FLAVIA RIBEIRO BORGES MANZANO

Fragmentação da família e suas consequências: novos paradigmas

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Marco Fábio Morsello

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

FLAVIA RIBEIRO BORGES MANZANO

Fragmentação da família e suas consequências: novos paradigmas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Civil, sob a orientação do Professor Doutor Marco Fábio Morsello.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo-SP
2020

Catalogação da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Manzano, Flávia Ribeiro Borges

Fragmentação da família e suas consequências: novos paradigmas ; Flávia Ribeiro Borges Manzano; Orientador: Marco Fábio Morsello - - São Paulo, 2020.

211f.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito de Família. 2. Fragmentação da família. 3. Divórcio. 4. Alimentos (Direito de Família). 5. Partilha. I. Morsello, Marco Fábio. II. Título.

Nome: MANZANO, Flavia Ribeiro Borges

Título: Fragmentação da família e suas consequências: novos paradigmas

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

À vida eu dedico estas linhas.

E a Samuel Angarita, meu amigo de sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela vida, saúde e oportunidade de elaborar este trabalho.

Agradeço a Carlos Alberto Dabus Maluf e Marco Fabio Morsello, grandes docentes, pela confiança, paciência e segura orientação nesta trajetória.

Agradeço aos meus pais, Luiz e Ivone, pelas diretrizes de amor ao estudo, ao trabalho e à verdade.

Aos meus amigos queridos, tantos e tão especiais que teria dificuldade de nomear, presto homenagem em especial a Carolina Ducci Maia Barcelos e Isadora Vieira Ribeiro, ambas fortes, brilhantes e generosas.

Aos acadêmicos Job Mendes Coelho Pitthan e Letícia Bergamaço Alves, pelo auxílio nas pesquisas e na organização dos textos.

À minha família, corporal e espiritual, fonte inesgotável de estímulo para buscar contribuir, na medida do possível, para a construção de um mundo melhor.

Nenhum jurista pode dispensar o contingente do passado a fim de bem compreender as instituições jurídicas dos dias atuais.

Ninguém é capaz de dar passo à vanguarda, adiantando um sem deixar o outro pé na retaguarda.

Diferentemente não se realizam caminhadas.

(FERREIRA, Waldemar. *História do direito brasileiro.* As capitanias coloniais de juro e herdade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 1.)

MANZANO, Flavia Ribeiro Borges. *Fragmentação da família e suas consequências*: novos paradigmas. 2020. 211 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

RESUMO

O Código Civil de 2002 inseriu, no Direito de Família, a cláusula geral da plena comunhão de vida, conforme prevê o art. 1511. Trata-se de uma cláusula geral de comportamento conjugal, de conteúdo ético não totalmente definido, ao dispor que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges. O presente trabalho analisa o dever de o Estado atender aos ditames constitucionais de proteção da família e de igualdade de gêneros, bem como examina a atuação do Poder Judiciário na busca de igualdade material, quando da fragmentação da família. Aborda aspectos históricos, sociológicos, antropológicos, psicológicos, econômicos e laborais da sociedade contemporânea. O exame de ordenamentos jurídicos estrangeiros sugere o aprimoramento do instituto dos alimentos e dos alimentos compensatórios, a introdução de nova forma de divisão de bens por ocasião do divórcio que pode ou não levar em conta as ocorrências durante a vida conjugal como ocorre no Direito de Família nos Estados Unidos e, do Direito de Família Alemão, esse exame introduz figura semelhante ao instituto da *Versorgungsausgleich*, que traz segurança ao cônjuge não ativo ou parcialmente ativo profissionalmente prejudicado na atividade aquisitiva por motivo de dedicação à administração do lar e à educação dos filhos, em estreita cooperação com as entidades de Direito Previdenciário.

Palavras-chave: Direito de família; Fragmentação da família e suas consequências; Divórcio; Alimentos compensatórios; *Versorgungsausgleich* (Partilha de direitos); Recomposição na partilha.

MANZANO, Flavia Ribeiro Borges. Family's fragmentation and its consequences: new paradigms. 2020. 211 p. Dissertation (Master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

ABSTRACT

The Civil Code of 2002 inserted the general clause of full communion of life to Family Law, as provided in art. 1511. It is a general clause of conjugal behavior, with ethical content not fully defined, providing that marriage establishes full communion of life, based on the equal rights and duties of the spouses. The present study analyzes the duty of the State to comply with the constitutional rights of family protection and gender equality, as well as examining the Judiciary's action in the search for material equality, at the dissolution of the family. It addresses historical, sociological, anthropological, psychological, economic and labor aspects of contemporary society. The examination of foreign legal systems suggests the improvement of alimony and and compensatory alimony, the introduction of a new form of division of property on the occasion of divorce that may or may not take into account occurrences during the married life as it occurs in Family Law in the United States and, from the German Family Law, introduce a similar figure to the *Versorgungsausgleich*, which brings safety to the non-active or partially active spouse who has been professionally disadvantaged in the acquisition activity due to the administration of the home and the education of the children in close cooperation with Social Security Law entities.
Keywords: Family law; Family's fragmentation and its consequences; Divorce; Compensatory alimony; *Versorgungsausgleich;* Distribution of marital and nonmarital property.

MANZANO, Flavia Ribeiro Borges. Fragmentation de la famille et ses conséquences: nouveaux paradigmes. 2020. 211 p. Dissertation (Master) – Faculté de Droit, Université de São Paulo, 2020.

RESUMÉE

Le Code Civil de 2002 a inséré, dans le droit de la famille, la clause générale de pleine communion de la vie, comme prévu à l'art. 1511. Ceci est une clause générale du comportement matrimonial, le contenu éthique n'a pas été entièrement défini, en prévoyant que le mariage établit la pleine communion de la vie, fondée sur l'égalité des droits et devoirs des époux. Cet article analyse le devoir de l'Etat de respecter les principes constitutionnels de la protection de la famille et de l'égalité des sexes, ainsi que l'examen de la magistrature agissant dans la poursuite de l'égalité matérielle, lorsque la dissolution de la famille. Il aborde les aspects historiques, sociologiques, anthropologiques, psychologiques, économiques et du travail de la société contemporaine. L'examen des systèmes juridiques étrangers suggère l'amélioration de l'Institut des aliments alimentaires et compensatoires, l'introduction de la nouvelle forme de partage des biens lors du divorce qui peuvent ou ne peuvent pas tenir compte des événements survenus pendant la vie conjugale comme en droit de la famille aux États-Unis et, de la loi de la famille allemande, l'introduction de chiffre similaire à celui de *Versorgungsausgleich*, ce qui apporte la sécurité au conjoint non actif ou professionnellement partiellement active qui a été blessé dans l'activité d'acquisition en raison de l'administration de la maison et l'éducation des enfants, en étroite collaboration avec les entités de droit de la sécurité sociale.
Mots-clés: Droit de la famille; Fragmentation de la famille et ses conséquences; Divorce; Aliments compensatoires; *Versorgungsausgleich*; Recomposition sur le partage.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 21

1. A FAMÍLIA. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA 25

1.1 A família ao longo da história 28

1.1.1 As estruturas familiares na Antiguidade e no Direito Romano 37

1.1.2 As estruturas familiares na Idade Média 47

1.1.3 As estruturas familiares da Idade Moderna 55

1.1.4 Visão contemporânea da família 61

2. ALGUNS APONTAMENTOS NO DIREITO ESTRANGEIRO 71

2.1 Apontamentos de direito material estrangeiro sobre divórcio 71

2.2 O Guet – Divórcio rabínico 73

2.3 O Talak – Repúdio do Direito Muçulmano 75

3. FAMÍLIA E CIÊNCIAS SOCIAIS 77

3.1 Soberania. Poder. Igualdade 77

3.1.1 Identidade, igualdade e discriminação na cultura 80

3.1.2 Cultura e valores 84

3.1.3 Compromisso afetivo na pós-modernidade 87

4 RESPONSABILIDADE E RELAÇÕES FAMILIARES 91

4.1 Direitos e deveres na família 91

4.1.1 Deveres conjugais. Cogentes, ordem pública e interesse social 92

4.1.2 Dever de cooperação e solidariedade 100

4.2 Relações familiares. Considerações principiológicas 102

4.2.1 Princípio da afetividade 110

4.2.2 Princípio da confiança 110

4.2.3 Princípio da mínima intervenção do Estado 116

4.3 Infração aos deveres familiares 117

4.4 Família e liberdade 119

4.5 Responsabilidade civil nas relações familiares 122

4.5.1 Danos no casamento 125
4.5.2 Danos por rompimento anterior ao casamento 130

5. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL 133

5.1 Exclusão: “O desamor, por si só, não gera o direito à indenização” 134
5.2 Responsabilidade civil e Emenda Constitucional n. 66/2010 137
5.3 Danos derivados do dever conjugal e danos derivados do rompimento matrimonial. Hipóteses exemplificativas 141

6. CONSEQUÊNCIAS DA FRAGMENTAÇÃO DA FAMÍLIA 145

6.1 Alimentos compensatórios 152
6.1.1 Origem do instituto 159
6.1.2 Interpretação jurisprudencial 165
6.1.3 Princípio da igualdade conjugal 172
6.2 *Versorgungsausgleich* – partilha de direitos 177
6.3 Compensação patrimonial no divórcio 182
6.3.1 Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA) 185
6.4 Da conveniência de novos paradigmas 187

CONSIDERAÇÕES PROPOSITIVAS 193

REFERÊNCIAS 199

INTRODUÇÃO

O objeto do presente trabalho é o exame das estruturas familiares, oriundas ou não do casamento, e o sistema de proteção de seus membros quando desfeita a união familiar.

Escrever acerca da fragmentação da família, suas consequências e os novos paradigmas no século XXI pode sugerir tratar-se de matéria de cunho predominantemente privado, até porque não há mais que se falar em culpa para grande parte da doutrina, porém, conforme as tutelas legislativa e jurisprudencial que sejam aplicadas à fragmentação da família, afetam toda a sociedade.

Patente que nas duas primeiras décadas do século XXI, as relações familiares e sociais sofreram mudança exponencial, pelo que nunca foi tão necessário enfrentar, abordar e sugerir alterações legislativas que efetivamente possam contribuir com o instituto da família, com a proteção dos filhos e com o respeito devido à confiança gerada nas relações afetivas.

O exame das atuais relações sociais como um todo, e as familiares em especial, sugere uma ruptura histórica do equilíbrio entre razão e fé, decorrente da estrutura familiar tradicional que foi substituída por novos modelos de arranjos familiares. Assim, observa-se na atualidade o primado absoluto do indivíduo, com prestígio ao individualismo, em nome do respeito à dignidade da pessoa humana e da proteção do direito geral de personalidade.

Como continua o indivíduo a ser o centro de interesse e, se considerado que o seu bem-estar e pleno desenvolvimento não estão alijados da família que lhe transmite valores e exemplos, está mantida a importância do tema quando considerados os aspectos de poder e de dominação do grupo social, como indicam as ciências correlatas.

As transformações sociais demandam novas tutelas e intervenções, de forma a contribuir para implementar as legislações pelo Poder Legislativo, dar subsídios na justa aplicação do direito pelo Poder Judiciário e de forma a buscar o ideal representado pelo brocardo de Ulpiano, de *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

Este é nosso objetivo: o debate sobre alguns aspectos das relações de família e sua fragmentação – quer pelo divórcio, separação ou rompimento apenas de fato – e seus efeitos sobre a coletividade como um todo, além de sugerir mudanças que visem contribuir para uma sociedade mais justa e solidária.

Nosso enfoque, quanto aos novos paradigmas, terá como principais temas os alimentos compensatórios, a compensação patrimonial e a partilha de direitos, na busca de igualdade material entre cônjuges e companheiros quando da fragmentação da família, independentemente de regime e partilha de bens.

O tema a ser tratado envolve rápida abordagem acerca da evolução dos institutos relativos ao direito de família na história ocidental até a atualidade, com referências históricas, filosóficas, antropológicas e sociológicas, passando, no aspecto jurídico propriamente dito, pelo casamento formal, pelas novas modalidades de família, pela dissolução da união familiar, pelo tratamento constitucional e infraconstitucional dado aos seus membros quando do evento da ruptura, do casamento ou da união estável, pelas óticas da doutrina, do legislador e do Judiciário.

O presente trabalho objetiva (1) destacar o dever do Estado em atender aos ditames constitucionais de proteção da família e de igualdade de gêneros; (2) examinar a atuação do Poder Judiciário na busca de igualdade material, quando da ruptura da união familiar, ao abordar suas causas e consequências, com especial atenção à atuação jurisdicional na fragmentação da família, de forma a destacar a relevância de tratar as desigualdades com a devida ponderação, visando equalizar as diferenças de oportunidades ainda existentes entre gêneros e resguardar a dignidade de seus membros.

A questão em análise parte do exame de que, embora prevista igualdade formal entre gêneros pela Constituição Federal de 1988[1] – homens e mulheres têm

[1] "CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 66, de 2010) § 7º Fundado nos princípios da

direitos e obrigações iguais –, quanto ao seu aspecto material, tal igualdade parece inexistir ao longo da História, dada a desigualdade de fato nas relações sociais, não apenas no Brasil, mas até mesmo nos países ditos desenvolvidos. Isso decorre do fato de serem distintas as oportunidades, as remunerações e a valorização no mercado de trabalho. Portanto, parece-nos que estabelecer obrigações exatamente iguais quando da dissolução da entidade familiar, sem considerar quaisquer circunstâncias individuais, apresenta reflexos não apenas na entidade familiar, mas, especialmente, na prole e, por consequência, devem ser consideradas questões relativas à ética, ao respeito e à solidariedade, princípios relevantes para construir uma sociedade melhor.

Oportuno justificar, ainda, o enfrentamento no trabalho de forma mais detida do papel da mulher na estrutura familiar ao longo da História, por motivo de ser o sexo feminino o que tradicionalmente oferece maior contribuição imaterial nos cuidados com a prole e com o lar, tanto na sociedade brasileira como na maioria dos países e culturas; porém, com a pós-modernidade e as novas estruturas familiares, é possível que os papeis tradicionais venham a sofrer ainda maiores transformações e, nessa hipótese, as considerações deverão ser atualizadas e enfrentadas as novas realidades.

Dessa forma, cotejados os conceitos de mundo ideal e real, partindo-se da premissa de que, em muitos casos, na dissolução do casamento ou na fragmentação da família, embora haja previsão constitucional de igualdade formal quanto a direitos e obrigações, a rigor não existe a pretendida igualdade material, especialmente para o cônjuge (ou companheiro) que deu maior contribuição imaterial ao longo dos anos, considerando-se a função promocional do Direito, questiona-se: não seria de todo oportuno, na aplicação do Direito, se houvesse preocupação em minorar ou prevenir as dores morais dos membros da família quando de sua fragmentação, em respeito aos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, do prestígio de estabilidade nas relações familiares e dos valores que devem nortear uma sociedade ética e solidária?

---

dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. § 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações."

Assim, feitas as considerações iniciais, entendemos oportuno destacar que no seio de cada família, além de aspectos práticos e patrimoniais, há valores relevantíssimos de ordem imaterial, que convém à coletividade proteger, para viabilizar a construção de uma sociedade mais fraterna, solidária e pacífica.

Digna de nota a corrente que pretende afastar a característica publicista do Direito de Família, pregando a mínima ou a não intervenção do Estado na esfera privada, que, ao nosso ver, muito menos que respeitar as diretivas íntimas dos integrantes do grupo familiar, permite distorções que geram abuso e reverberam em prejuízo do aprimoramento das boas práticas de convivência e da civilidade.

Como o Direito não é hermético, pois embora detenha autonomia operacional, não é um sistema fechado, mas atrelado ao sistema social, trazemos breves apontamentos de antropologia, história, filosofia e sociologia para compreensão de algo das relações sociais e familiares no mundo jurídico ocidental, desde a Antiguidade até a pós-modernidade.

Como é um tema amplo, faremos menção a vários institutos de Direito Civil, mas não haverá aprofundamento nessas abordagens.

Pretendemos limitar nosso enfoque, em respeito ao tema, como referido, principalmente aos novos paradigmas relativos à responsabilidade civil, aos alimentos compensatórios no Direito de Família, propondo novas questões relativas à partilha de direitos e compensação patrimonial quando da dissolução do casamento e da fragmentação da família.

Quanto à estrutura do trabalho, no primeiro capítulo há notícia histórica da família e da evolução de seus valores.

No segundo capítulo, apontamos questões relativas à fragmentação da família na lei judaica e no Direito Muçulmano.

O terceiro capítulo abordará o papel da família no meio social.

O quarto capítulo trará apontamentos sobre direitos, deveres, princípios e efeitos decorrentes de quebra da confiança nas relações familiares.

O quinto capítulo se ocupará de aspectos relativos ao enriquecimento sem causa e indenização por danos materiais e morais na família.

O sexto capítulo trará como contribuição os novos paradigmas que visam minorar injustiças e evitar violência patrimonial quando da fragmentação da família.

1. A FAMÍLIA. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Historicamente, a palavra “família” tem origem em *famulus*, que significa escravo. Em princípio, no Direito Romano não se aplicava ao casal conjugal e filhos, mas somente aos escravos, ao *famulus* e, consequentemente, o vocábulo “família” tem origem no conjunto de escravos pertencente a um mesmo homem, que no antigo Direito Romano era transmitida testamentariamente, *familia, id est patrimonium,* ou seja, família é parte da herança.[2]

Ensina Fustel de Coulanges, na Antiguidade, “a religião fazia com que a família formasse um corpo nesta e na outra vida”, portanto, quanto à gênese da família, “a origem da família não está na geração, no afeto natural, nem no nascimento, mas na religião doméstica que unia intrinsecamente todos os seus componentes”.[3]

A família, que pode ser entendida como um grupo social no qual existe uma certa consciência de unidade, importa estudo ao longo da História, pois que ela apresenta diferentes aspectos, que se sucedem e, portanto, para definir família importa o momento histórico e cultural, pois a família muda no decorrer do tempo histórico.[4]

Tradicionalmente formada pelo casamento, a família passou a sofrer profundas transformações na atualidade, sobretudo nas últimas décadas, indicando uma nova organização e acompanhando a transformação da sociedade, com mudanças que reverberam na esfera jurídica:

> Na realidade tal não ocorre; a tão falada crise é mais aparente que real. O que realmente ocorre é uma mudança nos conceitos básicos, imprimindo uma feição moderna à família, mudança esta que atende às exigências da época atual, indubitavelmente diferente das de outrora. Deveras, a família está passando por profundas modificações, mas como organismo natural ela não se acaba e como organismo jurídico está sofrendo uma nova organização; logo não há desagregação ou crise. Nenhuma dessas mudanças legislativas abalará a estrutura da família e do matrimônio, que é sua pedra angular. O casamento sobrevive sem a conotação de

---

2 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família.* 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 88.

3 FUSTEL DE COULANGES, Numas-Denis. *A cidade antiga*. 10. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971. p. 36-37.

4 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

> ‘instituição em decadência’, como tem ocorrido em todas as ordens jurídicas em que temporariamente sofre algum eclipse.[5]

Recordando as lições de Inácio de Carvalho Neto quanto à família, sua importância e suas crises, oportuno destacar que o autor entende estar a família em crise, embora alguns o queiram negar, mas destaca que “a crise da família reflete diretamente na sociedade, já que aquela é a base estrutural desta”. Afirma, também que por mais que “o casamento esteja sendo bombardeado, taxado de instituição inútil e antiquada” ou intitulado de “camisa-de-força”, “o fato é que o ser humano tem sempre necessidade de alguém que lhe faça companhia. O fato de ser crescente o número de separações e divórcios não tem servido para desestimular as pessoas a se casarem (ou a se unirem de outra forma)”.[6]

Escreve Rainer Czajkowski[7] sobre a importância da família como núcleo fundante da estrutura social e a necessária proteção estatal, como segue:

> Não é causal, ou desmotivada, a proteção estatal às famílias. O ordenamento jurídico leva em conta, fundamentalmente, a importância da família como núcleo básico e central de toda a estrutura social, onde o indivíduo recebe seu primeiro sustento e assistência, além do mais essencial de sua educação. É através da família que o indivíduo se insere na sociedade, adquire seu primeiro *status* e as condições necessárias para o convívio harmonioso em seu grupo. Nas sociedades mais antigas também, de forma muito mais flagrante do que nas atuais, o incentivo e apoio às famílias decorria ainda da necessidade de procriação, para garantir a subsistência da coletividade e a defesa contra os agressores. A expressão numérica era de vital importância, notadamente do contingente masculino, donde também uma das explicações históricas para o surgimento das sociedades patriarcais. Mais modernamente por razões um pouco diversas, a organização familiar continua sendo aquilo que se convencionou denominar “a célula *mater* da sociedade”.

Assim, sem adentrar mais detidamente no conceito ou na natureza jurídica do casamento, que foge ao cerne do presente trabalho, oportuno apenas recordar que ao longo da humanidade ele pôde ser considerado como base da família, ora classificado como mera situação de fato que se iniciava sem quaisquer formalidades, como no Direito Romano,[8] ou como contrato,[9] este desde o direito

---

5 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5, p. 18-19.

6 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 88.

7 CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1997. p. 23 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 88.

8 LAGO, Lúcia Stella Ramos. *Separação de fato entre cônjuges*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 22-23.

9 BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. Recife: Ramiro M. Costa, 1986. p. 518.

hebraico ou na Grécia antiga, retomando no começo do século XVIII[10] a natureza de contrato *sui generis*,[11] contrato especial e contrato de direito de família, [12] como sacramento[13] ou instituição,[14] com regras impostas pelo Estado às quais as partes têm a faculdade de aderir, como entendem Henri de Page,[15] entre outros, e também Kelsen:

> A relação jurídica matrimonial, por exemplo, não é um complexo de relações sexuais e econômicas entre dois indivíduos de sexo diferente que, através do Direito, apenas recebem uma forma específica. Sem uma ordem jurídica não existe algo como um casamento. O casamento como relação é um instituto jurídico, o que quer dizer: um complexo de deveres jurídicos e direitos subjetivos no sentido técnico específico, o que, por sua vez, significa: um complexo de normas jurídicas.[16]

Considerada a determinação constitucional presente de o Estado dever ser laico[17] – mal interpretada pelas políticas públicas como devendo o Estado ser ateu –, teria a humanidade se distanciado tanto de suas origens históricas, a ponto de ir ao extremo oposto, não importando em absoluto que haja “um corpo”, uma unidade?

Para recordar um pouco os valores que historicamente nortearam as famílias – com a ressalva de que neste trabalho limitamo-nos a um apanhado de

---

10 RICHARD-PRASSINOS, M. *Le divorce et la séparation de corps em droit compare et em droit privé*. Paris: Arthur Rousseau, 1928. p. 3-5 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 90.

11 ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957. p. 48.

12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5, p. 36.

13 CARNEIRO, Manuel Borges. *Direito Civil de Portugal*. Lisboa: Régia, 1826. p. 16 *apud* CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 89.

14 ESPÍNOLA, Eduardo. *op. cit.,* p. 48; BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, *cit.,* 1986, p. 518; RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 6, p. 19.

15 PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 10. ed. Bruxelas: Émile Bruylant, 1948. t. 1, p. 634-635.

16 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 236.

17 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [...] Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; [...].

relações familiares das sociedades ocidentais –, buscamos apontar enfoques, embora pontuais, de filosofia, antropologia e sociologia, com reflexos no direito.

A análise do comportamento dos membros da família e sua valoração pelo Poder Judiciário, quando desfeita a união familiar, embora apenas tangenciem a essência das relações afetivas do ser humano, podem auxiliar a compreender as raízes e valorizar as relações familiares, de forma a viabilizar aplicação, no dizer de Robert Alexy,[18] dos chamados mandamentos de otimização na aplicação do Direito, em benefício de toda a coletividade.

Assim, ao se fazer um exame dos costumes e da evolução das diversas formas de família ao longo dos séculos, bem como de seus efeitos quando da fragmentação da família, busca-se trazer contribuição doutrinária para, com melhor compreensão do comportamento pós-moderno dos membros da sociedade e das relações familiares em geral, propor mudanças no campo jurídico visando implementar as diretrizes constitucionais para se atingir uma sociedade mais fraterna e solidária.

Consequentemente, ao se fazer um esboço, embora bastante rudimentar, das intrínsecas relações de poder decorrentes de deveres e direitos, trabalho material e imaterial dos cônjuges ou companheiros, bem como assistência à prole e aos familiares, desde a Antiguidade até a atualidade, procurou-se enfocar as principais consequências da fragmentação da família e, como o tema é bastante amplo, no presente trabalho haverá limitação, como novos paradigmas, aos alimentos compensatórios, à partilha de direitos e à compensação patrimonial no divórcio.

1.1 A família ao longo da história

A palavra “família” deriva do latim *familia* que se origina de *famulus,* que significa servidor, criado,[19] como apontado, pode-se referir que “a família é uma entidade histórica, ancestral como a história, interligada com os rumos e desvios

[18] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

[19] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 25.

da história [...] a história da família se confunde com a própria história da humanidade".[20]

Há várias teorias para explicar a origem da família, uma delas traz que "os homens primitivos teriam formado grupos promíscuos, em que todas as mulheres pertenceriam a todos os homens sem a existência de vínculos civis e sociais"; outra teoria alude à sociedade poliândrica "em determinadas partes do mundo, em que uma mulher possuía vários homens, ou em que havia união coletiva de algumas mulheres com alguns homens"; por largo período da humanidade, houve o patriarcado, em que "o homem, possuindo várias mulheres, com as quais tinha a oportunidade de procriação, promovia o progresso demográfico" e tinha a direção do grupo social e, ainda, a família monogâmica, em que um homem possuía uma única mulher, mantida a direção do lar conjugal nas mãos do homem.[21]

Nas sociedades primitivas, sob análise sociológica, as mulheres compunham a classe dos escravos, a primeira divisão do trabalho foi estabelecida por muito tempo entre elas e os seus senhores, desde os grupos nômades, passando pelos caçadores mais adiantados, sem grande mudança nesta estrutura. Os homens impunham às mulheres todas as ocupações, independentemente de eventual incapacidade física, inclusive de carregar bagagens entre os nômades e seminômades, enquanto os homens se ocupavam de carregar armamento e manter-se alertas contra qualquer eventual ataque ao grupo,[22] origem da família.

A família na modernidade, conforme Álvaro Villaça Azevedo, é o local de recesso onde o homem se resguarda ao final de cada dia, sendo a missão do Estado preservar o organismo familial:

> Esse pequeno grupamento humano, no contexto geral da sociedade, é obra do Direito Natural, que mostra o homem como um animal gregário e que precisa viver nessa célula, protegendo-se dos embates da existência. [...] A vida familiar com segurança é o ideal, também porque o Estado está preocupado com a sua própria existência. A família é seu forte, seu sustentáculo, sua própria vida, a menor porção da sociedade, dentro do

---

[20] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil:* estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 17-18.

[21] FUJITA, Jorge Shiguemitsu**.** *Curso de direito civil*. Direito de família. 2. ed. atualizado de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 1-2.

[22] SPENCER, Herbert. *Principes de sociologie*. Tradução do inglês por E. Cazelles e J. Gerschel. 2. ed. Paris: Librairie Germer Baillière et Cie.,1882. t. 2, p. 364-366.

> lar. E a família, por sua vez, encontra sua força na convivência pacífica e segura de seus membros.[23]

A visão da família dará possibilidade de melhor compreender a evolução do instituto, bem como da necessidade de abordar as relações sociais, como encontramos nos seguintes dizeres de Herbert Spencer:[24]

> On ne saurait se faire une idée complète des relations sociales, sans en étudier la genèse; on ne saurait non plus se faire une idée complète des relations domestiques sans appendre comment elles commencent; pour cela, nous devons remonter dans le passé aussi loin que l´histoire de l´homme le permet.[25]

Historicamente, no dizer de Clovis Bevilaqua, a palavra "família" compreende, em um sentido, o complexo de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, "tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes", neste conceito ampliado que podemos adotar de família corresponderia "à gens dos romanos, à genos dos gregos, aproximando-se em expansão da sociedade doméstica, o scept dos celtas, a comunhão familial hindu, a comunhão familial eslava, a parentela teutonia". Em outra acepção, mais restrita, o termo abrange um número mais limitado de parentes, bem como pessoas economicamente vinculadas ao grupo, como os escravos sujeitos à autoridade do chefe, que é o administrador do patrimônio comum, como aparece no Direito Romano.[26]

No direito moderno, ensina Clóvis Bevilaqua que família é considerado o conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consanguinidade, ora de forma mais ampla, ora mais restrita; por vezes, englobando apenas os cônjuges e respectiva prole, conforme as diversas legislações. Entre os fatores de constituição da família, decorrentes do instinto fundamental da conservação da espécie na família humana, surge primeiramente o instinto genésico, o amor que aproxima os dois sexos; depois, os cuidados exigidos para a conservação da prole, que tornariam mais duradoura a associação entre homem e mulher, com novas emoções entre pais e

---

[23] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001. p. 266-267.

[24] SPENCER, Herbert. *Op. cit.,* 3 – *Relations domestiques*.

[25] Tradução livre: Não se pode formar uma ideia completa das relações sociais sem estudar a gênese delas; nem se pode ter uma ideia completa das relações domésticas sem entender como elas começam; para isso, devemos voltar no passado até onde a história do homem permite.

[26] BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. p. 15-16.

filhos, de forma a consolidarem a associação familial. Aos fatores biológicos e psíquicos, presentes mesmo entre invertebrados e outras espécies de animais, se vêm aliar outros de natureza sociológica, embora para alguns “a família primitiva” seja “vacilante, inconsistente, não toma um caráter fixo e dissolve-se em pouco tempo, ligada que se acha pelas energias biológicas”, que depende da disciplina social e da intervenção da religião para se configurar a existência da família, a família é uma criação natural que a sociedade amolda e aperfeiçoa.[27]

Prossegue com a noção de que casamento corresponde “à regulamentação social do instinto da reprodução, trabalhada de um modo lento, através de diversíssimas vicissitudes, até a acentuação de sua forma vigente entre os povos cultos”, indicando caracterizar-se o matrimonio por ter duração mais ou menos prolongada entre homem e mulher:

> [...] suas formas rudimentares e grosseiras apareceram com os primeiros homens, que tiveram que viver em agrupamentos sociais, ungidos pelas necessidades, e que, aliás, encontravam exemplos a seguir entre os animais que, em torno deles, andavam aos pares, cuidando da prole enquanto frágil e incapaz de subsistir entregue aos próprios esforços.[28]

No Código Civil de 1916 não há definição de casamento, deixando para a doutrina explicar e definir:

> Casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem, indissoluvelmente, legalizando por ele as relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer.[29]

Continua o mesmo autor que a Igreja, que elevou o matrimônio à categoria de sacramento, não lhe desconheceu o elemento contratual. Com objeto distinto, considerando-se os fins e a natureza social, é o resultado de duas vontades, que, livremente, concorrem para a criação de direitos e deveres para com a sociedade.[30]

O casamento foi tido, por muito tempo, como um sacramento, ligado à religião ou à divindade. No começo do século XVIII, o casamento passa a ser concebido como contrato, decorrendo sua validade e eficácia da vontade das

---

27 BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, *cit.,* 5. ed., p. 16-17.
28 *Id. Ibid.,* p. 35.
29 BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil do Brasil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922. v. 2, p. 40.
30 *Id. Ibid.,* p. 41.

partes; portanto, sendo um contrato, poderia ser dissolvido por um simples distrato, como se pode apontar no Direito Romano, no *Code Civil* de 1804, no direito português (art. 1.577, Código Civil português). Houve contestação nesta natureza contratual por outros, sob fundamento de que as partes se submetem aos efeitos que a lei imperativamente outorga ao casamento – responsabilidades, por exemplo, com relação aos filhos, que não são disponíveis por vontade das partes. Em sentido diverso à natureza contratual, foi apontado o casamento como uma instituição, constituindo um conjunto de regras impostas pelo Estado, que estabelecem um todo, um complexo de normas jurídicas, ao qual as partes apenas têm a faculdade de aderir, conforme entendimento de Henri de Page e Hans Kelsen, Washington de Barros Monteiro e Maria Helena Diniz, para os quais o fator determinante de sua celebração é a *affectio maritalis*.[31]

Para aperfeiçoar os entendimentos anteriores quanto à natureza jurídica do casamento, chegou-se à teoria, majoritariamente aceita, de ser o casamento um contrato de direito de família, ou especial ou *sui generis.* Isso porque o casamento é ato complexo, que reúne o elemento volitivo (contratual) e o elemento institucional, em que os cônjuges ingressam por manifestação de vontade, feita de acordo com a lei. Além da vontade dos noivos, impera a participação do Estado.[32]

Oportuno indicar que os diferentes modos pelos quais se podem historicamente estabelecer as várias formas de família dependeriam da "modalidade da união conjugal e daí a poligamia, ora monândrica, ora poliândrica, e a monogamia. [...] Outras procedem já das relações de dependência, parentesco e autoridade que se tecem entre os membros da associação familial". Apontamento neste sentido das diversas formas de família, sobre exceção ao familismo patriarcal, quanto à filiação, encontramos referência a um matriarcado:[33]

> Em vários clans da Africa, da Oceania e da America, encontra-se a filiação com o caráter de relação puramente feminil. Nas tribos tupis, pode-se afirmar que o parentesco unilateral uterino existiu em tempo anterior à conquista. Certo costumes, como a *couvada*[34], certas lendas e mesmo algumas palavras (jaci, Coaraci, cunhã-membira, etc.) induzem-nos a pensar assim. Abrahão pode desposar Sara, sua irmã paterna; Solon

---

31 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 89-93.
32 *Id. Ibid.,* p. 94.
33 BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, *cit.,* 5. ed., p. 18-19.
34 *Id. Ibid.,* p. 19 (Carlos Livino de Carvalho, separata do tomo XVI da Revista do Museu paulista, S. Paulo, 1929). [Carvalho, Carlos Livino. A Couvada – a tomada do Crato – Egastenia. Recife: Grafica e Ed. do Recife, 1959].

> vedava os consórcios entre irmãos uterinos, permitindo-se entre irmãos consanguíneos; os lícios e os locrios, segundo testemunho de Herodoto e Polybio, adotavam os nomes de suas mãe e não os de seus pais. Fundados nestes e em outros fatos análogos, muitos escritores propuseram a preponderância da mulher na família primitiva e fantasiaram o matriarcado. Se, alguma vez, se depara, na história, com um exemplo de ginecocracia, como se diz que há entre os kocchs da Asia; se, como acontece entre os bechuanas e bantús, a mãe de família toma parte no conselho administrativo, não é possível negar o caráter excepcional desses fatos, sobre os quais é mais que aventuroso construir qualquer generalização.[35]

Os estudiosos concordam que, para se poder compreender a filosofia de um povo e de uma civilização, é necessário enfrentar os seguintes aspectos: arte, religião, condições sociopolíticas desse povo. São as condições socioeconômicas e políticas que frequentemente condicionam o nascimento de determinadas ideias e que, desde o mundo grego, criaram as primeiras formas de liberdade institucionalizada e de democracia, fortemente condicionando a filosofia, que se alimenta da liberdade.[36]

A filosofia grega acabou por dar base sólida aos ideais buscados pela humanidade em todos os tempos e, embora algumas ideias dos filósofos gregos possam ser tidas como de origem oriental, especialmente conhecimentos científicos, por exemplo, os conhecimentos matemático-geométricos, e dos babilônios algumas cognições astronômicas, toda a manifestação espiritual nasceu na Grécia.[37]

Entre os gregos, destacavam-se os poetas considerados de grande importância na educação e na formação espiritual do homem, muito mais que em outros povos. Oportuno salientar que os poemas homéricos, quais sejam, a Ilíada e a Odisseia, exerceram nos gregos influência similar à que o Velho Testamento exerceu sobre o povo hebreu, bem como Hesíodo e os poetas gnômicos dos séculos VII e VI a.C. Convém recordar que os poemas homéricos contêm peculiaridades que os distinguem da origem de outros povos, que caracterizam o espírito grego, raramente caem na descrição do monstruoso ou do disforme, diversamente do que ocorre com manifestações artísticas de outros povos primitivos, sendo correto apontar na expressão grega o sentido de harmonia, de

---

35 BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, *cit.,* 5. ed., p. 19.
36 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*: Antiguidade e Idade Média. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1, p. 14.
37 *Id. Ibid.,* p. 13.

proporção, de limite e de medida, bem como a arte da motivação, pesquisando as causas e suas razões, apresentando a realidade em sua inteireza.[38]

A valorização da honra e da confiança é destacada, desde os primórdios da civilização, como importante para felicidade do homem no sentido de conquistar aceitação e amizade, como Cícero nos recorda em *De Officiis*:[39]

> And since it is manifest that the power of good-will is so great and that of fear is so weak, it remains for us to discuss by what means we can most readily win the affection, linked with honour and confidence, with we desire. But we do not all feel this need to the same extent; for it must be determined in conformity with each individual's vocation in life whether it is essential for him to have the affection of many or whether the love of a few will suffice. Let this then be settled as the first and absolute essential – that we have the devotion of friends, affectionate and loving, who value our worth. For in just this one point there is but little difference between the gratest and the ordinry man; and friendship is to be cultivated almost equally by both.[40]

Apontamos, em apertadas linhas, a influência da filosofia greco-romana no conceito de família e de sua evolução por entendermos que a história não pode ser assimilada sem compreensão, ainda que superficial, dos grandes passos trilhados pela humanidade. Assim, recordamos que esta filosofia tem uma história milenar, partindo do século VI a.C, até o ano de 529 d.C., quando o imperador Justiniano mandou fechar as escolas pagãs e dispersar seus seguidores. Classifica-se em período naturalista, entre os séculos VI a.C. e V a.C. – com os jônicos, os pitagóricos, os aleatas –; depois, o período humanista, em que se buscou determinar a essência do homem, tendo como protagonistas os sofistas e, em especial, Sócrates, para, no mesmo século IV a.C., chegarmos às grandes sínteses de Platão e Aristóteles, seguidos das escolas helenistas, período que vai da grande conquista de Alexandre Magno até o fim da era pagã, com os movimentos do

---

38 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, *cit.,* p. 14-15.

39 CICERO, Marcus Tullius. *De officiis*. *With an english translation by Walter Miller.* Cambridge, Mass: Harvard University Press; London: W. Heinemann, 1975. v. 21 (The Loeb Classical Library, n. 30).

40 Tradução livre: E uma vez que é manifesto que o poder da boa vontade é tão grande e que o medo é tão fraco, resta-nos discutir por quais meios podemos ganhar mais prontamente o afeto, ligado com honra e confiança, com o que desejamos. Mas nem todos sentimos essa necessidade na mesma medida; pois deve ser determinado em conformidade com a vocação de cada indivíduo na vida, se é essencial que ele tenha o afeto de muitos ou que o amor de alguns seja suficiente. Que isto, então, seja estabelecido como o primeiro e absoluto essencial – que tenhamos a devoção de amigos, afetuosos e amorosos, que valorizem nosso valor. Pois exatamente nesse ponto há pouca diferença entre o homem mais feliz e o ordinário; e a amizade deve ser cultivada quase igualmente por ambos.

epicurismo, do estoicismo, do ceticismo e posterior difusão do ecletismo. Seguiu-se o pensamento cristão, com o dogma da nova religião definido à luz da razão, com categorias derivadas dos filósofos gregos; porém, o pensamento antigo não constituiu o coroamento do pensamento dos gregos, ao revés, representou o começo da crise e a superação do modo de pensar dos gregos, preparando os conceitos do pensamento do período medieval,[41] que posteriormente analisaremos.

Ocorre que na atualidade e ao longo dos séculos, houve grande transformação do conceito de família, bem como nas relações entre seus membros. Assim, embora o tema família continue a ter a proteção do Estado, como já há milênios ocorria, e hoje no Brasil a intervenção do Ministério Público nas questões a ela atinentes demonstra o viés de direito público que existe no tema, as novas e cada vez mais complexas situações postas para exame e solução do Poder Judiciário indicam grandes desafios para a ponderação dos interesses envolvidos, como destaca Arnaldo Rizzardo:[42]

> Ao falarmos de família, entramos num vastíssimo campo de incidência de situações anormalizadas, que progressivamente vão aumentando na medida em que se tornam mais complexas as relações interindividuais, se dissipam os princípios éticos e morais de fidelidade e união, e crescem as dificuldades econômicas de subsistência. Não mais predomina, hoje, aquele entendimento muito em voga até algumas décadas atrás, assentando a necessidade do fortalecimento da família para tornar mais forte o Estado, embora a totalidade das Constituições consagre o alto propósito da irrestrita proteção à família.

Há altos interesses da moral e do bem-estar social que atribuem ao complexo de normas do direito da família um caráter particular, a exigir especial cuidado na elaboração legislativa, pelo que assim conceitua Clovis Bevilaqua no início do século XX, este ramo do Direito:

> Direito da Família é o complexo das normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.[43]

---

41 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. cit.,* p. 25-26.

42 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei n. 10.406, de 1.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.

43 BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil do Brasil comentado*, *cit.,* p. 6.

Como destacado por Marco Fabio Morsello,[44] oportunas as lições de Antonio Junqueira de Azevedo que, atento à natureza do Direito como sistema de segunda ordem vinculado ao sistema social, lecionou:

> É preciso não confundir todo o direito com a lei, esta é apenas uma parte do direito e, embora, no nosso sistema romano-germânico, ela forme o esqueleto da ordem jurídica, a vida a este esqueleto vai ser dada pela doutrina, pela jurisprudência e, principalmente, pelo *espírito do povo*, fonte última da própria lei, da doutrina e da jurisprudência.[45]

No que se refere ao presente trabalho, fragmentação da família e suas consequências, toda separação produz marcas indeléveis nos próprios cônjuges e nos filhos e, portanto, surge o questionamento sobre como conciliar o propalado prestígio à vontade individual, em nome de dignidade da pessoa, com o efetivo prejuízo experimentado pelos membros da família em decorrência da volatilidade das relações afetivas na pós modernidade.

Arnaldo Rizzardo enfrenta com rara sensibilidade o tema e suas implicações, e, embora já revogada cláusula de dureza do art. 240 do *Code Civil* francês, entendemos válida a argumentação, como transcrevemos:

> Na verdade, toda separação redunda em marcas indeléveis nos próprios cônjuges e nos filhos. Apresenta-se sempre traumática especialmente a estes últimos. Causa um choque psicológico intenso, capaz de levar à desestruturação da personalidade. Não raramente, diminuem as atenções e o acompanhamento dos pais. Mormente se menores os filhos, podem apresentar uma insegurança pessoal acentuada. A falta de orientação, viável de verificar-se, pode levar a descaminhos e a uma desestruturação total da personalidade. Estas consequências fazem parte do contexto da vida. Não são consideradas de gravidade a ponto de impedir a separação. Apenas em circunstâncias excepcionalmente graves e anormais cogitar-se-á a possibilidade de negar a separação, e desde que não oferecidos meios de superar os traumas e outras decorrências aos filhos e ao outro cônjuge. Assim, no direito francês (art. 240 do Código Civil), onde se exige que as consequências materiais ou morais sejam de uma dureza excepcional – expressão esta que deu origem à denominação "cláusula de dureza", para indicar a recusa, com certa frequência adotada pela doutrina.[46]

---

[44] MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: evolução conceitual. *In:* CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 517.

[45] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 77.

[46] RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 313.

Se por um lado devem ser envidados esforços para manter íntegra a família, por outro, relevante destacar que a negativa do pedido visando a dissolução familiar poderia gerar danos maiores se o ambiente familiar é desajustado, se é cenário de constante violência moral ou física e de desavenças entre os cônjuges ou companheiros, o que pode ter motivado a posterior alteração legislativa em França.

1.1.1 As estruturas familiares na Antiguidade e no Direito Romano

Apontamos, na sequência, para melhor compreensão das estruturas familiares ao longo da história, algumas considerações sobre a posição hierárquica dos membros das famílias, o conceito social, a influência de virtudes e a correlação com o poder.

Na época da República a mulher não era sujeito de direito, não era submetida ao direito da cidade, mas ao *pater familias*. Havia poucas mulheres em Roma pois, segundo o costume, toda a descendência masculina deveria ser conservada. Porém, o *pater familias* era obrigado apenas a manter a sua filha mais velha, sendo as outras mortas ou abandonadas. As filhas, em pequeno número, casavam-se todas e muito jovens, com cerca de doze anos de idade. Apenas a partir do Império, embora ainda predomine o casamento *cum manu*, quando pelo casamento a mulher saía de seu grupo familiar e passava ao do marido, o casamento *sine manu* passa a prevalecer desde o séc. III a.C., quando a mulher adquire uma capacidade jurídica real sob a condição de se tornar *sui iuris* com a morte de seu *pater familias*. A mulher romana não podia exercer nenhuma função administrativa ou judicial.[47]

Todas as casas da antiguidade ocidental, fossem de gregos ou romanos, tinham um altar, onde havia sempre restos de cinza e de brasas, constituindo obrigação sagrada do dono da casa conservar dia e noite o fogo sagrado, que não é um fogo de natureza material, mas uma espécie de ser moral, que dita deveres e vigia o seu cumprimento, “dá ao homem a pureza, educa o belo e o bem, e alimenta a alma”. A religiosidade doméstica e o culto aos mortos são características das

[47] GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 600-601.

antigas religiões, estando as velhas crenças ligadas à constituição das famílias grega e romana.[48]

A maioria dos povos antigos vivia em governos cujo princípio era a virtude. A educação nunca era desmentida nos povos antigos. Destacamos, neste sentido:

> Quem deseja aplicar-se ao estudo do direito deve, primeiro que tudo, conhecer de onde deriva esta denominação. É assim chamado de "justiça"; pois, como muito bem define Celso, o direito é a arte do bom e do justo.[49]

No Direito Romano do Baixo Império, o casamento é ato puramente consensual, rodeado de certas pompas, cortejo dos esposos e de suas famílias pelas ruas da cidade, com ritos, como entrega de anel e a redação de um documento. Quanto ao divórcio, existia apenas na forma de repúdio da mulher pelo marido ou, na falta deste, pelo *pater familias* deste, exceto no casamento *sine manu*, em que o repúdio unilateral podia ser feito tanto pelo homem como pela mulher, bastando a vontade de se divorciar. Este costume elevou muito o número de divórcios no fim da República e na época do Império e, apenas na época dos imperadores cristãos, começam a existir as primeiras restrições à liberdade do divórcio.[50]

No direito germânico havia, como nas sociedades primitivas, o casamento por rapto (*Raubehe*) e, depois, resgate da vingança pagando uma forma de indenização, seguido do casamento por compra (*Kaufehe*), mediante acordo entre os chefes das famílias, ainda sem consentimento da mulher. Depois do período das invasões bárbaras, houve certa evolução no casamento por compra, sob influência da Igreja, passa a ser exigido para o casamento o consentimento da mulher. A única forma de divórcio conhecida era o repúdio da mulher pelo marido, mas havia o risco de gerar uma guerra privada entre as famílias do marido e da repudiada. A mulher nunca podia repudiar o marido, pois expunha-se à pena de morte.[51]

---

48 FUSTEL DE COULANGES, Numas-Denis. *Op. cit.,* p. 25-36.

49 DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes Vasconcellos (Conselheiro Vasconcellos). Tradução complementar, organização geral, adaptação e supervisão da transcrição por Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes Dárcio R. Martins Rodrigues. São Paulo: YK Editora, 2017 (Constituições preliminares e livros 1-4; v. 1).

50 GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 565.

51 *Id. Ibid.,* p. 566-567.

Recordamos quanto às origens, as lições do Imperador Justiniano sobre a justiça e o direito:

> Todos os povos que se regem por leis e costumes usam de um direito que, em parte, é exclusivamente seu e, em parte, é comum a todos os homens; pois o direito que cada povo constitui para si mesmo é exclusivo de sua cidade e chama-se direito civil, isso é, direito exclusivo de uma mesma cidade. O direito, porém, que a razão natural constitui entre todos os homens, é observado igualmente por todos os povos e chama-se direito das gentes, como o direito usado por todas as nações.[52]

As mulheres na Antiguidade, por vezes, eram consideradas portadoras de uma natureza para serem senhoras na casa, como na sociedade egípcia, pois um apontado estado de fraqueza em que se encontrariam não lhes permitiria a proeminência; outras vezes, era-lhes reconhecida habilidade para governarem um império, justamente pela mesma apontada característica de fraqueza, que lhes daria mais suavidade e moderação, "virtudes que, mais do que a intransigência e a ferocidade, podem permitir um bom governo".[53]

Nas cidades gregas, onde não havia previsão pela religião de pureza de costumes, embora com inequívoca devassidão de comportamento – "nas cidades gregas, em que o vício reinava desenfreadamente, em que o amor possuía apenas uma forma que não ouso dizer qual seja" –, as mulheres foram apontadas como donas de grandes virtudes, castidade e simplicidade, de forma que "dificilmente se encontrou povo que tivesse a esse respeito melhores costumes". Há notícia de que gregos possuíam magistrados particulares para inspecionarem o comportamento das mulheres. Quanto ao papel da mulher na Antiguidade e no Direito Romano, os romanos não possuíam magistrados particulares que inspecionavam o comportamento das mulheres, eram os censores que as vigiavam como a todos da República, até que teria ocorrido, por intermédio de Rômulo, a instituição do tribunal doméstico.[54]

---

[52] DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano*, cit.,* p. 63

[53] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982. p. 140.

