e ao progresso humano, regido o núcleo familiar pelo *afeto*, como mola propulsora. Abandona-se, como visto, um caráter institucionalista, matrimonializado, para compreender a família como um verdadeiro instrumento de proteção da pessoa humana que a compõe.

Outrossim, deixando a família de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avançando para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entreajuda), surgem, naturalmente, novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário, para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da *dignidade humana*, sobrepujando valores meramente patrimoniais.

Ou seja, a proteção ao núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da Carta Magna. Por isso, a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família.

Assim, como visto alhures, especificamente no Capítulo I, a família existe em razão de seus componentes e não estes em função daquela, valorizando de forma definitiva e inescindível a pessoa humana.¹

Aplicando o princípio vetor constitucional no âmbito alimentício resulta que os alimentos tendem a proporcionar uma vida de acordo com a dignidade de quem recebe (alimentando) e de quem os presta (alimentante), pois nenhuma delas é superior, nem inferior. Nessa linha de ideias, resulta que fixar o *quantum* alimentar em percentual aquém do mínimo imprescindível à sobrevivência do alimentando ou além das possibilidades econômico-financeiras do devedor ofende, de maneira direta, o princípio da dignidade humana.²

1. A respeito da influência e importância do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito das Famílias, merece referência a obra de Edinês Maria Sormani Garcia. *Direito de Família: princípio da dignidade da pessoa humana*, op. cit., especialmente na p. 156, concluindo que a família é a própria garantia do desenvolvimento do indivíduo visto como pessoa humana, de valor absoluto.
2. As ideias apresentadas também são defendidas por Julianio Spagnolo, em excelente texto dedicado à apreciação constitucionalizada dos alimentos. Cf. “Uma visão dos alimentos através do prisma fundamental da dignidade da pessoa humana”, op. cit., p. 152.

Averbe-se: toda e qualquer decisão acerca de alimentos deve ser presidida pelo (fundamental) princípio da dignidade do homem, respeitando as personalidades do alimentante ou alimentando, pena de incompatibilidade com o Texto Magno.

Admitindo que o princípio da dignidade humana é a pedra de toque da fixação dos alimentos: “O pai não pode ser insensível à voz de seu sangue em prestar alimentos ao filho menor que, em plena adolescência, não só necessita sobreviver, mas viver com dignidade, não sendo prejudicado em sua educação, nem em seu lazer, pois tudo faz parte da vida de um jovem, que antes da separação desfrutava do conforto que a família lhe proporcionava, em razão do bom nível social de seus pais. Não se justifica a diminuição dos alimentos prestados, se o ex-marido socorre a mulher com importância muito superior à obrigação alimentar que lhe foi imposta em benefício do filho, ainda mais se aposentada como professora. A mãe já faz a sua parte tendo a guarda do filho menor e cumpre um ônus que não tem preço. O pai não está em insolvência, somente enfrenta as dificuldades decorrentes da crise que assola o país, que se reflete na pessoa de seu filho, que, igualmente, sofre com a política econômica do governo federal” (TJ/RS, Ac. 8ª Câ. Cív., Ap. Cív. 597.151.489, Rel. Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. 12.8.99).

Aliás, é no direito constitucional à vida digna que os alimentos podem ser bem percebidos, uma vez que é admitida, até mesmo, a excepcional prisão civil do devedor de alimentos (autorizada pelo art. 5º, VXVII, da *Lex Mater*).

Desse modo, avulta afirmar, como conclusão lógica e inarredável, que a família cumpre pós-modernamente um *papel funcionalizado*, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*. Do contrário, ainda viveremos *como os nossos pais* (lembrando da canção), esquecendo que o principal sentido da evolução é não permitir que se mantenham erros e equívocos de um tempo passado.

1.2 Os alimentos como expressão do princípio constitucional da solidariedade e do direito social à alimentação

Antes mesmo de caracterizar-se como princípio jurídico, a solidariedade social é, sem dúvida, uma virtude e uma necessidade ético-teológica.³

De qualquer modo, contempla a *Lex Fundamentallis*, dentre os seus objetivos fundamentais, a afirmação da solidariedade social e da erradicação da pobreza e da marginalização social (art. 3º). Nessa arquitetura, Maria Celina Bodin de Moraes é feliz ao sustentar que “o abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pelo princípio da solidariedade

3. O raciocínio é formulado por Maria Celina Bodin de Moraes. “O princípio da solidariedade”, op. cit., p. 173, lembrando a velha máxima emanada da imortal obra de Dumas: “um por todos e todos por um”.

social, previsto constitucionalmente, acarretou uma profunda transformação no âmago da própria lógica do direito civil”.⁴

Exatamente nessa linha de entendimento, também assegura a Carta Fundamental (art. 3º) ser objetivo fundamental da República “promover o bem de todos”, explicitando uma nítida preocupação com a dignidade da pessoa humana.