[54] *Id. Ibid.,* p. 71 e 136.

Entre os antigos, o lar doméstico sempre teve como sacerdote supremo o pai, incumbido de velar pela dignidade do lar, sendo o casamento de caráter obrigatório e com fim específico de perpetuar a família.[55]

As leis antigas, romanas e gregas, fundadas na religião, reconheciam ao pai um poder ilimitado. Entre seus direitos, havia o de repudiar a mulher, em caso de esterilidade, para evitar que a família se extinguisse; em caso de adultério, porque aquela e a descendência devem estar isentas de todo contato impuro. A mulher não tinha o direito de divorciar-se, pelo menos nas épocas mais antigas; e, em caso de divórcio os filhos sempre ficavam com o pai, mesmo as meninas. A mulher viúva não podia adotar filhos, emancipá-los, tê-los em seu poder, nem lhe seria pedido consentimento para o casamento de sua filha. Quanto à propriedade, na família antiga, o único proprietário era a própria família, representada pelo pai e, dessa forma, nem a mulher nem os filhos tinham coisa alguma. Na hipótese de julgamento, como a mulher não poderia comparecer perante um tribunal, ela era julgada pelo chefe da família, até mesmo em caso de sentença de morte, cabendo aos maridos ou aos pais as decisões, direito este de jurisdição exercido em casa e do qual não havia apelação.[56]

Havia um interesse de se evitar a corrupção de mulheres e dos jovens, eram as chamadas conjurações contra a República. Neste tribunal doméstico, era regulamentado o comportamento geral das mulheres e aplicadas penas arbitrárias. O marido convocava os pais da mulher e a julgava diante deles; em casos ordinários, ele julgava sozinho a esposa; e, nos crimes considerados graves à época, julgava com cinco dos membros da própria família, em um tribunal doméstico, distinguindo Ulpiano, nos crimes contra os costumes, os graves dos menos graves. Porém, o crime de adultério era exceção, pois, além de submetido ao tribunal doméstico, era também submetido a uma acusação pública, tida como de interesse de governo a punição pela violação. O estabelecimento da divisão da jurisdição entre os pretores e o costume de que estes julgassem todas as questões acabou por enfraquecer os tribunais domésticos, a monarquia e as transformações dos costumes contribuíram para o término da acusação pública.[57]

---

55 FUSTEL DE COULANGES, Numas-Denis. *Op. cit.,* p. 55-58.
56 *Id. Ibid.,* p. 105-107 e 213.
57 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 137-141.

Em Roma, o entendimento era de que a incontinência pública caminhava com o luxo, de forma que, para conter as fraquezas do espírito, não seria conveniente deixar em liberdade os movimentos do coração. Os censores determinaram, então, aos magistrados a elaboração de leis especiais para manter as mulheres na frugalidade, podendo-se destacar com esses objetivos as Leis Fânia (161 a.C), Licínia Sumptuaria (103 a.C) e Ópia (215 a.C).

Quanto às Leis Licínia e Ópia, apontamos alguns aspectos, destacando, ainda, o controle do luxo entre as mulheres:

> Lex Licinia (Licinnia sumptuaria – 103 B.C.?). A statute against luxury with repeated provisions of earlier laws.[58] In the Republic a series of statutes were issued in order to suppress the increasing luxury in Roman life (leges sumptuariae). They prohibited luxurius clothes for women, the excessive use of juwerly, and prodigality in banquets and feasts.[59]
> Lex Oppia. (215 B.C.) Condemned luxury among women. It introduced restrictions on jewelry and prohibited many-colored dresses. The statute was abolished twenty years later by the Lex Valeria Fundania.[60-61]

Em Tito Lívio, há notícia de agitação no Senado quando as mulheres exigiram a revogação da Lei Ópia (215 a.C.).[62]

A Lei Júlia (18-17 a.C.), posterior às citadas, previa que a acusação de adultério deveria ser precedida de acusação do marido de favorecer os desregramentos da mulher, o que muito restringiu e acabou por anular esta acusação. Constantino a suprimiu inteiramente: “É uma coisa indigna, dizia ele, que casamentos felizes sejam perturbados pela audácia de estranhos”.[63]

A pena da Lei Júlia era tida como muito leve, a de relegação, de forma que quando Tibério quis punir uma senhora romana, além da pena prevista na Lei Júlia, restabeleceu contra ela o tribunal doméstico. Destacamos quanto àquela:

---

58 BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953. p. 556. Tradução livre: Lex Licinia (Licinnia). Um estatuto contra o luxo, com disposições repetidas de leis anteriores.

59 *Id. Ibid.,* p. 724. Tradução livre: Na República, uma série de estatutos foi emitida a fim de suprimir o crescente luxo na vida romana (*leges sumptuariae*). Eles proibiam roupas luxuosas para mulheres, o uso excessivo de joias e prodigalidade em banquetes e festas.

60 *Id. Ibid.,* p. 557. (Tradução livre: Condenou o luxo entre as mulheres. Introduziu restrições quanto ao uso de joias e proibiu vestidos multicoloridos. O estatuto foi abolido vinte anos depois pela Lei Valeria Fundania).

61 Tradução livre: Lex Oppia. (215 a.C.) Condenava o luxo entre as mulheres. Introduziu restrições a joias e proibiu vestidos multicoloridos. O estatuto foi abolido vinte anos depois pela Lex Valeria Fundania.

62 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 139.

63 *Id. Ibid.,* p. 137.

> Lex Julia de maritandis ordinibus. (18 B.C.) This law together with anotter one, also of Augustus, the Lex Papia Poppaea (A.D. 9) deals with several problems connected with marriage. In the writings of the Roman jurists the two laws appear both as two distinctive legislative acts and as one unified piece of legislation, sometimes called simply "lex" or "leges." The earlier law contained several prohibitions of marriage, such as between senators or their sons and their freedwomen. between free-born men and women of bad behavior or women convicted of adultery. Consorts married in violation of these provisions have no reciprocal rights of succession. Another tendency of the Augustan legislation was to promote marriage and the procreation of children in order to prevent a further decline of morality and family life, widespread in the last decades of the Republic. Various privileges were granted to married people and parents of children whereas on the other hand severe economic and social disadvantages were imposed on unmarried persons (coelibes) and childless married persons (orbi). A consul who had more children than his colleague had some preference over the latter. Fathers were excused from public charges (munera) and tutorship. Married women with three children (four, if they were freedwomen) were not submitted to guardianship (tutela mzrlierum).[64-65]

Cumpre observar que as “disposições concernentes às mulheres apenas diziam respeito às famílias dos senadores, não às do povo”, de forma a se concluir que “procuravam-se pretextos para acusações contra os poderosos e o mau comportamento das mulheres podia fornecer inúmeros”.[66]

---

[64] BERGER, Adolf. *Op. cit.,* p. 553-554 (See IUS LIBERORUM. The second statute excluded unmarried men over twenty-five and under sixty and unmarried women over twenty and under fifty from succession under a will. For further provisions, see COELIBES, ORBI, CAPACITAS, PATER SOLITARIUS, CADUCA, DIES CEDENS LEGATI, EREPTORIUM, LEX IULIA MISCELLA, SENATUSCONSULTUM CALVISIANUM, SENATUSCONSULTUM MEMMIANUM, PRINCEPS LECIBUS SOLUTUS. - C. 8.57. Fitzler-Seeck, RE 10, 354; Schiller, RE Suppl. 6, 227; Rotondi, Leges publ. populi Rom., 1912, 443, 457; P. Corbett, The Roman law of marriage, 1930; Solazzi, ANap 59 (1939), 61 (1942); Siber, Die Ehegesetzgeburrg des Augustus, Deutsche Rechtmissenschaft, 4, 2 (1939); Acta Dbi Augusti 1 (1945) 166 (Bibl.); Nardi, SDHI 7 (1941); B. Biondi, Surressione testamentaria (1943) 136; Field, CN 1945, 398; Lavaggi, StSas 21 (1948); Weiss, BIDR 51/52 (1948) 323).

[65] Tradução livre: *Lex Julia de maritandis ordinibus*. (18 a.C.) Esta lei, juntamente com outra, também de Augusto, o *Lex Papia Poppaea* (9 d.C.), lida com vários problemas relacionados ao casamento. Nos escritos dos juristas romanos, as duas leis aparecem como dois atos legislativos distintivos e como uma peça unificada de legislação, às vezes chamada simplesmente de "lex" ou "leges". A lei anterior continha várias proibições de casamento, como entre senadores ou seus filhos e suas libertas; entre homens nascidos livres e mulheres de mau comportamento ou mulheres condenadas por adultério. Consortes casados em violação destas disposições não tinham direitos de sucessão recíprocos. Outra tendência da legislação augusta era promover o casamento e a procriação, a fim de evitar um declínio ainda maior da moralidade e da vida familiar, ocorrido nas últimas décadas da República. Vários privilégios foram concedidos a pessoas casadas e pais de crianças, enquanto foram impostas severas desvantagens econômicas e sociais a pessoas não casadas (*coelibes*) e a pessoas casadas sem filhos (*orbi*). Um cônsul que tinha mais filhos do que seu colega, tinha alguma preferência sobre o último. Os pais foram dispensados de acusações públicas (*munera*) e de tutoria. Mulheres casadas com três filhos (quatro, se fossem mulheres libertas) não foram submetidas à tutela (*tutela mzrlierum*).

[66] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 138.

Quanto à relação entre educação e governo, pode-se afirmar que é no governo republicano que se tem necessidade de toda a força da educação. Se nos governos despóticos nasce pelo temor, entre ameaças e castigos; na monarquia, pela honra das paixões; é nas democracias que o governo é confiado a cada cidadão, podendo-se conceituar a virtude política como a renúncia a si próprio, o amor pelas leis e pela pátria:[67]

> A essência de um romano era o amor por sua liberdade e por sua pátria. Uma dessas coisas o fazia amar a outra porque, como amava a sua liberdade, amava também sua pátria como uma mãe que o nutria nos sentimentos igualmente generosos e livres. Sob o nome de liberdade, os romanos imaginavam, tal como os gregos, um Estado em que todos só fossem súditos da lei e em que a lei fosse mais poderosa que os homens.[68]

Este amor pelas leis e pela pátria, requerendo sempre a supremacia do interesse público sobre o interesse particular, exige educação voltada neste sentido, mas para que as crianças possam tê-la, mister que os pais a tenham;[69] portanto, de relevo o papel da família, pelo que destacamos a conclusão de que "não é a nova geração que se degenera; essa só se perde quando os homens maduros já estão corrompidos".[70]

Bossuet apontou, desde o tempo dos Césares, a dificuldade de prevalecer a sabedoria e a moderação, apontando, por um lado, o entendimento no sentido de que o excesso de liberdade destruía a si mesma; por outro lado, o entendimento em sentido oposto, de que a autoridade, sempre crescente, desaguaria em tirania, portanto sempre a dificuldade quando do confronto entre o interesse privado e o público:

> Entre ces deux extrémités, em peuple d'ailleurs si sage ne put trouver le milieu. L' interêt particulier, qui fait que de part ou d'autre on pousse plus loin qu'il ne faut même ce qu'on a commencé pour le bien public, ne permettait pas qu'on demeurât dans les conseils modérés. Les esprits ambitieux et remuants excitaient les jalousies pour s'en prévloir; et ces jalousies tantôt plus couvertes, et tântot plus déclarées, selon les temps,

---

67 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 71.
68 BOSSUET, Jacques-Bénigne. *Discours sur l´histoire universelle* (Révolutions des empires). Paris: Librairie Firmin Didot Frères, 1850. Parte III, cap. VI, p. 413.
69 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 71.
70 *Id. Ibid.,* p. 72.

> mais toujours vivantes dans le fond des coeurs, ont enfin causé ce grand changement qui arriva du temps de César, et les autres que on suivi.[71]

Oportuno apontar que o entendimento da necessidade de cultuar valores morais em família não representa novidade, como também já destacava Cícero (106-43 a.C), em *De Officiis*:[72]

> Althought philosophy offers many problems, both importante and useful, that have been fully and carefully discussed by philosophers, those teachings with have been handed down on the subject of moral duties seem to have the widest practical application. For no phase of life, whether public ou private, wheter in business or in the home, wheter one is working on what concerns oneself alone or dealing with another, can be without its moral duty; on the discharge of such duties depens all that is morally right, and on their neglect all that is morally wrong in life.[73]

Nesta observação, já se assenta a preocupação histórica de que a família é a base da sociedade, com a transmissão de geração a geração dos valores, da moralidade e da ética. Quando o Estado descura da proteção da entidade familiar, por consequência enfraquece a família e abala as estruturas que dão alicerce às democracias, por via de consequência colaboram para que as tendências totalitaristas se instalem com maior facilidade no seio da sociedade.

Outras virtudes foram apontadas por Cícero,[74] com destaque para a honra, sintetizadas na necessidade de sensibilidade moral:

> And it is no mean manifestation of Nature and Reason that man is the only animal that has a feeling for order, for propriety, for moderation in word and deed. And so no other animal has a sense of beauty, loveliness, harmony in the visible world; and Nature and Reason, extending the analogy of this from the world of sense to the world of spirit, find that beauty, consistency, order are far more to be maintained in thought and deed, and the same

---

71 BOSSUET, Jacques-Bénigne. *Op. cit.,* p. 413. Tradução livre: Entre essas duas extremidades, as pessoas, que eram tão sábias, não conseguiam encontrar o centro. O interesse particular, que faz os dois lados mais se afastarem do que foi iniciado para o interesse público, não nos permite permanecer nos conselhos moderados. Os espíritos ambiciosos e inquietos excitaram a inveja para prevalecerem; e estes ciúmes, às vezes mais ocultos e por vezes mais pronunciados, de acordo com os tempos, mas ainda vivos nas profundezas dos corações, finalmente causaram aquela grande mudança que aconteceu no tempo de César e nos que se seguiram.

72 CICERO, Marcus Tullius *Op. cit.,* Livro I, II, 4. p. 7.

73 Tradução livre: Embora a filosofia ofereça muitos problemas, importantes e úteis, que foram discutidos de maneira completa e cuidadosa pelos filósofos, aqueles ensinamentos proferidos sobre o tema dos deveres morais parecem ter aplicação prática ampla. Pois nenhuma fase da vida, seja pública ou privada, seja em negócios ou em casa, se alguém está trabalhando no que diz respeito a si mesmo ou a lidar com outro, pode ser sem o seu dever moral; do cumprimento de tais deveres, depende tudo o que é moralmente correto e, em sua negligência, tudo o que é moralmente errado na vida.

74 CICERO, Marcus Tullius. *Op. cit.,* p. 15-16.

> Nature and Reason are careful to do nothing in an improper or unmanly fashion, and in every thought and deed to do or think nothing capriciously. It is from these elements that is forged and fashioned that moral goodness wich is the subject of this inquiry – something that, even though it be not generally ennobled, is still worthy of all honour; and by its own nature, we correctly maintain, it merits praise, even though it be praised by none.[75]

Ainda, aponta na mesma obra *De Officiis*, as quatro virtudes cardiais que norteiam os deveres morais:[76]

> You see here, Marcus, my son, the very form and as it were the face of Moral Goodness; “and if”, as Plato says, “it could be seen with the physical eye, it would awaken a marvellous love of wisdom”. But all that is morally right rises from some one of four sources: It is oncerned either (1) with the full perception and intelligent development of the true; or (2) with the conservation of organized society, with rendering to every man hid due, and with the faithful discharge of obligations assumed; or (3) with the greatness and streght of a noble and invincible spirit; or (4) with the orderliness and moderation of everything that is said and done, wherein consist temperance and self-control. Although these four are connected and interwoven, still it is in each one considered singly that certain definite kinds of moral duties have their origin: in that category, for instance, wich was designated first in our division and in wich we place wisdom and prudence, belong the search after truth and its discovery.[77]

---

75 Tradução livre: E não é por acaso da Natureza e da Razão que o homem é o único animal que tem um sentimento de ordem, de propriedade, de moderação em palavras e ações. E assim nenhum outro animal tem um senso de beleza, amor e harmonia no mundo visível; e Natureza e Razão, estendendo a analogia disso no mundo dos sentidos para o mundo do espírito, acham que beleza, consistência, ordem são muito mais para serem mantidas em pensamento e ação, e a mesma Natureza e Razão são cuidadosas em não fazer nada de uma forma imprópria ou imprudente, e em todo pensamento e ação para agir ou não pensar em nada voluntariosamente. É desses elementos forjados e moldados que a bondade moral é o objeto dessa investigação – algo que, embora não seja geralmente enobrecido, ainda é digno de toda honra; e por sua própria natureza, nós corretamente mantemos, merece louvor, mesmo que não seja elogiado por ninguém.

76 CICERO, Marcus Tullius. *Op. cit.,* p. 17.

77 Tradução livre: Você vê aqui, Marcus, meu filho, a própria forma e como se fosse a face da virtude moral; “E se”, como diz Platão, “pudesse ser visto com o olho físico, despertaria um maravilhoso amor pela sabedoria”. Mas tudo o que é moralmente correto se origina de uma de quatro fontes: (1) com a plena percepção e desenvolvimento inteligente do verdadeiro; ou (2) com a conservação da sociedade organizada, com os deveres inerentes a todo homem e com o fiel cumprimento das obrigações assumidas; ou (3) com a grandeza e força de um espírito nobre e invencível; ou (4) com a ordem e moderação de tudo o que é dito e feito, em que consiste temperança e autocontrole. Embora essas quatro fontes estejam conectadas e entrelaçadas; ainda assim, é em cada uma considerada isoladamente que certos tipos definidos de deveres morais têm sua origem: a essa categoria, por exemplo, que foi designada primeiro em nossa divisão e em que colocamos sabedoria e prudência, pertencem a busca da verdade e sua descoberta.

Cícero aponta, na mesma obra, que a base da justiça e de “fazer bem” está fundada na boa-fé[78] e critica duramente os efeitos do egoísmo como traição à sociedade:[79]

> The foundation of justice, moreover, is good faith – that is, truth and fidelity to promises and agréments. And therefore we may follow the Stoics, who diligently investigate the etymology of words; and we may accept their statement that “good Faith” is so called because what is promised is “made good”, although some may find this derivation rather farfetched.[...] There are some also who, either zeal in attending to their own business or through some sort of aversion to their fellow-men, claim that they are occupied solely with their own affairs, without seeming to themselves to be doing anyone any injury. But while they steer clear of the one kind of injustice, they fall into the other: they are traitors to social life, for they contribute to it none of their interest, none of their effort, none of their means.[80]

Como apontado por Fustel de Coulanges, na Antiguidade o poder tinha natureza divina e a renovação social veio apenas paulatinamente no mundo antigo, decorrente da queda da classe sacerdotal, com o poder passando a advir do povo e este, ao elaborar as leis, tomou consciência que que não mais a lei seria tradição divina, mas representaria a vontade dos homens e, portanto, seria mutável.[81] Assim, embora na Antiguidade e por muitos séculos, a religião tenha sido o único preceito de governo, passou a ser necessário encontrar outro princípio capaz de substituir a religião, com possibilidade de governar as sociedades, colocando-as, tanto quanto possível, ao abrigo de flutuações e de conflitos. O princípio em que, dali em diante, se fundou o governo das cidades foi o do interesse público.[82]

---

78 CICERO, Marcus Tullius. *Op. cit.,* (Good Faith) p. 24.

79 *Id. Ibid.,* (Self-interest) p. 29-30.

80 Tradução livre: O fundamento da justiça, além disso, é a boa -fé – isto é, a verdade e a fidelidade às promessas e aos acordos. E, portanto, podemos seguir os estóicos, que diligentemente investigam a etimologia das palavras; e podemos aceitar a afirmação de que “boa-fé” é assim chamada porque o que é prometido é “feito bom”, embora alguns possam achar essa derivação bastante improvável. [...] Há também alguns que, seja para se dedicarem ao seu próprio negócio ou por algum tipo de aversão aos seus semelhantes, afirmam que estão ocupados apenas com os seus próprios assuntos, sem que pareçam estar causando a alguém qualquer lesão. Mas enquanto se afastam do único tipo de injustiça, caem no outro: são traidores da sociedade, pois nada contribuem para ela, não é de seu interesse, nem de seus meios.

81 FUSTEL DE COULANGES, Numas-Denis. *Op. cit.,* p. 378-380.

82 *Id. Ibid.,* p. 390.

1.1.2 As estruturas familiares na Idade Média

A Idade Média é fortemente marcada pelas questões da fé, mas também as questões medievais se agitavam sobre a unicidade do intelecto, transitando do fundo da religião cristã da fé e da imortalidade, para questões de caráter materialista hedonista.[83]

Na Idade Média, as relações atinentes à família foram vigorosamente influenciadas pelo Cristianismo, “mais especificamente a Igreja Católica, que lastreou a ideia de família no casamento religioso, que, além de um acordo de vontades, passou a ser também um sacramento”.[84]

O feudalismo é caracterizado como um conjunto de instituições das quais as principais são a vassalagem – em que o vassalo é homem livre que se compromete por contrato solene a submeter-se e ser fiel ao seu senhor, enquanto este lhe deve proteção e manutenção –; e o feudo – o elemento real, uma porção de terra concedida gratuitamente por um senhor ao seu vassalo, para garantir-lhe manutenção legítima, limitando-se o direito às relações feudo-vassálicas e às relações dos senhores com os servos. No plano econômico, o pequeno domínio agrícola é explorado pelo senhor com a ajuda dos seus servos, vivendo os homens quase sem trocas com outros domínios, o comércio desaparece quase que completamente. Desaparece a organização estatal, cessa a atividade legislativa, o costume é a única fonte do direito laico que passa a ser territorial, varia de aldeia para aldeia, desaparecem todos os vestígios de Direito Romano, exceto na própria Itália, de forma que nos séculos X e XI não há escritos jurídicos, nem leis, nem livros de direito, apenas alguns clérigos sabem ler e escrever. Há evidente decadência religiosa e cultural.[85]

Considerando-se a evolução do direito, nos séculos X, XI e XII, o direito é, na maior parte da Europa, com exceção do Direito Canônico, quase que exclusivamente consuetudinário. Não há muitas leis, a desigualdade predomina na vida social. O progresso das leis ocorre muito lentamente, na medida em que há declínio do costume.[86]

---

83 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*, *cit.,* p. 539.
84 FUJITA, Jorge Shiguemitsu*. Op. cit.,* p. 3.
85 GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, *cit.,* p. 188-191.
86 *Id. Ibid.,* p. 237.

Do século V ao IX, na Europa Ocidental, houve três concepções diferentes de casamento: uma proveniente do Direito Romano; outra, do direito germânico; e uma terceira, com base no espírito cristão, pelo Direito Canônico. Por volta dos séculos VIII e IX as concepções romana e germânica fundiram-se no Direito Canônico, tendo o casamento e o divórcio sido regidos pelo direito da Igreja até o século XVI e, em muitas regiões, até os séculos XVIII e XIX.[87]

No século XIII – recordando que a Baixa Idade Média compreende os séculos XIII a XV –, houve grande mudança na sociedade medieval; efetivou-se a concentração do poder nas mãos dos imperadores, reis, duques e alguns outros duques territoriais; surgiu a noção de Estado, como corpo político juridicamente estruturado. As partes deixam de recorrer a Deus para resolver os conflitos – ordálios e duelos judiciários –, passam a recorrer aos juízes ou aos árbitros, com aplicação do sistema das provas racionais. Surge a economia de troca, embora o costume ainda mantivesse importância, a lei reaparece como fonte do Direito, em que o rei legisla, tal como os príncipes territoriais e até as cidades.[88]

Quando as escolas filosóficas de Atenas e Alexandria entraram em decadência, Bizâncio recolheu e manteve viva a tradição helênica, que passou para o Renascimento italiano muito de suas tradições filosóficas, tendo a harmonização entre as escolas de Platão e Aristóteles, contribuído para unificar a Igreja grega com a romana.[89]

Já nos séculos XVII e XVIII, observava Montesquieu, com grande atualidade:

> Hoje recebemos três educações diferentes ou contrárias; a de nossos pais, a de nossos mestres e a da sociedade. O que nos é dito na última destrói todas as ideias das primeiras. Isso decorre, em parte, do contraste existente em nosso meio entre os compromissos da religião e os da sociedade, fato que os Antigos desconheciam.[90]

Continua a observar, na mesma linha, que nos Estados despóticos as virtudes são propositadamente aviltadas, sendo afastada qualquer forma de educação que vise enobrecer os sentimentos. A educação deve ser servil e, neste sentido, será vantajoso ter tido – ou aplicado – esta educação muito limitada,

---

87 GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 564.
88 *Id. Ibid.,* p. 239-241.
89 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. cit.,* p. 59.
90 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 71.

mesmo para quem comanda, de forma que “ninguém será tirano sem ser ao mesmo tempo escravo”, pois facilitada a dominação pela ausência de questionamentos prováveis em um bom cidadão que amasse o Estado:

> A extrema obediência supõe ignorância em quem obedece: supõe-na mesmo em quem comanda; este nada tem a deliberar, a duvidar nem a raciocinar; basta querer. [...] Portanto a educação, nessas formas de governo, é de alguma maneira nula. Precisa tirar tudo a fim de dar algo e, para formar um bom escravo, começa a formar um mau súdito.[91]

Nos governos despóticos, conforme conclusão na mesma obra, há interesse em que cada casa seja um império separado. Deve-se permitir uma educação muito limitada, praticamente nula, considerando-se que educação consiste principalmente em viver com os outros e, nessa forma de dominação, não há interesse de que haja consciência do coletivo ou a valorização de sentimentos mais nobres. A formação de um bom cidadão, para estes, colocaria em risco os fundamentos de um Estado despótico, eis que: “Se ele amasse o Estado seria tentado a solapar os fundamentos do governo; se não o lograsse, perder-se-ia; se o conseguisse, correria o risco de se perder, ele, o príncipe e o império”.[92]

Quanto aos costumes de família e suas tradições, há notícia de que o instituto do dote nas monarquias deveria ser elevado, para que os maridos pudessem conservar a posição social e o luxo estabelecido, porém, medíocres nas repúblicas em que o luxo não deve vigorar, bem como deveriam ser quase nulos nos estados despóticos, em que as mulheres não passariam, de certa maneira, de escravas.[93]

No título “Da condição das mulheres nos diferentes governos”,[94] há afirmação de que as mulheres têm pouco recato nas monarquias, sendo levadas ao luxo pelas distinções sociais, com estímulo aos prazeres e às paixões, para aumentar a fortuna, apontando que a fraqueza não lhes permitiria orgulho, mas a vaidade e o luxo.

Já em defesa das repúblicas, nelas as mulheres seriam “livres pelas leis e prisioneiras pelos costumes”,[95] com banimento do luxo, da corrupção e dos vícios.

---

91 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 70.
92 *Id. Ibid.,* p. 70.
93 *Id. Ibid.,* p. 139.
94 *Id. Ibid.,* p. 135.
95 *Id. Ibid.,* p. 136.

Ao apontar os Estados despóticos, é observado que as mulheres não introduziriam o luxo, pois elas próprias seriam consideradas objeto de luxo e a recomendação é de que deveriam ser completamente escravizadas, uma vez que suas principais características seriam tolice, indiscrições, repugnâncias, tendências, ciúmes, implicâncias, de forma que a liberdade das mulheres criaria problemas porque “esta arte que os espíritos insignificantes possuem de predispor-se contra os grandes não poderia deixar de ter consequências”. A recomendação nos estados despóticos, portanto, pela característica de serem as mulheres um objeto de luxo e os príncipes possuírem várias mulheres, por inúmeros motivos, é a de que seria conveniente conservá-las isoladas.[96]

Do século V ao IX, na Europa Ocidental, como já referido, há três concepções diferentes do casamento: uma decorrente do Direito Romano; outra, do direito germânico; e ambas, por volta dos séculos VIII e IX, fundiram-se na terceira, de espírito cristão, materializado no Direito Canônico. Casamento e divórcio continuaram regidos pelo Direito Canônico até o século XVI e, em muitas regiões, até mesmo os século XVIII e XIX; enquanto o regime de bens é regido pelo costume, na Idade Média e na época moderna. Inicialmente, a Igreja não avança sobre as formalidades do casamento, admitindo as formas existentes: romanas, orientais ou germânicas.[97]

A partir dos séculos VIII e IX, a matéria do divórcio é regulado pelo Direito Canônico com exclusividade. Do século X ao XVI, casamento e divórcio são regulados integralmente pelo Direito Canônico, tendo a Igreja o monopólio da legislação e da jurisdição nesta matéria. Na Baixa Idade Média, o casamento é um contrato concluído por dois indivíduos de sexo diferente sem a interferência de terceiros e sem exigência de formalidades. A partir do século XII ou XIII, o casamento torna-se um sacramento, exigindo, além do consentimento dos esposos, quando o casamento se realiza perante a Igreja, também a consumação carnal, quando é feito perante Deus e torna-se indissolúvel. Pode-se referir que no casamento deve haver obediência a certas regras de direito divino, sem possibilidade de dispensa, e outras, de direito eclesiástico, podendo eventualmente ser dispensadas pela autoridade eclesiástica. Quanto ao divórcio, desde o início foi

---

96 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 135-136.
97 GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 564-568.

estabelecida a indissolubilidade do casamento, sendo a concepção cristã muito diferente da romana.[98]

No século XI, o Ocidente tomou contato com a cultura oriental, época em que o Islã era o depositário da ciência e do saber que haviam sido produzidos na Antiguidade, com grande destaque para a técnica bélica e a administração estatal. Porém, a cultura filosófica e científica trazida para o Ocidente foi a grega traduzida em árabe. Árabes e judeus influíram no pensamento ocidental, em idas e vindas decorrentes de invasões já no século IX. A Itália medieval testemunhou a fundação da Faculdade de Medicina de Salerno em 1010, destacando-se que, em 1070, estabeleceu-se em Salerno, Constantino, o Africano, originário da Tunísia, que ao depois, retirando-se para um mosteiro, traduziu do árabe para o latim obras médicas e científicas, sobretudo de autores judeus, de língua árabe e origem norte-africana. Também a Espanha, com exceção de León, Navarra e Aragón, havia sido ocupada pelos muçulmanos. Afonso IV de Léon, em 1085, conquistou Toledo, no que foi auxiliado por El Cid, permanecendo predominantemente a população de língua árabe, inclusive muitos judeus. Cumpre destacar que foi desde Toledo que começa a difusão sistemática da cultura árabe e grega.[99]

O século XII se conclui com a figura de Gregório VII, cujo *Dictatus papae* é sem dúvida a *magna charta* do catolicismo romano e, ao mesmo tempo, do papado político e da concepção teocrática. No século XIII, com a teocracia de Inocêncio III, estabelece-se o domínio cristão no mundo, alcançando a Igreja romana poder e prestígio, mediante a solução de conflitos políticos, a criação de tribunais supremos e a exclusividade de seu magistério. O século XIV é o último século da Idade Média, caracterizado por ter agrupado em torno das instituições eclesiásticas, além da alma popular, também o poder temporal, objetivos alcançados em decorrência de mudanças sociais, religiosas e culturais, que se seguiram de uma ruptura radical entre a Igreja e os emergentes Estados nacionais, com evidente crise entre a razão e a filosofia.[100]

Há a fundação de diversas universidades no período: a de Bolonha com seu *stadium* de direito (1084); a de Pádua (1222); a de Nápoles (1224). Em 1215,

---

98 GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 569-570.
99 REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. cit.,* p. 542-543
100 *Id. Ibid.,* p. 611-613.

são elaborados os Estatutos da Universidade de Paris, são fundadas a Universidade de Praga (1347), a de Cracóvia (1364) e a de Viena (1365).[101]

Na história da Europa Ocidental, a família é patriarcal, com autoridade exercida pelo pai, ou mesmo pelo avô, sem nenhum traço de matriarcado. Essa família se estende enquanto permitir o reconhecimento dos laços de sangue. Por um lado, nas guerras privadas muito frequentes nos séculos XIII e XIV, todos os familiares são ligados pela solidariedade e obrigados a participar da vingança privada, ou seja, quando um membro da família é lesado, todos devem vingar a ofensa, vingança privada esta que sobrevive até o século XIX em algumas regiões como Córsega, Sicília e Creta. Por outro lado, todos os membros podem ser responsabilizados por malefícios cometidos por um deles. A solidariedade familiar também se manifesta na assistência em justiça, quando todos são obrigados a prestar juramento de inocência, se um deles é obrigado a jurar.[102]

Quanto à evolução do direito de família, do século XI ao XIX, observa-se um enfraquecimento dos direitos e deveres da família em sentido estrito – pai, mãe e filhos que vivem sob o mesmo teto –, podendo-se afirmar que "à medida que o Estado se consolida e consegue assegurar a ordem pública, a solidariedade familiar desfaz-se e torna-se inútil. Quando a autoridade se desenvolve, a solidariedade diminui".[103]

Como apontou Luiz Carlos de Azevedo, em obra sobre a condição jurídica da mulher no Direito Luso-Brasileiro desde os anos 1000 até o terceiro milênio, a circunstância de que, da mesma forma que as pessoas, as leis envelheciam, já não mais se prestavam ao povo que delas se servia, diante das transformações ocorridas desde a Realeza, até a República, referindo o conhecimento das instituições romanas, "tidas pouco a pouco por odiosas, dada a extrema sutileza dos antigos fundadores do direito...", pois quanto às ações da lei, justificam a necessidade de renovação.[104]

Nesse sentido, oportuno destacar a conveniência de abordagem dos institutos para melhor compreensão de que as leis são fruto de um determinado

---

[101] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. cit.,* p. 678-683.
[102] GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 563-564.
[103] *Id. Ibid.,* p. 564.
[104] AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*. 1998. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

período histórico, que devem estabelecer e determinar a maneira como deverão se conduzir e comportar as pessoas no ambiente em que vivem; assim pertinentes os seguintes apontamentos:

> Mais ainda, demonstram que regras do direito não brotam espontaneamente do nada, ao contrário, procedem de inúmeras ordens de realidade, que se alternam ou se substituem no curso dos anos, na medida em que se resolvem as exigências reclamadas no substrato social. E se as leis criam, estabelecem e determinam a maneira como deverão se conduzir e se comportar as pessoas no ambiente em que vivem, verifica-se que, enquanto algumas delas permanecem praticamente intactas, resistindo ao rolar dos séculos, outras são revogadas, porque impróprias, desatualizadas, injustas; ou, simplesmente abandonadas, deixam de ter aplicação, acabam repelidas pela prática de novos hábitos e costumes.[105]

O Direito Lusitano antigo, da época de Afonso III (1210-1279), quanto ao trabalho, admitia o exercício de determinadas profissões para as mulheres, dispondo quando e como deveria ser *criuda*, ouvida, a padeira ou a taverneira, ou seja, poderiam elas buscar os seus direitos perante os devedores do pão ou do vinho comercializado, de forma que excepcionava a proibição do trabalho pela mulher fora do lar, como se disse, apenas para as profissões de taberneiras ou padeiras, por motivo de melhor servirem a atrair à clientela, porque mais hábeis no preparo do mantimento.[106]

No final do século XIV, visando fixar o poder da casa de Aviz, há resoluções régias que visavam restringir a transmissão dos bens da Coroa doados a particulares, estabelecendo-se que, por morte do donatário, independentemente de qualquer cláusula especial de doação, tais bens deveriam ser transmitidos, com exclusão dos demais, apenas ao filho legítimo primogênito (1393), indivisibilidade e primogenitura foram estipulados no instituto denominado “Lei Mental”, embora não revestido da forma de diploma legal à época, atendia ao desejo de D. João I em recuperar os bens antes cedidos, sempre que ausente descendência legítima e direta do donatário. A Lei Mental, estabelecendo a indivisibilidade, primogenitura e masculinidade foi promulgada em Santarém, em 8 de abril de 1434.[107]

Outro exemplo de restrição à descendência feminina foi a estabelecida à época de Dom Duarte (1391-1438), que excluiu as mulheres da sucessão, exceto

---

[105] AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.,* p. 83.
[106] *Id. Ibid.,* p. 28.
[107] *Id. Ibid.,* p. 28.

se expressamente contempladas por especial doação ou favor real concedido pelo soberano, como ficou assentado por carta de 1417, que estabeleceu “mulher não pode suceder nem haver segundo direito e ordenação nossa”, o que acabou por permitir que os membros da corte fossem alcançados pelos favores. Há notícia de outras discriminações contra as mulheres nas disposições que tratam dos direitos e deveres das mulheres, como consta, por exemplo, do Repertório de Jerônimo da Silva Pereira, que, no verbete “marido”, prevê a possibilidade de castigar sua mulher, com recomendação, inócua na prática, de que a correção se fizesse moderadamente. Essa disposição pode também ser localizada nas Ordenações Manuelinas, no Livro 5, título II, n. 3, que são anteriores às Ordenações Filipinas. Entretanto, de forma evidentemente mais sensata, não se encontra nas Ordenações Afonsinas, que apenas apontavam a excludente o “defendimento do corpo”, como se pode conferir nas Ordenações Afonsinas, Livro V, título 33.[108]

Quando as Ordenações Filipinas tratam das penas pecuniárias dos que matam, ferem ou tiram arma na Corte, no Livro 5, título 36, n. 1, depois de fixadas as sanções, há referência às excludentes, quais sejam, “legítima defesa, castigo a criado, discípulo, filho, escravo e ... mulher”. Ainda nas Ordenações Filipinas, no Livro 1, título 74, n. 20, há referência entre as multas passíveis de aplicação pelo alcaide-mor: a imposta às mulheres “useiras em bradar”, para as que perturbassem a tranquilidade e o sossego dos vizinhos e transeuntes, não sendo tal sanção extensiva aos homens da localidade, como se pode verificar nas Ordenações Manoelinas e Afonsinas, respectivamente, nos títulos 55, n. 14 e 62, n. 13, do Livro 1, com origem em antigo foro da terras de Espanha,[109] portanto, notória a discriminação contra as mulheres.

Pode-se observar que, durante a Idade Média, no Direito Lusitano predominaram a disciplina e os cânones da Igreja, fruto da supremacia de que gozava nos reinos e senhorios, de forma que a separação de direito, dos casais, era dificultada tanto nas camadas modestas da população como na nobreza, que buscava remediar o impasse na anulação do casamento, igualmente penosa e praticamente impossível de ser obtida, em decorrência do rigor e severidade das autoridades, especialmente quando do advento do Concílio de Trento.[110]

---

[108] AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.,* p. 41.
[109] *Id. Ibid.,* p. 41.
[110] *Id. Ibid.,* p. 64.

1.1.3 As estruturas familiares da Idade Moderna

Com a Reforma, Lutero publicou, em 1530, o seu *Von Ehesachen* (Do casamento) que constitui um verdadeiro manifesto contra a doutrina clássica e, também Calvino, em *Institution de la religion chrétienne,* de 1536, igualmente critica à teoria da Igreja sobre o casamento. A indissolubilidade absoluta é rejeitada por Lutero e para reagir contra a Reforma, no Concílio de Trento, a Igreja toma medidas para transformar a concepção do casamento, de forma que, pelo decreto *Tametsi*, de 1563, o casamento torna-se um contrato solene, estipulando certas exigências, como publicação antes do casamento do anúncio, por três vezes consecutivas em dias de festa e durante a missa solene, celebração – *celebratio* – pelo cura da paróquia de um dos cônjuges na presença de duas testemunhas, para ser válido. Os casamentos clandestinos passam a ser considerados nulos, pois o casamento deve ser celebrado *in face ecclesiae*.[111]

Quanto ao divórcio, o Concílio de Trento manteve a doutrina canônica clássica com a indissolubilidade do matrimônio, apenas a morte podendo dissolvê-lo, admitindo apenas a separação de pessoas pela *separatio quoad torum ad mensam*.[112]

A partir dos séculos XVI e XVII, nos países protestantes, numerosos atos legislativos passaram a regulamentar o casamento. Na Inglaterra, uma lei de 1651 estabeleceu o casamento civil. Nos países católicos, desde a segunda metade do século XVIII, no Reino de Nápoles em 1767, na Áustria em 1783, nos Países Baixos austríacos (Bélgica) em 1784, por édito do imperador José II, foi introduzida a secularização do casamento, com a nova concepção do casamento como a de um contrato civil, não submetido ao Direito Canônico.[113]

Na segunda metade do século XVIII, com inspiração nas ideias iluministas da Europa, em 18 de agosto de 1769, entra no ordenamento lusitano uma das leis mais importantes, a Lei da Boa Razão. Trata-se de uma lei portuguesa, de 18.8.1769, que reforçava o legalismo, determinando que se recorresse a princípios primitivos, que contêm verdades essenciais, intrínsecas e inalteráveis, à ética que

---

[111] GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 568-574.
[112] *Id. Ibid.,* p. 574.
[113] *Id. Ibid.,* p. 575.

os romanos haviam estabelecido, direito divino e natural.[114] ética esta inspirada pelo espírito renovador pombalino, de cunho prático, com valorização da natureza, do homem e do sentimento nacionalista, que procura ajustar-se às condições próprias do meio para o qual se dirige, como busca de melhorar a condição de vida da população, difusão do comércio, estímulo da indústria e atividades científicas, com modificação completa do sistema de ensino. O diploma dava prevalência à lei e conferia autoridade aos assentos da Casa de Suplicação, afastando aplicação dos costumes e direito subsidiário, em especial o Direito Romano, que só seriam aplicados se não contrariassem a Lei da Boa Razão, a legislação do direito pátrio, o Direito Natural. Ficava o Direito Canônico reservado aos tribunais eclesiásticos, porém, ainda, quanto às leis lusitanas, conforme alvará do tempo de D. Sebastião (1554-1578), vigorava para celebração dos casamentos e formalidades adotadas para lhes atribuir validade, obediência às determinações da Santa Sé e as recomendações do Concílio de Trento.[115]

No entanto, para coibir os muitos abusos graves praticados na celebração do casamento, no contrato esponsalício, que repercutiam em desordens e escândalos no núcleo das famílias, “arruínam as casas, pervertem os costumes e impedem o feliz êxito dos matrimônios, com grave prejuízo do bem público e particular” do reino, uma lei de 6 de outubro de 1784 estabeleceu a necessidade de publicidade anterior ao ato, com as previstas solenidades, sob pena de nulidade das promessas e pactos que não atendessem à forma prevista em lei.[116]

Prossegue o autor observando que se assim ocorriam abusos na metrópole, no Brasil, à mesma época, eram frequentes os casos de bigamia, concubinato, uniões temporárias ou casuais, com procriação de filhos ilegítimos, na maioria das vezes, não eram legitimados ou reconhecidos pelos pais, conforme texto bastante ilustrativo:

> A instabilidade da conjuntura familiar resultava de vários fatores, do relacionamento do senhor e escravas, da permanência da mulher legítima no lar, enquanto o marido dispunha de grande liberdade, dele se ausentando à conta de inúmeros pretextos, mas ainda sem pretexto algum, da enormidade das distâncias e da falibilidade dos meios de comunicação, de uma certa licenciosidade nos costumes, encobertos embora pela aura de religiosidade; enfim, uma sociedade de estampa escondendo mancebias, uma imagem não tão difícil de levantar para

[114] GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 333-334.
[115] AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.,* p. 47.
[116] *Id. Ibid.,* p. 48.

> quem pretendesse conhecê-la em maior profundidade. Afigure-se, por outro lado, as dificuldades que sobravam para a prole, decorrente dessas uniões irregulares ou eventuais, filhos sem arrimo, abandonados, expostos à roda, à caridade, formando um quadro social desfavorável, quanto a este aspecto, para os capítulos da história colonial.[117]

Durante o Império, o divórcio restringiu-se à separação de corpos dos cônjuges, com alguns efeitos de relevo, como a divisão de bens e a obrigação de prestar alimentos. Porém, o divórcio era desestimulado pela vedação de novo matrimônio a um dos cônjuges enquanto permanecesse vivo o outro, e pela discriminação pela Igreja e pela sociedade dos que pretendiam utilizar a medida.[118]

A ciência do Direito foi dominada, nos séculos XVII e XVIII, pela escola de Direito Natural, um Direito inerente à própria natureza do homem, retomando os conceitos dos juristas e filósofos da Antiguidade grega e romana. No século XVI, a Reforma e o desenvolvimento do racionalismo alteram o conceito de direito natural com base religiosa, que passa a ter base na razão humana e independentemente de qualquer concepção religiosa. A escola de Direito Natural desenvolve-se com Thomas Hobbes, na Inglaterra, Samuel Pufendorf, na Alemanha, Descartes, Jean-Jacques Rousseau, Voltaire e Montesquieu na França, este com o entendimento de que decorre da evolução histórica a formação dos diferentes direitos positivos, em oposição aos defensores da escola de Direito Natural. O século XVIII, chamado de século das luzes, é o período em que a Europa é francesa pela cultura, artes, letras, filosofia.[119]

Na França, pela Constituição de 1791, afirmou-se o princípio de que “a lei considera o casamento como um contrato puramente civil”. O casamento civil foi admitido pelo Código da Prússia (1794), Áustria (1811), nos Cantões Suíços (1874, 1907) e na Alemanha pelo B.G.B. (Código Civil) em 1900. Embora admitam casamento civil, reconhecem efeitos civis ao casamento realizado perante o sacerdote, na Itália, conforme acordo de Latrão (1929), a concordata de 1940 para Portugal, na Espanha em 1935. Pelo *Code Civil* Francês, de 1804, é adotado o casamento civil estipulado por lei, realizado pelo oficial do registro civil. A Revolução Francesa admite a dissolução completa e definitiva do vínculo conjugal desde que proferida por um tribunal, e lei de 1792 admite o divórcio com ainda

---

[117] AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.,* p. 48.
[118] *Id. Ibid.,* p. 64
[119] GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 364-367.

maior facilidade. O *Code Civil* Francês, de 1804, manteve o divórcio por mútuo consentimento, mas por processo lento e complicado, com causas determinadas, reagiu contra o que estipulado pelas leis revolucionárias, considerada uma “torrente de imoralidade”, apenas sendo reintroduzido, destaca-se, na França em 1975.[120]

A Revolução Francesa não foi muito favorável à mulher, pois a grande maioria das incapacidades do Antigo Regime foi mantida. A mulher continuou a não poder exercer funções públicas, votar ou ser elegível e continuava ausente nas assembleias legislativas. Apenas em matéria de maioridade e de sucessões, deixa de existir o privilégio da masculinidade, mantendo o Código Napoleão a incapacidade da mulher casada.[121]

O período que se iniciou em fins do século XVIII e continuou no século XIX foi marcado pelas novas ideias políticas e modificações sociais, bem como pela mudança do trabalho do artesanato para a manufatura fabril, com aproveitamento do trabalho feminino na expansão dos centros industriais e no desafio de compatibilizar as tarefas domésticas com as atividades exercidas fora do lar. Mesmo após a independência do Brasil, por lei de 10 de outubro de 1823, foi mantido vigente no País o ordenamento português, enquanto não se organizassem novos códigos, com suas ordenações, leis, resoluções, decretos e alvarás promulgados pelos reis portugueses, portanto mantida a tradição jurídica lusitana e o respeito aos seus fundamentos. A mudança social e econômica não se refletiu positivamente para as mulheres. A revés, teve como efeito “a desigualdade no seu estado, com reflexos diretos no salário, sempre mais baixo do que aquele pago aos homens; pior, este tipo de trabalho, porque menos remunerado, era tido também, como menos produtivo e, consequentemente, não lhe dava igual valor e mérito”.[122]

Diversamente do ocorrido na Europa, em que movimentos de revolta se instalaram relativamente às novas realidades atinentes ao trabalho assalariado, os movimentos não alcançaram, à época, o Brasil, quer pelo reduzido parque industrial, que só passou a se desenvolver a partir da segunda metade do século XIX, quer pela agricultura ser então mantida pelo braço escravo, o que apenas com

---

[120] GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 575-577.
[121] *Id. Ibid.,* p. 605.
[122] AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.,* p. 64.

a Lei n. 2040, de 28 de setembro de 1871, a Lei do Ventre Livre, começou a ser alterado.[123]

No Brasil, portanto, permaneceram vigentes as Ordenações Filipinas e a legislação posterior não revogada, bem como idêntico tratamento foi dado às mulheres durante o Império, como pode ser observado na Consolidação das Leis Civis, que antecedeu o Código Civil do Império, conforme Decreto n. 2318 de 22 de dezembro de 1858, que em seu art. 95 dispunha, quanto ao casamento, que "as disposições do Concílio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia, a respeito do matrimônio, ficavam em efetiva observância em todos os Bispados e Freguezias do Império". Em função das correntes migratórias havidas durante o século XIX, foram definidas três formas de casamento, quais sejam, o tradicional referido nas Ordenações Filipinas, o misto, no qual um dos nubentes não era católico, mas realizava-se conforme previsto pelo Direito Canônico, e o acatólico, para pessoas das demais religiões. Esta situação perdurou até depois da proclamação da República, quando realizada a separação entre o Estado e a Igreja, conforme o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890.124

Ressalte-se, no dizer de Dalmo de Abreu Dallari,[125] que não é recente a tentativa de se eliminarem injustiças e preconceitos tradicionais, como protagonizou Olímpia de Gouges, já em 1791, na França, com a sua proposta intitulada *Forma do Contrato Social entre o Homem e a Mulher,* por ora destacamos apontamentos do autor:

> Como era costume na época, os casamentos formais e solenes, perante uma autoridade pública, eram privilégios das classes mais ricas e as mulheres que não pertenciam a essas classes não tinham qualquer proteção quando se juntavam a um homem para terem uma vida em comum. Na prática, o homem era o senhor absoluto nessa espécie de união, pois, além de ser tratada como inferior, a mulher não tinha qualquer direito patrimonial, mesmo que colaborasse muito com o companheiro para a aquisição de bens. Ela não era reconhecida e tratada como sócia do companheiro, mas sua dependente absoluta, sem qualquer direito.[126]

A proposta de Olívia de Gouges, aqui referida, demonstrava preocupação, já no século XVIII, em eliminar as injustiças, fixando regras que fossem aplicadas

---

[123] AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Op. cit.,* p. 49-50.
[124] *Id. Ibid.,* p. 56.
[125] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os direitos da mulher e da cidadã por Olímpia de Gouges*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 73.
[126] *Id. Ibid.,* p. 63-64.

em igualdade de condições entre homem e mulher, com especial atenção à proteção dos filhos. Embora não acolhida, pode ser apontada como marco na defesa da igualdade nas relações familiares, em uma época em que os interesses eram voltados prevalentemente aos interesses dos governantes e da classe social privilegiada, de cunho eminentemente patrimonialista, sem respeito à liberdade ou aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana.[127]

A Antropologia nos mostra a atualidade do tema quanto à transmissão de bens entre os familiares, conforme o sexo, e a preocupação em sua transmissão aos descendentes, bem como indica a necessidade de examinar cuidadosamente, nas relações de parentesco e casamento, já nas sociedades pré-industriais, não apenas os aspectos de modo de reprodução, associados com o tipo de subsistência, com o modo de produção, mas igualmente essencial para compreender o desenvolvimento global do parentesco nas sociedades humanas e também os fatores religiosos e políticos.[128]

A discriminação contra as mulheres existiu mesmo em sociedades tribais, com notícia de que nos casamentos em tribos da África havia destinação distinta dos bens recebidos por ocasião do casamento, conforme fossem recebidos diretamente pela noiva, ainda que anteriormente ao casamento, ou entregues aos pais da noiva. Quando recebidos diretamente pela noiva, ainda que por herança ou dote, jamais os bens seriam transferidos à mulher em sua totalidade.[129]

No século XX, com o gradativo enfraquecimento da autoridade patriarcal, decorrente, entre outros fatores, do agravamento das crises econômicas, políticas e sociais, das guerras mundiais e da entrada das mulheres no mercado de trabalho, a estrutura familiar tradicional sofre expressivas modificações, passando de relações de autoridade fortemente hierarquizadas para um modelo horizontal mais flexível, com a valorização da individualidade de cada membro da família.

Depreende-se já com algumas poucas citações que, se por um lado algumas culturas protegem os seus membros antes, durante e após a dissolução familiar por viuvez; por outro lado, há diversidade de tratamento com nítido viés discriminatório, exceto em algumas culturas com base religiosa mais sólida, desde

---

[127] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Op. cit.,* p. 15-16.

[128] GOODY, Jack. *O oriental, o antigo e o primitivo*: os sistemas de casamento e a família nas sociedades pré-industriais na Eurásia. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008. p. 34.

[129] *Id. Ibid.,* p. 43.

as sociedades antigas até as contemporâneas e da pós-modernidade, quanto ao amparo na fragmentação da família por divórcio ou separação.

1.1.4 Visão contemporânea da família

A família na atualidade sofre uma grande transformação e, quanto à responsabilidade no Direito de Família, é igualmente pluridimensional. Oportuna a reflexão, na introdução do tema, sobre algumas das principais vertentes:

> A família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo o compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração de gerações. O problema delicado da responsabilidade nas relações de amor e de afeto, do ponto de vista da ordem moral (e jurídica) já tinha sido enfrentado por Kant, para ressaltar sua relação com a liberdade. Para ele o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso sejamos levados por nenhuma inclinação e até tenhamos aversão, "é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade".[130]

A almejada busca da virtude, havida desde os antigos filósofos e por milênios, sofre grande impacto especialmente na sociedade pós-moderna. Oportuna a reflexão de Marco Fábio Morsello sobre consumo e (in)felicidade existencial nas atuais estruturas familiares:

> Como é cediço, a realidade cotidiana pós-moderna revela paradigmas fulcrados em sociedade de hiperconsumo, cujos efeitos se refletem, à saciedade, nas famílias, nomeadamente nas crianças. Ora, tal realidade, aliada à denominada síndrome do pensamento acelerado, que grassa nos tempos atuais, com amplo destaque à figura do turboconsumidor policrônico, permitem divisar efetiva felicidade paradoxal, informada pelo fenômeno da penia, definida por Gilles Lipovetsky como "a imediata realização dos gozos materiais aliada à infelicidade existencial", fatores que desencadeiam o crepúsculo do dever e a ética indolor.[131]

Perpassamos a teoria de eros, com Platão,[132] de ágape[133] em a *Primeira Carta aos Coríntios*, de Paulo,[134] para deparamos o questionamento e conclusões

---

[130] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre-RS: IBDFam, 2010. p. 19.

[131] MORSELLO, Marco Fábio. *Op. cit.,* p. 515.

[132] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. cit.,* p. 152-156.

[133] *Id. Ibid.,* p. 387-392.

[134] BÍBLIA de Jerusalém. São Paulo: Ed. Paulus, 2015. p. 2009-2010. Publicada sob a direção da "École Biblique de Jérusalem". Paris, Du Cerf,1998. I Cor 13,1-13.

de Boécio, quanto à aparente desordem nas relações sociais, conclui, ao revés, de que em tudo há uma ordem, embora os homens não consigam se dar conta dela:

> [...] tudo parece confuso e subvertido, quando, na realidade, todas as coisas estão ordenadamente dispostas segundo uma norma a elas apropriada, que as orienta para o bem. Com efeito, não há nada que seja feito visando o mal, nem mesmo por parte dos próprios maus; na realidade, estes [...] procuram o bem, mas dele são desviados por um despercebido erro de avaliação.[135]

Esses conceitos deixam de ser enfrentados com maior profundidade por pertencerem à Filosofia e, portanto, fugirem do escopo do presente trabalho. Neste ponto, ressalte-se, deixamos de perquirir questionamentos filosóficos e teológicos, para enfrentarmos a realidade atual do Brasil.

Ora em consideração, o mundo passa por transformações em velocidade jamais imaginada por nossos antepassados, com aprimoramento da engenharia, da medicina, da física, da química, modernização dos meios de transporte, diminuição de distância cultural entre os povos, além de patente a célere substituição da mão de obra braçal pelas máquinas, desde a agricultura até a indústria espacial, apenas para citar alguns exemplos, culminando na atualidade com o novo desafio da chamada inteligência artificial, que se propõe a realizar juízos de valor e a tomar decisões mais acertadas e céleres que o cérebro humano poderia.

Esta modernidade assombrosa hoje revelada pelas comunicações instantâneas e pelo desenvolvimento em praticamente todas as áreas do conhecimento, impacta diretamente a vida das pessoas, consideradas individualmente, bem como nas relações sociais, de trabalho e das relações familiares.

Se no passado remoto, por muitos séculos, foram a escravidão das mulheres e sua tutela *perpétua* a regra, e a administração e o governo, a exceção,[136] mais modernamente o conceito de família e sua proteção decorriam de formalidades de casamento religioso ou civil, com nítida valorização dos vínculos biológicos e submissão de seus membros ao poder do chefe da família, as mudanças que se seguiram foram expressivas.

---

[135] REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *Op. cit.,* p. 473-474.
[136] MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Op. cit.,* p. 135.

Quanto à formação do povo brasileiro, Darcy Ribeiro nos traz um pouco da História do Brasil, desde o descobrimento e talvez antes mesmo dele, a forma de família estabelecida pelo cunhadismo e suas uniões com as temericós, de natureza poligâmica e incestuosa, que caracterizou o início da colonização:

> A instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro foi o cunhadismo, velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade. Consistia em lhes dar uma moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabelecia, automaticamente, mil relações que o aparentavam com todos os membros do grupo. Isso se alcançava graças ao sistema de parentesco classificatório dos índios, que relaciona, uns com os outros, todos os membros de um povo. Assim é que, aceitando a moça, o estranho passava a ter nela sua temericó e, em todos os seus parentes da geração dos pais, outros tantos pais ou sogros. O mesmo ocorria em sua própria geração, em que todos passavam a ser seus irmãos ou cunhados. Na geração inferior eram todos seus filhos ou genros. [...] Relações sexualmente abertas, gozosas, no caso dos chamados cunhados. [...][137] Sem a prática do cunhadismo, era impraticável a criação do Brasil. Os povoadores europeus que aqui vieram ter eram uns poucos náufragos e degredados, deixados pelas naus da descoberta, ou marinheiros fugidos para aventurar vida nova entre os índios. Por si sós, teriam sido uma erupção passageira na costa atlântica, toda povoada por grupos indígenas. Com base no cunhadismo se estabeleceram criatórios de gente mestiça nos focos onde náufragos e degredados se assentaram.[138]

Ainda quanto às origens das famílias no Brasil, mister recordarmos que, quanto à colonização do Brasil, o conceito generalizado de que apenas degredados haviam povoado estas terras é equivocado, verdadeira lenda, pois

> "para a colonização de terras longínquas e incultas, povoadas por selvagens em estado primitivo, não se ousaria o transplante da alta sociedade lusitana, nem mesmo da burguesia, senão apenas exemplares de uma e de outra, desta mais que daquela".[142]

A Coroa enviou pelo sistema das Capitanias "núcleos que representariam, em grau menor, a média da sociedade portuguesa do tempo, com suas virtudes, que foram insignes, e seus defeitos, com o cerne humano condizentes"[139], como se destaca:

---

[137] RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 81.

[138] *Id. Ibid.,* p. 83.

[139] FERREIRA, Waldemar. *História do direito brasileiro*: as capitanias coloniais de juro e herdade. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 1, p. 125-126.

> O homem branco da península ibérica, sob o influxo de seus complexos ancestrais, tomando pé na terra da colônia, se sentiu de imediato na contingência de conviver com a mulher selvagem, que lhe apresentava, na sua epiderme nua, exposta ao sol tanto quanto à sua sensibilidade, desafio à sua luxúria, que de outro modo permaneceria insatisfeita. Desde então, a mulher brasileira (e Pero Lopes de Sousa dissera das tupinambás que "eram alvas e mui formosas e não havia nenhuma inveja pas de Lisboa"!) entrou a operar como elemento nacionalizador do estrangeiro; e os portugueses cederam a esse imponderável.[140]

As terras de sesmarias que foram dadas e repartidas pelos Capitães da terra demandavam braços para as roças, pelo que escravizaram inicialmente os índios; todavia, estes "se alevantaram e fugiram para suas terras e fogem cada dia", problema que "se resolveu com a importação do braço escravo do negro africano ... que não foge nunca, nem tem para onde", página triste de nossa História. Recorde-se quanto à formação do povo brasileiro:

> Processaram-se as duas escravidões paralelamente desde os primeiros tempos capitaniais, com todas as suas desvantagens e os seus consideráveis proventos na ordem econômica. Nesse tríptico – o branco, o índio e o negro, se assentou a ordem social da colônia; e esses três elementos se fundiram para formar a nacionalidade, que se poderia retardar, mas nunca impedir que se manifestasse em sua inteira pujança, no evolver dos acontecimentos históricos. [...] Distribuídas as terras, derrubadas as matas e instaladas as propriedades agrícolas ou pastoris, estabeleceram-se as camadas sociais, em cuja base se encontravam, em mais ínfima situação, os escravos, índios ou africanos, e seus descendentes. Superpunham-se-lhes os colonos lusitanos não aquinhoados com as dádivas das terras, trabalhadores livres a viver de salários ou de empreitadas de serviços e obras. Agricultores. Feitores. Mestres de açúcar. Artistas ou oficiais mecânicos de todos os misteres da vida urbana e rural. Em posição mais alta se achavam os pequenos proprietários rurais. Os lavradores entregues ao cultivo de cereais e outros gêneros alimentícios. Ou os criadores de gado. Sobrepairavam na camada mais alta os proprietários das sesmarias, das grandes áreas de terras, transformadas em fazendas ou em engenhos, com o aparelhamento adequado à vida autônoma e economia separada e própria. Residia nisso a peculiaridade do sistema. Autônomas e separadas eram as Capitanias. Separadas e autônomas as fazendas e os engenhos, que deviam suprir-se com os recursos da terra e da sua indústria, para sua mantença e desenvolvimento. Os que tais obras fizeram foram, no dizer de Gilberto Freire, os fundadores verticais do Brasil, que no seu solo fincaram, assentaram raízes, criando núcleos humanos em torno de suas famílias, a elas agregados e todos reunidos para o mesmo objetivo econômico, social e religioso, unidades produtivas de projeção considerável.[141]

---

[140] FERREIRA, Waldemar. *Op. cit.,* p. 126.
[141] *Id. Ibid.,* p. 128-130.

Aponta Rui Geraldo Camargo Viana que “tivemos no Brasil a hegemonia dos donatários de terra, o baronato do café em São Paulo, do gado no Sul, o baronato do cacau e da cana no Norte e Nordeste, com as típicas famílias tradicionais”.[142]

Nestes quinhentos últimos anos de História, mudaram, não apenas no Brasil, mas no mundo, as estruturas e os valores que norteiam as relações familiares, como apontam os estudiosos das Ciências Sociais e do Direito.

No mundo contemporâneo a família é uma realidade social,[143] derivada não apenas do casamento, da união estável e da monoparentalidade, com igualdade entre os gêneros, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, mas também há outras modalidades, muitas vezes informais, tendo por base as relações de afeto e interesses comuns, ainda que transitórios.

E são justamente estas transitoriedade e facilidade de dissolução dos vínculos familiares, conforme o ordenamento vigente, que despertam interesse em uma análise jurídica mais aprofundada em nosso trabalho, haja vista que, embora o desenvolvimento trazido pelo progresso seja exponencial, o homem continua a ter emoções, sentimentos e a depositar confiança em suas relações afetivas.

Pode-se afirmar que a pós-modernidade passa a valorizar com primazia a individualidade da pessoa humana, em nome do eudemonismo, refutando as estruturas rígidas e hierarquizadas, como havidas no passado, com adoção de ecletismo cultural, a informação e valorização da inclusão sobre a exclusão, passando a ética da sexualidade a ser valorizada com deslocamento de seu aspecto meramente reprodutivo para se buscar a satisfação e o prazer, não apenas físico, mas da alma humana, com respeito às diversas formas de afetividade, no dizer de Giselle Groeninga.[144]

Diversos filósofos da atualidade, entre eles, Gilles Lipovetsky,[145] enfrentam a desconstrução dos valores tradicionalmente caros à sociedade, em que a

---

[142] VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO. 2., Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais*... Belo Horizonte: IBDFam, 2000. p. 325-331. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/69.pdf

[143] VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. *In:* VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de A. (org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2009. p. 26-39.

[144] GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFam, 2004. p. 259-262.

[145] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

“desagregação do mundo da tradição é vivida não mais sob o regime da emancipação, e sim sob o da tensão nervosa”[146] para afirmar que, na atualidade, a sociedade e as relações pessoais acabam por indicar que “é o medo o que importa e o que domina em relação a um futuro incerto” e, como decorrência, temos “a fé substituída pela paixão; a intransigência do discurso sistemático, pela frivolidade do sentido; o extremismo, pela descontração”, o que pode ser constatado em diversas áreas e comportamentos.

A hipermodernidade – uma sociedade liberal, caracterizada pelo movimento, pela fluidez, pela flexibilidade; indiferente como nunca antes aos grandes princípios estruturantes da modernidade, que precisam adaptar-se ao ritmo hipermoderno para não desaparecer”[147] e, como consequência, o apontado consumismo prevalente na atualidade, em searas que vão desde a moda até as relações interpessoais – e familiares, nós observamos – pode ser justificado por um medo que inquieta e assusta, fragilizando o equilíbrio corporal e psicológico, eis que na era do “hiperconsumo e da hipermodernidade”, não há maior preocupação com a lógica do proceder, apenas as consequências a gerar a “angústia de valores” e a primazia nos “solavancos do sentido”, como se aponta[148]:

> Chegamos ao momento em que a comercialização dos modos de vida não mais encontra resistências estruturais, culturais nem ideológicas; e em que as esferas da vida social e individual se reorganizam em função da lógica do consumo. A primeira e a segunda fase do consumo haviam tido como consequência a criação do consumidor moderno, arrancando-o às tradições e arruinando o ideal de poupança; a última fase estendeu ao infinito o domínio do consumo.

Em aparente contradição com a primazia do efêmero e do instantâneo, em que a “racionalidade instrumental expande o seu domínio”, interessantes observações do mesmo Lipovetsky, de que, se por um lado, há ruptura individualista do vínculo social, decorre da racionalização uma diminuição da ascendência da religião sobre a vida social; por outro lado, a insegurança e o medo gerados pelo cosmo hipermoderno gera a “necessidade de unidade e de sentido, de segurança, de identidade comunitária”, trazendo de volta a possibilidade de valorização das religiões, na busca de afirmação e reconhecimento, eis que “a

---

[146] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Op. cit.,* p. 28.
[147] *Id. Ibid.,* p. 26.
[148] *Id. Ibid.,* p. 31.

identidade cultural se tornou aberta e reflexiva, uma questão individual suscetível de ser retomada infinitamente".[149]

Socorrendo-nos de reflexões de Zygmunt Bauman,[150] podemos referir, quanto aos problemas de "homens e mulheres inseguros, incertos de seu lugar no mundo, de suas perspectivas de vida e dos efeitos de suas próprias ações", os seres humanos da pós-modernidade tendem a "canalizar a ansiedade para longe das verdadeiras raízes e descarrega-las sobre alvos que não se relacionam às suas fontes"; por vezes, na ilusória crença de que os problemas que afligem as cidades contemporâneas possam ser resolvidos por urbanistas, esquecendo-se de que não há soluções globais para problemas gerados globalmente e, portanto, inócuo buscar soluções sem a busca de compreensão mútua, com a troca de experiências de vida, com "fusão de horizontes", com contato físico e compartilhamento, ainda, que temporário e intermitente, como aponta:

> O tipo de "segurança" oferecido pelos urbanistas não pode aliviar, muito menos erradicar, a insegurança existencial reabastecida diariamente pela fluidez dos mercados de trabalho, pela fragilidade do valor atribuído às habilidades e competências do passado ou que se busca adquirir no presente, pela reconhecida vulnerabilidade dos vínculos humanos e pela suposta precariedade e revogabilidade dos compromissos e parcerias.

Dessa forma, constatadas as importantes transformações que atingem a maior parte de toda a humanidade, especialmente nos últimos trinta anos, em decorrência da comunicação instantânea viabilizada pela rede mundial de computadores internet, que culminou por trazer a hoje chamada realidade líquida,[151] permitindo que em fração de segundos se possa ter acesso a toda a base de conhecimento até então acumulada pela civilização, o conceito de família também mudou.

Assim, relativizados os conceitos de certo e errado, até porque a ciência hoje confirma que mesmo os conceitos de tempo e espaço são relativos, nesta nova realidade pós-moderna, fundada em opiniões individuais ou limitadas a um determinado grupo social ou cultural, qualquer indivíduo sente condições de buscar fundamento para seu posicionamento ideológico, social e de gênero, de forma que

---

[149] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Op. cit.,* p. 94-95.
[150] BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 140-142.
[151] *Id. Ibid*.

os valores sustentados pela religião ou tradicionais a um grupo familiar, sofrem questionamentos e enfrentamento, a busca de mudanças resta patente, e, com ela, a transformação da família resta inexorável.

Interessante refletir que, apesar de o indivíduo hipermoderno ser prudente, afetivo e relacional, eis que não foi abolida a sensibilidade em relação ao outro, nem o desejo de se ter uma vida equilibrada e sentimental, ocorre aumento da ascendência das normas de consumo e da sexualidade, com a demanda de um maior espaço social, uma exigência da melhoria da qualidade de vida, com valorização dos sentimentos e da personalidade, como que em um "caos paradoxal, uma desordem organizada".[152]

Hoje, há diversos modelos de família na sociedade pós-moderna, podendo referir, ao lado da classificação tradicional da família formada pelo casamento e de família formada pela união estável, também as novas modalidades de família, denominadas monoparental, pluriparental, anaparental, família unilinear, eudemonista, homoafetiva e formadas nos estados intersexuais e a família paralela.[153]

Quanto às novas classificações, podemos destacar que a família monoparental é formada pela prole com apenas um dos genitores, por diversas razões: viuvez; divórcio; separação judicial; adoção unilateral; não reconhecimento da prole por um dos genitores; inseminação artificial, nas hipóteses de homóloga, com pré-morte do marido, ou heteróloga, de mulher solteira, produção independente.[154] A família unilinear é espécie de família monoparental, formada pela genitora solteira e sua prole, por meio de reprodução heteróloga, permitida por Resolução do Conselho Federal de Medicina, de n. 2013/2013.[155]

Família pluriparental, também denominada de "mosaico", é a família constituída pela formação de novo vínculo, decorrente de rupturas anteriores, incluindo filhos oriundos de relações anteriores e, ainda, os filhos que o casal tem em comum. Denominamos família anaparental à relação familiar baseada no afeto

---

[152] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*, *cit.,* p. 82-83.

[153] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 221-242, jan./dez. 2013. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984/pdf_9.

[154] DINIZ, Maria Helena; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 5, p. 31-33, 36, 45.
MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos, *cit.,* p. 221-242, 2013.

e na convivência, entre pessoas que não apresentam parentesco entre si, modalidade esta que ainda não recebeu regulamentação pelo legislador.[156]

Denominamos eudemonista o grupo familiar formado pelo afeto, com prestígio da felicidade de seus integrantes, em que há busca pelo sujeito de sua felicidade individual, situação que provoca a alteração da proteção jurídica da família como instituto, para o sujeito, nos termos do art. 226, primeira parte do § 8º, da Constituição Federal, ao dispor que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.[157]

As famílias formadas por pessoas do mesmo sexo são objeto de diversos projetos de lei para sua regulamentação, destacamos o Projeto de Lei n. 1.151/95, Projeto de Lei n. 1.151-A/97, Projeto de Lei n. 5.252/2001, Projeto de Lei n. 2.285/2007, denominado Estatuto das Famílias, e o Projeto de Lei n. 4.914/2009. Mas foi em maio de 2011 que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a entidade familiar formada por pessoas do mesmo sexo como união estável, tendo, em 25 de outubro de 2011, o Superior Tribunal de Justiça autorizado o casamento de duas mulheres no Sul do país, de forma a viabilizar o reconhecimento do casamento homossexual no Brasil, com efeitos e reconhecimento de direitos na esfera sucessória, patrimonial, adoção de menores, enfim, em plena aquisição do *status familiae*.[158]

Novas modalidades de família podem ser apontadas, com destaque à novel família formada nos estados intersexuais, classificação esta que abrange os indivíduos transexuais – problemática da identidade de gênero – e intersexuais – na identidade sexual de cunho anatômico e biológico, situações que demandam acompanhamento por equipe multidisciplinar prévia à cirurgia redesignatória e ao procedimento cirúrgico propriamente dito; bem como, no campo jurídico, a alteração do nome para adequação ao sexo social, em respeito aos direitos da personalidade, ao direito à identidade de gênero, à intimidade, à integridade física e psíquica, à privacidade, viabilizando a felicidade pessoal de todos os indivíduos, sem preconceitos e possibilitando a plena inserção do indivíduo na sociedade.[159]

---

[156] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 41.

[157] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

[158] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos*, cit.,* p. 221-242.

[159] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 176 e ss.

Em afronta ao princípio da monogamia, há a família paralela, hipótese em que um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família, quer na hipótese de casamento, quer na hipótese de união estável. A jurisprudência em sua quase totalidade nega o reconhecimento dessa modalidade de família, evitando graves situações de injustiça pelo reconhecimento de uma sociedade de fato com determinação de partilha dos bens adquiridos no período de convivência, desde que comprovada a efetiva colaboração para a sua aquisição.[160]

No dizer de pensadores do direito de família da atualidade nacional, a formação da família na pós-modernidade é fruto de intensa agitação social e cultural, alçada sob novos valores e novas formas, em que o amor e a afetividade representam a pedra fundamental, com destaque para o respeito à dignidade humana, aos direitos personalíssimos e à vontade individual. A socioafetividade, que pode ser conceituada como o desejo e a crença de pertencer a um grupo familiar, ganha relevância e suplanta por vezes a própria verdade biológica.[161]

Pode-se afirmar, portanto, quanto à identificação de núcleos familiares, na pós-modernidade, “os vínculos familiares baseiam-se no amor e no afeto, inaugurando uma nova ordem jurídica para a família, em que ao afeto é atribuído valor jurídico”.[162]

---

[160] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, *cit.,* 4. ed., p. 49-51.
[161] MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias:* amor e ética. Prefácio de Calos Alberto Dabus Maluf. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 5 e ss.
[162] DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.,* 4. ed., p. 68.

2. ALGUNS APONTAMENTOS NO DIREITO ESTRANGEIRO

Quanto à fragmentação da família, o direito estrangeiro aponta que há milênios existe a possibilidade do divórcio, inclusive, destaca-se a possibilidade de reparação pecuniária já em eras primevas, quando da dissolução do casamento, o que chega até os nossos dias em diversos sistemas jurídicos, sob outras denominações, inclusive trazendo novos paradigmas jurídicos para aferição de hipóteses e do *quantum* devido.

2.1 Apontamentos de direito material estrangeiro sobre divórcio

Os sistemas precursores do Direito Ocidental – Direito Judaico, Direito Romano e costumes germânicos – conheceram e praticaram o divórcio.[163]

A Igreja Católica, por considerar o casamento um sacramento, introduziu no Direito Canônico a indissolubilidade do vínculo matrimonial. Durante muito tempo discutiu-se no seio da Igreja a possibilidade do divórcio por adultério, mas, no século XII, a indissolubilidade total ficou firmemente estabelecida, só se admitindo a separação de corpos e a anulação do casamento. A posição da Igreja Católica contrária ao divórcio foi reforçada no Concílio de Trento (1545-1563) como resposta à Reforma. A reação veio da Igreja Protestante, que reintroduziu o divórcio por adultério, seguindo-se o abandono do lar e a alienação mental como fundamentos válidos para o divórcio.[164]

O Direito Canônico regulou de forma exclusiva do século X ao XVI, o casamento e o divórcio, portanto, nesta matéria a Igreja teve o monopólio da legislação e da jurisdição. O divórcio não existe no Direito Canônico, apenas a teoria da nulidade do casamento e a separação das pessoas. A partir do século XIV, por vezes as autoridades eclesiásticas admitiram uma separação de fato,

---

[163] DOLINGER, Jacob. Casamento e divórcio no direito internacional privado. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*: a família no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, t. 1, p. 295 e ss.

[164] DELMAS-MARTY, Mireille*. Le marriage et le divorce*. Paris: Presses Universitaires de France, 1972. p. 56.

quando o marido batia ou feria a mulher, medida esta sempre tida como revogável.[165]

A Reforma atingiu gravemente a autoridade da Igreja e, em 1530, Lutero publicou um manifesto contra a doutrina canônica clássica do casamento – *Von Ehesachen* (Do casamento) – e Calvino, em 1536, também criticou violentamente a teoria da indissolubilidade do casamento – Instituition de la réligion chrétienne – e denuncia os males nascidos dos casamentos clandestinos. A Igreja, em reação à Reforma, no Concílio de Trento, adota em 1563 o decreto *Temetsi*, que torna o casamento um contrato solene, exigindo o cumprimento de formalidades, inclusive a presença de testemunhas, para ser válido.[166]

Na Escócia o divórcio já era admitido desde o século XVI.

A França introduziu o divórcio em 1792, admitido mediante alegação de incompatibilidade de gênios ou de caráter dos cônjuges, mantidas essas regras no Código Civil de 1804. Por lei de 1816, foi abolido o divórcio, que acabou restabelecido em 1884, regulamentado seu processo em 1886. Em 1975, registrou-se importante alteração no Direito Internacional Privado do divórcio, admitindo o divórcio consensual e aquele por ruptura da vida comum.

Bélgica e Holanda admitiam a dissolução do vínculo. A Áustria restringia-o aos não católicos.

Na Inglaterra, a Matrimonial Causes Act, de 1857, permitiu o divórcio por uma série de razões, porém, anteriormente, segundo Peter Benjamin, na sua obra "Le Divorce, la Séparation de Corps et Leurs Effects em Droit International Privé Français et Anglais", citado por Jacob Doliger, somente a aristocracia lograva obtê-lo, pois era um processo raro e custoso.[167]

A Alemanha vê o divórcio admitido no Código Civil de 1900.

Ao se iniciar o século XX e por cerca de cem anos, o divórcio na Europa apresenta o seguinte panorama:[168]

Em Portugal, o divórcio foi introduzido em 1910, por lei especial.

A Irlanda no Norte não conhecia o divórcio, que só foi introduzido em 1939.

---

[165] GILISSEN, John. *Op. cit.,* p. 569-572.
[166] *Id. Ibid.,* p. 571-573.
[167] *Id. Ibid.,* p. 296.
[168] DOLINGER, Jacob. *Op. cit.,* p. 296.

A Itália, Espanha e Irlanda do Sul só admitiram o divórcio em 1970, 1982 e 1997, respectivamente.

Entre os países que vedavam o divórcio, havia os que admitiam a separação de corpos (equivalente ao anterior desquite brasileiro) por decreto judicial ou por acordo dos cônjuges. Outras legislações só o admitiam por decreto judicial em ocorrendo determinadas causas.

Os países divorcistas também variavam, uns admitindo até o divórcio por mútuo consentimento, outros restringindo-o à hipótese de divórcio litigioso por causas determinadas, divergindo também sobre a possibilidade de conceder-se aos cônjuges tão somente a separação de corpos.[169]

2.2 O Guet – Divórcio rabínico

A Lei Judaica tradicional (*Halachá*) exige que um casal obtenha um divórcio judaico (*guet*) para pôr fim ao casamento judaico. Essa posição é compartilhada pelos Rabinatos Ortodoxo e Conservador, sendo a política oficial do Estado de Israel. Sem o *guet*, os filhos de qualquer união subsequente da mulher podem ser considerados ilegítimos, e somente poderão se casar com judeus de *status* semelhante. Esse filho, assim, fica excluído em grande parte dos segmentos da comunidade, e não pode casar-se no Estado de Israel. Esse estigma permanece para todas as gerações futuras.

Esse problema, embora seja trágico no âmbito individual, torna-se catastrófico quando se torna comunitário. Uma das diversas estatísticas nos Estados Unidos estima a incidência do divórcio entre parceiros judeus por volta de vinte a trinta mil anualmente. Segundo a Pesquisa sobre a população judaica norte-americana por amostragem, menos de 15% daqueles que se divorciam civilmente obtiveram um *guet*. Muitas dessas pessoas divorciadas tornam a se casar e constituem família. Como resultado, milhares de filhos potencialmente impedidos de se casar nascem a cada ano. A unidade judaica é colocada em risco. As barreiras entre os segmentos da comunidade judaica serão irreversivelmente transformadas de ideológicas em sociais, a menos que algo seja feito. Se o problema é a falta de conhecimento, então educar é a solução. Se a pessoa

[169] VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. p. 103.

somente obteve o divórcio civil, aos olhos do Judaísmo, ambos, ex-marido e ex-esposa, ainda são considerados casados. Essa opinião é compartilhada pelos Rabinatos Conservador e Ortodoxo, e é a política oficial do Estado de Israel. Muitas pessoas sentem que além de todas as considerações mencionadas, um *guet* lhes fornece um fechamento emocional para a relação que não deu certo. Da mesma forma que o casamento foi realizado em uma cerimônia judaica, também deve ser encerrado com uma. Pelas consequências, é possível entender por que se torna mais importante ter a presença de um rabino em um divórcio do que em um casamento.[170]

Pode-se referir que o divórcio judaico é comparado à anulação canônica do casamento de católicos, ou seja, só é cabível a anulação do casamento católico pela autoridade competente segundo os ditames da Igreja Católica. A anulação do casamento eclesiástico pelo tribunal civil nada representa para as partes. Da mesma forma, o divórcio de casal judeu proferido por corte civil não terá consequências sobre o casamento rabínico. Para solucionar a exigência que era feita pelos tribunais franceses, de não conceder o divórcio para judeus de outras nacionalidades, que teriam que voltar para seus países para obterem o divórcio rabínico, os tribunais começaram a conceder divórcios a judeus mediante a apresentação de “opinião rabínica”, porém tal concessão depende de consenso entre os cônjuges.[171]

Quanto ao aspecto religioso inserido no Direito Internacional Privado, Hélène Gaudemet Tallon aponta:

> Efetivamente, cada religião, por ser imbuída de um Absoluto, se considera exclusiva de qualquer outra: não se pode ser de uma vez cristão e muçulmano, enquanto se pode ter várias nacionalidades ou domicílios, concebendo-se ainda que a conversão, sob o plano religioso, anula o passado. Mas o direito não se situa no mesmo plano: tendo que organizar a vida em sociedade, tanto no direito internacional como no direito interno, ele deve tomar em consideração a vida do homem ou da mulher, respeitando as situações passadas, os direitos adquiridos, sob pena de incidir em incoerências. Por todas estas razões nos parece pouco recomendável deixar a religião intervir nas relações jurídicas... e advogamos a total laicidade do direito internacional da desunião.[172]

---

[170] GUET – a legalização judaica do divórcio. Disponível em: http://www.chabad.org.br/biblioteca/artigos/guet_divorcio/home.html. Acesso: 6 mar. 2018.

[171] DOLINGER, Jacob. *Op. cit.,* p. 312-314.

[172] GAUDEMET-TALLON, Hélène *apud* DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*: a família no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, t. 1, p. 208.

2.3 O Talak – Repúdio do Direito Muçulmano

Em reunião do Comitê Francês de Direito Internacional Privado, realizada em 1978, houve referência à problemática relativa à confirmação de sentenças de divórcio e de separação de corpos realizada por autoridades religiosas, havendo distinção entre o Direito Judaico e o Direito Muçulmano. No Direito Judaico, desde a Idade Média, o marido só pode se divorciar da esposa com o consentimento desta, não havendo problema de aplicação dessa lei religiosa pelo Direito Internacional Privado. No entanto, no Direito Muçulmano, o talak representa o repúdio à mulher, independentemente do consentimento dela.[173]

Rolf Madaleno leciona também sobre o repúdio:

> Segundo o Corão e as interpretações das escolas malequitas e hanefitas, a dissolução do matrimônio islâmico admite entre várias outras causas o *repúdio* (*talak*), cuja instituição inclui toda uma série de formas de dissolução reguladas pelo *Alcorão* e pelos costumes, atualmente unificadas em duas categorias mais destacadas: o *repúdio revogável* e *irrevogável*. Ambas constituem ato unilateral do marido e colocam como pressupostos de validade: 1) a capacidade para repudiar; 2) efetiva intenção de repúdio; 3) possibilidade e emprego de fórmula usualmente aceita. Esta forma unilateral de vontade do esposo atua como causa material de desfazimento do vínculo conjugal e dispensa qualquer intervenção judicial, contrariamente ao sistema ocidental predominante, e que não confere ao marido a faculdade judicante de decidir sobre a sorte da sua mulher e de seu matrimônio e, portanto, completamente distanciado da ordem pública vigente em outras instituições jurídicas independentes do dogma religioso. Para a mulher, em contraponto às amplas faculdades de dissolução unilateral, outorgadas ao homem pelo repúdio, o direito muçulmano reserva o divórcio decretado pela autoridade judicial por descumprimento pelo esposo, das obrigações conjugais e cujas principais causas fazem relação ao dote e às obrigações alimentícias porventura desatendidas, denotando indisfarçável desequilíbrio de forças acostumadas a abafar o espaço social, familiar e jurídico da mulher, já presente pela simples desigualdade da sociedade alcorâmica recolher a poligamia masculina. Anota João Silva de Sousa [1] que o *Alcorão* limita a quatro, o número de esposas legítimas, embora seja permitido ao homem tomar para si um número ilimitado de concubinas, sem incorrer no crime de adultério. Finalmente, como condição de validade da intenção de repudiar, os islâmicos devem seguir as fórmulas rituais previstas, sendo mais frequente o *triplo repúdio*, adotado com o propósito de criar estabilidade matrimonial, dado que amiúde, a esposa era repudiada, logo sobrevindo o arrependimento do marido, mas, como a reiteração do rechaço tornaria perpetuamente insegura a vida do consorte feminino, o direito muçulmano estabeleceu que a terceira manifestação de repúdio houvesse de ser definitiva e irrevogável daí resultando a tríplice e sucessiva manifestação em um único momento (eu te repudio, eu te repudio, eu te repudio), causando a imediata dissolução do matrimônio, sem permitir o arrependimento, obrigando-se o marido a pagar a totalidade do dote a ela prometido. Refere o *Alcorão* que o homem

[173]DOLINGER, Jacob. *Op. cit.,* v. 1, t. 1, p. 318-319.

> estando na iminência de repudiar sua mulher, deve aguardar três fluxos menstruais a fim de acercar-se de que ela não esteja grávida e se em estado gestacional, Deus ordena que o marido a sustente e aguarde até que ela tenha o filho, sendo devido às mulheres repudiadas um justo mantimento.[174]

No Direito Muçulmano, existem basicamente duas espécies de repúdio: um em que a mulher pede para ser repudiada; no outro, o marido repudia a mulher sem recorrer à concordância dela. Nesta última forma, a tendência dos tribunais ocidentais é não reconhecer o divórcio e condicionam a homologação a que o tribunal muçulmano tenha atribuído suficiente compensação pecuniária. Os países muçulmanos não estão mais regidos da mesma maneira sobre a matéria; a Tunísia, por exemplo, aboliu inteiramente o repúdio, tendo necessariamente o divórcio que ser proferido por um tribunal. A Argélia aboliu o termo “repúdio”, mas o divórcio unilateral continua sendo possível, por vontade unilateral do marido, só que deverá ser por via judicial. A legislação marroquina admite o repúdio por vontade unilateral do marido, do divórcio judicial e o repúdio obtido pela mulher mediante compensação do marido, pelo que ela readquire sua liberdade. Na Síria e no Iraque, a mulher tem direito à indenização se provar o caráter abusivo do repúdio; e, na lei egípcia de 1985, o marido que repudia sua mulher é obrigado a encontrar alojamento para ela e seus filhos, o que acaba por reduzir o número de repúdios consideravelmente.[175]

Refere o *Alcorão,* na lição de Rolf Madaleno, que o homem que deseja repudiar sua mulher, “deve aguardar três fluxos menstruais a fim de acercar-se de que ela não esteja grávida e se em estado gestacional”, determinando que deve o marido sustentar e aguardar até que ela tenha o filho, sendo devido às mulheres repudiadas um justo mantimento. O casamento muçulmano não requer necessariamente a intervenção de oficial público, bastando que o consentimento seja presenciado por duas testemunhas; admite a poligamia entre alguns dos países de direito confessional islâmico, restringindo-a em outros, como a Jordânia, Síria, Marrocos e Tunísia, pela faculdade concedida à mulher, antes de celebrado o casamento, de impor ao marido a chamada *cláusula monogâmica*.[176]

---

[174] MADALENO, Rolf. *O repúdio no direito islâmico*. Disponível em: http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/o-repudio-no-direito-islamico. Acesso: 10 jun. 2018.
[175] DOLINGER, Jacob. *Op. cit.,* p. 319-320.
[176] MADALENO, Rolf. *O repúdio no direito islâmico*, cit.

3. FAMÍLIA E CIÊNCIAS SOCIAIS

Neste capítulo, com apoio nas Ciências Sociais, abordaremos os conceitos de justiça e de bem comum, quais os aspectos que levam a essas definições. Isso porque o poder instituído estabelece o que deve ou não ser inserido na norma, bem como a justeza ou oportunidade de elaboração legislativa, muita vez, diverge do conceito de justiça e de busca do bem comum.

Assim, se há normas carregadas de anseios justos, ou injustos, conforme a articulação política havida em decorrência do poder a da dominação, oportuno refletir sobre estas questões.

3.1 Soberania. Poder. Igualdade

Considerando-se que o Direito é um subsistema do Direito Social,[177] antes de enfrentarmos o Direito Material com exemplos estrangeiros, parece oportuno refletir acerca do próprio conceito de soberania e de poder, mais especificamente, o *como* do poder, como referiu Michel Foucault,[178] ao questionar os pontos de referência, os limites de Direito do poder, em outras palavras, de que regras de Direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade. Argumenta que há dois limites, “por um lado, as regras de direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que esse poder produz, transmite e que, por sua vez, reproduzem-no. Um triângulo, portanto: poder, direito e verdade”.

A questão que se impõe e se busca apontar é “que tipo de poder é capaz de produzir discursos de verdade dotados de efeitos tão poderosos”.

Prossegue o questionamento jurídico filosófico ao afirmar que em qualquer sociedade existem relações de poder múltiplas que se entrecruzam, caracterizam e constituem o corpo social, e que essas relações de poder não podem se dissociar,

---

[177] JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

[178] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

estabelecer ou funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso,[179] como segue:

> É preciso não esquecer que a reativação do Direito Romano no século XII foi o grande fenômeno em torno e a partir de que foi reconstituído o edifício jurídico que se desagregou depois do império romano. Essa ressurreição do Direito Romano foi efetivamente um dos instrumentos técnicos e constitutivos do poder monárquico autoritário, administrativo e finalmente absolutista. Quando, nos séculos subsequentes, esse edifício jurídico escapar do controle real, mais precisamente quando se abater sobre ele, o que se questionará são os limites desse poder e seus privilégios. Em outras palavras, o personagem central de todo o edifício jurídico ocidental é o rei. É essencialmente do rei, dos seus direitos, do seu poder e de seus limites eventuais, que se trata a organização geral do sistema jurídico ocidental. Que os juristas tenham sido servidores do rei ou seus adversários, é sempre do poder real que se fala nesses grandes edifícios do pensamento e do saber jurídico.

O aspecto fulcral da análise do poder pode ser apontado quando se tem o conceito em abstrato, ao se buscar a teoria do direito na sociedade ocidental, que acaba por conduzir a duas vertentes principais, quais sejam, por um lado, os direitos de soberania e, por outro lado, a obrigação legal da obediência. Pode-se sintetizar na afirmação de que “a teoria do direito na Idade Média em diante, tem essencialmente o papel de fixar a legitimidade do poder; isto é, o problema maior em torno do qual se organiza toda a teoria do direito é o da soberania”.[180]

Diversas considerações poderiam ser trazidas, decorrentes da análise da estrutura do poder, porém, em síntese, importa demonstrar é que “o indivíduo é um efeito do poder e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, seu centro de transmissão. O poder passa através do indivíduo que ele constituiu”.[181]

As reflexões anteriores podem soar díspares em um campo que envolve direito material, baseado em uma forte codificação legal. Ocorre que, justamente pelo fato de o poder estabelecer o que deve ou não ser inserido na norma, a justeza ou oportunidade de elaboração legislativa, muita vez, diverge do conceito de justiça e de busca do bem comum. Assim, inafastável apontar que há normas carregadas de anseios justos, ou injustos, conforme a articulação política havida em decorrência do poder a da dominação.

---

[179] FOUCAULT, Michel. *Op. cit.,* p. 278-280.
[180] *Id. Ibid.,* p. 281.
[181] *Id. Ibid.,* p. 285.

Nesse sentido, as normas constitucionais trazidas pela Constituição de 1988 e, em especial, aqui importa enfrentarmos o princípio da igualdade estabelecida entre homens e mulheres. Se fosse possível apontar uma resposta em atendimento de justo anseio, como resultado de longo estado de sujeição, dominação implacável e exploração do gênero feminino, ao se perquirir os motores e efeitos dessa prevista igualdade, provavelmente concluiremos que a medida muito mais veio em defesa do sexo masculino que do feminino.

A afirmação pode causar certa estupefação de pronto, entretanto, em análise mais aprofundada, poder-se-á aferir que os verdadeiros móveis, bem como os resultados, dessa teórica igualdade formal entre homens e mulheres, muito mais, ao longo das três últimas décadas, vem colocando mais encargos sobre o sexo feminino, enquanto ocorre enfraquecimento do papel tradicionalmente masculino na sociedade, como resposta a uma ideologia que, ao pregar a intitulada ideologia de gênero, com fins nitidamente voltados a interesses de dominação política, resulta no enfraquecimento de estruturas de hierarquia e de respeito na sociedade e, em especial, na família, com reflexos de estagnação na geração de riqueza, recuo da economia e movimento de contracultura, haja vista nítida afronta às instituições e ao que representa autoridade.

Isso porque, no momento em que a igualdade formal foi estabelecida por constituintes, em sua grande maioria homens, por certo a norma constitucional não foi inserida pelo constituinte por verdadeiramente pretender que as mulheres alçassem plena igualdade em relação aos homens. Melhor esclarecendo, no momento em que por deliberação da Lei Maior ficou estabelecida a plena igualdade entre homens e mulheres, qual seja, a igualdade formal, ela não foi acompanhada de medidas de valorização equitativa do trabalho feminino ou políticas públicas que visassem a inclusão dos homens nas tarefas tradicionalmente tidas como do sexo feminino.

Portanto, a satisfação do sexo feminino, como resposta à suposta conquista, muito ao revés, não foi acompanhada de igualdade de oportunidades ou de ganhos no mercado de trabalho, de valorização do papel da mulher na sociedade, na economia e na família. Aqui a referência é a valorização do *status* pela própria sociedade como um todo, não às conquistas – que foram significativas – das pioneiras que enfrentaram diversas barreiras sociais e culturais, porém, à evidência, a igualdade formal não foi acompanhada pela igualdade material.

3.1.1 Identidade, igualdade e discriminação na cultura

Quando se pretende falar em identidade, cumpre examinar, primeiramente, ao menos algumas linhas, noções sobre o conceito de cultura. Isso porque o Direito, em especial o Direito Civil objeto destas linhas, ao enfrentar questões ligadas à identidade, precisa socorrer-se das ciências correlatas, pois não pertencem às ciências jurídicas aspectos subjetivos da mente ou do comportamento humano.

Quando muito, considerações relativas ao comportamento esperado do homem médio, à boa-fé[182] e, ainda, ao princípio da confiança[183] são conceitos que têm relevância, porém, não afastam a conveniência de buscar nas ciências irmãs os esclarecimentos que complementam tais conceitos.

O comportamento ético de uma sociedade decorre de respeito à ordem instituída e resguardo de valores que são caros aos seus membros.

Da mesma forma, a paz social decorre do respeito à confiança depositada nas relações sociais. E, em escala menor, as relações dentro da família devem também observar respeito à confiança gerada entre os seus membros, pois é aguardada a solidariedade, o amparo e a contribuição afetiva e emocional que valorizem as potencialidades e que contribuam para a realização individual de cada um dos seus membros.

No que se refere à dissolução da família e ao princípio da confiança, recordamos como oportunas as observações de Graciela Medina:

> Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente. La norma anteriormente transcripta es la que deberá tenerse en consideración para determinar, si las conductas producidas durante el matrimonio, son susceptibles de reparación o no. Lo importante es tener en cuenta que, aunque para solicitar el divorcio en el régimen del Cód. Civ. y Comercial, no hace falta probar las causas que producen el rompimiento de la vida en común, de todas maneras estas causas existen, ya que ninguna persona en su sano juicio se divorcia “porque si”. Siempre hay un motivo que desencadena el rompimiento del matrimonio, la cuestión está en determinar si esta razón es antijurídica, causa un daño resarcible, es

[182] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
[183] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2016.