Ora, a afirmação de uma sociedade livre, justa e solidária (solidariedade social) afirma, sem dúvida, a supremacia da proteção da pessoa humana em detrimento da desmedida proteção patrimonial que sempre norteou o Direito Civil (antes da Carta Magna).

Dessa forma, com Gustavo Tepedino, releva estar atento para o fato de que a noção conceitual de família se amolda ao cumprimento de sua função social, se renovando como “ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade⁵ e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social”.⁶

Por isso, a fixação dos alimentos deve obediência a uma perspectiva solidária (CF, art. 3º), norteadas pela cooperação, pela isonomia e pela justiça social – como modos de consubstanciar a imprescindível dignidade humana (CF, art. 1º, III).⁷ Nessa linha de inteligência, é fácil depreender que, comprometida em larga medida a concretização dos direitos econômicos e sociais afirmados pelo Pacto Social de 1988 de pessoas atingidas pelo desemprego ou pela diminuição da capacidade laborativa (e.g., em adolescentes, em jovens ainda estudantes, em idosos, em deficientes etc.), os alimentos cumprem a relevante função de garantir a própria manutenção de pessoas ligadas por vínculo de parentesco.⁸

Ou seja, a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar⁹ (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica.

Remontando ao próprio Texto Bíblico, vale lembrar que em Gênesis (46: 47) consta relato indicando que, no Egito, quando se passou pelo segundo episódio dos Sete Anos de Fome, José, senhor sobre aquela terra, forneceu manutenção alimentar

4. MORAES, Maria Celina Bodin de. “O princípio da solidariedade”, op. cit., p. 185.

5. Veja-se interessante precedente do Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a *solidariedade social* como princípio norteador das relações familiares: “A união duradoura entre homem e mulher, com o propósito de estabelecer uma vida em comum, pode determinar a obrigação de prestar alimentos ao companheiro necessitado, uma vez que o *dever de solidariedade* não decorre exclusivamente do casamento, mas também da realidade do laço familiar” (STJ, Ac. 4º T., REsp. 102.819/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 23.11.98, RTDC 1: 187).

6. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, op. cit., p. 326.

7. Também entendendo serem os alimentos uma verdadeira “expressão jurídica da solidariedade”, consulte-se Luiz Edson Fachin. *Direito de Família*, op. cit., p. 283.

8. Assim, José Lamartine Corrêa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz. *Curso de Direito de Família*, op. cit., p. 55.

9. Com esse entendimento, veja-se a lição de Antônio Cezar Lima da Fonseca. *O Código Civil e o novo Direito de Família*, op. cit., p. 145, e de Áurea Pimentel Pereira. *Alimentos no Direito de Família e no Direito dos Companheiros*, op. cit., p. 41.

aos seus pais, irmãos e a toda a sua família. Também no Livro dos Eclesiastes (3: 12) encontra-se uma recomendação: “Meu filho, ajuda a velhice de teu pai, não o desgostes durante a sua vida. Se seu espírito desfalecer, sê indulgente, não o desprezes porque te sentes forte, pois a tua caridade para com teu pai não será esquecida”.¹⁰

Consectário natural do caráter *solidário* dos alimentos é sua *reciprocidade*, de modo que a pessoa que, hoje, se apresenta na posição de devedor, amanhã pode ser credora e vice-versa.¹¹

É bem verdade que, em perspectiva mais ampla, o dever de prestar assistência a quem necessita deveria ser, fundamentalmente, do Poder Público. Todavia, considerando um sistema econômico de sucessivas crises (de diversos matizes) e a falência da Seguridade Social, não resta outra alternativa senão transferir para a estrutura familiar essa obrigação de assistir às pessoas necessitadas.¹²

Deve, assim, a família “prover o sustento, educação, lazer e cultura de seus membros *compatíveis* com a sua condição econômica”, como assinala Fábio Ulhoa Coelho.¹³

Vislumbra-se, pois, na obrigação alimentar uma decorrência da *solidariedade familiar* que deriva, como visto, da própria *solidariedade social* (outrora chamada de *fraternidade*), constitucionalmente afirmada.