> producto de dolo o culpa y guarda una relación de causalidad adecuada.[184]

Consequentemente, impõe-se o estudo da boa-fé objetiva, definida por Marco Fabio Morsello como “uma regra de conduta que consiste no dever de agir de acordo com os padrões (standards) socialmente reconhecidos de lisura e lealdade”. E, ainda mais relevante que o conceito, deve-se destacar que não se trata de regra de lisura e lealdade adstrita ao campo negocial, apesar da topologia do art. 422, do Código Civil, como já destacava Karl Larenz:[185]

> A defesa da fidelidade e a manutenção da confiança formam o fundamento do tráfego jurídico e especialmente das relações jurídicas especiais. Em razão disso, o princípio (da boa-fé) não é limitado às relações jurídicas obrigacionais, mas, se aplica, segundo entendimento hoje pacífico, como um princípio geral do direito, aplicável sempre onde exista ou esteja preparada na relação jurídica especial. Diante desses requisitos, assim, também, no Direito das Coisas, no Processo Civil e no Direito Público.

Quanto ao desenvolvimento profissional dos cônjuges e companheiros durante a vida familiar, questiona-se sobre as diferenças de comportamento e de oportunidades. Estariam relacionadas com as diferenças de gênero?

Alguns estudos antropológicos apontam as seguintes conclusões:

> A espécie humana se diferencia anatômica e fisiologicamente através do dimorfismo sexual, mas é falso que as diferenças de comportamento existentes entre pessoas de sexos diferentes sejam determinadas biologicamente. A antropologia tem demonstrado que muitas atividades atribuídas às mulheres em uma cultura podem ser atribuídas aos homens em outra. A verificação de qualquer sistema de divisão sexual do trabalho mostra que ele é determinado culturalmente e não em função de uma racionalidade biológica. O transporte de água para a aldeia é uma atividade feminina no Xingu (como nas favelas cariocas). Carregar cerca

---

[184] MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, n. 5, sept. 2015. Disponível em: https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f4775b9eb399c2b1a604224870ff0aad&print=1. Tradução livre: Quando há uma confiança especial, deve levar em conta a natureza do ato e as condições particulares das partes. Para avaliar o comportamento não é levado em conta a condição especial ou a capacidade intelectual de uma pessoa em particular, exceto nos contratos que supõem uma confiança especial entre as partes. Nestes casos, o grau de responsabilidade é estimado, devido à condição especial do agente. A norma previamente transcrita é aquela que deve ser levada em consideração para determinar se os comportamentos produzidos durante o casamento são passíveis de indenização ou não. O importante é levar em conta que, apesar de para requerer o divórcio no regime de Código Civil e Comercial, não é necessário provar as causas que produzem o rompimento da vida em comum, em todo caso estas causas existem, já que ninguém em seu juízo perfeito se divorcia "porque sim". Há sempre uma razão que desencadeia a derrocada do casamento, a questão é determinar se esta razão antijurídica, causa um dano indenizável, é o resultado de dolo ou culpa e preenche os pressupostos legais.

[185] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

> de vinte litros de água sobre a cabeça implica, na verdade, um esforço físico considerável, muito maior do que o necessário para o manejo de um arco, arma de uso exclusivo dos homens. Até muito pouco tempo, a carreira diplomática, o quadro de funcionários do Banco do Brasil, entre outros exemplos, eram atividades exclusivamente masculinas. O exército de Israel demonstrou que a sua eficiência bélica continua intacta, mesmo depois da maciça admissão de mulheres soldados.[186]

O mesmo estudo aponta que os antropólogos estão totalmente convencidos de que diferenças genéticas não são determinantes das diferenças culturais, nesse sentido e com base em Felix Keesing:

> Não existe correlação significativa entre a distribuição dos caracteres genéticos e a distribuição dos comportamentos culturais. Qualquer criança humana normal pode ser educada em qualquer cultura, se for colocada desde o início em situação conveniente de aprendizado.[187]

Desta forma, se uma criança sueca, logo depois de seu nascimento, é colocada sob os cuidados de uma família sertaneja no Brasil, ela crescerá e não se diferenciará mentalmente em nada de seus irmãos de criação. E, da mesma forma, outro exemplo demonstra que, se fosse retirada uma criança xinguana de seu meio e educada como filha em uma família de alta classe média de Ipanema, esta teria as mesmas oportunidades de desenvolvimento que os seus novos irmãos.[188]

Oportuno destacar reflexões sobre a participação do indivíduo em sua cultura, bem como a do sexo feminino, considerando-se que a análise da condição feminina tem destaque no presente trabalho, ao menos por ora:

> A participação do indivíduo em sua cultura é sempre limitada; nenhuma pessoa é capaz de participar de todos os elementos de sua cultura. Este fato é tão verdadeiro nas sociedades complexas com um alto grau de especialização, quanto nas simples, onde a especialização refere-se apenas às determinadas pelas diferenças de sexo e de idade. Com exceção de algumas sociedades africanas – nas quais as mulheres desempenham papéis importantes na vida ritual e econômica –, a maior parte das sociedades humanas permite uma mais ampla participação na vida cultural aos elementos do sexo masculino.[189]

Assim é que, socorrendo-nos da Antropologia, ao estudar que a cultura condiciona a visão de mundo do homem, pode-se concluir que a nossa herança

---

[186] LARAIA, Roque de Barros. *Cultura*: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 1986. p. 19.
[187] *Id. Ibid.,* p. 17.
[188] *Id. Ibid.,* p. 17-18.
[189] *Id. Ibid.,* p. 80.

cultural é desenvolvida na sucessão de inúmeras gerações, um processo em que se estabelece o condicionamento para reagir de forma depreciativa em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade.[190]

A cultura determina o comportamento do homem, o homem age de acordo com os seus padrões culturais. A cultura justifica as realizações humanas na medida em que é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores, de forma que limita ou estimula a ação criativa do indivíduo, em um processo de aprendizado que determina o comportamento e a sua capacidade artística ou profissional[191] e, ainda, interfere nas relações familiares e sociais, determinando modelos, condutas e valores que interessam a toda a coletividade.

Podemos compreender, em uma análise ainda inicial, que harmonizar os conceitos de justo e de justiça apresenta dificuldades várias, haja vista que "o homem vê o mundo através de sua cultura e, em decorrência disto, tem a propensão de considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural", até porque o próprio conceito de justo sofre temperanças, na medida em que "o homem tem despendido grande parte da sua história na Terra, separado em pequenos grupos, cada um com a sua própria linguagem, sua própria visão de mundo, seus costumes e expectativas".[192]

Natural, neste comportamento de grupos sociais, que acaba por ser fonte de numerosos conflitos sociais, que apenas, ou predominantemente, seja buscado salvaguardar os interesses de um determinado grupo a que se pertença. Essa tendência configura fenômeno universal denominado etnocentrismo, em que "é comum a crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade, ou mesmo a sua única expressão". Observa-se que a dicotomia "nós e os outros" expressa em níveis diferentes essa tendência, nas famílias ou dentro de uma mesma sociedade, a divisão ocorre entre parentes e não parentes; os primeiros são melhores por definição e recebem um tratamento diferenciado, com projeção dessa dicotomia para o plano mais ampliado em que podem resultar manifestações extremadas, de

---

[190] LARAIA, Roque de Barros. *Op. cit.,* p. 67.
[191] *Id. Ibid.,* p. 48-49.
[192] *Id. Ibid.,* p. 72.

nacionalismo que atinjam a xenofobia, em que o ponto fundamental de referência não é a humanidade, mas o grupo.[193]

Em apertada síntese, a cultura de uma sociedade resulta das manifestações e crenças decorrentes e voltadas para os interesses de determinado grupo, podendo o etnocentrismo apontar que os comportamentos voltados a considerar um determinado modo de vida como o mais correto e o mais natural "contêm o germe do racismo, da intolerância e, frequentemente, são utilizadas para justificar a violência praticada contra os outros".[194]

Indicados alguns dos aspectos e do conceito de cultura e identidade, pode-se afirmar que:

> Concluindo, cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para atenuar o choque entre as gerações e evitar comportamentos preconceituosos. Da mesma forma que é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir.[195]

3.1.2 Cultura e valores

No Direito Civil, trazendo à reflexão os fundamentos do direito de família, e considerando ser corrente em publicações científicas questionamentos sobre o modelo – ou modelos – de família na atualidade, válida a observação, "o fato de que a maioria dos matrimônios não corresponde ao ideal somente pode ser considerado uma mudança quando as pessoas, além de agirem diferentemente, começam a colocar em dúvida a validade do modelo".[196]

Ao referir a clássica definição de Clóvis Bevilacqua, esmaecida no tempo e nos costumes, mas sempre oportuna como evolução do instituto, referimos a título histórico o conceito de casamento:

---

[193] LARAIA, Roque de Barros. *Op. cit.,* p. 73.
[194] *Id. Ibid.,* p. 73.
[195] *Id. Ibid.,* p. 101.
[196] *Id. Ibid.,* p. 100.

> O casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissoluvelmente, legalizando por ele suas relações sexuais, estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesses, e comprometendo-se a criar e educar a prole, que de ambos nascer.[197]

Estaria nosso modelo de família em harmonia com os nossos tempos?

Quando nos socorremos de pensadores da pós-modernidade, os questionamentos sugerem o fim dos valores transcendentes e as formas de sociabilidade tradicionais, "momento em que a comercialização dos modos de vida já não encontra resistências culturais e ideológicas estruturais", eis que os novos usos e costumes impõem normas modernas de consumo em detrimento das tradições, portanto, "todas as esferas da vida social e individual são, de uma maneira ou de outra, reorganizadas de acordo com os princípios de ordem consumista". Isso decorre das evidências de mercantilização da vida na atual sociedade de hiperconsumo, em que "a figura do consumidor é observada em todos os níveis da vida social, imiscui-se em toda parte, em todos os domínios, sejam econômicos ou não; ela se apresenta como o espelho perfeito no qual se decifra a nova sociedade de indivíduos", culminando com o questionamento: "o futuro da sociedade de hiperconsumo pode ser apreendido diferentemente de um enredo-catástrofe?".[198]

Recordamos de uma determinada afirmação, feita em contexto diverso do ora em comento, por Silvio Rodrigues, mas que mantém atualidade, desde tempos remotos, "parece fora de dúvida que o prejuízo econômico pode ser elemento a desencorajar o interessado em pedir a dissolução da sociedade conjugal".[199]

Considerando que o direito de família está diretamente relacionado com o prestígio dos direitos da personalidade, estes inerentes à pessoa e à sua dignidade, oportuno recordar que os direitos da personalidade estão sob o manto de Direito Civil Constitucional, haja vista envolverem os princípios de dignidade, solidariedade social, igualdade em sentido amplo, no dizer de parte da doutrina, em rol apenas exemplificativo – *numerus apertus* –, podem ser apontadas categorias principais, quais sejam, o respeito à vida e integridade físico-psíquica; honra subjetiva ou autoestima e a honra objetiva; o direito à identidade quanto a todos os elementos

---

[197] BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*, *cit.,* 1986, p. 36.
[198] LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 128-129.
[199] RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a Lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 89.

do nome; a imagem-retrato, ligada ao conceito de fisionomia, e a imagem atributo, que compreende a soma de qualificações; além do resguardo à intimidade, pois a vida privada é inviolável.[200]

A essa classificação se poderia acrescentar o direito de constituir família, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal,[201] ao tutelar o reconhecimento e qualificação da união homoafetiva como entidade familiar, destacando o prestígio dos direitos de personalidade, aponta como princípios essenciais, além de dignidade da pessoa humana, os "da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo e da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade", reconhecendo, também, como direito fundamental de qualquer indivíduo a de orientação sexual e de constituir família, independentemente de serem parceiros de sexos diferentes.[202]

O conceito de afetividade e as relações dela decorrentes são reconhecidas pela legislação e doutrina como a gerar direitos e obrigações na esfera jurídica,[203] pelo que oportunas algumas considerações sobre o "amar ao próximo como a si mesmo" e a dificuldade de – efetivamente – amar o próximo, um dos preceitos fundamentais da vida civilizada, embora "o que mais contraria o tipo de razão que a civilização promove: a razão do interesse próprio e da busca da felicidade".[204]

Para Maria Berenice Dias, "a busca pela felicidade levou ao surgimento de novas famílias, que florescem vincadas pelo afeto onde o que se deseja é conciliar as vantagens da solidariedade familiar com a liberdade individual; desta forma esboçam-se na atualidade novas modalidades de família, mais igualitárias nas relações de sexo, menos sujeitas a regras e imposições"[205].

Convém recordar que para termos amor-próprio, precisamos ser amados, pois a negação de objeto digno do amor alimenta a autoaversão, eis que a recusa

---

[200] TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: lei de introdução e parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1, p. 220.

[201] BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 477.554*. MG. Rel. Mon. Celso de Melo, *DJe* 16.08.2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf.

[202] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: parte geral. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1, p. 119-120.

[203] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 399.

[204] BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p. 99-100.

[205] DIAS, Maria Berenice. *União homossexual:* o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 49.

do amor – a negação do *status* de objeto em condições de ser amado – acaba por dificultar amar o próximo. Quanto ao amor-próprio, oportuna a referência:

> Pois o que amamos em nosso amor-próprio são os eus apropriados para serem amados. O que amamos é o estado, ou a esperança, de sermos amados. De sermos *objetos dignos de amor*, sermos *reconhecidos* como tais e recebermos a *prova* desse reconhecimento.[206]

Amar ao próximo como amamos a nós mesmos pode ser resumido, em apertada síntese, como o "respeitar a *singularidade de cada um* – o valor de nossas diferenças, que enriquecem o mundo que habitamos em conjunto e assim tornam um lugar mais fascinante e agradável...".[207]

Embora não haja disposição de exigência, no texto legal, de amor nas relações humanas, podemos afirmar que o afeto e o amor, nas relações humanas, são essenciais para o não embrutecimento do ser humano; portanto passíveis de proteção pelos princípios da boa-fé objetiva e da confiança. Nessa perspectiva da valorização do afeto na seara jurídica, são os apontamentos de Luiz Edson Fachin:

> a gênese dos novos conceitos de família é a valorização do afeto, como valor jurídico preponderante para a composição do estado familiar, e que, por sua vez, inscreve o homem numa trajetória de direitos subjetivos onde o espaço do poder se abre para o terreno da liberdade de ser, ou de estar, e como se quer ser ou estar.[208]

Observa-se que o cuidado requerido na harmonização da cultura, dos anseios da sociedade e dos conceitos tradicionais ao pensamento jurídico demanda não pouco esforço dos operadores do Direito, de forma a buscar, no ordenamento e nas decisões judiciais, o ideal de solidariedade e harmonia que interessam ao desenvolvimento de uma sociedade justa.

3.1.3 Compromisso afetivo na pós-modernidade

Em reflexão sobre a convivência afetiva, recorda-se que a afinidade nasce da escolha, ao menos em regra na civilização ocidental e, como observa Bauman,

---

[206] BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p. 103.
[207] *Id. Ibid.,* p. 103.
[208] FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil*: direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-6.

“a menos que a escolha seja reafirmada diariamente e novas ações continuem a ser empreendidas para confirmá-la, a afinidade vai definhando, murchando e se deteriorando até se desintegrar”.[209]

Questão tormentosa prévia ao enfrentamento de considerações relativas aos direitos e deveres do casamento, nos moldes jurídicos e tradicionais, oportuno refletir as considerações de Bauman sobre a dificuldade de amar o próximo com compromisso na pós-modernidade; portanto, natural o acordo que implica afastar o conceito tradicional de casamento, para admitir como aceitável compromisso com outra ou com outras pessoas, distante do modelo “até que a morte nos separe”, na alegria e na tristeza, na riqueza ou na pobreza, eis que configuraria uma inaceitável armadilha que deveria ser evitada, de modo a manter o direito de outro abandonar o compromisso a qualquer momento, com ou sem a concordância da outra parte.[210]

No dizer de Bauman, referindo às transformações das relações familiares e decorrentes do afeto, “nem mesmo os casamentos, ao contrário da insistência sacerdotal, são feitos no céu, e o que foi unido por seres humanos, estes podem – e têm permissão para – desunir, e o farão se tiverem uma oportunidade”, em que “o ato fundador da escolha é ao mesmo tempo o poder de sedução da afinidade e a sua perdição”.

Às formas tradicionais de constituir família, quais sejam, juntar-se ao “parceiro *de sua escolha* ou ao clã que o destino *escolheu para você*”, a pós-modernidade traz o viver juntos, que não mais implica “caminhos trilhados entre ambos”, mas passa a estampar relações afetivas com características tênues, sutis e delicadas, em que “as famílias olham e ouvem atentamente, cheias de disposição para corrigir as suas rotas e prontas a pagar na mesma moeda o carinho e o amor”. Pode-se destacar um maior atrativo nas relações pós-modernas, elas “não se prestam juramentos, e as declarações, quando feitas, são destituídas de solenidade, sem fios que prendam nem mãos atadas”. Nessa convivência sem vínculo, deixa de prevalecer a união sólida, confiável, duradoura, indissolúvel, eis que

[209] BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p. 46.
[210] *Id. Ibid.,* p. 113-114.

> os habitantes deste líquido mundo moderno que detesta tudo o que é sólido e durável, tudo que não se ajusta ao uso instantâneo nem permite que se ponha fim ao esforço, tal perspectiva pode ser mais do que aquilo que estamos dispostos a exigir numa barganha.[211]

Portanto, “não há como saber, pelo menos com antecedência, se viver juntos acabará se revelando uma via de tráfego intenso ou um beco sem saída”. A questão passa a ser a de “atravessar os dias como se essa diferença não contasse e, portanto, de uma forma que torne irrelevante o problema de ’colocar os pingos nos is’”. Em apertada síntese, na era da comunicação instantânea, em que importa a “conectividade”, o trabalho exaustivo de “tecer redes” e “surfar nelas”, os relacionamentos passam a ser frenéticos e frívolos, eis que “a união só se mantém na medida em que sintonizamos, conversamos, enviamos mensagens. Se você interromper a conversa, está fora. O silêncio equivale à exclusão”.[212] Em apontamento, na pós-modernidade, quanto à tênue estabilidade na formação das famílias:

> Viver juntos pode significar dividir o barco, a ração e o leito da cabine. Pode significar navegar juntos e compartilhar as alegrias e agruras da viagem. Mas nada tem a ver com a passagem de uma margem à outra, e, portanto, o seu propósito não é fazer o papel das sólidas pontes (ausentes). Pode-se manter um diário de aventuras passadas, mas nele há apenas uma ligeira referência ao itinerário e ao porto de destino. [...] A afinidade é uma ponte que conduz ao abrigo seguro do parentesco. Viver juntos não representa essa ponte nem o trabalho de construí-la. O convívio de “viver juntos” e a proximidade consanguínea são dois universos diferentes, com espaços-tempos distintos, cada qual um universo completo, com suas leis e lógicas próprias. Nenhuma passagem de um para outro foi previdamente explorada...[213]

Com essa significativa transformação havida nas relações familiares, que decorrem – e se mantêm – com base no afeto, oportuno questionar: permanecem as obrigações determinadas pelo ordenamento jurídico, os deveres conjugais, ou, ao revés, passam a representar meras recomendações?

As novas relações familiares da pós-modernidade admitem estabilidade e confiança?

---

[211] BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p. 46.
[212] *Id. Ibid.,* p. 43-53.
[213] *Id. Ibid.,* p. 47.

4 RESPONSABILIDADE E RELAÇÕES FAMILIARES

Quer nas relações familiares, quer nas relações decorrentes de união estável, quando existe amor a unir os conviventes, com tolerância, compreensão e ajuda recíprocas, a família, com casamento ou não, estará bem.[214]

Antes de apontarmos direitos e deveres nas relações familiares, base ontológica do Direito de Família, oportuno referir, ainda que sem aprofundamento por não se tratar de objeto deste trabalho: o conceito geral de direito da personalidade; o conceito de dignidade da pessoa – aqui estamos previamente considerando o membro da família em seu aspecto individual; e, ainda, alguns dos principais princípios aplicáveis nas relações familiares.

Depois de examinarmos os direitos e deveres na família, passaremos à análise do ilícito gerado na hipótese de infração a eles e de suas consequências, recordando que, além dos danos materiais que são mais fáceis de apurar e quantificar, há prejuízos imateriais decorrentes da fragmentação da família, em especial a possibilidade de gerar danos à integridade psíquica da pessoa e a necessidade de quantificação de indenização por danos morais suportados.[215]

4.1 Direitos e deveres na família

Considerando-se que no mundo pós-moderno, como apontado por estudiosos do tema, as realidades e a verdade podem ser consideradas líquidas ou voláteis, como ficariam, na seara jurídica, os direitos e os deveres entre os membros da família? E, ainda, cumpre perquirir, como ficariam direitos e deveres na fragmentação da família?

Seria correto admitir sejam estabelecidos apenas direitos, sem previsão de sanção para a hipótese de descumprimento dos deveres no casamento ou na união estável da pós-modernidade? Seriam os deveres familiares, especialmente os

---

[214] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.,* p. 226.

[215] TARTUCE, Flavio; GROENINGA, Giselle Câmara. Dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 99-100.

deveres entre cônjuges e companheiros, meras recomendações na família do terceiro milênio?

A responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, conforme a clássica lição sobre culpa que nos traz Alvino Lima, ao indicar que “o ato ou omissão lesivos foram além dos extremos da conduta normal do homem diligente.”[216]

Como recorda Regina Beatriz Tavares da Silva, pode-se afirmar que “culpa é a inobservância consciente de norma de conduta, com resultado danoso a outrem, objetivado pelo agente – dolo – ou não desejado por ele, mas previsível – culpa em sentido estrito.[217]

É preciso demonstrar a culpa, tanto que Sergio Cavalieri Filho observa que "a vítima de um dano só poderá pleitear ressarcimento de alguém se conseguir provar que esse alguém agiu com culpa; caso contrário, terá que se conformar com a sua má sorte e sozinha suportar o prejuízo".[218]

Diversos dispositivos legais trazem facilidades e novidades nos aspectos familiares, bem como indicam diretrizes nesta seara, porém deixam de ser enfrentadas por fugirem do escopo do presente trabalho, mas estabelecem direitos e deveres nas relações familiares, quais sejam, as Leis de n. 11.441/2007 – Separação e Divórcio em Cartório –, n. 11.698/2008 – Guarda Compartilhada, n. 11.80420/08 – Alimentos Gravídicos e n. 12.398/2011 – Direito de visita aos avós e com o Projeto de Lei n. 5.432/2013 – projeto de nova lei do divórcio.[219]

4.1.1 Deveres conjugais. Cogentes, ordem pública e interesse social

Como apontado, há autores que entendem que a responsabilidade civil no Direito de Família é subjetiva, em sentido diverso desse entendimento é opinião de Rolf Madaleno ao referir que o casamento e a união estável não representam vínculos inquebrantáveis, em que as relações podem persistir por maior ou menor tempo e, portanto, não justificam admitir quaisquer indenizações, nem mesmo por adultério, que seria um fato previsível, exceto em casos excepcionais de situação

---

[216] LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960. p. 61.
[217] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41.
[218] MADALENO, Rolf. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007. p. 359.
[219] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., 2013.

vexatória e de grande repercussão social. O mesmo autor cita o Direito de Família Alemão, que não permite a indenização por dano moral (*Schmerzensgeld*) pelo descumprimento do dever de fidelidade ou de qualquer obrigação do casamento, nem para os cônjuges ou terceiro que tiver se intrometido na vida do casal, pois o direito de divórcio na Alemanha está sustentado no princípio da ruptura conjugal, em que não se admite questões relativas ao princípio da culpa, somente admitindo a caracterização do dano moral se ocorrida a violação do corpo, saúde ou liberdade.[220]

Oportuno ressaltar que, diversamente do entendimento de que os deveres conjugais não têm natureza jurídica de meras recomendações, como sustentado por alguns doutrinadores, em realidade constituem obrigações cogentes que decorrem da lei.

Destacamos a opinião de Graciela Medina[221] acerca de descumprimento dos deveres matrimoniais, em um sistema em que não se discute a culpa no divórcio:

> Cabe preguntarse si corresponde seguir hablando de responsabilidad por daños derivados del divorcio en um sistema en el cual no se juzgan las culpas, el divorcio es incausado y los deberes personales de los cónyuges se encuentran limitados. Por nuestra parte pensamos que siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, ya que la infidelidad, la falta de asistencia y la violencia, si ocasionan daños deben dar lugar a una indemnización. Por supuesto que también serán indemnizables todos los daños personales o patrimoniales producidos entre esposos aunque no deriven de faltas al deber de fidelidad. No impide lo antedicho que el deber de fidelidad no sea un deber jurídico porque el daño indemnizable no se limita al daño a un derecho subjetivo sino que se amplía a cualquier interés legítimo. En este sentido, el art. 1737 de Cód. Civ. y Comercial establece que “hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. De lo expuesto surge claramente que el cónyuge que falta al deber moral de fidelidad, o al de asistencia, lesiona un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que constituye un daño resarcible que debe ser plenamente reparado.[222]

---

[220] MADALENO, Rolf. Família e responsabilidade, *cit.,* p. 480.

[221] MEDINA, Graciela. *Op. cit*.

[222] Tradução livre: Pode-se perguntar se é apropriado continuar falando acerca de responsabilidade por danos decorrentes do divórcio em um sistema no qual não se questiona a culpa, o divórcio é sem causa e os deveres pessoais dos cônjuges se encontram limitados. Nosso entendimento é de que sempre que estiverem presentes os pressupostos de responsabilidade civil, haverá obrigação de reparar os danos causados pela violação dos deveres decorrentes do matrimônio, uma vez que a infidelidade, a falta de assistência e a violência, se causam danos devem resultar em indenização. Naturalmente, todos os danos pessoais ou materiais produzidos entre cônjuges, mesmo que não derivem de descumprimento do dever de fidelidade. A afirmação não significa

Pode-se afirmar, pois, que em ocorrendo grave violação dos deveres conjugais, com resultado prejuízo, abalo e dor moral, justifica-se haver plena responsabilidade civil do cônjuge que cometeu essas infrações, eis que descumpriu gravemente os deveres conjugais. É sabido que uma das mais graves violações dos deveres conjugais é o adultério.[223] Tal violação ensejaria o pleito de uma indenização, de uma reparação civil, tendo em vista que não há expressa previsão no Código Civil para esta hipótese? A resposta nos é dada por Aguiar Dias ao se manifestar nos seguintes termos:

> À luz dos princípios expostos, não se pode senão sustentar a afirmativa. Sem cogitar do dano moral que incontestavelmente acarreta, o adultério pode produzir dano material e, em presença dele, a admissibilidade da ação reparatória não pode sofrer objeção, ainda por parte dos que se negam a reconhecer a reparabilidade do dano moral.[224]

Entre os deveres que a lei impõe aos cônjuges, assumem especial destaque os concernentes à fidelidade recíproca, à coabitação e à mútua assistência, conforme redação do art. 1.566 do CC. O Código Penal considerava o adultério crime contra o casamento e a família (CP, art. 40). Contudo, essa disposição foi revogada pela Lei n. 11.106, de 2005. Não obstante, embora atualmente os cônjuges estejam livres de eventual pena privativa da liberdade, e ainda que não se possa mais falar em condenação criminal, que criaria o título executivo no âmbito civil, não há como afastar o adultério da condição de ilícito civil e, portanto, sujeita a pessoa ao dever de reparar o dano causado.[225]

O dever de fidelidade recíproca que caracteriza a organização monogâmica da família decorre da tradição costumeira e legal de nosso povo e consiste na abstenção dos cônjuges de praticar relações sexuais com terceiros. Nas palavras de Wladimir Valler, “o casamento como *consortium omnis vitae*, restringe a

---

que o dever de fidelidade não seja um dever jurídico porque o dano indenizável não se limita ao dano a um direito subjetivo, mas se estende a qualquer interesse legítimo. Nesse sentido, o art. 1737 de código Civ. e Comercial estabelece que "há dano quando um direito ou um interesse não reprovado pela ordem jurídica, que tem como objeto a pessoa, o patrimônio ou o direito de incidência coletiva ". Do exposto fica claro que o cônjuge que falta ao dever moral de fidelidade, ou ao de assistência, prejudica interesse amparado pelo sistema legal que configura dano indenizável e que deve ser totalmente reparado.

[223] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 307.

[224] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979. n. 160, p.15

[225] STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 907.

liberdade sexual dos cônjuges, impondo-lhes a recíproca e exclusiva entrega dos corpos".[226]

A esse respeito os tribunais franceses já haviam se manifestado, concedendo ao cônjuge traído ação de reparação contra o outro cônjuge adúltero e seu cúmplice. Nesse país, a jurisprudência formada na primeira metade do século passado foi, aos poucos, consolidando entendimento no sentido de que o cônjuge, vítima de dano em virtude de descumprimento dos deveres conjugais, tem direito, além de pleitear o divórcio, também à indenização pelos danos sofridos, desde que não sejam decorrentes do próprio divórcio. Posteriormente, algumas decisões da Corte de Cassação foram mais além, admitindo indenização do dano pelo só fato da injúria decorrente do descumprimento das obrigações conjugais, como dão notícia Planiol, Ripert e Boulanger na sua obra *Traité Elementaire*.[227]

Para Rui Stoco, resta clara a possibilidade de responsabilidade por descumprimento dos deveres conjugais, mesmo com o advento da EC 66/2010, em que o autor expressamente afirma que no divórcio amigável ou litigioso, com culpa ou sem culpa, como se indica:[228]

> A questão da responsabilidade civil decorrente da infração aos deveres conjugais ou da separação culposa, do divórcio ou do rompimento das relações concubinárias informais e, ainda, da união estável, não é seara de suave colheita, tantas são as implicações e variantes que o tema sugere. Mas dúvida não fica de que tais questões se incluem nas cláusulas gerais de responsabilização estabelecidas nos arts. 186 e 927 do CC, na certeza de que o sistema estabelecido neste Estatuto para os atos ilícitos e para empenhar a obrigação de indenizar constitui um sistema aberto, orientado pelo princípio da atipicidade desses atos, de sorte que não há figuras preestabelecidas, estalões, ou seja, padrões de comportamentos como modelos-padrão ou *standards*.

Quanto à quebra de confiança, recorda Rui Stoco[229] que

> o adultério é a traição da confiança de todos: do marido, mulher, filhos, parentes e amigos. É a ofensa às instituições e até mesmo o dogma religioso. É o menoscabo, escárnio, vilipêndio ao companheiro, com o desfazimento da *afecttio societatis*.

---

[226] VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 2. ed. Campinas: E. V. Editora, 1994. p. 158.
[227] LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1943. n. 710, p. 367.
[228] STOCO, Rui. *Op. cit.,* p. 973-974.
[229] *Id. Ibid.,* p. 907.

Para esse autor, não haveria necessidade de que esse comportamento se exteriorizasse ou ganhasse publicidade para gerar o dever de indenizar, pois ofende a honra objetiva da pessoa e causa mágoa, tristeza, frustração e angústia, caracterizando a ofensa grave.[230]

Tais direitos e deveres fundam-se, segundo observação de Yussef Cahali, não só nas leis como nos princípios do bem agir; em nenhum outro campo do Direito, mais do que neste, influem a religião, o costume e a moral.[231].

Os deveres do casamento são elencados no art. 1.566 do Código Civil de 2002, quais sejam, fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e agora o novo dever de respeito e consideração mútuos. Existem, ainda, outros deveres do casamento, não indicados no referido artigo de lei e que merecem destaque, como “o dever de sinceridade, de respeito pela honra e dignidade própria e da família, de não expor o outro cônjuge a companhias degradantes, de não o conduzir a ambientes de baixa moral etc.”.[232]

O dever de fidelidade, quando violado implica adultério, a mais grave forma de quebra de dever matrimonial e de lealdade, decorre da tradição monogâmica da família, recomendação ética universal e irrenunciável que tem sua origem no Direito Natural, implica estabilidade, transparência e reciprocidade nas relações familiares. Considerando-se que o adultério se consuma somente com a conjunção carnal, atos ou comportamentos diversos poderão configurar a chamada injúria grave, que pode se caracterizar, a título de exemplo, com um simples namoro, atos libidinosos diversos do ato sexual ou mesmo seus preparativos, como a frequência a restaurantes em horário incompatível com relacionamento estritamente profissional, nesta hipóteses, não se tratará de adultério, mas poderá caracterizar a injúria grave, que também é infração do dever de fidelidade recíproca, só cessando com a separação judicial ou o divórcio.[233]

Contra a referida corrente, tem surgido um “conceito moderno de adulterinidade”, tentando negar a manutenção do dever de fidelidade entre separados de fato e afirmando que o abandono do lar é causa para que o outro

---

[230] STOCO, Rui. *Op. cit.,* p. 908.
[231] CAHALI, Youssef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 52.
[232] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 101.
[233] *Id. Ibid.,* p. 102-103.

cônjuge cometa adultério, isentando este de culpa. Anote-se, por fim, que a disposição do revogado art. 240, § 4º, I, do Código Penal, hoje revogado, não infirma o dever de fidelidade, tendo em vista que, "além de se referir exclusivamente à esfera penal, não excluía nem mesmo o crime de adultério, sendo apenas uma hipótese de perdão judicial".[234]

Antigo conceito, ainda admitido por alguns, refere que "o adultério da mulher é mais grave que o do homem, por poder introduzir no seio da família um filho bastardo, só se caracterizando este se o homem tivesse concubina teúda e manteúda", conceito este que estava expresso nos Códigos Civis Francês, Italiano e Espanhol, e vigorou no Brasil-Império, por força da Lei de 20 de outubro de 1823, que determinou a aplicação no Brasil das Ordenações de Portugal. Tal entendimento não mais prevalece; basta uma única relação sexual com terceiro para sua caracterização.[235]

Outra questão, da pós-modernidade, quanto ao adultério, discute se a inseminação artificial, às vezes denominada "adultério casto", se constituiria ou não adultério. A resposta só pode ser negativa, já que não há, nesse caso, a conjunção carnal, indispensável para sua caracterização, embora haja opinião minoritária que sustente a resposta afirmativa. Oportuno ressaltar que, "embora não constituindo adultério, a inseminação artificial feita pela mulher sem o consentimento do marido pode configurar infração aos deveres do casamento", pois o dever de fidelidade não se restringe à abstinência de relação sexual com terceira pessoa.[236]

Como antes afirmado, a infração desse dever de fidelidade caracterizava no passado o crime de adultério (CP, art. 240, revogado pela Lei n. 11.106/2005), ademais de indicar ilícito civil, na expressão de Maria Helena Diniz, a falência moral da família, desagregando-a, além de agravar a honra do outro cônjuge.[237]

Os danos que decorrem de descumprimento dos deveres conjugais podem causar prejuízos de ordem moral com consequências instantâneas, quando atingem a honra e boa fama do outro cônjuge. Como exemplo dessa mais grave hipótese de dano de natureza moral, temos o adultério. Outro exemplo de dano imediato, de natureza material, ocorre quando há descumprimento do dever de

---

[234] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 103.
[235] *Id. Ibid.,* p. 107-108.
[236] *Id. Ibid.,* p. 108-109.
[237] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5, p. 145.

assistência material pelo ofensor ao cônjuge ou à prole, decorrente da hipótese de o mantenedor abandonar o lar conjugal, sem deixar meios materiais que permitam a continuidade da vida familiar dentro da normalidade. Ambos os danos apontados são classificados como hipótese de dano *imediato*.[238]

Os danos decorrentes da ruptura do casamento são chamados “mediatos”, por terem ligação indireta com o descumprimento dos deveres decorrentes matrimoniais. Nesse sentido, aponta-se:

> Tais danos têm caráter quase sempre patrimonial, por embasarem-se nas disparidades que a ruptura do matrimônio pode originar entre os consortes, dando-se como exemplos os prejuízos pela liquidação de sociedade imposta pela partilha de bens, a privação de rendimentos sobre bens que passam a caber com exclusividade ao outro cônjuge e os gastos com mudança para outro imóvel. Mas os danos mediatos podem ser também de ordem moral, se referentes ao sofrimento ocasionado pelo rompimento do casamento.[239]

Embora não seja da tradição de nosso direito a reparação pela dor da separação, reconhecendo o dano moral pela dissolução do matrimônio, já decidiu o tribunal português que:[240]

> A solidão resultante da dissolução do casamento e o sentimento de frustração, instabilidade e insegurança daí correntes e que, seguramente, afetarão o cônjuge moral, física e psiquicamente são danos graves a merecerem a tutela do direito, através de indenização arbitrada a favor do cônjuge ofendido.

A doutrina francesa faz claramente essa distinção, ao diferenciar a aplicação do artigo 266 do Código Civil Francês aos danos mediatos da aplicação da regra geral do artigo 1.382 (correspondente ao nosso art. 159 do CC/1916, atual art. 186 do CC/2002) aos danos imediatos. Também podem ser citados os danos para o cônjuge que teve seu casamento anulado ou declarado nulo como sendo danos mediatos, decorrentes de situação, a título exemplificativo, de ação de anulação por erro essencial[241] ou bigamia.

---

[238] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 89.

[239] CARVALHO NETO, Inácio de. Reparação civil na separação litigiosa culposa. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 88-90.

[240] CARVALHO NETO, Inácio de. Reparação civil na separação litigiosa culposa, *cit.,* p. 89.

[241] Apelação n. 1105244-67.2015.8.26.0100 da 4ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Rel. Hamid Bdine, j. 27.04.2017, v.u. – Anulação de casamento. EMENTA: Apelação. Anulação de

Historicamente causa apontada pelo Código Civil como justificativa para o então desquite culposo, a prática de sevícias por um cônjuge contra o outro (normalmente o marido contra a mulher) também configura grave violação ao dever de mútua assistência e respeito. Assim, além de justificar a separação litigiosa por culpa do que inflige ao consorte as sevícias, e além da possível ação penal pelo crime de lesões corporais, pode configurar também obrigação de indenizar pelos danos, materiais e morais, sofridos pelo cônjuge vítima.[242] Como nota Gustavo Tepedino, o direito à integridade física configura verdadeiro direito subjetivo da personalidade. Trata-se, infelizmente, de hipótese ainda bastante comum, que convém ser repelida com rigor pelo Judiciário, já que os casais se devem respeito mútuo.[243]

Não pode um dos cônjuges, em regra é a mulher, ficar à mercê da agressividade de seu consorte. Como assevera Fernando Brandão Ferreira Pinto:

> A dignidade da pessoa humana não é um simples valor moral, mas um valor jurídico, tutelado pelo direito, quando a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. Todo indivíduo tem, assim, o direito de exigir de qualquer pessoa que se abstenha de ilicitamente o lesar física ou moralmente, de exigir dos outros um comportamento que respeite os seus diversos modos de ser, físicos ou morais.[244]

Como aponta Arnaldo Rizzardo, o tapa, a bofetada, o pontapé e outras modalidades de agressões, mais ofendem pelo que representam: a humilhação, o vexame, o escândalo, o ridículo. Ou seja, ainda que não provoque lesões corporais, as sevícias são indenizáveis a título de dano moral.[245]

---

casamento. Erro essencial sobre a pessoa da ré (CC, art. 1.557, I). Ignorância de fatos anteriores ao casamento. Comprovação de que o erro sobre a pessoa era anterior ao matrimônio e que só foi descoberto após a união. Convivência que se tornou insuportável, ocorrendo, inclusive agressões. Requisitos presentes. Casamento anulado. Sentença mantida. Recurso improvido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP. Apelação n. 1105244-67.2015.8.26.0100. 4ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Rel. Hamid Bdine, j. 27.04.2017, v.u. – Anulação de casamento. Disponível em: https://processo.justica.online/1105244-67.2015.8.26.0100.

[242] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*, *cit.,* p. 91.

[243] STOCO, Rui. *Op. cit*.

[244] PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Causas do divórcio*: doutrina, legislação, jurisprudência. Porto: Elcla, 1992.

[245] RIZZARDO, Arnaldo. *Op. cit.,* p. 447-448.

A jurisprudência brasileira, no entanto, sensível às novas demandas de uma sociedade ética e com necessidade de respeito ao *standard* de comportamento, pelo princípio da boa-fé objetiva, passou a admitir o dano moral, como está expresso na Constituição Federal de 1988, possibilidade expressa de reparação do dano imaterial, nos incisos V e X, do seu art. 5º, inclusive admitindo o Superior Tribunal de Justiça com sua Súmula n. 37, a cumulação das indenizações por dano material e dano moral, quando oriundos do mesmo fato.[246]

Sob o aspecto do prejuízo, há que se tratar de dano certo, presente ou futuro, com exclusão dos eventuais; além de ser próprio, subdividindo-se em dano material, quando há lesão ao patrimônio e moral, se a lesão é extrapatrimonial, encaixando-se nesta categoria os chamados direitos da personalidade, e também os *direitos de família emergentes*, entre outros, decorrentes das relações do pátrio poder, fidelidade e autoridade conjugal. O dano moral *em virtude da violação dos deveres conjugais*, embora não configurem ilícitos típicos, decorrem dos vínculos de parentesco ou conjugalidade, causam humilhação, que atingem o outro cônjuge em sua autoestima e equilíbrio, causando dor e sentimento de humilhação, pelo que é cabível a responsabilização.[247]

4.1.2 Dever de cooperação e solidariedade

Outro princípio fundante do Direito de Família é o da solidariedade familiar, que gera deveres recíprocos entre os membros do grupo familiar, cada membro da família tem deveres com o outro, princípio que tem origem no afeto, nos vínculos afetivos. Este princípio engloba a fraternidade e a reciprocidade, com base constitucional, conforme o preâmbulo da Constituição Federal, “é imposto aos pais, quando do dever de assistência aos filhos, e o amparo às pessoas idosas, dentre outros, como a comunhão de vida, para o casamento, e no caso de alimentos”.[248] O Superior Tribunal de Justiça já assentou posição no seguinte sentido: “Os alimentos decorrem da solidariedade que deve haver entre os membros da família

[246] STOCO, Rui. *Op. cit.,* p. 973 e ss.
[247] COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas* (CAD), ed. esp., n. 2, p. 27-32, fev. 2005.
[248] ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família*: angústias e aflições nas relações familiares. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 54-55.

ou parentes, visando garantir a subsistência do alimentando, observadas sua necessidade e a possibilidade do alimentante".[249]

Quanto ao princípio da solidariedade familiar, este retira do Estado o encargo de prover todos os direitos assegurados pela Constituição Federal ao cidadão, para estabelecer deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar.[250] Neste aspecto, podemos apontar que, em se tratando de crianças e adolescentes, é atribuição da família, em um primeiro momento, os cuidados e deveres para tanto, conforme art. 227 da Constituição Federal.[251]

---

[249] ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Op. cit.,* p. 54.

[250] *Id. Ibid.,* p. 54.

[251] Art. 227, Constituição Federal: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência. § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I – idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII; II – garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; III – garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; IV – garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; V – obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade; VI – estímulo do poder público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado; VII – programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. § 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. § 5º A adoção será assistida pelo poder público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. § 6º 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. § 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. § 8º A lei estabelecerá: I – o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; II – o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas.

4.2 Relações familiares. Considerações principiológicas

Antes de o homem pertencer a um grupamento, ele existe como ser individual, tendo direitos naturais que decorrem desta condição. Assim, entre estes, há o direito da personalidade, que é inerente à pessoa humana, configura elemento essencial de resguardo de sua dignidade. Como bem destaca Rubens Limongi França, a natureza jurídica dos direitos da personalidade encontra seu fundamento no Direito Natural.[252] Também Caio Mário da Silva Pereira aponta que "encontra, pois, boa sustentação, proclamar que a origem remota dos direitos da personalidade assenta no direito natural"[253].

Antonio Carlos Morato define os direitos da personalidade como direitos que versam sobre a própria pessoa e seus reflexos e que são reconhecidos à pessoa humana e atribuídos à pessoa jurídica.[254] Há quem refira a origem dos direitos da personalidade já no Código de Hammurabi[255] ou no próprio Direito Romano.[256]

Na lição de Fábio Maria De Mattia, os direitos da personalidade têm sua origem na reação ao domínio estatal sobre o indivíduo, por meio da teoria contratualista que identificou tais direitos como ínsitos ao homem,[257]. teoria contratualista difundida por Jean-Jacques Rousseau,[258] que vê um contrato originário do ser humano e a sociedade, em que aquele dispõe de seu natural direito à liberdade em prol da segurança oferecida pela sociedade.

Quanto à tutela da personalidade humana, é sabido que "o homem não acontece, não subsiste e muito menos se desenvolve isoladamente", motivo de a natureza tê-lo integrado em ambiente natural e social que permite a existência corporal e o desenvolvimento espiritual. Nessa perspectiva, há interdependência

---

[252] FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: RT, 1958. p. 22.
[253] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*: alguns aspetos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23-25.
[254] MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 124, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941/70549.
[255] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 285.
[256] GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. 1982. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982. p. 398-399.
[257] DE MATTIA, Fabio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *In*: CHAVES, Antonio (coord.). *Estudos de direito civil*. São Paulo: RT, 1979. p. 99.
[258] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social ou principes du Droit politique. *In: OEUVRES Complètes* de Jean-Jacques Rousseau. Paris: Galliamard, 1964. v. 3, p. 351.

social e ambiental, de forma que ao lado da proteção dos seus bens interiores, também necessário o resguardo de seu espaço vital, sem afastar o direito de participação de cada personalidade nos bens coletivos. Porém, a tutela de todos os bens de cada personalidade humana é “limitada por necessidades de proteção das demais personalidades da nossa comunidade, face a idênticos bens ou a idênticos direitos sobre os mesmos bens”, permitindo concluir que a formação da personalidade de cada homem ocorre de forma coletiva, ainda que quando realizada individualmente, as criações decorreram de trabalho humano anterior.[259]

Historicamente, também podemos considerar válidas para o nosso sistema as observações de Antonio Menezes Cordeiro, quanto aos direitos da personalidade terem uma tutela inicialmente publicística, tendo as normas civis progredido mais lentamente.[260]

Entre os franceses, a jurisprudência contribuiu para a consolidação dos direitos da personalidade, assegurando o ressarcimento de danos extrapatrimoniais à honra e ao nome, como destacou Geneviève Viney.[261]

A proteção da pessoa humana, portanto, passa pelo resguardo dos direitos da personalidade, já que “a conscientização quanto à relevância dos direitos humanos repercute na evolução dos direitos da personalidade, pois ambos têm ênfase na pessoa natural e seu valor intrínseco”.[262] Pensar nos direitos e obrigações dos membros da família demanda uma reflexão, ainda que pontual, sobre as garantias devidas aos seus membros, individualmente considerados.

Ao versar sobre a proteção da pessoa, o Código Civil de 2016 trazia diversos dispositivos que implicitamente admitiam os direitos da personalidade, tendo Clóvis Bevilaqua sedimentado a “ruptura do paradigma estabelecido por

---

[259] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

[260] CORDEIRO, António Menezes. Os direitos da personalidade na civilística portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 61, n. 3, p. 1229-1256, dez. 2001.

[261] VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*: les obligations: la responsabilité: effets. Paris: L.G.D.J., 1988. p. 42.

[262] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o artigo 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. *In*: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126-151. p. 127.

relações exclusivamente negociais, nas quais havia uma visão totalmente mecanicista do ser humano".[263]

Oportuno recordar que, no Brasil, quanto aos direitos de personalidade das mulheres, a mulher casada há poucas décadas ainda era considerada relativamente incapaz, tendo sua capacidade plena reconhecida apenas em 1962, pelo Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962).[264]

Refere Adriano de Cupis, que o objeto dos direitos da personalidade não é exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são passíveis de direito, embora possa ocorrer a identidade de sujeito e de objeto, se considerado como objeto a própria pessoa.[265] Destaca o autor, citando a afirmação de Degni segundo a qual uma forma de tutela civil do direito à vida é a obrigação legal de prestação de alimentos, estar fora de questão que tal obrigação é estabelecida com objetivo de proteger a vida humana, mas o direito alimentar é um direito relativo, passível de ser exercido contra determinadas pessoas obrigadas a uma prestação de caráter positivo. O seu objeto não é a vida, mas um bem diferente, embora destinado a servir para a conservação da vida.[266]

Sobre os direitos da personalidade, ensina Washington de Barros Monteiro:

> O respeito à pessoa afirmou-se no mundo na segunda metade do século XX, especialmente nas últimas duas décadas, quando os valores próprios de cada pessoa ganharam força extraordinária e foram incorporados às mais diversas legislações. Nunca se procurou tanto preservá-los e fazê-los valer como exteriorização da dignidade humana, física e moral.[267]

A Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X) consagrou os direitos da personalidade por meio de *normas expressas*, bem como o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) – no dizer de Miguel Reale –, referindo a nova compreensão dos atos jurídicos, o que se dá é o "abandono da pretensão de resolver os

---

[263] BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 9-10.
[264] FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Op. cit.,* p. 5.
[265] DE CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum Editora, 2008. p. 29-30.
[266] *Id. Ibid.,* p. 75.
[267] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Op. cit.,* p. 113.

problemas jurídicos apenas graças a estritas categorias da Ciência do Direito, com abstração dos valores éticos e sociais".[268]

Podemos conceituar direitos da personalidade como os direitos inerentes à pessoa e à sua dignidade, constitucionalmente protegidos pela ampliada proteção do art. 5º e pela tutela da pessoa humana prevista no art. 1º da Constituição Federal de 1988, regulamentados no Código Civil de 2002 nos arts. 11 a 22.[269] O Código Civil trata dos direitos da personalidade em cinco aspectos principais: vida e integridade físico-psíquica, honra, nome, imagem e a intimidade.[270]

Quanto ao tema, o respeito à dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais constituem princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo, dessa forma, suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro, no dizer de Flavia Piovesan.[271]

E, também, o prestígio da dignidade da pessoa humana deve ser buscado nas relações familiares, na tutela e na proteção que o Estado deve dispensar a todo ser humano. Conforme leciona José Afonso da Silva,[272] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. E, ainda, quando a Constituição Federal elencou, no seu art. 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais da República, consagrou a obrigatoriedade da proteção máxima à pessoa por meio de um sistema jurídico-positivo formado por direitos fundamentais e da personalidade humana, garantindo, assim, o respeito absoluto ao indivíduo, propiciando-lhe uma existência plenamente digna e protegida de qualquer espécie de ofensa, quer praticada pelo Estado, quer pelo particular.[273]

Não obstante, na observação de Bauman ao abordar as características dos laços humanos na pós-modernidade, o mundo de hoje parece estar conspirando contra a confiança, devido à "flexibilidade" decorrente da fraqueza, debilidade e vulnerabilidade das parcerias pessoais, agravadas de uma inédita fluidez,

---

[268] REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005. p. 27.
[269] TARTUCE, Flavio; GROENINGA, Giselle Câmara. Dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar *cit.,* p. 103.
[270] *Id. Ibid.,* p. 107.
[271] PIOVESAN, Flavia. *Revista dos Tribunais*, ano 11, n. 45, out./dez. 2003. p. 221.
[272] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1990. p. 93.
[273] ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 6, n. 24, out./dez. 2005.

fragilidade e transitoriedade nos vínculos sociais em geral. Refere o autor que “a confiança foi condenada a uma vida cheia de frustração” porque “a experiência individual aponta obstinadamente para o eu como o eixo mais provável da duração e da continuidade procuradas com tanta avidez”, em decorrência da incerteza endêmica nos objetivos tradicionais, como o emprego e as relações profissionais.[274]

No mesmo sentido, de inexorável transformação do conservadorismo dos últimos séculos – que evidenciavam diferenças hierárquicas e autoritárias, especialmente quanto ao comportamento sexual –, na sociedade pós-moderna, as normas culturais são flexíveis e instaura-se a prevalência de uma lógica consumista, a prevalência do culto ao indivíduo, um individualismo hedonista declarado, as autoridades espirituais permanecem, todavia preferem a argumentação à imposição e, embora a opinião pública também exerça poder, o individualismo continua a imperar, porém “nada mais permite distinguir entre informação e desinformação”, “as lendas urbanas se multiplicam, as seitas recrutam mais gente do que nunca”, como destaca Gilles Lipovetsky:[275]

> Chegamos ao momento em que a comercialização dos modos de vida não mais encontra resistências estruturais, culturais nem ideológicas; e em que as esferas da vida social e individual se reorganizam em função da lógica do consumo. A primeira e a segunda fase do consumo haviam tido como consequência a criação do consumidor moderno, arrancando-o às tradições e arruinando o ideal de poupança; a última fase estendeu ao infinito o domínio do consumo.

Assim, embora abalada a confiança nas relações interpessoais na pós-modernidade, continua a personalidade a ser expressão da pessoa, a constituir fator preponderante para a identidade e que se constrói pela combinação de elementos herdados e constitucionais, com experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta que darão sentido de continuidade ao ser. “Para o desenvolvimento humano, é necessário o afeto do amor, caso contrário, efetivamente, não se sobrevive”, amor este que depende da convivência com o outro e dos exemplos que fazem sua inscrição de norma consciente ou inconsciente, sob pena de “se não tivermos quem nos cuide, e com amor, faleceremos ou, ainda, não nos humanizamos”. Nesse aspecto, destacamos que “a criança que tem sua personalidade em formação merece tratamento especial, pois tem necessidades

[274] BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p. 114-116.
[275] LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*, *cit.,* p. 30-31.

especiais – a de ser amada e de ter uma família ou figuras substitutas para que possa desenvolver uma personalidade íntegra".[276]

Entendemos que esta proteção não passa ao largo do direito aos alimentos entre ex-cônjuges ou companheiros, inclusive do direito aos alimentos compensatórios, bem como de possibilidade concreta de reparação – sancionatória ou preventiva, esta de cunho educacional – por danos decorrentes de responsabilidade civil na esfera das relações familiares.

Como princípios que dão proteção às relações familiares, podemos destacar como pedra angular, o da dignidade da pessoa humana, princípio maior e fundante do Estado Democrático de Direito, "sentido e experimentado no plano dos afetos", com "igual dignidade para todas as entidades familiares", no dizer de Maria Berenice Dias,[277] tamanha a magnitude deste princípio que "tem caráter espiritual e moral inerente à pessoa", destaca Alexandre de Moraes.[278]

Princípios, ensina Robert Alexy, podem ser sintetizados como "normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes", os chamados "mandamentos de otimização". Assim, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados, conforme essas possibilidades fáticas e jurídicas, sendo esse âmbito de possibilidades jurídicas determinado pelos princípios e regras colidentes. Quando ocorre colisão de princípios, quando um restringe as possibilidades jurídicas de outro, "a solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto".[279] Como citado por Felipe Cunha de Almeida, os mandamentos de otimização de Alexy visam a realização de determinados fins, com manutenção de bens jurídicos e preservação de valores, em que a questão decisiva é perquirir "sob quais condições um princípio deve prevalecer e qual deve ceder", conforme as condições sob as quais se verifica uma violação a um direito fundamental e, portanto, ela é proibida"[280], aplicáveis quando "dois princípios colidem, apontam

---

[276] TARTUCE, Flavio; GROENINGA, Giselle Câmara. Dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar, *cit.,* p. 107.
[277] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 63.
[278] MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21-22.
[279] ALEXY, Robert. *Op. cit.,* p. 90-91.
[280] *Id. Ibid.,* p. 97-98.

que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições".[281]

Lafayette Rodrigues Pereira[282] identificava a dificuldade de alinhar sucintamente os princípios de Direito que regem as relações familiares, desde fins do século XIX, ressaltando, quanto aos direitos de família, já à época, "não temos lei que regulasse a matéria sob um plano sistemático e completo", eis que "no esboçar de cada assunto deparam-se a todo momento lacunas, que deixam em claro pontos da maior importância". Sempre atuais as suas observações:

> As disposições das leis positivas não são senão corolários de princípios superiores, que constituem a razão, a mente, a explicação do texto escrito. Estes princípios superiores ou são máximas do Direito Natural, ou são um motivo criado pelas necessidades da sociedade. Sem a luz do princípio superior (razão filosófica ou histórica) de que o texto é consequência, as disposições legais se complicam, se emaranham e se tornam muitas vezes ininteligíveis. Mas sem o estudo das fontes e espírito, perdem-se em cogitações vagas, e na ausência de normas fixas oscilam entregues às perplexidades da controvérsia.

Como princípios protetivos da família, que têm pertinência para a análise e solução das hipóteses de responsabilidade civil no Direito de Família, que buscam preservar valores e a manutenção de determinados bens jurídicos, mais diretamente relacionados ao tema, além dos princípios gerais aplicados a todos os ramos do Direito, como exemplo os princípios da dignidade, da igualdade, da liberdade, da proteção integral da criança e do adolescente, podemos destacar na Constituição Federal os princípios fundamentais que dizem respeito à organização e à proteção da família:[283]

Quanto à organização e à proteção da família, da criança, do idoso e do adolescente, oportuno apontar na Constituição Federal o que assim segue:[284] a) reconhecimento da família como instituição básica e como objeto especial da proteção do Estado (CF, art. 226)[285]; b) existência e permanência do casamento, civil ou religioso, como base, embora sem exclusividade, da família; c) a competência da lei civil para regular os requisitos, celebração e eficácia do

---

[281] ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Op. cit.,* p. 43.
[282] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Editores Virgilio Maia & Comp., 1918. p. 9-10.
[283] *Id. Ibid.,* p. 45-46.
[284] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, *cit.,* 6. ed., p. 61.
[285] Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

casamento e a sua dissolução; d) igualdade jurídica dos cônjuges (CF, art. 226, § 5º)[286]; e) reconhecimento, para fins de produção do Estado, da entidade familiar formada pela união estável de homem e mulher, assim como da comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (CF, art. 226, §§ 3º e 4º)[287]; f) possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio (CF, art. 226, § 6º)[288]; g) direito de constituição e planejamento familiar, fundado nos princípios da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (art. 226, § 7º)[289]; h) igualdade jurídica dos filhos, proibidas quaisquer designações discriminatórias (CF, art. 227, § 6º)[290]; i) proteção da infância, com o reconhecimento de direitos fundamentais à criança e ao adolescente, e responsabilidade da família, da sociedade e do Estado por sua observância (CF, art. 227); j) atribuição aos pais do dever de assistência, criação e educação dos filhos (CF, art. 229);[291] e k) proteção do idoso (CF, art. 230).[292]

Os tópicos anteriores tratam de princípios que dão alicerce e proteção às relações familiares. Devem ser complementados, também, por outros princípios basilares que estão previstos no Código Civil, tais como os da eticidade, socialidade, operabilidade e boa-fé objetiva, que representam paradigmas ou diretrizes inerentes à legislação civil brasileira, como apontado por Maria Berenice Dias.[293]

---

[286] [...] § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. [...]

[287] [...] § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. [...]

[288] [...] § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. [...]

[289] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

[290] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 6º 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. [...]

[291] Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

[292] Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

[293] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, *cit.,* 6. ed., p. 61.

4.2.1 Princípio da afetividade

Entre outros, ocupa destaque no Direito de Família, conforme Arnaldo Rizzardo, em sua obra *Responsabilidade Civil*, em tópico denominado "Responsabilidade por Danos à Afetividade e no Direito de Família e União Estável", a relevância dos sentimentos de afetividade como valores protegidos pela ordem jurídica. São suas as palavras:

> De todos é conhecida a importância da afetividade, que envolve o vasto mundo de uma subjetividade decisiva na estrutura psíquica da pessoa, não podendo ser desligada de seu crescimento e formação. É incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior.[294]

A Constituição Federal elenca rol de direitos individuais e sociais, com objetivo de garantir dignidade a todos, impondo obrigações ao Estado e aos cidadãos, de assegurar o afeto, apesar de a palavra *afeto* não constar expressamente de nenhum dispositivo constitucional. Como exemplo dessa valorização do afeto, podemos referir a união estável, que adquiriu reconhecimento com base no afeto e foi inserida no ordenamento jurídico. Para Maria Berenice Dias, o afeto "foi consagrado em nível de direito fundamental, e tal consequência é, por exemplo, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos".[295]

4.2.2 Princípio da confiança

Conforme os ensinamentos de Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada,[296] com relevo para o objeto do presente trabalho, destacamos a teoria da confiança como diretriz de uma sociedade com valores éticos, em que "a emancipação da tutela da confiança em relação à violação de deveres de comportamento traz obviamente consequências práticas", pois, segundo a doutrina da confiança, "se o sujeito não depositou por qualquer razão expectativas em outrem, não se verifica desde logo a correspondente situação de responsabilidade". Diferentemente, se ocorre a infração a um dever, para efeito de gerar

---

[294] RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 681.
[295] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, *cit.,* 6. ed., p. 70.
[296] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.,* p. 390.

responsabilidade, é irrelevante, eis que o lesado “não acreditar no seu acatamento não preclude a responsabilidade”. Também o desconhecimento “culposo” da realidade por parte do confiante conduz em princípio à exclusão de uma responsabilidade,[297] conforme destacamos:

> Na realidade, uma proibição de defraudar expectativas alheias substituiria largamente mecanismos de autorregulação social estabelecidos, tornaria inclusivamente despiciendas um sem-número de regras jurídicas. Ela conduziria de modo inevitável ao descalabro da ordem e do equilíbrio social, por isso que privilegiaria por sistema as posições e os interesses alheios identificados com as representações dos sujeitos, sacrificando concomitantemente a independência de condução de vida das pessoas. Radicalmente, seria mesmo inconciliável com a liberdade individual, de reconhecimento indeclinável para o Direito. Até uma postura mais comedida que se bastasse com vincular a possibilidade de uma conduta defraudadora das expectativas de um sujeito à ponderação casuística das expectativas conflitantes dos outros e dos seus méritos significaria uma relativização metódica e absoluta da autonomia pessoal às representações alheias. Ela representaria um condicionamento permanente da liberdade de agir e nesta constitutivamente inscrita, o que contrariaria vectores sistemáticos essenciais de todo o direito privado.[298]

Prossegue o mesmo autor na análise das especificidades da teoria da confiança, cujo respeito se mostra essencial, pois influi não apenas na esfera de direitos individuais, mas repercute em todo o contexto social, como segue:

> A recusa a um dever geral de correspondência à confiança alheia recebe confirmação da própria doutrina da confiança, pois caso esse dever fosse de se afirmar, a estrutura da responsabilidade pela confiança não diferiria essencialmente da das várias responsabilidades por violação de deveres de comportamento. A posição do confiante seria protegida como qualquer outra que houvesse de ser respeitada. A exigência então de requisitos como o investimento de confiança ou a justificação da confiança seria completamente espúria.[299] [...] Na realidade, a ordem jurídica não *obriga* à constância ou coerência de comportamento. Por muito que elas se configurem como essenciais, não apenas do ponto de vista da construção individual de vida, como para um salutar desenvolvimento da própria vida social. Por esta razão se abre aqui espaço para uma genuína responsabilidade pela confiança, distinta da resultante da violação de regras de conduta (proibitivas ou impositivas, designadamente, decorrentes de boa-fé).[300]

Destaca, ainda, quanto à necessidade de ser respeitada a solidariedade mínima em quaisquer contratos e nas diversas relações em sociedade, que a

---

[297] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.,* p. 394-395.
[298] *Id. Ibid.,* p. 398.
[299] *Id. Ibid.,* p. 399.
[300] *Id. Ibid.,* p. 419.

ordem jurídica não obriga à constância ou coerência de comportamento, apenas reclama dos sujeitos que respeitem os próprios compromissos e não lesem os bens dos demais, como resguardo da boa-fé e da confiança:

> Na concretização dos ditames de um comportamento de boa-fé importa obviamente ponderar a normalidade social das condutas e os "papéis" sociais desempenhados pelos contraentes nas representações recíprocas a esse respeito, os usos comerciais, valorações de justiça objectiva (tanto as ligadas às especificidades da relação concreta, como as próprias do género de relação em que aquela se integra, enquanto suas *naturalia*), critérios de distribuição dos riscos da relação (considerando aqui a possibilidade de os controlar ou absorver segundo ponto de vista de eficiência ou oportunidade). Na extensa panóplia de tópicos utilizáveis avultam, naturalmente, as expectativas informalmente engendradas no contexto da relação contratual concreta, não devendo esquecer-se a ordem de solidariedade mínima que informa o âmbito da relação obrigacional e que restringe a possibilidade de comportamentos puramente egoísticos.[301]

Prossegue o autor, neste aspecto do liame que origina a obrigação, afirmando que a "ineficácia negocial de acordo de facto não obsta de modo algum a uma responsabilidade pela confiança, dirigida à reparação do investimento feito pelo sujeito em função do cumprimento desse acordo", pois apenas o fato de haver o acordo estabelece um elemento de conexão para esse tipo de responsabilidade, "constitui um especifico *Tatbestand* de confiança e aponta para uma determinada forma de imputação da confiança a outrem: é no pensamento da tutela das expectativas que, dada a ausência de um consenso negocial, ele funda a sua relevância".[302]

A possibilidade de aplicação da teoria da confiança nas relações familiares é identificada inclusive nas relações pré-contratuais, até mesmo na hipótese de promessa de casamento frustrada, ou seja, mesmo quando não há ilicitude da conduta do sujeito que as rompe.[303] A ordem jurídica portuguesa contém, em seu art. 81, n. 2, que, na hipótese de revogação da limitação voluntária (legal) ao exercício de direitos de personalidade, está prevista "a indemnização dos prejuízo causados às legítimas expectativas da outra parte", a revogação é tida por não lícita, "sendo o ressarcimento das expectativas (confinado, naturalmente, ao investimento de confiança) imposto a título compensatório". Nas situações

---

[301] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.,* p. 448-449.
[302] *Id. Ibid.,* p. 818.
[303] *Id. Ibid.,* p. 836-837.

abusivas, o legislador apontou a aplicação da teoria nas hipóteses em que “o exercício do direito ofende manifestamente os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo fim económico ou social do direito”.[304]

Com relação ao abuso de direito, este se configura quando se verifica um distanciamento de conduta que corresponderia ao exercício regular de um direito subjetivo, este em conformidade com as normas que integram o sistema jurídico, porém, sem limitação na lei positiva, antes, pelo contrário, a transcende, remetendo para princípios e exigências valorativas que estão para além dela.[305]

Também oportunas as reflexões do mesmo autor sobre os bons costumes, integrantes da teoria da confiança, ao recordar que se proíbem os comportamentos que atingem limites gerais incontornáveis à liberdade de agir, uma racionalização jurídica impregnada de uma preocupação material-valorativa com conteúdo discriminatório.[306]

Assim, em síntese, a responsabilidade pela confiança configura uma realidade jurídica, bem como realiza o pensamento básico da justiça comutativa, que visa igualdade entre sujeitos. No domínio contratual, deve haver “uma correspondência das prestações a cargo de cada um”, de forma que eliminar o enriquecimento sem causa, consistente no locupletamento de alguém obtido à custa alheia, havendo, nesta hipótese, a obrigação de restituir, como instrumento do “reequilíbrio” dos sujeitos,[307] conceitos absolutamente pertinentes também ao Direito de Família.

Enquanto na imputação delitual de prejuízos, a pretensão ressarcitória visa de algum modo “apagar” as consequências da ilicitude cometida, com o que estabelece uma igualdade entre a indenização e o dano, levanta-se hipótese semelhante na responsabilidade pela confiança. A indenização visa compensar o prejuízo provocado por ter gerado a confiança e, após, quebrado o elo da confiança, o que gera o dever de indenizar. Assim, na responsabilidade pela confiança não está em jogo a realização da “justiça de troca” reclamada tipicamente pelas prestações contratuais, “mas antes a correção de um desequilíbrio, pode dizer-se

---

[304] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.,* p. 838-840.
[305] *Id. Ibid.,* p. 838-840.
[306] *Id. Ibid.,* p. 847.
[307] *Id. Ibid.,* p. 884-885.

que, dentro ainda da justiça comutativa, ela representa também, como se observou, uma forma de *justiça correctiva*".[308]

Como síntese da importância da proteção da confiança, mister reconhecer que corresponde a um *princípio ético-jurídico*, como destacado:

> Há imposições tão fortes da Justiça que não os acolher significaria negar o próprio Direito, a sua razoabilidade e a sua racionalidade; imposições que se sentem de modo particular quando não há alternativa prática que evite, para além do tolerável, a ameaça de ficar por satisfazer uma indesmentível necessidade de tutela jurídica. Com especial plausibilidade, quando na indução e na frustração da confiança vai implicada uma conduta voluntária do sujeito: a recondução da responsabilidade a um comportamento intencional ou até simplesmente "negligente" do sujeito satisfaz os requisitos da justiça comutativa, ao permitir uma justificação da obrigação de indenizar que se contém nos limites da relação entre lesado e responsável através do critério da determinação do sujeito e da autorresponsabilidade do seu agir. [...] Deste modo, assim como não é possível pensar o Direito que é sem aquilo que ele inelutavelmente deve ser, também não se afigura viável conceber-se uma ordem autenticamente "jurídica" sem o princípio da responsabilidade pela confiança. Desenvolver *praeter legem* o Direito é ainda proceder *secundum ius*.[309]

Em uma sociedade em que homens e mulheres globalmente conectados buscam "estar no mundo", a realidade do mundo de hoje parece estar conspirando contra a confiança, que foi condenada a uma vida cheia de frustração. "Pessoas (sozinhas, individualmente ou em conjunto), empresas, partidos, comunidades, grandes causas ou padrões de vida investidos de autoridade de guiar nossa existência frequentemente deixam de compensar a devoção", na medida em que a experiência individual aponta o eu como o único ponto de referência sobre o qual se possa concentrar a atenção de modo fidedigno e seguro, eixo mais provável da duração e da continuidade.[310]

Com a conectividade, surgem os problemas generalistas de devastação global dos modos de subsistência, de agressão ao meio ambiente, de desarraigamento de populações, surgem os "migrantes econômicos" que entopem ruas anteriormente uniformes, estimulam que cada indivíduo tente encontrar "soluções locais para contradições globais", pois são os temas em relação aos quais se pode "influenciar, corrigir, aperfeiçoar, redirecionar". Porém, ao fim e ao

---

[308] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.,* p. 884-885.
[309] *Id. Ibid.,* p. 892-896.
[310] BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p. 115-116.

cabo, a conectividade em um mundo globalizante leva a que os indivíduos passem a ser considerados “parte da paisagem humana”, meros operadores globais que perambulam pelo ciberespaço, mas com aspirações existenciais cada vez mais vacilantes. Dia após dia, na luta por sentido e identidade na experiência humana, os “agentes humanos estão confinados ao espaço físico que operam, ao ambiente preestabelecido e continuamente reprocessado”. Inexoravelmente concluem que somente nas questões locais que a “ação ou inação” podem fazer a diferença, não hesitam em mudar para outro lugar para escapar dos desconfortos locais, o que lhes dá uma independência e grande esfera de mobilidade, marcadamente nos membros da elite globalmente conectada.[311]

O mundo moderno que detesta “tudo o que é sólido e durável, tudo que não se ajusta ao uso instantâneo nem permite que se ponha fim ao esforço”,[312] afeta as relações e os compromissos afetivos e familiares, especialmente na atualidade:

> O compromisso com outra pessoa ou com outras pessoas, em particular o compromisso incondicional e certamente aquele do tipo “até que a morte os separe”, na alegria e na tristeza, na riqueza e na pobreza, parece cada vez mais armadilha que se deve evitar a todo custo.[313]

Considerando-se que o Direito impõe normas de conduta inclusive nas relações familiares, estabelecendo direitos e obrigações entre os membros da família, coerente atribuir à infração dos deveres motivo para responsabilidade civil. Quando efeitos desfavoráveis atingem uma determinada esfera jurídica, “o princípio ético-jurídico da autonomia e autorresponsabilidade da pessoa determina uma opção de base em favor da coligação dos efeitos desfavoráveis que hajam de se abater sobre uma certa esfera jurídica”, de forma que no domínio da responsabilidade civil decorrente da conduta humana, sejam imputados prejuízos por quem os tenha provocado e, como princípio geral, a “sua dependência de um juízo de ilicitude e de culpa”.[314]

Ressalva, porém, o mesmo autor, que “o reconhecimento da importância dos deveres de comportamento para a proteção contra danos que ofendem as expectativas dos sujeitos em conjunturas influenciáveis pela vontade humana não

---

311 BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p. 125-127.
312 *Id. Ibid.,* p. 46.
313 *Id. Ibid.,* p. 113.
314 FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.,* p. 384.

é, todavia, suficiente para que a respectiva violação consubstancie uma *genuína* responsabilidade pela confiança". O autor prossegue no sentido de que a defesa da confiança não pode se apresentar como mero fim, mas é necessário que constitua a "resposta do ordenamento jurídico à ocorrência de uma concreta hipótese de confiança e que seja a defraudação desta o fundamento jurídico da obrigação de indenizar", de forma que "o papel *preventivo* da obrigação de indenizar no que toca à defesa de expectativas se liga obviamente a uma responsabilidade por violação de *regras de agir*".[315]

Ocorre que estabelecimento de *deveres de comportamento* representa um *instrumento primordial* com vista à proteção da confiança e à obrigação de indenizar, haja vista que "a eficácia da sua defesa depende das sanções acopladas à infração desses deveres":

> O Direito não tem, senão escassamente, possibilidade de interferir, comandar ou controlar diretamente as contingências que podem perturbar os planos individuais dos sujeitos. Mas nem por isso se encontra desarmado perante o imperativo de proteger expectativas humanas e de lhes criar condições favoráveis de realização. Intervindo *ex post*, coloca por vezes à disposição daquele sujeito que foi afetado pelo evento imprevisto sistemas de reparação, compensação, adaptação ou reequilíbrio que permitem minimizar tanto quanto possível os efeitos, porventura inarredáveis, da sua verificação. Mas pode também influir, onde tal seja viável, no risco da contingência, procurando evitá-la ou, pelo menos, torná-la mais difícil.[316]

Quanto à responsabilidade pela violação de deveres de comportamento, quer em uma família oriunda pelo casamento, quer em uma família constituída pela união estável, há deveres e expectativas geradas de uma parte com relação à outra.

4.2.3 Princípio da mínima intervenção do Estado

Este princípio leva-nos à premissa de que, em sede de organização familiar, de sua condução, as suas regras devem ser estabelecidas pelos seus próprios integrantes, seus interessados. Assim explica Rodrigo da Cunha Pereira: "Desta órbita interna exsurgem disposições que farão com que a sociedade e o

[315] FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Op. cit.,* p. 384-385.
[316] *Id. Ibid.,* p. 383-384.

Estado respeitem e reconheçam tanto a família, enquanto unidade, como os seus membros individualizadamente".[317]

Segue o mestre ensinando que, em razão de a Constituição Federal de 1988 ter elencado o ser humano como centro da família e também da sociedade, a família se despatrimonializou, surgindo, então, a necessidade de imposição de limites à atuação do Estado, sobretudo na questão da intimidade de seus integrantes. Inclusive temos no Código Civil, art. 1.513, a visualização dessa liberdade. Portanto, finaliza Rodrigo da Cunha Pereira aduzindo que é importante que se conciliem as normas de ordem pública com as normas inerentes ao próprio Direito de Família, no sentido da atuação do Estado, mas apenas para fins de proteção.

4.3 Infração aos deveres familiares

A reparação do dano moral foi elevada à garantia de direito fundamental, o dano vem sendo entendido como qualquer violação a direitos que têm seu valor fonte na dignidade da pessoa humana e decorre diretamente do princípio fundante da República (art. 1º, III, da CF/88), que é a dignidade da pessoa humana.[318]

Quanto ao conceito de dano moral, este ultrapassa em muito o existente no surgimento do instituto: o preço da dor (*pretium doloris*). O dano moral não pode ser reduzido à ideia de sofrimento, de angústia decorrente do evento lesivo. Deixaria sem explicação o dano moral sofrido pelo nascituro, pelo incapaz de maneira geral ou a pessoa jurídica, além de nunca se poder aferir com exatidão se e quanto uma pessoa sofreu. Pode-se referir como dano moral a lesão a interesse juridicamente tutelado, que atinge o direito geral da personalidade.

Como leciona Silmara Juny de Abreu Chinellato, as ofensas aos direitos da personalidade constituem irreversibilidade do dano, eis que "compensar não é o mesmo que reparar e danos morais são irreparáveis".[319]

Aponta Alberto Trabucchi, quanto aos danos morais, que "o ressarcimento dos danos morais não tende à *restitutio in integrum* do dano causado; tende mais

---

[317] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.
[318] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 337.
[319] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Op. cit.,* p. 149.

a uma genérica função satisfatória, com a qual se procura um valor que recompense, em certo modo, o sofrimento ou a humilhação sofrida". A rigor, não se poderia buscar o conceito de equivalência, que é própria do ressarcimento, mas o da reparação que é o "resultado obtido ao se atenuar de maneira indireta a consequência dos sofrimentos daquele que padeceu de uma lesão".[320]

Para Maria Celina Bodin de Moraes,[321] o que se indeniza é o dano, aquele que a vítima não deveria ter sofrido.

No dizer de Cláudio Luiz Bueno de Godoy,[322] em regra, na violação dos direitos da personalidade, o dano moral está na própria conduta de violação – dano moral seja ou esteja *in re ipsa*.

Anderson Schreiber[323] aponta não ser suficiente essa genérica referência à dignidade humana para justificar o dano moral, pois tal alusão genérica favorece o que chama de "pretensões bagatelares".

Para Antonio Junqueira de Azevedo, em sua dicotomia dano-evento (a lesão a algum bem, o dano imediato) e dano-prejuízo (consequência da lesão, dano mediato), o dano moral é o dano mediato, de caráter não patrimonial ou não quantitativamente apurável em dinheiro, assim por exclusão e pela lesão quer ao que somos, quer ao que temos, assim à pessoa física, à pessoa biofísico-psíquica, à figura social da pessoa, ao patrimônio em sentido estrito (valor de afeição) ou à terceira pessoa (dano reflexo ou por ricochete).[324].

Algumas das causas que justificam a reparação por atos culposos tidos por ilícitos nas relações familiares, no que importa ao presente estudo, está o adultério – forma mais grave de violação do dever de fidelidade, que, em regra, gera dano moral indenizável, especialmente quando cometido com exposição vexatória do cônjuge enganado, quando chega a conhecimento público – a injúria grave, por exemplo, manter relacionamento homossexual com terceiros; o chamado "adultério ou infidelidade virtual", cometido pela internet; o abandono injusto do lar,

---

320 TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. p. 228-229.

321 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.130.

322 GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Alguns apontamentos sobre o dano moral, sua configuração e o arbitramento da indenização. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 375.

323 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 118-119.

324 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado, cit.,* p. 382.

especialmente pelo mantenedor da família; a recusa ao ato sexual, que, como infração ao débito conjugal, frequentemente causa sérios problemas psicológicos na vítima que vê desatendida uma necessidade fisiológica, a gerar diversos distúrbios; o ato sexual anormal, como sodomia, sadomasoquismo; o coito anal que provoque lesão grave; a transmissão de doenças contagiosas, como doenças venéreas e AIDS, mesmo que decorrente de conduta dolosa ou culposa; o atentado contra a vida; as sevícias, que ofendem a integridade física de um cônjuge contra o outro, como o tapa, a bofetada, o pontapé, o escândalo, a humilhação, o vexame, o ridículo, as ofensas à honra, a imputação caluniosa de fatos ofensivos em juízo, que configuram abuso de direito, demanda, maliciosamente, de interdição do outro, sabendo ser falsa a imputação da doença; simulação de gravidez para fins escusos; maus-tratos aos filhos; o dano moral sofrido pelo cônjuge que vê seu consorte maltratar sua prole, enfim, todas as ofensas, físicas ou morais, que geram, em regra, o dever de indenizar.[325]

Considerando-se que a família é a *celula mater* da sociedade, conceito antigo, mas que se mantém atual, “a família não é mais um fim em si mesmo, mas sim o meio social para a busca da felicidade nas relações com os outros”, oportuno destacar que sua proteção contribui para atender ao princípio da função social da família.[326]

4.4 Família e liberdade

As relações familiares na pós-modernidade têm se caracterizado pelo gradativo abrandamento dos papéis tradicionais, por vezes com alternância dos modelos hierárquicos, demandado, as novas gerações, maior liberdade em seus vínculos.[327]

Assim, a liberdade da família de fato, sempre maior que na família decorrente do casamento, gera uma liberdade excessiva, que, em Direito, é muito perigosa, pois acaba por escravizar o mais fraco, de forma que, quando se dá ou está em vias de se dar a dissolução da célula familiar, aponta Álvaro Villaça Azevedo dados da difícil realidade:

---

[325] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família, cit.,* 5. ed., p. 307-321.
[326] ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Op. cit.,* p. 51.
[327] SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, *cit.,* p. 226.

> Todavia, quando o fantasma da morte de um dos conviventes ou de sua separação ronda a célula familiar, o lado mais frágil (geralmente a mulher) sofre diretamente as consequências desastrosas, mormente no âmbito econômico e financeiro, surgindo as desesperanças, a insegurança e o medo. O lar em ruínas anula os sentidos de igualdade, pois nele prevalece o egoísmo de um contra o outro convivente, sem peias e sem barreiras. Esquecem-se as juras de amor. A confiança desaparece. As lesões surgem, no mais das vezes, em demonstração de que a liberdade anterior, em clima de bem viver, se vê substituída pelos grilhões da intransigência e da intolerância. E nesse massacre de um contra o outro, vence o mais forte, quanto maior for o clima de liberdade reinante. É difícil, nesse ambiente de completa liberdade, sem responsabilidade, como já demonstrado, existir altruísmo e sentido de justiça. Por isso a família de fato, sem adjetivações, necessita de proteção do Estado. Não a proteção, só pelo Poder Judiciário, à construção heterogênea no solucionamento dos problemas decorrentes da dissolução da convivência fática; mas, do Poder Legislativo, programando na lei, o mínimo necessário a uma tutela condigna, nos pontos que não forem objeto de convenção escrita. Todavia, esta não poderá ofender os pontos normativos fundamentais, de ordem pública.[328]

Considerando-se que a atividade exercida pelo Estado é dupla, jurídica e social, destacamos a responsabilidade pela promoção do bem comum e neste sentido salientamos:

> A atividade jurídica é aquela que colima o asseguramento da ordem jurídica interna e a defesa do território contra o inimigo externo. O asseguramento da ordem jurídica interna, por sua vez, compreende a manutenção da ordem pública e a distribuição da justiça. A atividade social tem por objeto a promoção do bem comum.[329]

Oportuno perquirir a respeito da grave responsabilidade, no âmbito do Direito de Família, do Poder Judiciário, no desempenho de suas funções e exercício de suas atividades, minorar danos ou lesões de direito aos membros da família decomposta. Reflexões nesse sentido estão diretamente relacionadas à fragmentação da família e aos seus efeitos, pelo que nos deteremos com alguma brevidade neste tópico.

O desenvolvimento da personalidade de cada homem implica o poder de autodeterminação, na possibilidade de escolha de finalidades e objetivos de sua vida, conforme escolhas nas áreas ideológica, ética, religiosa, filosófica, política, econômica e cultural, para o pleno desenvolvimento da personalidade individual. Porém, tal desenvolvimento encontra limites jurídicos, pois estes são dados pelos

---

[328] AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.,* p. 267.
[329] MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Op. cit.,* p. 159.

direitos ao desenvolvimento da personalidade dos demais indivíduos da comunidade e, em caso de colisão, devendo ceder na medida do necessário para que todos os direitos de desenvolvimento da personalidade possam igualmente produzir seu efeito, com prioridade aos direitos à vida, à integridade física, à identidade e à honra, sempre em comento o desenvolvimento da pessoa e a dignidade da pessoa humana.[330]

Ressaltamos, por ora, pela relevância que a matéria apresenta, a importância do julgador ao fixar esses limites jurídicos. Como destacado por Immanuel Kant, a faculdade de julgar é a capacidade de subsumir a regras, a capacidade de discernir se algo está subordinado a dada regra ou não (*casus datae legis*). Para concluir se uma situação está ou não nos moldes de uma determinada regra, só poderia fazê-lo buscando uma outra regra; e, sendo uma regra, como destacou o filósofo, por esse mesmo motivo exige uma nova regra de instrução por parte da faculdade de julgar, de forma a afirmar que se o entendimento é suscetível de instrução e aparelhamento por regras, a faculdade de julgar é um talento especial, que não pode ser ensinado, apenas exercido.[331]

Como referido por Adriano de Cupis, quanto à liberdade e ao direito à liberdade, oportuno destacar:

> Pode admitir-se que o ordenamento jurídico, muito frequentemente, porque impelido por exigências de várias ordens, tome posição perante a atividade humana, valorizando-a; mas isto não compromete a diferença que, nesta matéria, separa o direito da moral. É que, enquanto para a moral não existem atos indiferentes, o direito não se propõe senão a resolver um número mais ou menos limitado de problemas. Do lado oposto tem-se afirmado que a Ética, tanto na forma moral como na jurídica, impera sobre todas as relações humanas, pois que a exigência de uma valoração ético-jurídica tanto como moral – não pode deixar de fazer-se sentir constantemente. E daí o caráter integral ou "totalitário" do sistema ético, tanto sob a forma de direito como sob a de moral.[332]

Kant admite a faculdade de julgar como um talento especial, com as seguintes observações:

---

[330] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade, cit.,* p. 356-359.

[331] KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008. p. 177 (A 133, B 172).

[332] DE CUPIS, Adriano de. *Op. cit.,* p. 105-106.

> Eis porque ela (faculdade de julgar) é o cunho específico do chamado bom senso, cuja falta nenhuma escola pode suprir. Porque, embora a escola possa preencher um entendimento acanhado e como nele enxertar regras provenientes de um saber alheio, é necessária ao aprendiz a capacidade de se servir delas corretamente e nenhuma regra, que se lhe possa dar para esse efeito, está livre de má aplicação, se faltar tal dom da natureza.[333]

Prossegue o filósofo em sua referência à doutrina da faculdade de julgar, a importância do bom senso nos julgamentos – e destacamos nós, a grave responsabilidade das decisões no direito de família – em nota sobre a qualidade:

> A carência de faculdade de julgar é propriamente aquilo que se designa por estupidez e para semelhante enfermidade não há remédio. Uma cabeça obtusa ou limitada, à qual apenas falte o grau conveniente de entendimento e de conceitos que lhe são próprios, pode muito bem estar equipada para o estudo e alcançar mesmo a erudição. Mas, como há ainda, habitualmente, falha na faculdade de julgar, não é raro encontrar homens muito eruditos, que habitualmente deixam ver, no curso da sua ciência, esse defeito irreparável.[334]

Para concluir, identifica o mesmo autor a desnecessidade da filosofia para obter o alargamento do entendimento como doutrina, mas sua utilidade como crítica, “para impedir os passos em falso da faculdade de julgar (*lapsus judicii*) no uso do pequeno número de conceitos puros do entendimento que possuímos”, oferece a filosofia sua perspicácia e arte de examinar, para aferir se os conceitos *a priori* aplicados ao seus objetos podem ser demonstrados *a posteriori*, “pois isso seria deixar completamente de lado sua dignidade”. Pode-se indicar que a doutrina transcendental mostra que a faculdade de julgar deve conter dois capítulos, o primeiro que trata da condição sensível, condição cognitiva e sensibilidade disponíveis para a cognição,o segundo que trata dos juízos sintéticos, estes que decorrem dos conceitos puros do entendimento.[335]

4.5 Responsabilidade civil nas relações familiares

Desde os primórdios da humanidade, houve preocupação de que alguém que sofresse um mal, a lhe causar injusto prejuízo, deveria ser reparado pelo

---

[333] KANT, Immanuel. *Op. cit.,* p. 177-178 (A 133/134, B 172/173).
[334] *Id. Ibid.,* p. 178 (B 173).
[335] *Id. Ibid.,* p. 179 (B 175 A 136).

causador do dano. Neste contexto, oportuno recordar a origem da responsabilidade, em regra fundada na obrigação decorrente de dano.

O conceito de obrigação, tanto no Direito moderno como nas fontes romanas, a palavra obrigação (*obligatio*) é empregada, em geral, na relação jurídica obrigacional, como dever jurídico de conteúdo econômico e como direito subjetivo correspondente a esse dever jurídico de conteúdo econômico.

No Direito Romano, temos em Gaio (*Institutas*, III, 88), referência de que as obrigações são bipartidas, ou nascem de contrato ou de delito, e, posteriormente, foi incluído um terceiro termo para abranger os demais fatos jurídicos geradores de obrigações (*Aureorum Libri*); enquanto para Justiniano (*Institutas*, III, 13,2), seriam quatro: o contrato; o quase-contrato; o delito; e o quase-delito.[336] No Direito Justinianeu, recordando que reinou Justiniano de 527 a 565 d.C. – com a fusão do *ius civile* com o *ius honorarium* –, entre os delitos, somente os atos ilícitos em que há dolo (donde, o *damnum in iuria datum*, que nas *Institutas* de Gaio, era um delito, deixa de sê-lo por ausência de dolo), quando sem dolo teríamos os quase-delitos, atos ilícitos com relação aos quais o pretor concedia à vítima, contra o ofensor, ação que tinha como objeto a condenação deste ao pagamento de uma quantia a título de pena.[337]

No tocante à evolução histórica da obrigação no Direito Romano, conforme ensinamentos do mesmo autor, podemos referir, quanto ao direito pré-clássico, que os romanistas divergem sobre se a obrigação nasceu do delito (opinião majoritária) ou do contrato, mas estão de acordo que ela estabelecia, a princípio, não um vínculo jurídico (isto é, *imaterial*), mas um vínculo material, pois o devedor respondia pela dívida com o seu próprio corpo, isso até o advento da lei *Poetelia Papiria* (326 a.C.), quando o patrimônio do devedor passou a responder pelo débito, como acontece no Direito moderno.[338]

Assim, a partir do momento que um prejuízo sai da esfera meramente conceitual ou teórica, quando apenas está na esfera dos deveres éticos, desde que efetivamente ocorra o ato ilícito a gerar um dano, surge a obrigação legal de reparar, cujo estudo em Direito é chamado de Teoria da Responsabilidade Civil. Conforme os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, o ato ilícito tem

---

[336] DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano, cit.
[337] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 373-379.
[338] *Id. Ibid.,* p. 379.

correlata a obrigação de reparar o mal e há basicamente duas correntes a tratarem da responsabilidade civil: a primeira, afirma ser de *ordem pública* o princípio definidor da responsabilidade civil – a chamada escola francesa; a segunda corrente, que considera ter sido a responsabilidade institucional instituída para salvaguarda de interesse privado – Escola Belga – e, portanto, a vontade das partes poderia afastar a responsabilização. Dessa possibilidade, trata a chamada cláusula de não indenizar, cuja validade segue como objeto de debates jurídicos.[339]

Em nosso ordenamento jurídico, ocorreu definição de responsabilidade civil pelo legislador de 1916, no art. 159, *verbis*, "a obrigação de reparar o dano imposta a todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem".

Ao se transpor para o Código Civil de 2002 o disposto no art. 159 do Código Civil de 1916, nos seus elementos, constitui ato ilícito a violação do direito ou o dano causado. Na atual redação do art. 186,[340] por redação talvez duvidosa, o novo Código retirou da cláusula geral do art. 186 a consequência da reparação do dano, indo incluí-la no art. 927,[341] constante do Título da Responsabilidade Civil. Do conceito, podemos apontar os requisitos essenciais, quais sejam: a) a existência de uma conduta antijurídica, que engloba comportamento contrário a direito, por comissão ou por omissão, sem necessidade de indagar se houve ou não o propósito de malfazer; b) a existência de um dano, com lesão a um bem jurídico, seja este de ordem material ou imaterial, de natureza patrimonial ou não patrimonial; c) nexo de casualidade entre uma e outro, de forma a exigir que o dano decorra da conduta antijurídica, ou, em termos negativos, que sem a verificação do comportamento contrário a direito, não teria havido a afronta ao bem jurídico.

As ciências correlatas ao Direito, desde a Psicologia à Filosofia, apontam aspectos importantes, entre eles, o de ser necessário ao indivíduo amar e ser amado, como previsto no preceito "amar ao próximo como a si mesmo", para o sadio desenvolvimento da sociedade. Isso porque "aceitar o preceito do amor ao

---

[339] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 552.

[340] Código Civil. Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[341] Código Civil. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

próximo é o ato de origem da humanidade", tal mandamento torna a moralidade uma parte, uma "condição *sine qua non*, da própria sobrevivência de um ser humano, a sobrevivência da *humanidade* no humano".[342] Nessa mesma perspectiva, Zygmunt Bauman estabelece que amar o próximo como amamos a nós mesmos significa "respeitar a *singularidade de cada um* – o valor de nossas diferenças, que enriquecem o mundo que habitamos em conjunto e assim o tornam um lugar mais fascinante e agradável", a importância e a essencialidade de as criaturas humanas serem amadas, como destacamos:

> Em suma: "para termos amor-próprio, precisamos ser amados. A recusa do amor – a negação do *status* de objeto digno do amor, alimenta a autoaversão. O amor-próprio é construído a partir do amor que nos é oferecido por outros. Se na sua construção forem usados substitutos, eles devem parecer cópias, embora fraudulentas, desse amor. Outros devem nos amar primeiro para que comecemos a amar a nós mesmos. E como podemos saber que não fomos desconsiderados ou descartados como um caso sem esperança, que o amor está, pode estar, estará prestes a aparecer, se somos dignos dele, e assim termos o direito de nos entregar ao *amour de soi* e ter prazer com isso?[343]

Conforme Carlos Alberto Dabus Maluf, na atualidade reconhece-se a obrigação de ressarcimento de danos morais e ou materiais entre os cônjuges, durante o processo de separação ou divórcio e mesmo após o seu término.[344]

4.5.1 Danos no casamento

Ao lado dos direitos de personalidade, oportuno destacar que os direitos fundamentais são necessariamente transindividuais, na medida em que têm como destinatário a pessoa humana, a coletividade e os meios de vida digna das atuais e futuras gerações. A reciprocidade é a tônica dos deveres fundamentais, eis que cada pessoa humana é responsável pela outra e, no mesmo contexto, ela também é responsabilidade das outras. Dessa forma, necessário pensar na responsabilidade decorrente das relações de família sob o prisma não mais de culpa, ato ilícito, dano efetivo, nexo de causalidade e reparação, como tradicional na construção da responsabilidade civil, nem mesmo com as extensões trazidas

---

[342] BAUMAN, Zygmunt. *Op. cit.,* p.100-101.
[343] *Id. Ibid.,* p. 102.
[344] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 406.

pelo liberalismo jurídico e contemporâneo, como a responsabilidade sem culpa, danos não patrimoniais, medidas preventivas, atividade, risco, primazia da vítima, proteção, preservação, mas sob novo prisma de natureza positiva, em que haja obrigações nas relações familiares de natureza positiva, pela realização de atos que assegurem as condições dignas e ideais ao desenvolvimento de seus integrantes.[345]

Há argumentos de alguns para que em nome da paz familiar não haja apuração de situações que podem gerar indenizações no Direito de Família, sob alegação de que isso contribuiria para resguardo dos segredos, da intimidade e, portanto, não seria conveniente qualquer discussão de culpa. Sólidos argumentos da jurista argentina Graciela Medina sustentam uma visão em sentido contrário:[346]

> Por otra parte no convence el argumento que el interés de la paz familiar induce a evitar los litigios en los que se ventilen las culpas y errores que produzcan mayores males que bienes para un buen entendimiento entre quienes conforman la comunidad familiar. Es que el mantenimiento de la paz social se encuentra en la posibilidad de reparar los daños que un sujeto sufra, aunque tenga un vínculo matrimonial respecto de otro ya que el respeto al estado de derecho implica el respeto a los derechos de los ciudadanos, y nadie pierde esta calidad por ser miembro de una familia.[347]

Especialmente no Direito de Família, entre as existentes nas relações familiares, também no casamento é possível haver conduta que leve à responsabilidade civil. Com o matrimônio, os cônjuges assumem direitos e obrigações, determinadas pelo ordenamento, para proteção da família e em benefício da sociedade como um todo. E, dessa forma, se, por um lado, há deveres ditados pelo ordenamento, com tutela do Estado, sem ferir a intimidade da família; por outro lado, há também o objetivo de preservar uma base sólida para todas as formas atuais – e as novas modalidades da pós-modernidade – de família, pelo que decorre a possibilidade de responsabilidade civil. Portanto, deve haver indenização

---

[345] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*, cit.,* p. 18 -19.