Não se olvide, ademais, que “nos horizontes delineáveis pelo modo de produção capitalista, a família ainda deve exercer a função assistencial”, afinal em sistemas econômicos, como o nosso, “de crises periódicas e injustiças permanentes, é difícil construir-se um programa eficiente de Seguridade Social, e, por isso, a família tende a não se desvencilhar tão cedo do encargo de amparo aos seus, nas enfermidades e velhice. Mesmo que o acúmulo social de força de trabalho permita ao Estado, no

10. BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *Alimentos transitórios*, op. cit., p. 25.

11. “Trata da *reciprocidade* entre os parentes e os ex-cônjuges, o art. 1.696 do Código Civil: ‘o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros’. Será caso de serem prestados alimentos, quando o que os pleiteia não pode prover sua manutenção pelo seu trabalho, e nem possui bens suficientes, e o que é obrigado pode fornecê-los, sem prejuízo do seu próprio sustento, nos termos do *caput* do art. 1.695 do Código Civil” (TJ/RS, Ac. 7ª Câm. Cív., Ap. Cív. 70032664195 – Comarca de Porto Alegre, Rel. Des. Ricardo Raupp Ruschel, j. 11.11.09, DJRS 18.11.09).

12. Confirmando essa perspectiva, os mestres paranaenses José Lamartine Corrêa De Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz esclarecem que “a tendência dos ordenamentos jurídicos mais evoluídos para interposição de prestações sociais concretas ao Estado, em suas formas mais diversas (por exemplo, Previdência Social, saúde, assistência social), repercute nos deveres de solidariedade familiar em matéria de alimentos. Isto traz como consequência que a tarefa assistencial da família tende a tornar-se secundária [...] Já entre nós as coisas se passam de modo diferente. A incompleta concretização dos direitos econômicos e sociais previstos na Constituição compromete em larga medida as formas básicas de proteção das pessoas que, pelo desemprego, pela falta ou diminuição de sua capacidade de trabalho (por exemplo, jovens, deficientes, idosos, crianças, trabalhadores vítimas de acidentes de trabalho e de doenças profissionais, mulheres profissionalmente ‘não ativas’ porque dedicadas ao serviço do lar etc.), se encontram numa situação de carência ou insuficiência de meios de subsistência” (*Curso de Direito de Família*, op. cit., p. 56-57).

13. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 195.

futuro, garantir sua recuperação fora da família, os laços afetivos nela existentes tendem a reservar sempre algum espaço para a assistência aos seus membros”.¹⁴

Palmilhando esse caminho, toda vez que os laços de família não forem suficientes para assegurar a cada pessoa humana as condições necessárias para uma vida digna, o sistema jurídico obriga os componentes desse grupo familiar a prestar os meios imperiosos à sua sobrevivência digna, por meio do instituto dos alimentos, materializando a solidariedade constitucional.

Mas não é só. A relevância dos alimentos para o sistema jurídico é tamanha que a Emenda Constitucional n. 64/10, expressamente, incluiu a *alimentação* como um *direito social*, conferindo nova redação ao art. 6º do Texto Magno:

Art. 6º, Constituição Federal:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS ALIMENTOS

2.1 Noções conceituais e natureza jurídica

Buscando inspiração na eterna lição do saudoso Orlando Gomes, “alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si”.¹⁵ Ou seja, é possível entender-se por alimentos *o conjunto de meios materiais necessários para a existência das pessoas, sob o ponto de vista físico, psíquico e intelectual*.

Nessa linha de reflexão, em concepção jurídica alimentos podem ser conceituados como tudo o que se afigurar necessário para a manutenção de uma pessoa humana, compreendidos os mais diferentes valores necessários para uma *vida digna*.

Como diz o trecho musical dos *Titãs*, “a gente não quer só comida, a gente bebida, diversão, balé...”

Abraçando uma concepção ampla (com inspiração no art. 2.003º do Código Civil de Portugal), estão incluídas no conceito de alimentos, a depender da capacidade contributiva do devedor, naturalmente, todas as despesas *ordinárias* para a manutenção digna de uma pessoa, como os gastos com alimentação adequada, habitação, assistência médica, vestuário, educação, cultura e, até mesmo, lazer e turismo. Aliás, observando o quadro evolutivo das relações humanas, já se pode antever que os alimentos abrangem, inclusive, despesas com animais de estimação, guias, de transporte ou para fins terapêuticos.¹⁶ Aliás, a relação de proximidade entre algumas

14. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, op. cit., p. 195.

15. GOMES, Orlando. *Direito de Família*, op. cit., p. 427.

16. Nessa direção, Rosa Maria Andrade Nery chega a ser enfática ao assegurar que “o animal é um fator de despesas que integra o *macrosentido* dos alimentos (em sua forma mais ampla e completa) devidos àquele