[346] MEDINA, Graciela. *Op. cit.*

[347] Tradução livre: Por outro lado, não convence o argumento de que o interesse na paz familiar induz a evitar o litígio no qual a culpa e os erros acabam por produzir maiores malefícios entre os que compõem a comunidade familiar. É que a manutenção da paz social se encontra na possibilidade de reparar os danos que um sujeito sofre, ainda que tenha um vínculo matrimonial em relação a outro, porque o respeito pelo estado de direito implica respeito pelos direitos dos cidadãos, e ninguém perde essa qualidade por ser membro de uma família.

pelo dano material ou moral provocado no decorrer das relações de família, sendo subjetiva a responsabilidade.[348]

Conforme destaca Capelo de Sousa, as liberdades espirituais assumem especial relevo na tutela juscivilística da personalidade humana por intermédio da liberdade de sentir, de pensar, de decidir, de agir ou de omitir. Por meio da liberdade de sentimentos, protege-se a margem de autonomia que todo indivíduo tem sobre os seus próprios sentimentos, para afirmação, desenvolvimento e inflexão destes; não obstante, impeça que outro ilicitamente destrua ou prejudique tal autonomia. Conceito próximo a esse, a liberdade de pensamento implica não apenas autodeterminação do processo de conhecimento intelectivo de cada homem, mas também sua autonomia em relação ao conteúdo de sua atividade intelectiva, com liberdade de opiniões, modelo de vida, concepção de mundo, criação e adesão a valores.[349]

Ainda no que refere às liberdades, especificamente às socioculturais, que estão ligadas às liberdades de estado, religião e de culto, de expressão e de informação, de reunião e de manifestação, de associação e de educação, mediante a liberdade de estado, protege-se a autodeterminação do homem sobre o teor básico de seu relacionamento com os demais membros da comunidade, assegurando-lhe personalidade e capacidade jurídicas plenas, nesse sentido, permitindo celebrar ou não casamento, divorciar-se ou não dentro dos condicionamentos legais, o que implica o direito à recuperação da plena liberdade pessoal face à verificação de determinadas condições que legitimam aquele direito – nos sistemas jurídicos em que alguns requisitos ainda permanecem necessários – em um plano de ponderação de valores jurídicos sociais, familiares e pessoais.[350] Oportuno recordar que no direito geral de personalidade, decorrentes do Direito Natural, são incluídos os direitos absolutos – *absoluten Personenrechte* –, da pessoa enquanto tal, distinguindo-se dos relativos – direitos ditos *relativen Personenrechte* –, por exemplo, dos não absolutos como os direitos das relações de família e de cidadania.[351]

---

[348] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 356-358.
[349] SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *Op. cit.,* p. 266-267.
[350] *Id. Ibid.,* p. 270-271.
[351] *Id. Ibid.,* p. 615-617; p. 71, nota 154.

Como asseverado por Regina Beatriz Tavares da Silva, em razão do caráter especial do contrato de casamento e de seus elevados objetivos – a formação da família –, no entender dessa autora, ao abordar os danos no Direito de Família, destaca que não se deve admitir a compensação de culpas ou a noção de culpas concorrentes, explicitando que o inadimplemento de um determinado dever por um dos cônjuges não compensa a culpa do outro pelo descumprimento daquele ou de outro dever matrimonial.[352]

Oportunas as considerações sobre o tema feitas por Graciela Medina, ao tratar dos danos em Direito de Família em seu país:

> La cuestión radica en determinar si esos antecedentes son válidos en la actualidad o si por el contrario tenemos que afirmar que en la familia no se aplica el sistema de la responsabilidad civil sino las respuestas del derecho de familia, y en consecuencia que se puede dañar sin reparar, o se puede lastimar faltando a los deberes morales impuestos por el matrimonio sin que sea necesario indemnizar a quien ha sufrido el daño causado con dolo o culpa, en aras de privilegiar la libertad personal sobre la responsabilidad por daños señalando simplemente que son deberes morales. [...] Interpretando coherentemente el principio de no dañar, los principios de responsabilidad civil y los princípios del derecho de familia, debemos concluir que el actuar dañoso dentro de las especiales relaciones familiares obliga a la reparación del daño causado. Es que las relaciones familiares tienen un special contenido solidario y es en el ámbito familiar donde el individuo se puede desarrollar y al mismo tiempo es en ese ámbito íntimo donde más se puede dañar al otro, es por eso que no puede quedar sin indemnizar los daños causados por quien tenía la obligación de ayudar a desarrollar al otro y en su lugar produce un daño cuya gravedad debe ser apreciada justamente por haber sido provocada en el entorno familiar. Valga aclarar que todo daño producido en el entorno de la familia es en principio más grave por el hecho de ser provocado en el ámbito familiar. Así una violación, que es siempre un hecho gravísimo, si es producida por quien en principio tenía la responsabilidad del menor o del incapaz, como si se produce entre esposos genera uma lesión más profunda porque es producida por quien tenía una especial obligación de cuidado y no una mera obligación de no dañar.[353]

---

[352] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil dos cônjuges. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO. 2., Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais*... Belo Horizonte: IBDFam, 2000. p. 121-140. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/69.pdf.

[353] MEDINA, Graciela. *Op. cit.* Tradução livre: A questão se limita a determinar se os dispositivos ainda são válidos ou se, diversamente, devemos afirmar que à família não se aplica o sistema da responsabilidade civil, mas apenas as previsões do Direito de Família, e, portanto, pode haver o dano sem reparação, ou se pode ferir ao descumprir os deveres morais impostos pelo casamento sem ter que compensar aqueles que sofreram os danos causados por dolo ou culpa, sob justificativa de prestigiar a liberdade individual pessoal em detrimento da responsabilidade por danos afirmando simplesmente que eles são deveres morais. [...] Interpretando sistematicamente o princípio de não causar dano, os princípios da responsabilidade civil e os princípios do Direito de Família, devemos concluir que causar prejuízo dentro das especiais relações familiar obriga à reparação do dano causado. É que as relações familiares têm um especial conteúdo de solidariedade e é na família que o indivíduo pode se desenvolver e, ao mesmo tempo nesta intimidade, mais pode prejudicar o outro, por isso não se pode deixar de

Assim, os ditos deveres conjugais não têm natureza jurídica de meras recomendações, como entendem alguns doutrinadores, mas, ao revés, configuram obrigações cogentes que decorrem da lei, envolvem direitos da personalidade relativos, na medida em que atingem a esfera do outro. Portanto, em ocorrendo grave violação dos deveres conjugais, essa omissão de um *comportamento positivo* dos consortes quanto aos deveres de assistência, material e moral – ao outro cônjuge, aos filhos e aos demais familiares –, bem como a *abstenção* de condutas contrárias às obrigações matrimoniais, em especial as que decorrem da obrigação de fidelidade, do dever de respeito e segredo, além de haver a possibilidade de haver o divórcio, quando causem dor moral e prejuízo, podem justificar responsabilidade civil do ofensor.

No Direito Brasileiro, diante da legislação antes vigente e da que estava projetada, a aceitação do princípio da reparabilidade de danos nas relações conjugais, nas hipóteses de danos decorrentes de grave descumprimento de dever conjugal, se não constituir um freio aos rompimentos matrimoniais, aliviará a situação do cônjuge lesado e, portanto, importa na aproximação entre a moral e o Direito, desejável em todos os ramos e em especial no Direito de Família.[354]

Como os bens extrapatrimoniais constituem o que a pessoa *representa socialmente*, e os bens patrimoniais, o que a ela *possui,* a somatória desses dois aspectos é a riqueza do indivíduo. Portanto, cumpre ressaltar, qualquer agressão ao conceito moral de que este indivíduo goza na sociedade, obtido pelo comportamento e valores ao longo dos anos, inviabiliza uma efetiva e integral reparação quando sofrido o abalo. “É perfeitamente possível que um mesmo fato atinja duas ou mais esferas jurídicas”, como se verifica com o crime, que, além de tingir a esfera penal, pode gerar o dever de indenizar por danos morais, o ato culposo ou doloso, quando ocorre na área da família, pode constituir também um ilícito civil, gerando responsabilidade.[355]

---

indenizar os danos causados por quem tinha a obrigação de ajudar o desenvolvimento do outro e, em vez disso, produz danos cuja gravidade deve ser apreciada precisamente porque foi causada no ambiente familiar. Vale esclarecer que qualquer dano produzido no ambiente familiar é, em princípio, mais grave pelo fato de ser provocado no ambiente familiar. Assim, uma violação, que é sempre um fato muito grave, se for produzido por quem inicialmente tinha a responsabilidade pelo menor ou incapaz, como ocorre entre cônjuges, gera uma lesão mais grave porque é produzido por quem tinha um especial dever de cuidado, e não uma mera obrigação de não causar dano.

354 SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil dos cônjuges, *cit.,* p. 138.

355 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família.* Atualizado de acordo com a EC 66/2010. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 296.

4.5.2 Danos por rompimento anterior ao casamento

A celebração do casamento é sempre precedida de um projeto de vida familiar, com promessas e hipoteca de confiança mesmo antes de sua formalização, com ou sem noivado e, embora nosso ordenamento não contenha dispositivo a respeito dos efeitos dessa fase anterior à celebração, existe uma expectativa. Apesar de ser da natureza do matrimônio válido que a manifestação de vontade seja inequivocamente livre, eis que não se pode obrigar quem prometeu casamento a cumprir sua promessa, há hipóteses nas quais o promitente faltoso pode ser obrigado a indenizar os danos decorrentes do descumprimento.[356] Vejamos, em mais espaço.

A promessa de contrair matrimônio fazia-se, no Direito Romano antigo, por uma estipulação em que se utilizava o verbo *spondeo* (prometo). Daí o nome *sponsalia*,[357] esponsais. Com o passar do tempo e mudança dos costumes, a ideia de liberdade no campo matrimonial foi ganhando força pelo que, no Direito clássico, chegou a considerar-se que a promessa de casamento seria destituída de efeito jurídico quanto à obrigação de efetivamente contrair o matrimônio, ou à obrigação de pagar multa contratual para o caso de não cumprimento do acordado.

Desde o Código Civil de 1916 não se regula a lei os esponsais e, consequentemente, tampouco a responsabilidade decorrente do rompimento do noivado, bastava para tanto a aplicação da regra geral da responsabilidade civil, constante do anterior art. 159 da Lei Civil. Também não o regulou o Código Civil de 2002. Entretanto, ao exame do texto do art. 186, estabelece-se a regra geral dos atos ilícitos, que se aplica a todas as relações civis.[358]

Assim, embora não seja novidade, tampouco consequência da fragmentação da família, eis que anterior à sua formação; porém, por haver relação com o tema, aponta-se que se um dos noivos sofrer prejuízo material com a ruptura do noivado, pelas obrigações assumidas típicas aos preparativos das bodas, na hipótese de demonstração de culpa do arrependido, o prejudicado terá direito de

---

[356] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*, *cit.,* p. 427-433.
[357] MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 161.
[358] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 406.

exigir judicialmente a reparação do dano.[359] A questão dos danos morais no rompimento do noivado não é superficial ou inócua, na medida em que visa reparar um grave dano psicológico ou perda material ao noivo ou noiva que teve uma promessa matrimonial quebrada de forma injustificada e, por vezes, até dolosa.[360]

Como norma de ouro das relações humanas, dar a cada um o que lhe pertence, justifica-se também a aplicação dos princípios e efeitos da sociedade de fato ao noivado e a vedação do enriquecimento sem causa como princípio norteador de todo o Direito Civil, nos termos do art. 884 do Código Civil. Como exemplos práticos da sociedade de fato que se efetiva entre os noivos, podemos apontar a aquisição de bem imóvel, mobiliário ou automóvel, com a contribuição de ambos, em nome de apenas um deles.

Isso se afirma, porque, embora o Código Civil de 2002 não tenha tratado dos esponsais, a Constituição Federal de 1988, conforme redação do seu art. 5º, inc. X, por seus princípios regentes, assegura o direito à indenização por danos morais no caso de rompimento injustificado de promessa de casamento – hipótese na qual caberá ação de ressarcimento –, além de eventuais prejuízos de ordem patrimonial, conforme a regra também do art. 186 do Código Civil, segundo a qual fica obrigado a ressarcir aquele que, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem”.[361]

Entretanto, existem situações em que não há possibilidade de atribuir-se responsabilidade civil, isso se justificado o rompimento por mau comportamento do noivo ou da noiva, como a prática de infidelidade, sevícia ou injúria grave, a falta de honestidade, a aversão ao trabalho, ou diante de doença grave. Nesses casos, só será cabível a partição de eventuais bens adquiridos em conjunto.

Conforme a melhor doutrina, pode se efetivar a formatação de sociedade de fato entre os noivos cujo objetivo é a construção de um patrimônio comum, com vistas ao futuro casamento, sendo que, nesse caso, não se detém qualquer tipo de contrato ou documento que estipule os direitos e obrigações dos sócios, nem tampouco os objetivos sociais da empresa, ou registro no órgão competente. Assim

---

[359] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 106-107.

[360] SILVA, Paulo Lins e. O matrimonio – antes, durante e depois: uma visão no direito pátrio e comparado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: IBDFam, 2010. p. 441.

[361] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 107.

sendo, uma vez desfeito o noivado, deve ser provada a contribuição de cada parte para a divisão do bem de acordo com a participação no valor do patrimônio adquirido. Ressalta-se que como o noivado não se confunde com a união estável, não há que falar em partilha dos bens comuns, com a divisão dos bens em metade para cada um dos noivos. “No noivado não há presunção de esforços comuns, nem necessária divisão dos bens ao meio, e deve ser comprovado esforço para a divisão do patrimônio comum, que será partilhado na proporção da contribuição de cada um – é sociedade de fato, não sociedade conjugal”, aponta Carlos Alberto Dabus Maluf.[362]

[362] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 409.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL

Como norma de ouro das relações humanas, dar a cada um o que lhe pertence – *suum cuique tribuere* –, justifica-se também no Direito de Família a aplicação dos princípios que vedam o enriquecimento sem causa como princípio norteador de todo o Direito Civil, nos termos do art. 884 do Código Civil.[363]

E, portanto, na fragmentação da família, quer decorrente do casamento, quer da união estável, aplicável a vedação do enriquecimento sem causa, bem como entendemos ser devida a reparação quando houver o dano moral ou material decorrente das relações familiares.

Como não há critérios específicos para a apuração da responsabilidade civil nas questões relativas ao Direito de Família, devem-se adotar as regras gerais da reparação civil, que abrange a *ação ou omissão*, a presença do *dano material ou moral*, o *nexo de causalidade* entre a conduta positiva ou negativa e o dano material ou moral e a culpa. Quando se trata daquele que pratica ato de vontade e, quer especificamente para atingir efeitos jurídicos, quer não, estamos no campo dos negócios jurídicos. Se aquele que pratica negócios e atos jurídicos, por ação ou omissão, pratica ato contra o direito, com ou sem intenção manifesta de prejudicar, mas efetivamente vem a provocar prejuízo, um dano a outrem, estamos no campo dos atos ilícitos. O ato ilícito pode construir-se de ato único, ou de série de atos, ou de *conduta* ilícita, como leciona Silvio de Salvo Venosa. Portanto, a ação ou omissão ilícita pode acarretar dano indenizável, de responsabilidade na esfera cível do autor e, ainda, a mesma conduta pode ser punível no campo penal. Decorre como efeito da responsabilidade civil, o dever de reparação, pois o responsável, tem a obrigação de restabelecer o equilíbrio rompido, indenizando o que a vítima efetivamente perdeu (dano emergente), bem como o que razoavelmente deixou de ganhar, o chamado lucro cessante (Código Civil, art. 402).[364]

---

[363] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 112.

[364] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1, p. 547-549.

No Direito Civil, na esfera do Direito de Família, importa saber os reflexos dessa conduta ilícita. No crime de lesões corporais, a vítima pode ter sofrido prejuízos, tais como despesas hospitalares, faltas ao trabalho e até prejuízos de ordem moral, se foi submetida à chacota social, se tiver ficado com cicatriz que prejudique seu trânsito social. Dos referidos diplomas legais, decorrem todas as consequências relativas à responsabilidade extracontratual entre nós, também denomina “aquiliana”, em razão de sua origem romana, em que não preexiste um contrato. No campo civil, só interessa o ato ilícito à medida que se apresente um dano a ser indenizado. O Direito Civil, embora tenha compartilhamentos não patrimoniais, como os direitos de família puros, é essencialmente patrimonial.[365]

Especificamente na seara do Direito de Família, imperiosa a tutela do Estado para resguardo dos valores caros à sociedade, sem ferir a intimidade da família, mas com o objetivo de preservar uma base sólida para todas as modalidades – e as novas modalidades da pós-modernidade – de família, pelo que é inafastável a responsabilidade civil de indenizar pelo dano material ou moral, provocado cada qual deles no decorrer das relações de família.

5.1 Exclusão: “O desamor, por si só, não gera o direito à indenização”

Regina Beatriz Tavares da Silva leciona que “o desamor, por si só, não gera o direito à indenização, já que amar não é dever jurídico, inexistindo ato ilícito na falta de amor”,[366] e acrescenta que uma das finalidades do casamento é o *mutuum adjutorium* nos momentos felizes, como nos instantes de infortúnio, de modo que esse dever é um dos objetivos do casamento.[367]

Distinção necessária se faz no tema, quando a relação matrimonial sofre desgaste com o passar do tempo, havendo distanciamento afetivo e físico do casal, de forma que o cônjuge lesado sente dor, tristeza e frustração; porém, não há exposição pública das dificuldades havidas na intimidade ou agressão à honra subjetiva do cônjuge.

---

[365] VENOSA, Silvio de Salvo. *Op. cit.,* p. 560-563.

[366] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. *In*: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; Franciulli, Domingos (coord.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003. p. 1286.

[367] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 50.

Recorda Rolf Madaleno que o desamor não tem previsão legal, pois apenas em virtude da lei alguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, no ordenamento brasileiro. Não há suporte jurídico para se exigir qualquer reparação civil pelo singelo desamor, quando "um dos cônjuges já não mais se sente atraído por seu projeto matrimonial, tratando-se de um sentimento inato". Observa o autor, nesse sentido, que "o que se deve levar em conta é o princípio pelo qual todos têm o dever de não lesar a esfera jurídica de outrem, ou seja, pelo princípio *neminem laedere*, de não ofender ninguém", e conclui que no Direito Brasileiro, a partir da EC n. 66/2010, a indenização pelo abalo moral só teria cabimento em casos excepcionais.[368]

Oportuna a referência, destacada por José Sebastião de Oliveira, sobre aspectos da afetividade nas relações familiares:

> Concentram-se (na afetividade) aspectos como o respeito e a consideração, a assistência moral e a convivência. Neles há sempre um substrato comum que é o afeto, o amor, o vínculo psicológico e emocional entre homem e mulher. Respeito e consideração mútuos são regras morais antes que jurídicas. São requisitos intrínsecos de qualquer convivência mesmo que a lei não os dissesse, e são consequência lógica do envolvimento afetivo entre os parceiros.[369]

A responsabilidade na família não pode ser encarada apenas como consequência dos atos do passado, pois ela tem aspectos pluridimensionais. Assim, não se limita a responsabilidade de natureza negativa e relativa ao passado, mas, o relevante e que constitui desafio é a responsabilidade de natureza positiva, pelos "atos que assegurem condições de vida digna das atuais e futuras gerações", projeta-se para o futuro, como corolário da construção de uma sociedade melhor. Assim, recordamos que "a família, mais que qualquer outro organismo social, carrega consigo compromisso com o futuro, por ser o mais importante espaço dinâmico de realização existencial da pessoa humana e de integração das gerações".[370]

Nesta hipótese, não há que se falar em possibilidade de indenização, pois o sistema jurídico não prevê a obrigação de amar. Há, sim, o dever de respeito e

---

[368] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 353-354.
[369] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002. p. 191.
[370] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade*, cit.,* p. 19.

consideração; portanto, quando a relação passa a ser regida pelo desamor, nenhum dos consortes está obrigado a ficar unido a alguém por quem não mais tem afeto e atração, é o entendimento da doutrina e da jurisprudência. Oportuna a referência de Paulo Luiz Netto Lôbo:

> O problema delicado da responsabilidade nas relações de amor ou de afeto, do ponto de vista da ordem moral (e jurídica) já tinha sido enfrentado por Kant, para ressaltar sua relação com a liberdade. Para ele o amor enquanto inclinação não pode ser ordenado, mas o bem-fazer por dever, mesmo que a isso não sejamos levados por nenhuma inclinação e até tenhamos aversão, "é amor prático e não patológico, que reside na vontade e não na tendência da sensibilidade", e pode ser ordenado.[371]

O que o ordenamento não pode admitir é que haja exposição vexatória ou desrespeito afrontoso por um dos cônjuges no rompimento do vínculo conjugal, em prejuízo de todos os integrantes da família. Se o afeto não mais existe, a civilidade demanda que respeitosamente haja o rompimento, com resguardo das necessidades materiais e emocionais da parte lesada e dos filhos, sempre atingidos em sua esfera psíquica nesta ruptura, em qualquer faixa etária.

A evolução dos direitos fundamentais permite falar em danos morais decorrentes da violação dos direitos da personalidade, ainda que não constem expressamente no Código Civil e na Constituição Federal. A busca do amor-respeito, fruto de um estágio mais avançado no desenvolvimento do reconhecimento do outro e da realidade social, colabora no respeito à honra subjetiva e à honra objetiva, pelo que útil uma análise interdisciplinar para viabilizar a reparação das violações, pelo que oportuno destacar:[372]

> A dignidade não tem um conteúdo único. Da mesma forma, a personalidade não o tem, cabendo à interpretação doutrinária e jurisprudencial contextualizar e quantificar a ameaça ou dano, contando também com o aporte de *experts* que possam avaliar sua extensão em uma atividade multidisciplinar.[373]

---

[371] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade, *cit.,* p. 19.
[372] TARTUCE, Flavio; GROENINGA, Giselle Câmara. Dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar, *cit.,* p. 107.
[373] *Id. Ibid.,* p. 108-111.

Quanto à possibilidade de responsabilizar pelo desamor, referido para a hipótese de paternidade, mas que pode ser ampliada para as relações familiares em geral, oportuna a citação de Alvaro Villaça Azevedo:

> A dor pelo não reconhecimento do amor é constante nos atos de nossa existência e necessitam de uma indenização, para penalizar a negligência, descaso, o desamor, que devem ser medidos de caso para caso, ainda que sua configuração material seja, *pro forma*, simbólica. Ninguém pode ser obrigado a amar, pois esse é também um direito da personalidade de quem exerce esse sentimento. Por tal razão, como menciona a Ministra Nancy Andrighi, a falta de cuidado deve ser apenada, para que não se desrespeite essa verdadeira responsabilidade social.[374]

Dessa forma, embora o desamor, por si só, não gere o direito à indenização, sendo indispensável o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam, o ato ilícito, marcado pela violação dos deveres familiares ou conjugais e dano moral ou material, para que caiba a reparação civil na dissolução da sociedade conjugal, os deveres de cuidar e respeitar são imperativos.

5.2 Responsabilidade civil e Emenda Constitucional n. 66/2010

Desde o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, parte considerável da doutrina passou a entender que estaria extinta a possibilidade de ajuizamento de separação judicial, bem como teria ocorrido extinção de possibilidade de se discutir culpa, especialmente no divórcio, sob o argumento de que o divórcio constitui direito potestativo, inviabilizando questionamentos quanto ao descumprimento de deveres, eis que “o divórcio, da Emenda Constitucional n. 66/2010, impede inapelavelmente, qualquer ensaio de discussão de culpa”, ainda,

> se o divórcio como direito potestativo do requerente da ação não permite a perquirição processual da culpa, é obvio que nenhuma das partes irá encontrar no processo de divórcio um espaço para expor sua intimidade e suas frustrações conjugais.[375]

---

[374] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Afeto na relação familiar. *In*: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013..

[375] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 394-395.

Embora defensores da impossibilidade de questionamentos relativos à culpa pelo fim do casamento, na separação e no divórcio, até mesmo apontem que o pagamento de pensão alimentícia sofreria impacto da Emenda, mesmo ausente revogação expressa, José Fernando Simão, defensor do banimento do instituto da separação, esclarece que:

> a partir da emenda constitucional, a culpa será debatida no *locus* adequado em que surtirá efeitos: a ação autônoma de alimentos ou eventual ação de indenização promovida pelo cônjuge que sofreu danos morais, materiais ou estéticos.[376]

Entretanto, ainda que não haja discussão de culpa para decretação do divórcio, oportuna a lição de Graciela Medina sobre a indenização por danos na esfera das relações familiares:

> La culpabilidad o inocencia son indiferentes para obtener el divorcio vincular y adquirir una nueva aptitud nupcial, pero el ordenamiento jurídico no puede ni debe mantenerse indiferente a la hora de resarcir o reparar los daños producidos dolosamente o culposamente en el seno del matrimonio.[377]

Neste contexto, embora a dor moral decorrente de rompimento da relação conjugal não seja por si indenizável, as práticas ilícitas realizadas durante o casamento, inclusive as que acarretam a ruptura da sociedade conjugal, como a transmissão de moléstia infecciosa, comportamento injurioso, então condenação criminal por adultério ou bigamia, são passíveis de gerar direito à reparação. Dessa posição partilham também Josserrand, Planiol e Ripert.[378]

Atualmente, corrente doutrinária entende ser cabível a cumulação de pedido de separação judicial culposa com pedido de reparação de danos materiais e morais, entre eles Carlos Alberto Dabus Maluf e Regina Beatriz Tavares da Silva,

---

[376] SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional 66/2010, a revolução do século em matéria de direito de família. *In:* LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família:* novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011. p. 98-109.

[377] MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado*,* cit. Tradução livre: A culpa ou inocência é indiferente para obter o divórcio vincular e adquirir uma nova aptidão nupcial, mas o sistema legal não pode nem deve permanecer indiferente quando se trata de reparação ou indenização pelos danos produzidos por dolo ou culpa no âmbito das relações matrimoniais.

[378] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 107-112.

sob entendimento de ser cabível a aplicação dos princípios da responsabilidade civil no rompimento culposo da sociedade conjugal, com fundamento no art. 186 do Código Civil de 2002, regra geral da responsabilidade civil, pela qual “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.[379] Porém, corrente majoritária, encampada pelo IBDFAM, por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, entre outros, não admite discussão de culpa na ruptura conjugal, entendendo que o remédio para situações de conflito conjugal é meramente o ajuizamento de ação de divórcio.[380]

Para os doutrinadores que admitem discussão de culpa, como Regina Beatriz Tavares da Silva[381] e Carlos Alberto Dabus Maluf,[382] quando o rompimento do casamento ocorrer com sério descumprimento de deveres conjugais, com exposição e humilhação públicas que afetem o outro cônjuge, está configurado o ato ilícito, e se daí decorrerem danos ao consorte, estarão preenchidos os pressupostos da responsabilidade civil, como dispõe o art. 927 do CC, a saber: o ato ilícito, o dano e o nexo causal.

Esta também é a opinião de Inácio de Carvalho Neto, mesmo antes da Emenda referida, no sentido de que “o adultério, forma mais grave de violação do dever de fidelidade, gera indiscutivelmente um dano moral indenizável, sobretudo quando vem a conhecimento público.”[383]

Para Zeno Veloso, “não há motivo ou razão” para afastar a questão da responsabilidade civil das relações familiares, uma vez que a separação judicial com base na quebra de deveres conjugais pode, sim, ser cumulada com pedido de reparação de danos materiais ou estéticos, inclusive dos três, juntos, somados.[384]

Na esfera do Direito de Família, considerando-se o âmbito das relações conjugais, despiciendo provar previamente os danos específicos causados pelo

---

[379] SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIUZA, Ricardo; VELOSO, Zeno. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. Coordenador até a 5.e d. Ricardo Fiuza. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 215-218.

[380] MADALENO, Rolf. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFam, 2015. p. 615.

[381] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p.164 e ss.

[382] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 360.

[383] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 280-283.

[384] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 357.

ofensor ou sofridos pelo ofendido, devendo ser levada em juízo a prova do fato que gerou a dor, o sofrimento e demais sentimentos íntimos dele decorrente. Na atualidade, nas hipóteses de injúria, difamação e calúnia previstas no art. 953 do Código Civil, é prevista a fixação equitativa da indenização, se o ofendido não puder provar seu prejuízo material. Encontramos no art. 954 do mesmo Código o fundamento para a indenização por ofensa à liberdade pessoal.[385]

O fundamento constitucional para reparação de danos no âmbito familiar encontra-se no princípio de proteção da dignidade humana, conforme art. 1º, III, bem como no art. 5º, X e § 2º, que estabelecem a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação, e no art. 226, § 8º, que prevê o dever do Estado de assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.[386]

Embora não seja da tradição do Direito Brasileiro a reparação pecuniária de ilícitos civis no campo do Direito de Família, a tutela da confiança e do comportamento solidário e ético previstos no ordenamento ganha especial visibilidade quando configurado o dano moral pela dor efetiva, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfiram intensamente no comportamento psicológico do indivíduo e ou da prole, causando-lhes aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar.[387] A reparação do dano moral não visa reconstruir o patrimônio da vítima. A rigor, visa compensar satisfatoriamente o sofrimento passado, sendo o dinheiro a única forma conhecida, de proporcionar meios para que a vítima minore seu sofrimento; enquanto para o agressor, anota Clayton Reis, “tem um sentido punitivo, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo”.[388]

Mário Moacyr Porto, abordando a responsabilidade civil entre cônjuges, admite a cumulação do processo ordinário de separação judicial, com pleito de indenização do dano resultante de injúria proferida contra consorte, refletindo o ultraje desastrosamente na reputação social ou profissional do parceiro.[389]

---

[385] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 358.
[386] *Id. Ibid.,* p. 358-359.
[387] REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 421.
[388] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.
[389] PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 1989.

Considerando-se os efeitos da Emenda Constitucional n. 66/2010, que facilitou no Brasil o divórcio e, por consequência, a fragmentação da família, ao eliminar quaisquer condicionantes ou lapsos temporais para implemento da quebra do vínculo – que inclusive pode ocorrer de forma sucessiva, tudo em nome da *felicidade,* da *liberdade* e da *dignidade da pessoa humana*, entendemos que a ponderação de interesses deveria permitir sopesar os efeitos deletérios –, em sua quase totalidade prejudiciais à prole, com raras exceções decorrentes de violências graves físicas ou morais, à pessoa do cônjuge e ou dos filhos – sobre as relações familiares e, portanto, ao não fazê-lo, acaba por facilitar relações superficiais e que afrontam a confiança e a boa-fé.

5.3 Danos derivados do dever conjugal e danos derivados do rompimento matrimonial. Hipóteses exemplificativas

Quanto à separação judicial, admitida por Carlos Alberto Dabus Maluf, mesmo após a EC n. 66/2010, parte da doutrina entende que todas suas causas culposas podem importar, dentro dos conceitos de conduta desonrosa ou violação de qualquer dos deveres do casamento, em um ato ilícito, capaz de ocasionar lesão factível de reparação.[390]

Nessa perspectiva, é nosso entendimento que a possibilidade potencial de responsabilidade civil, nesta seara das relações familiares, estimularia comportamento dos cônjuges mais consentâneo com as regras de respeito e de boa convivência; portanto, entendemos de todo recomendável maior aplicação da responsabilidade civil na esfera familiar.

Na categoria de ilícitos familiares, as ofensas à honra matrimonial, a simples negligência ou imprudência pela transmissão ao outro cônjuge de enfermidade contagiosa, a recusa injustificada ao reconhecimento da paternidade biológica extramatrimonial, assim como a imputação caluniosa de adultério, ou demanda arbitrária de interdição, constituem casos de grave violação dos deveres conjugais.

Como exemplo de injúria grave, podemos recordar a hipótese do cônjuge que mantém relacionamento homossexual com terceiros ou, ainda, toda sorte de

[390] MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 357.

relacionamento extraconjugal íntimo, como abraços, beijos, ainda que não se configurem as relações sexuais propriamente ditas. Por decorrência do adultério, o cônjuge traído poderá suportar danos de ordem material e moral, ambos devem ser recompostos, ainda que cumulativamente.[391]

No direito de família há autores que buscam relativizar a incidência do dano moral no adultério, na esteira do entendimento de Sebastião Luiz Amorim e Euclides de Oliveira, quando defendem o entendimento no sentido de que essa cumulação de sanções do Direito de Família com a responsabilidade civil por danos morais, no caso de infidelidade conjugal dá-se quando da prática de adultério “em despudorada exibição pública da amante, a causar constrangimento ao cônjuge traído”.[392]

Na pós-modernidade, surgiu uma forma de adultério, o chamado “adultério virtual” ou “infidelidade virtual”, com os chamados “sites de entretenimento adulto”, com possibilidade de comunicação virtual, visual e verbal, do ofensor com terceiro, com intuito libidinoso, pela internet ou pelas redes sociais, que também infringe o dever de fidelidade. Questão ainda tormentosa é delimitar a esfera de caracterização de infração dos deveres conjugais quando em cotejo com a inviolabilidade da intimidade, na questão de infidelidade virtual, haja vista a intimidade ser protegida pelos princípios constitucionais, como aponta Rodrigo da Cunha Pereira:[393]

> Infidelidade, relações adulterinas e extraconjugais, como se disse, sempre existiram e vão continuar existindo. A prática e a forma dessas infidelidades, ao longo do tempo, são variações em torno do mesmo tema: cintos de castidade, excomunhão, sanções civis, penais ou morais. Uma das mais recentes formas de infidelidade conjugal é aquela que se estabelece através da Internet. É uma questão nova para o Direito e já estamos tendo que nos haver com ela. Aqueles que se conhecem, encontram, namoram ou navegam juntos no ambiente da rede de computadores estariam de fato estabelecendo uma relação? Por exemplo, se um marido descobre que sua mulher tem um "relacionamento amoroso" pela Internet, poder-se-á, do ponto de vista jurídico, caracterizar tais atos como adulterinos, com implicações na lei civil e penal? Considerando que o adultério pressupõe encontro carnal entre as partes, e que o encontro via computador é virtual, isto é, segundo o Dicionário Aurélio "existe apenas como faculdade, porém sem exercício ou efeito atual", poderíamos

[391] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 52-57.
[392] AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides. *Separação e divórcio*: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Leud, 2001. p. 208-209.
[393] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Adultério virtual. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 1, n. 1. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/154/adulterio-virtual. Acesso em: 20 jul. 2018.

> dizer que estaria criada a nova figura jurídica do adultério virtual? Ou adentraríamos à discussão da invasão de privacidade e provas ilícitas? A partir dessa nova realidade cibernética, os ordenamentos jurídicos terão que rediscutir e reformular alguns de seus conceitos estabelecidos para adultério e infidelidade. Não trazer essa discussão é deixar de fora do universo jurídico essas novas relações, cada dia mais frequentes. Ignorá-las é omitir o cumprimento das funções jurídicas de tentar colocar limites e barrar um gozo cujo excesso pode ser inviabilizador das relações.

O abandono do lar por um dos cônjuges, conforme Inácio de Carvalho Neto, especialmente quando se tratar daquele mantenedor da família, pode indiscutivelmente causar danos materiais ao outro, com a privação do necessário para o seu sustento, com tipificação penal no art. 244, do Código Penal. Independentemente de se tratar do cônjuge que mantém o sustento material da família, além dos danos materiais propriamente ditos, com frequência o abandono provocará danos morais indenizáveis. É certo que uma ação de alimentos poderá afastar a necessidade, mas, até que seja ela proposta, que sejam fixados os alimentos provisórios e lograr intimação do alimentante ou desconto em folha para pagamento, grandes danos já poderão se ter configurado, além dos danos morais, irressarcíveis pelos alimentos.[394]

Outros motivos que podem ensejar a obrigação de indenizar, segundo a doutrina, envolve aspectos relativos ao descumprimento dos deveres conjugais, a recusa ao ato sexual, como infração ao débito conjugal, ocasiona, frequentemente, sérios problemas psicológicos na vítima. Como o ato sexual configura uma necessidade fisiológica, sua falta pode causar diversos distúrbios. Aquele que injustamente se recusa ao ato sexual, além de dar causa à separação culposa, ou ao divórcio, por infração ao dever de vida em comum no domicílio conjugal, está também praticando ato ilícito, podendo ser obrigado a reparar eventuais danos ocasionados a seu consorte.[395]

Para Regina Beatriz Tavares da Silva, a recusa ao ato sexual, por si só, constitui grave descumprimento dos deveres conjugais, configurando dano moral, passível de indenização.[396]

Pode-se apontar, ainda, outras hipóteses fáticas que podem dar margem à obrigação de indenizar, como a prática de coito anal e demais práticas sexuais ditas

---

394 CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*, *cit.,* 3. ed., p. 310.
395 *Id. Ibid.,* p. 311.
396 SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

anormais (sodomia, sadomasoquismo etc.) com dissenso expresso, pois essas práticas sexuais anormais, efetivamente, não correspondem ao débito conjugal. Havendo consentimento na prática, ainda que tácito, ou até mesmo pura tolerância, não se pode falar em obrigação de indenizar. Quanto à transmissão de doenças, pode ocorrer a transmissão, dolosa ou culposa, de doenças de um cônjuge ao outro, gerando a possibilidade de obrigação de indenização. A hipótese mais comum é a de transmissão de doenças venéreas e AIDS. A caracterização do dever de indenizar requer atitude dolosa ou culposa do cônjuge na transmissão da doença, assim como se requer dolo ou culpa em qualquer outro caso. Se ao cônjuge portador da doença não se pode atribuir nenhuma conduta no mínimo culposa, por exemplo, contágio por AIDS havido em consultório odontológico, não se poderá falar em obrigação de indenizar quando o transmissor desconhecia este fato de estar contaminado, transmitiu-a a seu consorte, portanto, ausente o dolo ou culpa. A mesma situação se apresenta com relação à transfusão de sangue contaminado em cirurgia. Não há, na hipótese, responsabilidade objetiva.[397]

Observa-se que não se exige necessariamente conhecimento da existência da doença pelo cônjuge que a transmite, pois pode ocorrer que a conduta culposa tenha sido até mesmo anterior à aquisição da doença pelo cônjuge que vem a transmiti-la. Como exemplo dessa hipótese, do cônjuge que mantém relacionamento extraconjugal com pessoa de conduta sexual duvidosa, dela adquirindo doença venérea ou AIDS, transmitindo-a posteriormente ao seu consorte. Sem se levar em conta o adultério cometido, ainda que o cônjuge culpado não tenha ciência da aquisição da doença, sua atitude culposa se revelou no ato mesmo de aquisição da doença depois transmitida. Há na hipótese, patente responsabilidade civil.[398]

[397] CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*, *cit.,* 3. ed., p. 312-313.
[398] *Id. Ibid.,* p. 313.

6. CONSEQUÊNCIAS DA FRAGMENTAÇÃO DA FAMÍLIA

Conforme leciona Regina Beatriz Tavares da Silva, na fragmentação da família podem ocorrer danos das mais diversas ordens, além de sofrimento pela ruptura, solidão do cônjuge divorciado para educar os filhos, prejuízos como despesas excepcionais de mudança de domicílio, perda de ganhos nos empreendimentos dos cônjuges. Portanto, além de necessidade de alimentos, pode haver danos de "natureza material e/ou moral, o que é mais uma razão para que seja possível a existência concomitante dos dois institutos: prestação compensatória e reparação de danos".[399]

Diversas são as perdas e as formas de violência emocional e moral que resultam da fragmentação da família, em especial contra a mulher, como observado por Adélia Moreira Pessoa, ao comentar a Lei n. 11.340/2006, que envolvem a "violência patrimonial, no momento da partilha de bens, com desvios de bens e posse exclusiva de bens comuns",[400] que demandam atenção e providências que não podem mais aguardar para serem reparadas.

Como forma de enfrentamento dessa violência patrimonial, que atinge todas as classes sociais, embora não seja objeto fulcral no presente trabalho, mister recordar a conveniência de aplicação de novos paradigmas na solução de velhos problemas.

Historicamente, a mulher vem sendo vitimada, eis que

> muitas vezes, na iminência ou durante o processo de dissolução da união estável ou do divórcio, ocorre a destruição ou subtração de bens particulares da mulher ou de sua parte na meação dos bens comuns, por exemplo, com a alienação de bens móveis.[401]

E, acrescentamos, a violência se perpetua contra as mulheres ao buscarem amparo no Poder Judiciário e, não raras vezes, em nome da igualdade constitucional – apenas formal, ressalte-se – entre homens e mulheres, terem

---

[399] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 154-155.
[400] PESSOA, Adélia Moreira. Patriarcado sustenta a reinvenção da violência. *Revista IBDFam.* XII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Edição 46 – Especial, ago./set. 2019. p. 13.
[401] *Id. Ibid.,* p. 13.

negados os seus pedidos de alimentos quando da fragmentação da família, obtendo como insensível fundamento da negativa a justificativa de que as mulheres não teriam necessidade de amparo ou de alimentos por terem plenas condições de saúde e estarem aptas ao trabalho.

Antes de referirmos aos institutos da prestação compensatória e da reparação de danos, como novos paradigmas, abordaremos alguns aspectos dos alimentos no direito de família.

Os alimentos visam à pacificação social, amparados pela Constituição Federal, pelos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, devendo compreender as necessidades vitais da pessoa, englobando a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, conforme especialmente previsto no art. 6º, da Constituição Federal de 1988. Prevê, também, o art.1.694 do atual Código Civil de 2002, que a verba alimentar é destinada a assegurar todos os bens jurídicos aos quais vinculou-se o beneficiário, de modo compatível com a condição social adquirida, aplicando tal artigo ao casamento e na união estável.[402]

Quanto ao direito aos alimentos entre cônjuges ou companheiros, os quais não mantêm entre si relação de parentesco, podem ser pedidos por um deles, ainda que o casal esteja a conviver sob o mesmo teto, desde que demonstrado pelo reclamante que o outro não tem atendido às suas necessidades vitais.[403]

Os alimentos dependem de necessidade e são variáveis conforme os critérios da necessidade/possibilidade/razoabilidade, enquanto a reparação civil independe da situação econômica do prejudicado e tem caráter definitivo, ou seja, não pode ser suprimida, aumentada ou reduzida. Prevaleceu, quanto ao art. 1.694 do Código Civil, ser este

> disposição legal genérica e não pode ser entendida como parâmetro objetivo, sustentando que o conceito deve ser interpretado com temperança, fixando-se a condição social anterior dentro de patamares razoáveis, que permitam acomodar as variações próprias das escolhas profissionais, dedicação ao trabalho, tempo de atividade entre outras variáveis.

---

[402] TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFam, 2015. p. 507-508.

[403] FUJITA, Jorge Shiguemitsu*. Op. cit.,* p. 324-325.

Dessa forma, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fundado em julgamento paradigmático,[404] interpretou a aplicação do disposto no art. 1.695 do Código Civil no sentido de haver "plena inserção da mulher no mercado de trabalho" e com o afastamento de alimentos com caráter parasitário; portanto, entre ex-cônjuges somente em casos excepcionais o ex-cônjuge deve ser pensionado, embora Flavio Tartuce afirme que "os alimentos constituem uma categoria jurídica feminina, na civilística no Direito de Família nacional".[405]

No passado, as circunstâncias culposas da separação eram exclusivamente questionadas com vistas à pensão alimentícia. Antes da vigente Lei do Divórcio, os alimentos sempre eram concedidos à mulher, por presunção de sua necessidade, conforme norma textual da Lei n. 5.478/68, em seu art. 4º. Com o advento da lei do divórcio e já mais próxima de uma igualdade dos sexos, dentro e fora do casamento, como princípio da Constituição Federal de 1988, historicamente o Direito Brasileiro seguiu perquirindo a responsabilidade conjugal pela separação, contudo sem a mesma importância anterior, em que só existia decreto separatório quando identificado o cônjuge culpado pela falência da sociedade matrimonial, isso quando ambos não restavam reciprocamente responsáveis.[406]

O legislador brasileiro, na atualidade, cada vez mais se aproxima da eliminação do exame da culpa nos processos judiciais de separação litigiosa, praticamente excluindo essa possibilidade no divórcio.[407] Há, no entanto, em sentido diverso, algumas decisões que sinalizam no sentido de ser viável a reparação do ex-cônjuge que sofreu dano moral por descumprimento dos deveres conjugais, inclusive com reconhecimento de que a conduta infiel do cônjuge durante o casamento, em tese, pode justificar pedido de indenização por dano moral, desde que a infidelidade praticada provoque grave exposição ou humilhação ao outro cônjuge, cabendo o dever de indenizar em razão de violação dos direitos da personalidade, bem como da violação ao princípio da eticidade e da dignidade da pessoa humana,[408] com exigência de prova de todos os elementos da

---

[404] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 933.355/SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 25.03.2008, *DJ* 11.04.2008, p. 1.
[405] TARTUCE, Flávio. Alimentos, *cit.,* p. 508-509.
[406] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 292.
[407] MADALENO, Rolf. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, *cit.,* p. 356.
[408] TJDF – APL n. 20150111294290 0037844-87.2015.8.07.0001 Rel. Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira, Sétima Turma Cível, julgado em 26/04/2017, *DJe* 18.05.2017.

responsabilidade civil prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil, quais sejam, a conduta dolosa ou culposa, o dano e o nexo de causalidade.[409] Ainda, em outro julgado exigindo-se que a postura do cônjuge infiel seja ostentada de forma pública, comprometendo a reputação, ridicularizando, ofendendo a dignidade e a imagem do cônjuge ou companheiro em sociedade[410] ou quando do relacionamento extraconjugal resulte no nascimento de um filho, cuja paternidade só foi descoberta mediante exame de DNA, gerando o dano moral por exposição perante familiares e amigos,[411] devendo a ação de indenização por danos morais fundada na infidelidade conjugal ser movida em face do cônjuge infiel, e não do coautor da infidelidade.[412-413]

Os alimentos sempre tiveram destinação específica de subsistência do parceiro desprovido de recursos próprios para sua manutenção, não se confundido jamais com pagamento de indenização por motivo de dissolução culposa de matrimônio, embora parcela da doutrina insista em negar a indenização quando os danos decorrem de separação culposa, por considerá-los cobertos com a pensão alimentícia em favor do inocente.[414]

Leciona Arnaldo Rizzardo que o dever de prestar alimentos decorre da solidariedade humana e econômica que deve imperar entre os membros da família. Existe o dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Prossegue o autor apontando que a proteção aos familiares é inclinação natural ou instinto, que também se encontra nos animais, visando a perpetuação da espécie e, assim, a ninguém é dado isentar-se desse encargo, exceto por motivos relevantes, tendo em vista o interesse superior de preservação da vida humana, pela garantia dos meios de subsistência. Os meios reservados para assegurar essa garantia e os instrumentos legais disponibilizados pelo Estado

---

409 TJMG – APL n. 1.0701.14.019776-8/001, Rel. Desembargador Pedro Bernardes, Nona Câmara Cível, julgado em 15.03.2016.

410 TJES – APL n. 0002963-55.2010.8.08.0026, Rel. Ministro Annibal de Rezende Lima, Primeira Câmara Cível, julgado em 06/10/2015, *DJe* 14.10.2015.

411 TJSP – APL n. 0002188-78.2007.8.26.0629, Rel. Desembargador Luiz Antonio de Godoy, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 13.11.2012, *DJe* 14.11.2012.

412 STJ – Resp1122547/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.11.2009, *DJe* 17.11.2009.

413 Disponível em: https://www.correioforense.com.br/danomoral/possibilidade-de-indenizacao-por-dano-moral-nos-casos-de-infidelidade-conjugal/. Acesso em: 4 jan. 2020. Possibilidade de indenização por dano moral nos casos de infidelidade conjugal – Dano Moral – Correio Forense. Gillielson Maurício Kennedy de Sá.

414 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 950.

corroboram que a obrigação alimentar se reveste de caráter publicístico, por exemplo, a renúncia aos alimentos ou a sua fixação em quantum irrisório, neste sentido conferindo a lei aos juízes a faculdade de recusar a homologação de acordos prejudiciais ou aviltantes a uma das partes, pois as obrigações devem ser compatíveis com a dignidade humana.[415]

A jurisprudência argentina sedimentou, na década de 1980, não sem discussão, na lição de Augusto C. Belluscio o critério de que:

> [...] independentemente de pensão alimentícia concedida a cônjuge inocente para reparar os prejuízos decorrentes do divórcio em si, o cônjuge podia obter indenização de danos e prejuízos, se resultasse dos fatos que haviam motivado a dissolução do vínculo nupcial um prejuízo material e moral distinto daquele que originou a ruptura do casamento, e que a pensão teve por objetivo reparar. Portanto, não há que se confundir a pensão alimentícia com o ressarcimento do ato ilícito conjugal ou mesmo paterno.[416]

Valiosas as considerações de Graciela Medina sobre o dever de assistência entre cônjuges e a possível reparabilidade dos danos nas relações familiares, conforme o ordenamento jurídico argentino:

> La violación al deber de asistencia entre los cónyuges contemplada en el art. 431 del Cód. Civ y Com. constituye un acto de violencia que puede ser: física si produce dolor, daño o riesgo de producirlo; psicológica si causa daño emocional o disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o degrada, humilla, cause perjuicio a la salud psicológica del cónyuge; económica y patrimonial, si se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales del cónyuge a través de la limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna. El daño producido por la violencia generada por la falta al deber de asistencia, debe ser reparado siendo insuficiente el sistema jurídico familiar para indemnizarlo. Así ni el régimen de la pensión compensatoria, ni el sistema de alimentos post divorcio, ni los efectos indirectos del incumplimiento de los deberes familiares son suficientes para paliarlos.[417]

---

[415] RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, *cit.,* p. 717-718.

[416] BELLUSCIO, Augusto C. *Responsabilidad civil em el derecho de família*: daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983. p. 5.

[417] MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado*,* cit. Tradução livre: A violação do dever de assistência entre os cônjuges a que se refere o art. 431 do código Civil e Comercial constitui um ato de violência pode ser: físico, se ela provoca dor, dano ou risco de produzir, psicológico se causar dano emocional ou diminuição da autoestima ou danos e perturba o completo desenvolvimento pessoal, degradar ou humilhar, causar danos para a saúde psicológica do cônjuge; econômico e patrimonial, se visar causar prejuízo aos recursos econômicos ou patrimoniais do cônjuge, por meio da limitação dos recursos econômicos destinados a satisfazer suas necessidades ou privação dos meios indispensáveis para viver uma vida digna. O dano produzido pela violência gerada pela falta de dever de assistência deve ser reparado, e o sistema jurídico familiar é insuficiente para compensá-lo.

Portanto, não há como confundir a pensão alimentícia com os alimentos compensatórios ou com o ressarcimento do ato ilícito conjugal, pois a indenização dispensa a averiguação das necessidades do seu destinatário, assim como sequer se limita ou vincula à fração das rendas do alimentante e muito menos está sujeita à revisão, como lembra Omar U. Barbero. Também não cessa pela ocorrência de novo matrimonio do cônjuge credor, ao mesmo tempo em que a indenização do Direito de Família estimula os demais integrantes da comunidade a cumprirem com os deveres éticos impostos para as relações familiares.[418]

A pensão alimentícia segue sendo vista como um dever de satisfação, que marido e mulher devem entre si e para com seus filhos, em um propósito que transcende o matrimonio, no sentido de contribuir para a satisfação das necessidades materiais da família. É correto afirmar que existe na obrigação alimentar uma dose muito forte de um dever moral de assistência, como obrigação imposta em lei, mas com vigência durante o matrimônio, quando o par reciprocamente se apresenta para repartir afeto, dificuldades e alegrias próprias de uma desejada convivência e que desaparecem quando cessa essa mesma convivência.

Em relação aos alimentos entre cônjuges, o dever de alimentos tem sido mitigado pela jurisprudência, limitando-se, em geral, a casos de inquestionável necessidade, por vezes deixando em situação bastante desfavorável o cônjuge que se dedicou aos cuidados do lar e da prole, enquanto o outro pôde concentrar seu tempo, esforços e capacidade, com isenção de preocupação quanto às desgastantes rotinas da família, à ascensão profissional e financeira. Recorda Teresa Ancona Lopez, ao buscar a justa exegese do art. 1.707 do atual Código Civil, que:

> Há camadas de mulheres que necessitam viver de pensão do ex-marido. Explicando melhor, em certos casamentos, a mulher não se pode profissionalizar, pois além do marido não permitir, as circunstâncias domésticas não permitiram. Dessa forma, aquela mulher que ficou em casa cuidando do marido e dos filhos, trabalho esse exaustivo e desgastante, apesar de compensador, não pode e não consegue, agora, mais velha, arranjar um emprego para começar a se sustentar. Isso é desumano e praticamente impossível... Por tudo isso, não se vê como

Assim, nem o sistema de alimentos compensatórios, nem o sistema alimentar pós-divórcio, nem os efeitos indiretos do não cumprimento das obrigações familiares são suficientes para aliviá-los.

[418] MADALENO, Rolf. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*, *cit.,* p. 357.

> desobrigar, nessas circunstâncias, um ex-marido de pensionar a então mulher.[419]

No entanto, conforme Mário Delgado refere, a nova realidade aponta para que não haja o pensionamento entre ex-cônjuges, mitigando o princípio da solidariedade e o da assistência entre ex-cônjuges, que, no entender do autor, deve ser buscado amparo junto aos filhos e demais parentes:[420]

> A jurisprudência consolidada no âmbito do STJ mostra-se, assim, consentânea com a nova realidade de isonomia entre os parceiros conjugais e aponta para um norte muito claro de extinção dos alimentos devidos entre ex-cônjuges, que só devem ser fixados em situações muito excepcionais, quando um dos cônjuges encontra-se impossibilitado de trabalhar e, simultaneamente, não possua outra fonte de renda. Verificada tal situação, os alimentos podem ser expressamente fixados com lastro na incapacidade laboral permanente ou na impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. Repita-se que, mesmo nesses casos, a obrigação de sustento, decorrente do princípio da solidariedade, deve ser direcionada preferencialmente aos parentes, especialmente aos filhos maiores e capazes.

Neste contexto, como apontado por Teresa Ancona Lopez, mostra-se desumano e praticamente impossível àquela mulher que se dedicou exclusivamente – ou quase exclusivamente – à família e aos filhos, já mais velha e distante do mercado de trabalho, conseguir emprego ou colocação profissional condizente com o padrão que desfrutou durante a vida de casada. Exigir o impossível de mulheres e mães que não estão no pleno desenvolvimento de suas carreiras e aptas ao mercado de trabalho é denegação da justiça.

Portanto, oportuno rever, quando da fragmentação da família, os atuais critérios de concessão de alimentos naturais e civis – eis que geralmente são negados ou, se concedidos, são fixados em valores irrisórios e por período transitório – bem como entendemos ser medida de justiça, por aplicação dos princípios gerais de Direito e dos princípios protetivos da família, o exame da situação fática quando do divórcio ou do término da união estável, para a justa fixação de alimentos compensatórios.

---

[419] LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7. v. 7.

[420] DELGADO, Mario Luiz. Pensão alimentícia entre cônjuges é categoria em extinção. *Conjur*, 26 jul. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/mario-delgado-pensao-alimenticia-entre-conjuges-extincao. Acesso em: 11 jun. 2018.

Como afirmado por Regina Beatriz Tavares da Silva, “não há como proteger a família se não for por meio da proteção aos seus membros.”[421]

6.1 Alimentos compensatórios

Os alimentos tradicionalmente são destinados a remediar necessidades cuja satisfação não pode ser declinada nem adiada, portanto, com nítido caráter assistencial e não indenizatório, conforme ensina Lafayette Rodrigues Pereira.[422]

Ensina o mesmo autor, quanto a esses alimentos, eles se dividem ordinariamente em naturais – estritamente necessários para a manutenção da vida – e civis – os que são taxados segundo os haveres e a qualidade das pessoas.[423]

Prevê o Código Civil de 2002, em seu art. 1.694, *caput*, que “podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive atender às necessidades de sua educação”, redação mais completa, ressalte-se, que a prevista no Código Civil de 2016, em seu art. 396, por dar tratamento semelhante ao cônjuge e demais parentes e referir, expressamente, o que são alimentos civis, também denominados “côngruos”, o “dever de ministrar comida, vestuário, habitação e demais recursos econômicos necessários, tomando-se em consideração a idade, a condição social e demais circunstâncias pertinentes ao familiar em situação de necessidade”.[424]

Alimentos não traduzem um tema afeto apenas ao direito das famílias, sendo possível falar-se em alimentos voluntários ou, até mesmo, alimentos decorrentes da reparação civil, como ensina Carlos Roberto Gonçalves.[425]

Como tópico pertinente ao tema dos novos paradigmas nas dissoluções familiares, além dos tradicionais alimentos naturais e civis, coloca-se a questão relativa à possibilidade de haver uma espécie de compensação financeira ao

---

[421] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 194.
[422] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956. p. 337.
[423] *Id. Ibid.,* p. 328.
[424] CAHALI, Youssef Said. *Dos alimentos.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013. p.18.
[425] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6. p. 502-503.

término da relação afetiva, assunto que ora referiremos, os alimentos compensatórios e, em mais espaço, a compensação de amparo[426].

A finalidade dos alimentos compensatórios é prestar compensação financeira devida por uma das partes da sociedade conjugal ou da família convivencial que, pela ruptura da família, é levado à situação de inferioridade econômica em decorrência de circunstâncias fáticas, para evitar que mude bruscamente as suas condições sociais, de forma negativa.[427]

No Direito Francês, a principal distinção entre pensão alimentícia e prestação compensatória é que, nesta, o caráter é definitivo, previsto no art. 273 do Código Civil Francês, não podendo ser revista, nem mesmo em ocorrendo a hipótese de modificação das possibilidades do devedor ou das necessidades do credor, salvo em excepcionais e graves circunstâncias, determinando o art. 271 do mesmo Código que a prestação compensatória é fixada segundo as necessidades do cônjuge a que se destina e os recursos do outro cônjuge, consideradas a situação do momento do divórcio e a evolução previsível.[428] Cabe aqui destacar, na fixação dos alimentos compensatórios na França, são levados em consideração vários fatores, destacamos alguns: a) quanto àquele que demanda os alimentos compensatórios: qual a contribuição imaterial dada em benefício dos filhos; qual a contribuição para a evolução da carreira profissional do outro cônjuge ao longo do casamento; b) quanto àquele que prestará os alimentos compensatórios: quais os ganhos atuais; quais os ganhos a título de aposentadoria; quais são as perspectivas futuras de ganhos.

Há notícia de critério semelhante em alguns estados norte-americanos, que deixamos de trazer neste momento por fugir ao objeto do trabalho; contudo, podemos referir que é valorada a contribuição imaterial do cônjuge que deixou de se dedicar a uma carreira profissional, total ou parcialmente, para cuidar dos filhos ou em benefício da carreira do outro consorte, na forma de uma partilha desigual, na qual será considerada em benefício do cônjuge menos aquinhoado, inclusive,

---

[426] CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. Compensação de amparo. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade*. Porto Alegre: IBDFam/Magister Editora, 2010. p. 377 e ss.

[427] BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. Alimentos compensatórios decorrentes da dissolução do vínculo matrimonial e da família convivencial. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (org.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Pillares, 2013. p. 231-249. p. 234.

[428] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 151.

uma expectativa razoável dos ganhos futuros por parte daquele que prestará os alimentos compensatórios.

Por terem finalidades distintas, não há que ser feita confusão entre as pensões alimentícias (alimentos legais decorrentes do Direito de Família, previstos a partir do art. 1.694 do Código Civil Brasileiro) e as compensatórias, embora, conforme o caso concreto, possa haver sua cumulação.[429]

Regina Beatriz Tavares da Silva recorda que os danos decorrentes da ruptura do casamento podem ter natureza material e/ou moral, identificando a possibilidade de cumulação de dois institutos, quais sejam, prestação compensatória e reparação de danos.[430]

São considerados os alimentos compensatórios relacionados com o restabelecimento do *status quo* em face da sociedade conjugal, a fixação decorre da cessação do dever de mútua assistência, pelo que pode ter as seguintes funções distintas: a) recompensar eventuais prejuízos provenientes da ruptura da sociedade conjugal, independentemente de culpa; b) reembolsar o ex-cônjuge ou ex-companheiro pela contribuição proporcionada ao patrimônio do casal; c) prover o ex-cônjuge ou ex-companheiro com uma soma em dinheiro, suficiente para manter o previsto no *caput* do art. 1.694 do Código Civil; d) indenizar um dos consortes quando os bens do casal que produzem ou poderiam vir a produzir rendimentos permanecem na administração do outro. Portanto, não objetivam o custeio de alimentos previstos no art. 1694 do Código Civil, mas são os necessários à manutenção adequada da condição desfrutada quando do casamento.[431]

Leciona Rolf Madaleno que a finalidade da pensão compensatória não é a de cobrir as necessidades de subsistência do credor, como se verifica com a pensão alimentícia prevista no art. 1.694 do Código Civil, mas corrigir o desequilíbrio existente no momento da separação resultante do empobrecimento de um deles em razão da dissolução conjugal, restaurar, com critério de igualdade, o equilíbrio financeiro vigente entre os consortes ou companheiros, podendo a pensão compensatória consistir em prestação única, por determinados meses ou alguns anos e ser fixada em valores mensais e sem prévio termo final.[432]

---

[429] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 237-238.
[430] *Id. Ibid.,* p. 155.
[431] BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. *Op. cit.,* p. 234-235.
[432] MADALENO, Rolf. *Família e responsabilidade*, *cit.,* p. 488-489.

Os apontamentos de Graciela Medina mostram haver distinção entre alimentos compensatórios e indenização por descumprimento dos deveres conjugais:

> La pensión compensatoria no basta para indemnizar el daño causado por la violencia producida por el incumplimiento de los deberes matrimoniales; ya que el objeto de la compensación es paliar el desequilíbrio económico que el divorcio causa a uno de los cónyuges y no la reparación del daño causado. No se puede admitir que la pensión compensatoria repare el daño porque si no hay desequilibrio económico pero si daño la compensación económica no prospera y el daño quedaría sin reparar, ello por cuanto la compensación económica no repara daños sino desequilibrios que son independientes de los daños.[433]

Quanto aos alimentos compensatórios, na França, país que conquistou o pioneirismo na normatização da prestação compensatória em 1975, Hugues Fulchiron[434] traz que tal amparo não se estende a outras formas de constituição familiar, exceto pelo casamento:

> Certes, l'existence, au moins theorique, d'un garantie de compensation après séparation constitue um des derniers éléments de la singularité du mariage: rien de tel dans le concubinagem ni même dans le Pacs. On disait naguère que le concubinage ne naît à la vie juridique lorsqu' il meurt.[435]

É fato que a família, matrimoniada ou não, e as relações entre os cônjuges ou companheiros da pós-modernidade sofreram grandes transformações, que demandam reflexões profundas sobre os direitos, deveres e garantias que possam contribuir para seu aprimoramento. A dificuldade de fixação dos valores a título de alimentos compensatórios fica ainda mais difícil, com a liberalização dos costumes, como aponta a doutrina estrangeira:

---

[433] MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado*,* cit. Tradução livre: A pensão compensatória não é suficiente para compensar o dano causado pela violência produzida pela violação dos deveres matrimoniais, pois o objetivo da indenização é aliviar o desequilíbrio econômico que o divórcio provoca a um dos cônjuges e não a reparação do dano causado . Não se pode admitir que a pensão compensatória repara o dano porque se não houver desequilíbrio econômico, mas o dano, a indenização econômica não prosperaria e o dano permaneceria não indenizado, isso ocorre porque a compensação econômica não indeniza os danos, mas apenas desequilíbrios que são independentes dos danos.

[434] MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *Droit civil*: droit de la famille. 6. ed. Paris: LGDJ; Lextenso, 2018. p. 404-405.

[435] *Id. Ibid.,* p. 405. Tradução livre: É certo que a existência, pelo menos teoricamente, de uma garantia de compensação após a separação constitui um dos últimos elementos da singularidade do casamento: nada do tipo em concubinato ou mesmo no Pacs (Pacto Civil de Solidariedade). Costumava ser dito que o concubinato nasce para a vida legal quando morre.

> Les incertitudes qui entourent la prestation compensatoire ne sont que le signe d'evolutions plus profondes. Le modele d'un mariage voué à l'éternité, engagement et garantie pour la vie, efface. Se dévellopent de nouveaux modes de vie em couple, de plus em plus précaires, au nom d'une liberte pleinement assumée. La liberte n'est pas toujours gage d'équité, encore moins de sécurité.[436]

A dificuldade maior surge nas hipóteses em que o cônjuge, em geral a mulher, retardou sua carreira profissional para se ocupar do lar e dos filhos; e a situação tende a se tornar ainda pior, destaca Hugues Fulchiron, quando após o divórcio a mulher fica com os cuidados das crianças. Entretanto, se a mulher se transforma, se a liberdade invade os relacionamentos e o compromisso for relativizado, toda a sociedade se transforma e deve ser repensado o modelo.

Problema atual, portanto, reconhecidamente de difícil equação:

> Reste que si le mariage a duré un certain temps et que des enfants en son nés, le "coût" unique d' être d'autant plus fort pour la femme qu' elle a souvent ralenti sa carrière professionnelle pour s'occuper du foyer; et la situation ne fera que s'empirer si après la séparation les enfants lui sont confiés. [...] Mais alors c'est l' ensemble du système qu'il faudrait refonder pour tenir compte du role de la femme em tant que mère, loin du mythe du maintien du niveau de vie. Et si l'on part sur ces bases, il n'y a plus de raison de réserver cette protection à la femme mariée...[437]

Assim, face às espantosas transformações decorrentes dos muitos modelos de família da pós-modernidade e dos valores de consumo frenético e de grande materialismo da sociedade atual, praticamente sem nenhum estímulo ao doar-se pelo outro, a preocupação segue e os operadores do Direito buscam alternativas.

Todavia, se já existem, em outros ordenamentos, instrumentos para compelir ao respeito nas relações familiares, reparar danos e evitar o enriquecimento sem causa – o que resulta no amparar os membros da família mais

---

[436] MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *Op. cit.,* p. 405. Tradução livre: As incertezas que cercam o subsídio compensatório são apenas um sinal de mudanças mais profundas. O modelo de um casamento dedicado à eternidade, compromisso e garantia de vida, se apaga. O desenvolvimento de novas formas de vida com o casal, cada vez mais precário, em nome de uma liberdade plenamente assumida. A liberdade nem sempre é garantia de equidade, muito menos segurança.

[437] *Id. Ibid.,* p. 405. Tradução livre: No entanto, se o casamento durou certo tempo e os filhos nasceram, o único "custo" mais pesado para a mulher é que ela muitas vezes desacelerou sua carreira profissional para cuidar da casa; e a situação só piorará se, após a separação, as crianças lhe forem confiadas [...] Mas então é todo o sistema que precisa ser redesenhado para levar em conta o papel das mulheres como mães, longe do mito de manter o padrão de vida. E se começarmos nessas bases, não há mais razão para reservar essa proteção à mulher casada ...

vulneráveis –, mister conhecê-los melhor e envidar esforços para introduzi-los em nossa realidade.

Outra questão que nos ocorre abordar, não resultante de contribuição imaterial propriamente dita, porém, por dever de equidade, quanto aos direitos dos filhos e, além de direito a alimentos propriamente ditos: caberiam alimentos compensatórios na hipótese de fragmentação da família, por divórcio ou separação, judicial ou de fato, de forma a que o filho pudesse obter, daquele genitor mais bem aquinhoado, as condições materiais necessárias para manter padrão social equivalente ao desfrutado durante a união dos genitores, por hipótese, quando a sua residência fosse fixada no domicílio do genitor menos favorecido quando da partilha – ou até por motivo de ausência desta?

É sabido que os alimentos têm outra natureza que não a de restabelecer as condições usufruídas durante o período em que a família manteve sua unidade, o que, em tese, justificaria também o prestígio ao instituto dos alimentos compensatórios, de forma a proteger a prole.

Isso se afirma porque o instituto dos alimentos compensatórios poderia, em tese, ser aplicado também a pedido e em benefício de filhos para evitar flagrantes injustiças que possam surgir posteriormente à fragmentação da família, ou mesmo na hipótese em que não foi alcançada estabilidade de convivência familiar, como quando de gravidez decorrente de relacionamento eventual. A título de exemplo, na hipótese de significativa ascensão patrimonial do genitor que não se ocupou diretamente dos cuidados materiais da prole, mesmo quando não houver existido anterior união familiar, como forma de viabilizar aos filhos pleitearem alimentos compensatórios – sem prejuízo dos alimentos civis e além deles, ressalte-se – em quota única, parcelas por prazo determinado ou em bens, visando minorar a disparidade de padrão social evidenciado entre o genitor aquinhoado e o descendente que recebe apenas alimentos civis, de regra suficientes apenas para as despesas necessárias.

Destacamos que o implemento do instituto dos alimentos compensatórios no Brasil poderia, por via reflexa, fortalecer o instituto do casamento, resultando no fortalecimento das relações familiares. Neste aspecto, cite-se a conveniência de fixação de alimentos compensatórios, como fator de estabilidade da união familiar, haja vista ser natural ao ser humano ter maior cuidado em suas decisões quando possam sofrer prejuízo econômico ou impactar o seu patrimônio.

Isso porque a possibilidade concreta de entrega de parte de patrimônio do cônjuge maior provedor da família, ao ex-cônjuge, independentemente de questionamentos relativos a dolo ou culpa pela fragmentação da família, porém, apenas levando em conta critérios objetivos, como a contribuição imaterial, o desenvolvimento pessoal e profissional de cada um dos cônjuges, bem como o tempo de duração do matrimônio, além de estimularem a que as relações afetivas retomassem maior responsabilidade quanto ao afeto e a confiança depositada nas uniões, contribuiria para a manutenção da estabilidade nas famílias, além de favorecer o fortalecimento dos vínculos familiares, com a reparação compensatória que, por um lado, evita o enriquecimento sem causa e, por outro, ampara o cônjuge que se dedica à família de forma altruísta, em detrimento de sua ascensão pessoal e profissional.

Em apertada síntese, fixar alimentos compensatórios é justa reparação pelo valoroso trabalho imaterial desenvolvido, reconhecimento este que ocorre na forma de prestação pecuniária em benefício daquele que empenhou anos de sua vida útil e produtiva na educação, nos cuidados que contribuíram para a saúde física e emocional da prole, daqueles que constituirão membros da sociedade mais educados, equilibrados e felizes.

Critério objetivo para a concessão e fixação dos alimentos compensatórios em benefício do cônjuge que, por qualquer motivo, sofre disparidades econômicas desencadeadas pelo rompimento da união conjugal, que “tiver diminuído seu *status* econômico em relação ao que usufruía na constância do casamento”, foram elencados por Valéria Nahas Fagundes, quais sejam: a) a duração do casamento; b) a idade dos cônjuges; c) o estado de saúde dos cônjuges; d) a qualificação profissional e acadêmica dos cônjuges; e) a probabilidade de efetivo (re)ingresso no mercado de trabalho.[438]

Na relação descrita, tomando por base as legislações e experiências estrangeiras, acresceríamos, nessa quantificação da reparação, o exame da perspectiva razoável de ganhos futuros do cônjuge mais bem aquinhoado, bem como a probabilidade de reconstituição da família por cada uma das partes. Entendemos que tal critério objetivo permite levar em consideração o exame de caso a caso, desde logo devendo ser admitidos os alimentos compensatórios para

[438] FAGUNDES, Valéria Nahas. Alimentos transitórios e alimentos compensatórios. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 32, p. 251-269, 2014.

buscar o justo e em respeito aos princípios da boa-fé e da confiança, até que seja introduzido o instituto em nosso ordenamento por legislação específica.

6.1.1 Origem do instituto

A Lei de 11 de julho de 1975 introduziu no Direito Francês a *prestation compensatoire*, que acabou, no entender de Regina Beatriz Tavares da Silva, por substituir a antiga pensão alimentícia, a ser fixada após a dissolução do casamento. Nesse sentido, pelo art. 270 do Código Civil, atualizado pela Lei n. 2004-439, de 26 de maio de 2004, a prestação compensatória foi estabelecida com objetivo de compensar as disparidades que a ruptura do casamento gera nas condições de vida dos cônjuges, estabelecendo que a culpa pode ser considerada em sua fixação, que levará em consideração na determinação pelo juiz, nos termos do disposto no art. 271 do mesmo Código, a duração do casamento, a idade e o estado de saúde dos cônjuges, suas qualificações e profissões, as consequências das escolhas profissionais feitas pelos cônjuges durante a vida em comum diante da educação dos filhos e do tempo destinado ao favorecimento da carreira do outro cônjuge em detrimento da própria, o patrimônio estimado ou previsível diante da partilha de bens, seus direitos existentes e previsíveis, sua situação em relação aos benefícios previdenciários.[439]

Já Silvio Rodrigues fazia referência à lei francesa de 1975, aos arts. 270 e seguintes do Código Civil Francês, no capítulo relativo às consequências do divórcio para os esposos, referindo as prestações compensatórias, que tinham por objetivo compensar, tanto quanto possível, a disparidade que a ruptura do casamento cria nas condições de vida respectivas.[440]

O Direito Francês, em seu art. 270 do Código Civil, prevê a possibilidade de alimentos compensatórios entre cônjuges, quando a ruptura do casamento gerar desequilíbrio econômico e o cônjuge mais abalado financeiramente não mais possa ostentar o *status* social vivenciado ao longo da vida a dois.[441] Reza o referido dispositivo legal:

---

[439] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 149-150.
[440] RODRIGUES, Silvio. *Op. cit.,* p. 129-130.
[441] FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil – IBDCIVIL*, v. 6, p. 42-68, out./dez. 2015. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/82/186.

> Le divorce met fin au devoir de secours entre époux.
> L'un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation destinée à compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives. Cette prestation a un caractère forfaitaire. Elle prend la forme d'un capital dont le montant est fixé par le juge. Toutefois, le juge peut refuser d'accorder une telle prestation si l' équité le commande, soit en considération des critères prévus à l'article 271, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande le bénéfice de cette prestation, au regard des circonstances particulières de la rupture.[442]

Apontamos o referido no disposto no art. 271, trazendo maiores diretrizes dos alimentos compensatórios em França:

> La prestation compensatoire est fixée selon les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible. A cet effet, le juge prend en considération notamment:
> – la durée du mariage;
>
> – l'âge et l'état de santé des époux;
>
> – leur qualification et leur situation professionnelles;
> – les conséquences des choix professionnels faits par l'un des époux pendant la vie commune pour l'éducation des enfants et du temps qu'il faudra encore y consacrer ou pour favoriser la carrière de son conjoint au détriment de la sienne;
> – le patrimoine estimé ou prévisible des époux, tant en capital qu'en revenu, après la liquidation du régime matrimonial;
> – leurs droits existants et prévisibles;
> – leur situation respective en matière de pensions de retraite en ayant estimé, autant qu'il est possible, la diminution des droits à retraite qui aura pu être causée, pour l'époux créancier de la prestation compensatoire, par les circonstances visées au sixième alinéa.[443]

---

[442] Tradução livre: O divórcio cessa o dever de mútua assistência entre cônjuges. Um dos cônjuges pode ser obrigado a pagar ao outro uma prestação destinada a compensar, na medida do possível, o abalo causado pela dissolução na vida da outra parte. Esse benefício tem uma natureza fixa. Toma a forma de um capital cuja quantia é fixada pelo juiz. No entanto, o juiz pode recusar a concessão de tal benefício se a equidade assim recomende, seja em consideração aos critérios previstos no art. 271, seja quando o divórcio for pronunciado por culpa exclusiva do cônjuge que reclamar o benefício desta disposição, à luz das circunstâncias específicas da ruptura.

[443] Tradução livre: A prestação compensatória é fixada de acordo com as necessidades do cônjuge a quem é paga e os recursos do outro, tendo em conta a situação no momento do divórcio e a evolução do divórcio em um futuro previsível. Para esse efeito, o juiz leva em consideração, em particular: – a duração do casamento; – a idade e o estado de saúde dos cônjuges; – suas qualificações e sua situação profissional; – as consequências das escolhas profissionais feitas por um dos cônjuges durante a vida comum para a educação dos filhos e o tempo que ainda que nesta será gasto ou para promover a carreira de seu cônjuge em detrimento de sua própria – a riqueza estimada ou previsível dos cônjuges, tanto no capital como no rendimento, após a liquidação do regime matrimonial; – seus direitos existentes e previsíveis; – a respectiva situação de aposentadoria, tendo estimado, na medida do possível, a redução dos direitos à pensão que podem ter sido causados pelo cônjuge beneficiário da indenização compensatória, pelas circunstâncias referidas no sexto parágrafo.

O disposto no art. 97, do Código Civil espanhol, é dispositivo legal de referência ao instituto dos alimentos compensatórios, conforme transcrevemos:

> Art. 97.
> El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.
> A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:
> 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
> 2.ª La edad y el estado de salud.
> 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
> 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia.
> 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
> 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
> 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión.
> 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
> 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.
> En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.
> Redacción dada en 2015 por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria.
> Se modifica por el art.1.9 de la Ley 15/2005, de 8 de julio. Ref. BOE-A-2005-11864.[444]

Conforme exame de Maria Berenice Dias, os alimentos compensatórios são distintos dos que normalmente decorrem do Direito de Família, normalmente fixados com termo certo, assegurando ao alimentando tempo hábil para a sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, concluindo que os

---

[444] Tradução livre: O cônjuge a quem a separação ou o divórcio produz um desequilíbrio econômico em relação à posição do outro, envolvendo uma piora da situação existente durante o casamento, terá direito a uma compensação, que pode consistir de uma pensão temporária ou vitalícia, ou em um único benefício, conforme determinado no acordo de regulamentação ou na sentença. Na falta de acordo dos cônjuges, o juiz, em sentença, determinará o seu valor levando em conta as seguintes circunstâncias: 1ª Os acordos alcançados pelos cônjuges. 2ª Idade e estado de saúde. 3. A qualificação profissional e as probabilidades de acesso a um emprego. 4ª A dedicação passada e futura à família. 5ª Colaboração com o seu trabalho nas atividades comerciais, industriais ou profissionais do outro cônjuge. 6ª A duração do casamento e da vida conjugal. 7ª A eventual perda de um direito de pensão. 8ª O fluxo e os meios econômicos e as necessidades de um e do outro cônjuge. 9ª Qualquer outra circunstância relevante. Por decisão judicial ou acordo homologado ou oficializado perante o Notário serão fixados a forma de pagamento, a base para a atualização da pensão, a duração ou momento do término e as garantias para sua eficácia. Elaboração dada em 2015 pela Lei da Jurisdição Voluntária. Modificado pelo art. 1.9 da Lei 15/2005, de 8 de julho. Ref. BOE-A-2005-11864.

alimentos compensatórios “não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, mas corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação”.[445]

Para Regina Beatriz Tavares da Silva, a prestação compensatória é instituto de natureza híbrida, aproximando-se do instituto da responsabilidade civil, porém, observa que não se enquadra perfeitamente porque não se baseia na prática de ato ilícito. A autora pondera, ainda, que não há identificação total com a pensão alimentícia porque, em regra, não poderia ser alterado o *quantum* fixado na prestação compensatória.[446]

A opinião de Rolf Madaleno é no sentido de que os alimentos compensatórios não se confundem com os demais alimentos, independem de questionamentos quanto à causa do rompimento, importando apenas as circunstâncias pessoais da vida matrimonial ou afetiva, bem como visam corrigir desequilíbrio econômico para um dos consortes decorrente da separação, do divórcio ou do término da união estável. Destacamos os seus ensinamentos sobre o tema:

> A pensão compensatória resulta claramente diferenciada da habitual pensão alimentícia porque *põe em xeque* o patrimônio e os ingressos financeiros de ambos os cônjuges, tendo os alimentos compensatórios o propósito específico de evitar o estabelecimento de um desequilíbrio econômico entre os consortes. Os alimentos compensatórios estão à margem de qualquer questionamento causal da separação, ou do divórcio dos cônjuges e da dissolução da união estável, e ingressam unicamente as circunstâncias pessoais da vida matrimonial ou afetiva, na qual importa apurar a situação econômica enfrentada com o advento da separação e se um dos consortes ficou em uma situação econômica e financeira desfavorável em relação à vida que levava durante o matrimônio, os alimentos compensatórios corrigem essa distorção e restabelecem o equilíbrio material.[447]

Ainda, também segundo o autor, assim podemos definir alimentos compensatórios:

---

[445] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, *cit.,* 6. ed., p. 595.
[446] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/*2010, *cit.,* p. 152.
[447] MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios.* Disponível em: www.rolfmadaleno.com.br. Acesso em: 10 jun. 2018.

> [...] uma prestação periódica em dinheiro, efetuada por um cônjuge em favor do outro na ocasião da separação ou do divórcio vincular, onde se produziu um desequilíbrio econômico em comparação com o estilo de vida experimentado durante a convivência matrimonial, compensando, deste modo, a disparidade social e econômica com a qual se depara o alimentando em função da separação, comprometendo suas obrigações materiais, seu estilo de vida e a sua subsistência pessoal.[448]

Rodrigo da Cunha Pereira refere que os alimentos compensatórios têm por escopo a manutenção do padrão social ou econômico de alguém em situações nas quais a relação matrimonial é longa, e o histórico de cooperação conjugal resta comprovado. Cabíveis quando um dos cônjuges evidenciar queda significativa no padrão social e econômico que mantinha até então, de modo a necessitar de pensão alimentícia reparatória, para restabelecer a condição semelhante ao do tempo de matrimoniado.[449]

Há críticas aos alimentos compensatórios, como sustenta Leonardo de Faria Beraldo, no sentido de que

> não há como defender os alimentos compensatórios, pois, além de não possuírem previsão legal, são uma mistura de danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes), danos morais e perda de uma chance, ou seja, algo de certa forma indevido nas relações familiares.[450]

Porém, acompanhamos opinião que os alimentos compensatórios não dependem de prova da necessidade, pois pode ocorrer que o cônjuge desfavorecido tenha meios de subsistência para sua manutenção pessoal, basta que tenha havido a perda da situação econômica de que desfrutava no casamento e que o outro cônjuge continua a usufruir. Observa-se, a fixação será ocasional, os alimentos compensatórios não se confundem com igualdade de patrimônio ou de rendas, visam compensar perdas decorrentes da ruptura familiar, considerando-se o desequilíbrio econômico de forma objetiva.[451]

Na doutrina contemporânea, outros juristas veem com bons olhos a sua fixação. Nessa linha está Maria Berenice Dias, para quem deve “o cônjuge mais

---

[448] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 728.
[449] PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*: teoria e prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p.134.
[450] BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil:* aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
[451] MADALENO, Rolf. Família e responsabilidade, *cit.,* p. 490.

afortunado garantir ao ex-consorte alimentos compensatórios, visando a ajustar o desequilíbrio econômico e a reequilibrar suas condições sociais".[452]

Entende Gustavo Henrique Velasco Boyadjian que a própria Constituição Federal, no § 5º do art. 226, consagrou a isonomia conjugal, reiterada no art. 1.511 do Código Civil, devendo esta isonomia que permeou o matrimônio quando de sua existência ser verificada também quando de sua dissolução, pois nosso sistema jurídico repele qualquer possibilidade de vantagem indevida ou de enriquecimento sem causa. O mesmo autor refere os princípios da eticidade no Código Civil, que obriga a equidade, o equilíbrio econômico, a justa causa e, principalmente, a boa-fé nas relações jurídicas. E arremata seu posicionamento:[453]

> Eventuais prejuízos e situações de desequilíbrio econômico e patrimonial ensejaram, segundo previsão do próprio Livro dos Contratos, pedido de reparação. Na hipótese de alimentos compensatórios, considerando o caráter contratual do matrimônio, também por uma questão de analogia, estes poderiam ser pretendidos.

Rolf Madaleno, ao referir os alimentos compensatórios, leciona que a duração da pensão compensatória não deve ser estipulada por tempo certo de vigência "diante da sua peculiar característica de evitar o desequilíbrio econômico dos cônjuges que se separaram, compensando o prejuízo sofrido pelo parceiro em desvantagem financeira, por conta da dissolução da sua relação conjugal". Esclarece o mesmo autor que pode surgir hipótese, como nas uniões de longa duração, em que exista o risco de se eternizar a pensão alimentar, quando afastada a mulher do mercado de trabalho por arranjo realizado para atender aos interesses dos cônjuges, nunca buscou ela qualquer forma de trabalho ou de aprimoramento profissional e, ainda, já está com idade avançada quando do rompimento conjugal.[454]

O mesmo autor afirma que a pensão compensatória se constitui no ressarcimento de um prejuízo objetivo, surgido exclusivamente do desequilíbrio econômico ocasionado pela ruptura do matrimonio e carrega em seu enunciado uma questão de equidade.[455]

---

[452] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, *cit.,* 6. ed., p. 540.
[453] BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. *Op. cit.,* p. 236-237.
[454] MADALENO, Rolf. *Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios.* Disponível em: https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao-dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios. Acesso em: 10 jun. 2018.
[455] MADALENO, Rolf. Família e responsabilidade, *cit.,* p. 493.

Aponta Rolf Madaleno, referindo os ensinamentos de Aurelia María Romero Coloma, na obra *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidade civil* (Barcelona; Bosch, 2009, p. 67), ao atribuir à pensão compensatória similitude com indenização por perda de uma chance, em decorrência das transformações ideológicas e econômicas vivenciadas pela sociedade, em que prevalece o paradigma da solidariedade como eixo da dignidade da pessoa humana, independentemente de quaisquer questionamentos quando à existência de culpa e, em síntese, "a perda de uma chance pelos acordos conjugais de concessões e sacrifícios pessoais caracteriza um prejuízo consumado e o dano a ser reparado é a perda dessas oportunidades".[456]

6.1.2 Interpretação jurisprudencial

Embora haja previsão na legislação brasileira para a fixação de alimentos civis em benefício do ex-cônjuge ou ex-companheiro quando da dissolução familiar, em decorrência do dever de assistência, raramente estes são concedidos quando a parte goza de boas condições de saúde e ainda está em idade útil para o trabalho.

Assim, em regra, a fixação ocorre em caráter transitório e temporário, até que, em tese, o hipossuficiente – em geral, a mulher – possa prover o seu sustento com o próprio trabalho. A fixação quando da fragmentação da família geralmente é inferior às necessidades e ao *status* social havido durante a união familiar, o que pode gerar grandes injustiças e distorções à parte necessitada.

Conforme entendimento contido em Informativo de Jurisprudência n. 0557, publicado em 18 de março de 2015, do Superior Tribunal de Justiça, apenas em caráter excepcional devem ser fixados alimentos regulares para ex-cônjuge ou ex-companheiro, conforme Enunciado 14:

> Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ter caráter excepcional, transitório e devem ser fixados por prazo determinado, exceto quando um dos cônjuges não possua mais condições de reinserção no mercado do trabalho ou de readquirir sua autonomia financeira.

[456] MADALENO, Rolf. Família e responsabilidade, *cit.,* p. 493-494.

A apontada orientação jurisprudencial visa estimular cada membro da sociedade a buscar prover as próprias necessidades, o que é salutar.

Porém, considerando-se os fatores já apontados ao longo deste trabalho, que corroboram a desigualdade histórica e de oportunidades, especialmente para as mulheres que abdicam de investir em suas carreiras para dedicarem-se à família e ao consorte, no momento da fragmentação da família, mister indicar, entre outras consequências, “a reincidência da violência emocional e moral exercida contra a mulher em processos como o divórcio, disputa por convívio com os filhos, alimentos, alegações de alienação parental e assédio processual”, bem como oportuno destacar que “a violência patrimonial, no momento da partilha de bens, com desvios de bens e posse exclusiva de bens comuns, também tem sido recorrente”.[457]

Portanto, é bastante frequente a situação de desvantagem patrimonial, emocional e moral das mulheres em relação aos maridos e companheiros, quando da dissolução do vínculo familiar, a justificar aplicação de novos paradigmas que coíbam a violência, entre eles, os alimentos compensatórios.

Observamos, desde logo, ser distinta dos alimentos regulares a natureza híbrida dos alimentos compensatórios, eis que apontam Flávio Tartuce e José Simão que o desejado, na aludida compensação alimentar, é a vedação à onerosidade excessiva ou ao desequilíbrio negocial quando do término do casamento ou da união estável. Ocorreria nítido diálogo do instituto da compensação alimentar com os princípios da boa-fé objetiva e função social dos contratos.[458]

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald[459] também convergem para o entendimento de que o fundamento de admissibilidade excepcional dos alimentos compensatórios é a boa-fé objetiva, isso se justifica pela confiança gerada, quando o comportamento do outro, durante a convivência, gerou uma justa expectativa de manutenção mesmo no caso de uma dissolução. Dessa forma, visando evitar a frustração da justa expectativa despertada pelo comportamento, seria possível defender os alimentos em perspectiva compensatória, que devem

[457] PESSOA, Adélia Moreira. *Op. cit.,* p. 13.
[458] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*: direito de família. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 5, p. 425.
[459] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 6, p. 814-816.

ser fixados em valor proporcional ao padrão de vida mantido anteriormente. O objetivo de compensação e equilíbrio financeiro não impediria que a verba dos alimentos compensatórios fosse quitada em uma única parcela, à semelhança do disposto no parágrafo do art. 950, do Código Civil, quanto aos alimentos reparatórios.

Luciano L. Figueiredo atesta a possibilidade de aplicação da analogia aos alimentos compensatórios, da regra atinente aos alimentos reparatórios, como destacamos:

> Ainda na analogia (regra dos alimentos compensatórios – parágrafo único do art. 950 do Código Civil) haverá ao lesado direito potestativo a este pagamento em uma única parcela (Enunciado 48 do CJF), desde que haja possibilidade financeira e razoabilidade em relação ao lesante condenado (Enunciado 381 do CJF), em um juízo de ponderação de interesses. Outrossim, nada impede que os alimentos compensatórios sejam pagos de forma fracionada no tempo. Não poderá, porém, ser a verba fixada por prazo indeterminado. O descompasso financeiro a ser reparado não poderá perdurar toda a vida, sob pena de confundirem-se alimentos compensatórios com alimentos para a subsistência. De ordinária, então, a pensão alimentícia compensatória não será vitalícia. Fato, que, tendo em vista o caráter neófito da temática no país, persiste certo nível de desencontro entre doutrina e jurisprudência nacionais, mormente no que concerne aos fatos geradores da aludida compensação alimentar.[460]

Marcellus Polastri Lima e Renata Vitória Oliveira identificam três das principais causas de deferimento de alimentos compensatórios: a) o desequilíbrio econômico ocasionado pela ausência de partilha ou bens a serem partilhados; b) o desequilíbrio econômico ainda que existente partilha de bens; e c) a compensação pela utilização, por somente um dos cônjuges, do patrimônio comum.[461]

A tese da compensação alimentar no Brasil começa a se fortalecer, conforme vários julgados dos Tribunais Superiores, que adotam o entendimento doutrinário que distingue os alimentos compensatórios dos demais alimentos regulares.

Oportuno destacar que o Código Civil de 2002 inseriu, no Direito de Família, a cláusula geral da plena comunhão de vida, conforme prevê o art. 1.511. Trata-se de uma cláusula geral de comportamento conjugal, de conteúdo ético não

---

[460] FIGUEIREDO, Luciano L. *Op. cit.*

[461] LIMA, Marcellus Polastri; TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S. Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil. *Revista IBDFam – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 9, p. 75-100, maio/jun. 2015.

totalmente definido, ao dispor que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

Da redação do dispositivo, parte da doutrina entende que, com o advento da Emenda Constitucional n. 66/2010 e, considerado o disposto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal que determina o respeito à dignidade humana, bem como o disposto no art. 1.513 do Código Civil, que impede interferência do Estado-juiz na comunhão dos cônjuges, teria sido definitivamente abolida qualquer possibilidade de discussão de culpa na dissolução conjugal, pois a plena comunhão de vida seria condição de validade de todo o casamento, “porque seria inconcebível perpetuar no tempo qualquer relação conjugal que se ressentisse de uma plena comunhão de vida.” Conforme entendimento de parte da doutrina, nesta cláusula geral estaria o permissivo para afastar a discussão de culpa para “respeitar os sentimentos, e a dignidade de cada cônjuge, não tornando ainda mais difícil e dolorosa a sua separação”.[462]

Assim, se é prevista a comunhão plena de vidas, portanto, com efetiva e irrestrita comunhão de esforços, com plena igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, não seria um motivo a mais a justificar a ponderação dos interesses de cada cônjuge quando da fragmentação da família?

Alguns julgados, por suas ementas, corroboram a prevalência do Enunciado, porém, sinalizam incidentalmente no sentido de amparar o cônjuge que quedou desfavorecido com o rompimento, como destacamos:

> RECURSO ESPECIAL – DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS – PENSIONAMENTO ENTRE EX-CÔNJUGES – EXCEPCIONALIDADE – CARÁTER TEMPORÁRIO – CAPACIDADE LABORATIVA E INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO DA EX-CONSORTE – EXONERAÇÃO – POSSIBILIDADE – PROVIMENTO DO APELO EXTREMO. [...]
> Esta Corte firmou a orientação no sentido de que a pensão entre ex-cônjuges não está limitada somente à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, como a capacidade do alimentando para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de exoneração. Precedentes. 2. A pensão entre ex-cônjuges deve ser fixada, em regra, com termo certo, assegurando ao beneficiário tempo hábil para que seja inserido no mercado de trabalho, possibilitando-lhe a manutenção pelos próprios meios. A perpetuidade do pensionamento só se justifica em excepcionais situações, como a incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho, que evidentemente não é o caso dos autos. Precedentes. 3. A ausência de alteração nas condições financeiras dos

[462] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, *cit.,* p. 100-102.

envolvidos, por si só, não afasta a possibilidade de desoneração dos alimentos prestados à ex-cônjuge. Precedentes. 4. No caso em apreço, não se evidencia hipótese a justificar a perenidade da prestação alimentícia e excetuar a regra da temporalidade do pensionamento devido aos ex-cônjuges, merecendo procedência o recurso, em razão do lapso de tempo decorrido desde o início da prestação alimentar até o pedido de exoneração. 5. Recurso especial conhecido e provido.[463]

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ALIMENTOS. EX-CÔNJUGES. ALTERAÇÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. Não enseja interposição de recurso especial matéria que não tenha sido ventilada no v. aresto atacado e sobre a qual, embora opostos os embargos declaratórios competentes, o órgão julgador não se pronunciou e a parte interessada não alegou ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, não sendo, desse modo, a simples oposição dos aclaratórios suficiente para caracterizar o requisito do prequestionamento. Incidência da Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Nos termos da orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem ter caráter excepcional e transitório, excetuando somente esta regra quando um dos cônjuges não detenha mais condições de reinserção no mercado do trabalho ou de readquirir sua autonomia financeira, seja em razão da idade avançada ou do acometimento de problemas de saúde. Precedentes. 3. Na hipótese dos autos, a Corte de origem assentou, mediante o exame do suporte fático-probatório dos autos, que a agravada já percebia aposentadoria por invalidez em momento anterior ao da fixação da prestação alimentícia, não tendo, pois, ficado demonstrada sua desnecessidade em perceber os alimentos. Infirmar as conclusões do julgado, para reconhecer a procedência do pleito indenizatório, encontra óbice na Súmula 7 desta Corte Superior. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.[464]

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS PRESTADOS A EX-CÔNJUGE. OBRIGAÇÃO EXCEPCIONAL. PRAZO INDETERMINADO. EXCEÇÃO. ALTERAÇÃO NO BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR. SÚMULA 83/STJ.
O pedido de revisão do valor fixado a título de alimentos pressupõe necessariamente a análise dos requisitos relativos à necessidade do alimentando e possibilidade do alimentante, o que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável diante do óbice da Súmula 7 do STJ. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de que a obrigação de pagar alimentos entre ex-cônjuges é excepcional, de modo que, quando devidos, devem persistir apenas pelo prazo necessário para a reinserção no mercado de trabalho ou autonomia financeira do alimentado. As exceções a esse entendimento, caso em que os alimentos entre ex-cônjuges devem ser fixados por prazo indeterminado, ocorrem nas hipóteses em que o ex-parceiro alimentado

[463] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1370778/MG*. Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/03/2016, *DJe* 04.04.2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1496047&num_registro=201300531200&data=20160404&formato=PDF.

[464] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *AgRg no AREsp 725002/SP*. Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, Julgado em 08/09/2015, *DJE* 01.10.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439020&num_registro=201501371497&data=20151001&formato=PDF.

> não dispõe de reais condições de reinserção no mercado de trabalho e de readquirir sua autonomia financeira ou quando conta com problemas graves de saúde. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.[465]
>
> CIVIL E PROCESSO CIVIL. ALIMENTOS DEVIDOS AO EX-CÔNJUGE. PEDIDO DE EXONERAÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO.
> [...] 5. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges não podem servir de fomento ao ócio ou ao enriquecimento sem causa. Por isso, quando fixados sem prazo determinado, a análise da pretensão do devedor de se exonerar da obrigação não se restringe à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, mas deve agregar e ponderar outras circunstâncias, como a capacidade potencial do alimentado para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de desoneração. 6. Particularmente, impõe-se a exoneração da obrigação alimentar tendo em vista que a alimentada está trabalhando, embora tenha afirmado que o valor recebido em contrapartida é insuficiente à própria manutenção, sendo, ademais, relevante o fato de que a obrigação de prestar alimentos, correspondentes a doze salários mínimos, subsiste há mais de dezoito anos, tempo esse suficiente e além do razoável para que ela pudesse se restabelecer e seguir a vida sem o apoio financeiro do ex-cônjuge. 7. Recurso especial conhecido e provido.[466]
>
> EMENTA PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. SEPARAÇÃO JUDICIAL. PENSÃO ALIMENTÍCIA. BINÔMIO NECESSIDADE/ POSSIBILIDADE. ART. 1.694 DO CC/2002. TERMO FINAL. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS (PRESTAÇÃO COMPENSATÓRIA). POSSIBILIDADE. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CÔNJUGES. JULGAMENTO *EXTRA PETITA* NÃO CONFIGURADO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO DEMONSTRADA.
> 1. A violação do art. 535 do CPC não se configura na hipótese em que o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida nos autos, não incorrendo em omissão, contradição ou obscuridade. Ademais, a ausência de manifestação acerca de matéria não abordada em nenhum momento do iter processual, salvo em embargos de declaração, não configura ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ação de alimentos, a sentença não se subordina ao princípio da adstrição, podendo o magistrado arbitrá-los com base nos elementos fáticos que integram o binômio necessidade/capacidade, sem que a decisão incorra em violação dos arts. 128 e 460 do CPC. Precedentes do STJ. 3. Ademais, no caso concreto, uma vez constatada a continência entre a ação de separação judicial e a de oferta de alimentos, ambas ajuizadas pelo cônjuge varão, os processos foram reunidos para julgamento conjunto dos pedidos. A sentença não se restringiu, portanto, ao exame exclusivo da pretensão deduzida na ação de oferta da prestação alimentar. 4. Em tais circunstâncias, a suposta contrariedade ao princípio da congruência não se revelou configurada, pois a condenação ao pagamento de alimentos e da prestação compensatória baseou-se nos pedidos também formulados na ação de separação judicial, nos limites delineados pelas partes no

[465] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *AgRg no REsp 1537060/DF*. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Julgado em 01/09/2015, *DJE* 09.09.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435589&num_registro=201501370879&data=20150909&formato=PDF.

[466] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1396957/PR*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, *DJe* 20.06.2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1340427&num_registro=201102328892&data=20140904&formato=PDF.

curso do processo judicial, conforme se infere da sentença. 5. Os chamados alimentos compensatórios, ou prestação compensatória, não têm por finalidade suprir as necessidades de subsistência do credor, tal como ocorre com a pensão alimentícia regulada pelo art. 1.694 do CC/2002, senão corrigir ou atenuar grave desequilíbrio econômico-financeiro ou abrupta alteração do padrão de vida do cônjuge desprovido de bens e de meação. 6. Os alimentos devidos entre ex-cônjuges devem, em regra, ser fixados com termo certo, assegurando-se ao alimentando tempo hábil para sua inserção, recolocação ou progressão no mercado de trabalho, que lhe possibilite manter, pelas próprias forças, o *status* social similar ao período do relacionamento. 7. O Tribunal estadual, com fundamento em ampla cognição fático-probatória, assentou que a recorrida, nada obstante ser pessoa jovem e com instrução de nível superior, não possui plenas condições de imediata inserção no mercado de trabalho, além de o rompimento do vínculo conjugal ter-lhe ocasionado nítido desequilíbrio econômico-financeiro. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para fixar o termo final da obrigação alimentar.[467]

CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. PENSÃO ALIMENTÍCIA. AÇÃO REVISIONAL E EXONERATÓRIA DE ALIMENTOS. AFIRMADA OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE A PENSÃO DEVIDA AOS FILHOS É EXCESSIVA E QUE HOUVE MUDANÇA NA CAPACIDADE FINANCEIRA DO ALIMENTANTE. REVISÃO DO BINÔMIO NECESSIDADE-POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. EXONERATÓRIA. PROCEDÊNCIA. EX-CÔNJUGE. CAPACIDADE LABORATIVA E APTIDÃO PARA INSERÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO. RECURSO ESPECIAL

1. Embora rejeitando os embargos de declaração, o acórdão impugnado examinou, motivadamente, as questões aventadas, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte. Logo, não há que se falar em ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Concluindo a instância ordinária, a partir do exame do acervo probatório, que não houve mudança na situação financeira do alimentante e que seus filhos necessitam dos alimentos prestados, não pode esta egrégia Corte Superior rever tal conclusão, em razão do óbice contido na Súmula n. 7 do STJ.3. Nos termos da jurisprudência do STJ, o fato de o devedor dos alimentos ter constituído nova família, por si, não implica revisão dos alimentos prestados aos filhos da união anterior, sobretudo se não ficar comprovada a mudança negativa na sua capacidade financeira. Precedentes. 4. A jurisprudência desta egrégia Corte Superior firmou a orientação de que a pensão entre ex-cônjuges não está limitada somente à prova da alteração do binômio necessidade-possibilidade, devendo ser consideradas outras circunstâncias, como a capacidade potencial do alimentado para o trabalho e o tempo decorrido entre o início da prestação alimentícia e a data do pedido de desoneração. 5. Esta egrégia Corte Superior também tem entendimento de que, em regra, a pensão deve ser fixada com termo certo, assegurando ao beneficiário tempo hábil para que reingresse ou se recoloque no mercado de trabalho, possibilitando-lhe a manutenção pelos próprios meios. O pensionamento só deve ser perene em situações excepcionais, como de incapacidade laboral permanente, saúde fragilizada ou impossibilidade prática de inserção no mercado de trabalho. Precedentes. 6. Não se evidenciando a hipótese a justificar a perenidade da prestação alimentícia a excetuar a regra da temporalidade do pensionamento entre ex-cônjuges, deve ser acolhido o pedido de exoneração formulado pelo recorrente,

[467] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1290313/AL*. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Julgado em 12/11/2013, *DJE* 07.11.2014. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153485314/recurso-especial-resp-1290313-al-2011-0236970-2.

> porque sua ex-mulher possui plena capacidade laborativa e fácil inclusão no mercado de trabalho em razão da dupla graduação de nível superior e pouca idade. 5. Recurso especial provido em parte.[468]

Oportuno destacar, ainda, o trabalho imaterial que, necessariamente continuará a ser prestado em relação à prole quando da fragmentação da família, que é praticamente desconsiderado pelos nossos tribunais, em nada sendo valorizado ou facilitado, o que permite afirmar que ainda há longo caminho a ser percorrido até que efetivamente haja igualdade entre homens e mulheres.

6.1.3 Princípio da igualdade conjugal

Neste contexto, faz-se mister perquirir sobre a existência de igualdade entre cônjuges, a existência de igualdade entre companheiros e sobre os mais relevantes princípios que norteiam o atual Direito de Família.

Anteriormente a tratarmos do tema da igualdade, importante revermos alguns princípios constitucionais do ramo do Direito de Família, dada a importância que os princípios desempenham como veículo de aprimoramento dos altos valores que se encontram disseminados pela consciência social.[469]

Conforme lição de José Cretella Júnior, princípio pode ser expressão em linguagem vulgar que designa um início, um começo, em contraposição a um fim, um ponto inicial, mas em sentido técnico, princípio de uma ciência são os alicerces, os fundamentos da ciência, são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturações subsequentes.[470]

Como ensina o professor Celso Ribeiro Bastos,[471] os princípios contemplam alto nível de abstração e indeterminabilidade, trazem, sob postulados genéricos, os fundamentos que dão sustentáculo ao objeto de estudo.

Encontramos na Constituição Federal os princípios que regem o Direito de Família, que podem ser subdivididos em duas classes: a primeira relativa à garantia

---

[468] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1496948/SP*. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 03/03/2015, *DJE* 12.03.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1386491&num_registro=201301232570&data=20150312&formato=PDF.

[469] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.,* p. 274.

[470] CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10, p. 18.

[471] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 90-91.

dos membros da família no que refere ao respeito de sua liberdade, livre de ingerências indevidas, seja de terceiros, seja do próprio Estado – o direito à liberdade; a segunda como direitos dos membros da família em frente do próprio Estado, na busca de efetividade dos direitos que lhes são garantidos constitucionalmente – o direito à educação, saúde etc.[472]

Na atual Constituição Federal, entre outros, destacam-se os seguintes princípios:

> Proteção de todas as espécies de família (art. 226, *caput*, CF); reconhecimento expresso de outras formas de constituição familiar ao lado do casamento, como as uniões estáveis e as famílias monoparentais (art. 226, §§ 3º e 4º, CF); igualdade entre os cônjuges (art. 5º, *caput*, I, e art. 226, 5º, CF); dissolubilidade do vínculo conjugal e do matrimônio (art. 226, § 6º, CF); dignidade da pessoa humana e paternidade responsável (art. 226, § 5º, CF); assistência do Estado a todas as espécies de família (art. 226, § 8º, CF); dever de a família, a sociedade e o Estado garantirem à criança e ao adolescente direitos inerentes à sua personalidade (art. 227, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 7º, CF); igualdade entre os filhos havidos ou não do casamento, ou por adoção (art. 227, § 6º, CF); respeito recíproco entre pais e filhos: enquanto menores é dever daqueles assisti-los, criá-los e educá-los, e destes o de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CF); dever da família, sociedade e Estado, em conjunto, ampararem as pessoas idosas, velando para que tenham uma velhice digna e integrada à comunidade (art. 230, CF).[473]

Há também outros princípios implícitos (art. 5º, § 2º, CF), como o do respeito, da afetividade, da igualdade entre os membros de todas as espécies de família, que tomados em conjunto dão substrato ao princípio da liberdade, que, por sua vez, é consequência do princípio da igualdade.[474]

Para parte da doutrina, a Constituição Federal exerce uma notável função prospectiva, na medida em que constituem os seus princípios o produto de uma evolução que não permite retrocesso, sob pena de extinção da própria noção de família.[475]

Celso Bastos aponta as características de abstração e indeterminabilidade dos princípios constitucionais, doutrina que “encarna em si os valores fundamentais que estão concretizados em diversas normas da Constituição ou cuja concretização a Constituição impõe”. Refere, ainda, o mesmo autor, que “deste último caso é

---

[472] CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez. *Lições de direito da família*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 96.
[473] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.,* p. 273.
[474] *Id. Ibid.,* p. 274.
[475] REALE, Miguel. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 35 e ss.

exemplo o princípio da igualdade, que seria, talvez, o mais genérico e abrangente de todos por voltar-se à concretização e aplicação de qualquer norma".[476]

Os princípios constitucionais do Direito de Família apontados lançam para o futuro os valores que deverão ser observados pelas novas gerações, visando uma sociedade pluralista, democrática e que prestigia a liberdade de cada um de optar por qualquer das formas de constituição familiar que entenda propiciar sua felicidade. A família atualmente reconhecida constitucionalmente sob o influxo de todos os princípios constitucionais só evoluirá, na opinião de parte da doutrina, aprimorará os altos valores que se encontram disseminados pela consciência.[477]

As constituições modernas deixaram de ser essencialmente organizacionais em termos de estruturação e divisão de competências do Estado e passaram a se preocupar em estabelecer normas que encerrem princípios e diretrizes a serem seguidos no futuro,[478] interessando ao Estado a manutenção de certos valores, porém, mantida a ideia de mutabilidade do sistema jurídico. Assim, não pretendeu o constituinte engessar a estrutura familiar contemporânea.[479]

O objetivo da Constituição Federal foi o de deixar claro que a família, “como célula de uma sociedade pluralista, deve avançar cada dia mais na busca de maior coesão, ao mesmo tempo em que seus integrantes ganhem maior liberdade de diálogo e de desenvolvimento de suas aptidões pessoais”. De forma que a liberdade que os membros da família conquistam, cada vez mais, não constitui impedimento ao fortalecimento da família. Os valores surgidos e encampados pela Constituição Federal são frutos de um avanço que, no entender de Jose Sebastião de Oliveira, não pode, jamais, retroceder .[480]

Miguel Reale aponta que o brutal avanço da tecnologia leva diariamente aos mais longínquos lugares a informação e conclui, ainda, que uma população informada é uma população ativa e participativa. “É uma população que pensa, que reflete e que busca sua própria felicidade, a começar pelos seus lares”.[481]

Para Luiz Edson Fachin, os princípios de família insculpidos nas constituições estruturam normas vinculantes para todos, informados pela

---

[476] BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.,* p. 91.
[477] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.,* p. 275-276.
[478] BASTOS, Celso Ribeiro. *Op. cit.,* p. 91.
[479] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.,* p. 276.
[480] *Id. Ibid.,* p. 235.
[481] *Id. Ibid.,* p. 237.

supremacia de suas disposições, aptos a orientar as decisões e a própria operação com a regra jurídica. É com base neles que devem ser interpretados e integrados os preceitos referentes ao Direito de Família.[482]

No mesmo sentido é a opinião de Tércio Sampaio Ferraz Júnior:[483]

> Não obstante a intangibilidade dos valores básicos e o caráter estrito da alterabilidade constitucional, é preciso garantir também uma certa adaptabilidade em termos de irrealizabilidade momentânea e simultânea de todos os valores. Isto significa a possibilidade de lançá-los prospectivamente como princípio orientador para o Estado e demais entidades públicas, na sua tarefa de realização positiva, sobretudo do bem-estar e do desenvolvimento.

Paulo Luiz Netto Lôbo recorda que, no Direito de Família, sempre repercutiu a estratificação histórica da desigualdade. Ao contrário da igualdade formal nas relações sociais e econômicas, conquistadas com o liberalismo, na virada do século XVIII para o século XIX, no mundo ocidental, a desigualdade familiar permaneceu intocada. No Brasil, apenas em 1962 surgiu o Estatuto da Mulher Casada, ainda com resquícios de desigualdade até que foram "superados integralmente" com a Constituição de 1988, com destaque ao art. 226, § 5º. A previsão, conforme o mesmo autor, estabeleceu para o princípio duas dimensões: a igualdade de todos perante a lei, a clássica liberdade formal; e a igualdade de todos na lei, vedando a discriminação na própria lei.[484]

A família passou a ser uma "comunidade plena de interesses e de responsabilidades, fundada na afetividade recíproca de seus componentes" na lição de Carlos Alberto Bittar, tendo como características ser personalizada, paritária e nuclear.[485]

---

[482] FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 121: "Os princípios contidos, quer nas Constituições, quer nas Cartas de direitos e liberdades, não têm cunho enunciativo ou de programas. São normas e por isso mesmo são vinculantes. Afirmou por todos o professor Francisco José Ferreira Muniz: 'Os princípios constitucionais do direito de família têm eficácia jurídica direta e são, portanto, normas vinculantes'.

[483] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade da Constituição de 1988. *In*: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson (org.). *Constituição de 1988*: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989. p. 34.

[484] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal: direitos e deveres. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo*: doutrina, jurisprudência, direito comparado, interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 222-223.

[485] BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos no direito de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988* (Textos de Carlos Alberto Bittar *et al.*). São Paulo: Saraiva, 1989. p. 24.

Concluindo o conceito de igualdade nas famílias, valiosa a lição de José Sebastião de Oliveira, ressaltando a compatibilidade de realização máxima de cada integrante da família com o próprio papel fundamental que a família representa para o Estado, o autor destaca:

> O que os membros da sociedade familiar devem sempre ter em mente é que, no embate entre os seus interesses pessoais e os do grupo familiar, devem sempre prevalecer estes últimos, para se evitar o enfraquecimento dos laços de afetividade que unem os seus componentes, provenham eles do matrimônio, da união estável ou da comunidade formada por quaisquer dos pais e seus descendentes.[486]

Ensina Paulo Luiz Netto Lobo, o Estado moderno pode ser dividido em três fases históricas distintas: absolutista; liberal; e social. Quanto a esta última fase, destaca que há referência ao Estado social vir assumindo um papel de substituição da família, no sentido de que "É tão notável a influência do Estado na família que já se fala em substituição da autoridade paterna pela estatal. O Estado-providência, do bem-estar social, patrão, assume, também, a função de pai", ressalva o autor que há certo exagero na perspectiva.[487]

Porém, na área do Direito de Família, especialmente quando ocorrem as crises, não se pode pretender enclausurá-lo – o conceito de igualdade – no mundo normativo essencialmente técnico e com lições exclusivamente jurídicas. Há campos onde o Direito não apresenta instrumentos hábeis para adequada compreensão e suficiente alcance, resta patente a dificuldade na fragmentação da família, nas separações e divórcios, estes acabam por representar a deterioração das relações amorosas, em que "o relacionamento do casal e seus filhos, via de regra com consequências traumáticas para todos, tem como origem do problema uma maneira equivocada de trabalhar sentimentos".[488]

Em síntese, pode-se afirmar que embora haja previsão constitucional de igualdade entre os cônjuges – ou companheiros –, a realidade dos fatos, quer quanto às oportunidades profissionais, quer quanto à dedicação imaterial à família, corroborada por análises históricas e sociológicas, a previsão de igualdade é apenas formal, pois inexiste a igualdade material entre homens e mulheres, o que

---

[486] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.,* p. 265.
[487] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. (Textos de Carlos Alberto Bittar *et al.*). São Paulo: Saraiva, 1989. p. 57-58.
[488] OLIVEIRA, José Sebastião de. *Op. cit.,* p. 295-296.

demanda a recomposição nas relações familiares pelos novos paradigmas dos alimentos compensatórios, bem como de partilha de direitos – Compensação de Amparo (*Versorgungsausgleich*)[489] e de compensação patrimonial na fragmentação da família, como em mais espaço se apontará.

Como norma de ouro das relações humanas, repita-se vez mais, dar a cada um o que lhe pertence – *suum cuique tribuere* – justifica a aplicação dos princípios de Direito de Família para a busca do justo, pelo sopesamento e ponderação de interesses materiais e imateriais quando da fragmentação da família e análise de suas consequências, bem como do princípio norteador de todo o Direito Civil, nos termos do art. 884, do Código Civil, para vedação do enriquecimento sem causa.

6.2 *Versorgungsausgleich* – partilha de direitos

O instituto jurídico da Compensação de Amparo (Versorgungsausgleich),[490] visto como resultado do mandamento constitucional do princípio da igualdade, inserido em 1919, na Constituição de Weimar, foi considerado a maior inovação do Direito de Família Alemão, desde o Código Civil Alemão do início do século XX. Visa o instituto a segurança ao cônjuge não ativo ou parcialmente ativo profissionalmente, prejudicado na atividade aquisitiva em razão da administração do lar e da educação dos filhos e, como tal, almeja minorar as desigualdades entre os cônjuges com os alimentos compensatórios, porém, com natureza jurídica e princípios distintos dos alimentos. Apresenta natureza interdisciplinar, entre o Direito de Família e o Direito Social, portanto, pode-se referir como ponto de conexão entre o Direito Público e o Direito Privado, seus princípios se subordinam ao Direito Civil, mas no momento da decisão pelo divórcio, há estreita cooperação com as entidades de Direito Previdenciário, com efeitos também no Direito Tributário e no Direito Internacional.

A Compensação de Amparo situa-se na denominada Justiça Prospectiva, cuja fundamentação filosófica "reúne a justiça comutativa e a distributiva, desenvolvendo-se, no entanto, mais além, para abranger as relações do passado, do presente, e ainda as promessas feitas no presente em relação ao futuro".[491]

---

[489] CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Op. cit.,* p. 375. Tradução livre: igualar ou suprir direitos.
[490] *Id., Ibid.,* p. 375. Tradução livre: igualar ou suprir direitos.
[491] *Id., Ibid.,* p. 377-383.

Para Aristóteles, o critério de justiça tipicamente aplicável às relações privadas é a corretiva, afirma que toda justiça é uma forma de igualdade, esclarece que há duas formas de justiça: a justiça comutativa ou corretiva; e a justiça distributiva. A justiça comutativa, ou corretiva, é aquela que envolve igualdade aritmética, uma relação entre duas grandezas, atendendo à exigência de que um particular tem de dar a outro particular, enquanto a justiça distributiva consiste em dar a outrem o que lhe é devido, mas, na realização desse princípio, levará em consideração alguns requisitos, como a pluralidade de pessoas ou a relação entre a comunidade e seus membros, para distribuir com justiça e de acordo com os méritos, por equitativa participação no bem comum, aplicando o Princípio da Igualdade, que nesse caso é uma igualdade proporcional e que levará em conta os critérios da dignidade da pessoa humana, a distribuição de bens deverá levar em consideração, proporcionalmente, a necessidade de cada um.[492]

Sobre a justiça prospectiva e sua relação com a confiança e a solidariedade social, oportuna a referência feita por Miriam de Abreu Machado e Campos:

> A justiça prospectiva é um misto de justiça comutativa, distributiva e, como leva em consideração as relações do passado, do presente, e ainda as promessas feitas no passado e continuadas no presente, projeta-se em relação ao futuro, tempo esse irremediavelmente penhorado pela confiança já investida; a Compensação de Amparo é a concretização da responsabilidade pela confiança, ficando cada um dos parceiros entrelaçado pelos fios do tempo. Afirma-se, então, que a justiça prospectiva é mais perfeita que todas as outras justiças, pois contém todas as parcelas do tempo resgatadas na memória das instituições, guiadas, ao mesmo tempo, por todas essas espécies de justiça, realizando, enfim, com maior perfeição, a solidariedade social.[493]

Observamos que na legislação brasileira não há norma expressa que trate do tema no Código Civil, porém, gradualmente, o tópico tem sido considerado pelo Direito Brasileiro através da doutrina e pelo cotejo com o direito estrangeiro.

O instituto da Compensação de Amparo (*Versorgungsausgleich*),[494] importante marco do Direito Alemão no século XX, foi criado pela primeira Lei de

---

[492] CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Op. cit.,* p. 378.

[493] *Id., Ibid.,* p. 379.

[494] Tradução livre: Repartição compensatória dos direitos à pensão após divórcio. *Versorgungsausgleich* – De acordo com o Direito de Família Alemão, a compensação das pensões é a compensação das expectativas adquiridas durante o período de casamento pelos casados e as perspectivas de uma pensão para a velhice ou redução da capacidade de ganho. É executada pelo tribunal de família no âmbito do processo legal. O período de casamento é o tempo desde o início do mês em que o casamento foi concluído até o final do mês antes da

Reforma do Casamento (EheRG, 1976), com o objetivo do aperfeiçoamento da segurança social do cônjuge não profissional, que se dedicava integral ou parcialmente à administração do lar e à educação dos filhos, pois ficava sem cobertura previdenciária, tendo inaugurado a adequação da concepção do casamento às exigências do Princípio da Igualdade:

> O princípio segundo o qual a igualdade estaria em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais foi utilizado de conformidade com a visão de Alexy,[495] levando em conta duas formas de interpretação totalmente distintas: a primeira é a que vincula o legislador somente à correção lógico-formal das normas de caráter universal, que o mesmo produzirá, e a segunda, para nós de maior importância, é a que vincula concretamente o legislador como uma exigência, quanto ao conteúdo da norma a ser produzida, daí o termo “igualdade material” ligado à segunda interpretação.[496]

No Brasil, citou a mesma autora, há proposta de emenda à Constituição Federal n. 93 de 2003, visando acrescer ao art. 226 um § 9º, no sentido de valorar o período de duração do casamento, quando do divórcio, estabelecendo tal proposta que:

> § 9º Por ocasião do divórcio, será assegurada a compensação entre cônjuges das expectativas e das previsões de aposentadoria por idade e por redução da capacidade profissional, adquiridas e mantidas total ou parcialmente com o auxílio do trabalho ou do patrimônio de um deles ou de ambos, durante o período de duração do casamento.[497]

Essa valoração da contribuição imaterial dos cônjuges representa uma contribuição importante na construção de uma sociedade igualitária e solidária.

A Contribuição de Amparo representa aplicação do princípio da confiança ao proteger a confiança traída. Oportuno destacar esse princípio pode corrigir ou complementar os resultados da aplicação do princípio da justiça de participação,

---

notificação da petição de divórcio. Além disso, os direitos à pensão incluem o seguinte: ▪ seguro de pensão legal; ▪ serviço de funcionário; ▪ provisão de aposentadoria profissional, incluindo planos de pensão complementar para o setor público; ▪ planos de pensão profissional (por exemplo, médicos, farmacêuticos, arquitetos, advogados); Pensão (seção 2 (2) n. 3 do VersAusglG)). Desde 1 de setembro de 2009, a "Lei para a reforma estrutural da compensação de pensão (VAStrRefG)" se aplica, de 3 de abril de 2009, publicada no Diário Oficial Parte I no. 18, de 8 de abril de 2009, página 700 ff. No endereço: VERSORGUNGSAUSGLEICH. [Significado de "Versorgungsausgleich" no dicionário alemão] https://educalingo.com/pt/dic-de/versorgungsausgleich. Acesso em: 22 jul. 2018.

495 ALEXY, Robert. *Op. cit.,* p. 393 e ss.

496 CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Op. cit.,* p. 379-380.

497 *Id. Ibid.,* p. 419.

na medida em que reconhece que quanto mais uma relação jurídica persistir no tempo, por um longo período, “surgem tipos legais de confiança específicos e, no casamento fracassado que termina em divórcio, eles têm certamente uma adequada aplicação”.[498]

O Direito da Compensação de Amparo, ou por nós denominado “Partilha de Direitos”, do Direito Alemão, está subordinado à ficção jurídica criada pela lei do “período do casamento”, desde o início do casamento até a entrada do pedido de divórcio, não havendo nenhuma significação no cálculo o fato de os cônjuges terem vivido juntos antes do período de casamento ou, em contrapartida, terem vivido durante o período de casamento algum tempo separados.[499] Em apertada síntese das características do instituto e apenas referindo sobre as formas mais simples, pode haver a transferência de expectativas de aposentadoria do obrigado ao favorecido, por meio de ato judicial, até metade das unidades de valor do cônjuge obrigado à compensação.[500]

No Brasil, não se conhece a concepção da divisão das expectativas de aposentadoria por ocasião da dissolução do casamento por divórcio, nem por morte e nem quando se alcança a idade para se aposentar, não é considerado o trabalho do cônjuge que, durante o casamento, administrou o lar e educou os filhos. O critério do período do casamento não é utilizado no Brasil, nem mesmo para a obtenção de alimentos, como bem apontado por Miriam de Abreu Machado e Campos.

Os casamentos de longa duração não são valorados em relação com outro de pequena duração, nem ainda se prevê o direito de preferência da primeira esposa em relação à segunda esposa, principalmente se o primeiro casamento é de longa duração. No Brasil, como há um desconhecimento deste instituto, são inúmeras as injustiças expressas, tanto em leis, pela omissão que apresentam, como na jurisprudência, como referido na doutrina:

> Um exemplo, seria elucidativo: um casamento que durou 40 anos, termina em divórcio. A esposa divorciada, que trabalhou apenas no lar, tendo em vista as dificuldades enfrentadas durante o casamento pela atividade aquisitiva do marido, que era engenheiro de uma grande empreiteira, era chamado a gerenciar grandes projetos de construção em diferentes regiões do país, como também no exterior, terá direito a uma pensão de

[498] CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Op. cit.,* p. 418.
[499] *Id. Ibid.,* p. 404-405.
[500] *Id. Ibid.,* p. 407.

> alimentos. O marido, logo após o divórcio apaixona-se por uma mocinha de 18 anos. Logo depois da lua de mel sofre um infarto e morre. Aí a solução rudimentar oferecida pela Previdência é uma divisão pela metade: 50% para cada uma delas, sem ao menos cogitar da duração do período do casamento, 40 anos *versus* 7 dias, ou até menos. A mocinha de 18 anos vai fazer jus a 50% da aposentadoria. A lei previdenciária, sem se dar conta, cria uma parasita, pois, conforme o caso, a mocinha de 18 anos, nem precisará trabalhar mais. E, contudo, a comunidade dos segurados será obrigada a sustentar uma pessoa, durante toda a sua vida, que não contribuiu absolutamente para o contrato entre as gerações: não criou e nem educou filhos, como fez a outra esposa durante 40 anos, e esses filhos criados e educados pela primeira esposa serão aqueles que juntamente com os outros da comunidade de segurados viabilizarão a continuação do contrato entre as gerações.[501]

Como bem apontado pela mesma autora, em um casamento de longa duração, o critério é iníquo, tal resultado leva a uma injustiça insuportável, pois:

> Ora, em um casamento de longa duração, o resultado leva a uma injustiça insuportável: não é levado em consideração o trabalho expendido durante vários anos daquela que se dedicou à criação e educação dos filhos ou cuidou de familiares necessitados de cuidados especiais, pai ou mãe, muitas vezes parentes do próprio marido: esse cônjuge injustiçado propiciou com seu próprio trabalho a possibilidade do outro parceiro exercer com maior tranquilidade e excelência a sua atividade aquisitiva desenvolvendo suas potencialidades, sua personalidade, enquanto ele é relegado na velhice a uma situação extremamente penosa, dependendo muitas vezes da boa vontade dos filhos. Portanto, sob o aspecto dos direitos do idoso, as contradições do sistema brasileiro são inúmeras tendo como causa o não exame do sistema jurídico como um todo.[502]

No sentido da importância da necessária valorização e respeito do trabalho da mulher do lar, há referência, pela mesma autora:

> Isto porque ela teria contribuído para o *contrato de gerações*, da mesma forma que um homem ativo profissionalmente que, durante toda sua via profissional, pagou contribuições ao seguro social. A educação de filhos não é um assunto privado e sim uma proposta com custos necessariamente socializados (*Vergesllschaftungen Koste*).[503]

A Teoria de Rawls,[504] que propicia como efeito vinculante a Compensação de Amparo do Direito Alemão, traz fundamentos filosóficos e políticos do

---

[501] CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Op. cit.,* p. 416.
[502] *Id. Ibid.,* p. 417.
[503] *Id. Ibid.,* p. 61.
[504] RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Comentário 3, p. 380. Glossário: *moral persons*: “Os membros da sociedade são concebidos como pessoas morais, que podem cooperar tendo em vista a vantagem mútua, e não somente como indivíduos

casamento participativo, destacando a prioridade das liberdades básicas, tornando possível que os cidadãos sejam tratados como pessoas livres e iguais, deixando patente que, na justiça como equidade, os direitos fundamentais são considerados invioláveis.

Assim, decorre como efeito vinculante a Compensação de Amparo, que, além de realizar o Princípio da Igualdade concretamente, acaba por valorizar como pessoa humana em seus direitos fundamentais e de personalidade, na medida em que "promove a autoestima do cônjuge que, por acordo interno com seu parceiro, decidiu administrar o lar e criar e educar os filhos, abdicando de uma profissão", haja vista que "quando da compensação das expectativas do trabalho tanto daquele que se dedica às tarefas domésticas como daquele que exerce uma atividade aquisitiva é avaliado com o mesmo peso e valor", trazendo sobretudo para o cônjuge mais fraco economicamente o respeito à distribuição entre os cônjuges dos "bens sociais primários", que são direitos, liberdades, oportunidades, prerrogativas, renda, riqueza e a autoestima.[505]

6.3 Compensação patrimonial no divórcio

Como novo paradigma na fragmentação da família, destacamos a compensação patrimonial no divórcio, que encontramos na experiência estrangeira, forma de compensação patrimonial que busca igualdade material entre ex-cônjuges quando do divórcio, bem como evitar o enriquecimento sem causa, inclusive considerando-se as perspectivas de ganhos futuros dos divorciandos.

O Direito estrangeiro traz apontamentos que corroboram a crescente fragilidade dos laços afetivos e a instabilidade das relações familiares. Todavia, auxiliam a clarear a proposta em comento, inclusive ao destacar as diferenças em institutos que são próximos e estabelecer critérios objetivos no exame e na fixação de compensação patrimonial quando do divórcio.

---

racionais que têm desejos e metas a satisfazer. Caracterizam-se por duas faculdades morais que implicam uma concepção da sociedade como sistema equitativo de cooperação".

[505] CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. *Op. cit.,* p. 380-381.

Neste sentido, oportunos os ensinamentos trazidos por Robert E. Oliphant e Nancy Ver Steegh,[506] quando indicam diferenças entre os institutos dos alimentos e da partilha:

> Although alimony and property division are sometimes confused, alimony differs from property division in a variety of ways. First, alimony obligations cannot be discharged in bankrupcy, whereas some property obligations may be the object of discharge. Second, alimony is considered taxable income to the recipiente and is deductible by the payor. Property settlements have no similar tax treatment. Third, alimony awards may be modified in the future, but property settlements are viewed as final. Fourth, alimony awards tradicionally terminate upon the remarriage of the recipiente, in contrast to property awards, whith are no affected by remarriage. Finally, failure to pay alimony can be enfoced by cotempt proceedings, and enforcement of property awards generally occurs through traditional debtor-creditor remedies.[507]

O exame de ordenamentos jurídicos estrangeiros permite buscar soluções criativas e já bem experimentadas em outros países, de forma que haja contribuição para o aprimoramento na busca da melhor justiça, que interessa a todos os jurisdicionados. Embora o sistema da Common Law tenha bases diversas das do ordenamento jurídico adotado no Brasil, a busca do justo encontra norte digno de apontamento. Assim, podemos referir, em apertada síntese, que quanto à partilha, por exemplo, nos Estados Unidos da América,[508] a divisão de bens por ocasião do divórcio pode ou não levar em conta as ocorrências durante a vida conjugal. O sistema equivalente ao do regime da separação de bens – *Separate property distribuition theory* – foi considerado injusto e refutado em todas as jurisdições, por não reconhecer a contribuição imaterial do cônjuge, bem como desconsidera até mesmo a contribuição financeira efetuada. Como hipótese dessa situação, se ambos os cônjuges trabalham fora, se no casal um deles aplica seus ganhos em

---

[506] OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Family law*. 5. ed. New York-USA: Wolkers Kluwer, 2016. p. 337.

[507] Tradução livre: Embora a pensão alimentícia e a partilha de bens tenham pontos que se confundem, a pensão alimentícia difere da divisão de patrimônio de várias formas. Primeiro, as obrigações de pensão alimentícia não podem ser abatidas em falência, enquanto algumas obrigações de propriedade podem ser objeto de dedução. Segundo, a pensão alimentícia é considerada receita tributável para o credor e é dedutível pelo pagador. As disposições sobre a propriedade não têm tratamento tributário semelhante. Terceiro, os prêmios de pensão alimentícia podem ser modificados no futuro, mas os acordos de propriedade são vistos como finais. Em quarto lugar, os recebimentos de pensão tradicional terminam com o novo casamento do credor, diversamente dos valores da patrimoniais, que não são afetados pelo novo casamento. Por fim, a falta de pensão alimentícia pode ser reforçada com medidas coercitivas, e a execução de créditos patrimoniais geralmente ocorre por meio de remédios tradicionais para recebimento entre devedor-credor.

[508] OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Op. cit.,* p. 356-364.

investimentos em seu nome próprio, enquanto o outro arca com as despesas da casa e dos filhos, o titular das aplicações receberia a totalidade das aplicações financeiras quando do divórcio.[509]

Há entendimento de que deve existir equiparação do matrimônio a uma parceria empresarial, “Community property jurisdictions accept the theory that marriage is a partnership concept applies during the marriage as well as upor divorce. A divorce is sometimes analogized to the dissolution of a business partnership”,[510] entendimento este em que cada parte, independentemente de considerações quanto ao seu comportamento moral ou circunstâncias econômicas, deve receber os frutos dessa parceria.[511]

Há teorias que permitem resguardar os investimentos de cada um dos cônjuges, ainda que feitos em bem exclusivo do outro, e ainda que a casa porque considerada como de ambos, se o casal investiu em um bem exclusivo, é devida a compensação e mantida a condição de bem exclusivo.[512] Porém, a teoria atualmente mais aplicada naquele País é a de distribuição equitativa dos bens adquiridos na constância da união, por entender que quando um casamento termina, para a aquisição dos bens houve contribuição de ambos, neste sentido:[513]

> The equitable distribuition theory is a corolllary of the principle that the marriage is a joint enterprise whose vitality, success, and endurance depend on the conjuction of multiple components, only one of which is financial. [...] It wiews the nonremunerated efforts of raising children, making a home, performing a myriad of personal services, and providing physical and emotional support as important to a marriage and entitled to substantial recognition. When a marriage ends, each of the spouses, based on the totality of their constribuitions, has a right to a share of marital assets because they represent the capital product of what was essentially a joint enterprise.[514]

---

509 OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Op. cit.,* p. 356-358.

510 *Id. Ibid.,* p. 357. Tradução livre: As jurisdições de propriedade comum (ou de comunhão de bens) aceitam a teoria de que o casamento é um conceito de parceria que se aplica durante o casamento, bem como quando do divórcio. Um divórcio é por vezes assemelhado à dissolução de uma parceria de negócios.

511 *Id. Ibid.,* p. 356.

512 *Id. Ibid.,* p. 357.

513 OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Op. cit.,* p. 358.

514 Tradução livre: A teoria da distribuição equitativa é um corolário do princípio de que o casamento é um empreendimento conjunto cuja vitalidade, sucesso e resistência dependem da conjunção de múltiplos componentes, dos quais apenas um é financeiro. [...] Ela vê os esforços não remunerados de criar filhos, construir um lar, realizar uma miríade de serviços pessoais e fornecer apoio físico e emocional tão importante para um casamento e tem direito a um reconhecimento substancial. Quando um casamento termina, cada um dos cônjuges, com base na totalidade de suas contribuições, tem direito a uma parte dos bens conjugais porque eles representam o produto de capital do que era essencialmente uma empresa conjunta.

Interessante teoria no direito norte-americano permite que a um bem originariamente exclusivo de um dos cônjuges, se durante o matrimônio houve melhorias significativas pelo casal naquele bem, as aplicações conjuntas dos investimentos corresponde à manifestação inequívoca de desejo de modificação da natureza do bem, de individual para comum – teoria denominada de "Transmutation throught commingling" –, a propriedade passa a ser do casal, sujeita à partilha equitativa.[515]

As orientações dadas para questões relativas à propriedade, quando do divórcio, nos Estados Unidos, são as seguintes:

6.3.1 Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA)[516]

> The Uniform Marriage and Divorce Act (UMDA) is a model act containing provisions that adress the disposition of property upon divorce. As originally drafted, §307(a) of the UMDA provided that a court "shall assign each spouse's property to him" and then divide the marital property in just proportions. The Act states that marital property does not include property adquired by gift, property acquired in exchange for property acquired by gift, or increase in value of property acquired before marriage. UMDA §307(b)(1), (2), (5). According to the UMDA Comissioners' Note to §307, appreciation in the value of nonmarital property is not marital property. In 1973, §307 of the UMDA was amended to provide two alternatives to dividing property upon divorce. Alternative "A" proceeds upon the principle that all property of the spouses, however acquired, should be regarded as assets of the married couple and be apportioned equitably between the spouses. Alternative "B" is intended for community property states; it allows courts to divide community property after considering certain criteria. It was added in response to complaints from community property jurisdictions that Alternative "A" did not allow them to distinguish adequately between separate and community property. Both of these alternatives recognize that the spouses have been partners in the marriage and require courts to look beyond title in deciding how much each spouse should share in distribution of marital assets. See Elizabeth A. Cheadle, Comment, The Development of Sharing Principles in Common Law Marital Property States, 28 UCLA L. Ver. 1269, 1287 (1981).[517]

---

[515] OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Op. cit.,* p. 360.

[516] *Id. Ibid.,* p. 351.

[517] Tradução livre: Ato Uniformizado de Casamento e Divórcio. (UMDA) – O Ato Uniformizado de Casamento e Divórcio é um ato modelo, contendo provisões que endereçam a disposição de propriedade sobre o divórcio. Como foi originalmente arquitetado, o §307 do UMDA providenciou que a corte "deveria designar a cada cônjuge sua respectiva propriedade" e, então, dividir a propriedade matrimonial em proporções justas. O ato afirma que, no conceito de propriedade matrimonial, não estão incluídas propriedades adquiridas como presente, ou valorização de propriedades adquiridas antes do casamento. o §307 do UMDA (b)(1), (2), (5). De acordo com as notas do comissário do UMDA ao §307 valorização em propriedade não matrimonial não configura propriedade matrimonial. Em 1973, o §307 do UMDA foi emendado para prover duas alternativas à divisão de propriedade no divórcio. Alternativa "A" procede em cima do princípio de que toda as propriedades dos cônjuges, independentemente da forma de aquisição, devem

Embora em minoria, alguns estados, como Alabama e Texas, continuam a considerar a culpa no divórcio para a divisão dos bens conjugais, “When dividing marital property, a trial court should considerer several factors, including [...] the fault of the parties contributing to the breakup of the marriage”.[518] Entretanto, embora a maioria dos estados não considere a culpa para a partilha de bens, a culpa será sopesada quando da fixação de alimentos.[519]

Questão interessante, mas remota em nosso ordenamento, por diferenças culturais significativas, é a hipótese, minoritária mesmo em jurisdições norte-americanas, de considerar passível de valoração para partilha em divórcio o título ou a habilitação profissional obtida por um dos cônjuges durante o casamento, enquanto o outro cônjuge trabalhou fora de casa para atender às necessidades daquele. Possível haver determinação de compensação ao cônjuge financiador, quantificando o benefício pecuniário que isso representará para o graduado, que terá maiores ganhos às expensas do outro cônjuge durante o casamento.[520] Pode-se referir um dos cônjuges estudou medicina e frequentou residência em cirurgia, em um total de dez anos, enquanto o outro arcou com as despesas do estudante, que, após obter os títulos, decidiu pedir o divórcio. Nessa hipótese, aponta o autor, da mesma forma que um pensionamento pode ser reduzido em decorrência de um acidente ou redução da capacidade laboral, o incremento das possibilidades de ganho decorrentes da obtenção de títulos, pelo mesmo critério, permite a quantificação.[521]

Hipótese não tão remota na realidade brasileira, recordamos, um dos cônjuges prepara-se por vários anos para admissão em concurso público, sem exercer nenhuma atividade profissional, apenas dedicando-se ao estudo, sendo

---

ser consideradas como ativos do casal e dividido em porções entre os cônjuges. Alternativa “B” é intencionada para estados de comunhão de bens, concede permissão às cortes de dividir a propriedade em comunhão considerando certos critérios. Foi adicionada como uma resposta a reclamações de jurisdições de estados em regime de comunhão de bens nas quais a alternativa “A” não permitia que fossem distinguidos de forma adequada entre comunhão e separação de bens. Ambas estas alternativas reconhecem que os cônjuges têm sido parceiros no casamento [comunhão de vida] e demanda que cortes olhem além do simples título ao decidir quanto cada cônjuge deve compartilhar na distribuição de ativos matrimoniais. Veja os comentários de *Elizabeth A. Cheadles* em *The development of sharing principles in common law marital property states.*

[518] OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Op. cit.,* p. 364. Tradução livre: Ao dividir a propriedade conjugal, um tribunal de 1ª instância deve considerar vários fatores, incluindo [...] a culpa das partes que contribuíram para a dissolução do casamento.

[519] *Id. Ibid.,* p. 364.

[520] OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Op. cit.,* p. 378-379.

[521] *Id. Ibid.,* p. 379.

mantido pelo outro cônjuge, decidindo-se pela dissolução da entidade familiar tão logo logra êxito na aprovação.

Nessas hipóteses, uma das formas sugeridas para quantificar a vantagem em questão é a de multiplicar o salário médio que o cônjuge deixou de auferir no período que deixou de trabalhar e, consequentemente, de contribuir para a família, e multiplicar pelo número de meses que se dedicou apenas aos estudos. O valor assim apurado corresponderia ao *quantum* razoável que deixou o cônjuge estudante de aportar às economias da família e, por medida de se evitar enriquecimento em detrimento daquele que com exclusividade custeou as despesas, deve ser considerado integrante do patrimônio partilhável.

Portanto, já existentes precedentes em ordenamentos estrangeiros, oportuno, ao menos em tese, considerarmos, também em nosso ordenamento, a possibilidade de inclusão de norma visando estabelecer critérios objetivos no exame e na fixação de compensação patrimonial quando do divórcio.

6.4 Da conveniência de novos paradigmas

Para atender às disposições constitucionais que determinam amparo à Família, oportuno destacar a conveniência de haver proteção aos seus integrantes, especialmente quando da fragmentação da família, pois cumpre ao Estado viabilizar condições materiais e psicológicas para cumprimento do papel – muito relevante – daqueles que devem atender também as demandas emocionais e afetivas de nossas crianças, com cuidados materiais e imateriais necessários ao bom desenvolvimento das futuras gerações.

É regra de experiência, dispensando maiores digressões, que, para criar filhos equilibrados e saudáveis, há necessidade de que mães e pais também o sejam, portanto, imperioso sejam respeitados, inclusive em suas diferenças. Assim, justificamos a necessidade de novos paradigmas quando da fragmentação da família, inclusive para minorar os efeitos deletérios das violências que ordinariamente acompanham a dissolução da entidade familiar.

Passemos a alguns dos questionamentos que nos propusemos enfrentar neste trabalho. Qual deve ser o papel do Estado para contribuir no ideal de uma sociedade mais justa e solidária? Como deve ser aplicada a justiça, de forma a resguardar os interesses dos diversos membros nas relações familiares? Como

minorar as dores da quebra de confiança ou compensá-las? Como estimular o respeito no momento da fragmentação da família? Os mecanismos previstos no ordenamento podem alcançar esses objetivos na aplicação de ponderação desses interesses?

Como já se disse, se é prevista a comunhão plena de vidas, com efetiva e irrestrita comunhão de esforços, com igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, não seria um motivo a mais a justificar a ponderação dos interesses de cada cônjuge quando da fragmentação da família, com aplicação pelos nossos julgadores dos mandamentos de otimização?

As questões podem ser enfrentadas, ainda que apenas tangencialmente, com as ponderações relativas à valorização de conduta marcada pelo resgate dos princípios da boa-fé e da confiança, de forma ideal com a introdução em nossa legislação de determinações tendentes a amparar, quando da fragmentação da família, o cônjuge que deu efetiva contribuição imaterial à família, proporcional ao lapso temporal de dedicação.

Quanto às decisões judiciais, enquanto não viesse a lume legislação positiva nesse sentido, porém, com fundamento nos princípios gerais de Direito, a introdução jurisprudencial de decisões que amparassem a contribuição imaterial, a boa-fé e a confiança, viria em amparo a uma sociedade tão carente de retorno aos valores que trazem segurança, estabilidade e solidariedade.

A obrigação de amparo à família, independentemente de ser originária de relação formal de casamento, ou decorrente de união estável, alcança uma relevância fundamental para o Direito, tanto que a Constituição Federal, em seus arts. 5º, *caput* e inciso I, 226 e 227, prevê:

> Art. 5° Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição, a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado [...] é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à convivência familiar e à comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O presente trabalho objetivou (1) analisar o dever de o Estado atender aos ditames constitucionais de proteção da família e de igualdade de gêneros; (2) bem como de exame da atuação do Poder Judiciário na busca de igualdade material, quando da fragmentação da família, ao abordar aspectos sociológicos, antropológicos, psicológicos, econômicos e laborais da sociedade contemporânea, com especial atenção à atuação jurisdicional na fragmentação da família, de forma a destacar a relevância de tratar as desigualdades com a devida ponderação, visando equalizar as diferenças de oportunidades ainda existentes entre gêneros e resguardar a dignidade de seus membros.

Nossa contribuição é a de que, ao se propiciar maior amparo material e, por consequência, a possível estabilidade emocional aos ex-cônjuges ou ex-companheiros, quando da fragmentação da família, haverá prestígio ao princípio da confiança e respeito às expectativas dele decorrentes, situação que se reverterá em benefício direto na formação integral da prole, com repercussão positiva para toda a sociedade.

Percebe-se, dessa forma, que o dever de prestação jurisdicional que incumbe ao Poder Judiciário, atento aos princípios insculpidos na Constituição Federal, tem por fim garantir, de maneira integral, o desenvolvimento pleno dos membros da família, inclusive quando de sua fragmentação, com especial atenção às necessidades materiais e imateriais de cada um de seus membros.

Muito mais do que um dever do Estado, a atuação legislativa e jurisdicional voltada à valorização de todos os membros da família influi diretamente na constituição de uma sociedade próspera e solidária. Por outro lado, quando da fragmentação da família, deve atuar como paliçada defensiva de atuação egocêntrica natural ao ser humano, decorrente de frustração quando desatendido em suas expectativas de cunho afetivo, eis que no ambiente familiar e na coletividade deve-se estimular o exercício da virtude, ou seja, deve haver percepção do direito do outro e da importância de prevalência deste em relação ao próprio direito.

Digna de nota a corrente que pretende afastar a característica publicista do Direito de Família, pregando a mínima ou a não intervenção do Estado na esfera privada, que, ao nosso ver, muito menos que respeitar as diretivas íntimas dos integrantes do grupo familiar, permite distorções que geram abuso e reverberam em prejuízo do aprimoramento das boas práticas de convivência e da civilidade.

Como o Direito não é hermético, pois embora detenha autonomia operacional, não é um sistema fechado, mas atrelado ao sistema social, trouxemos breves apontamentos de antropologia, história, filosofia e sociologia para compreensão de algo das relações sociais e familiares no mundo jurídico ocidental, desde a Antiguidade até a pós-modernidade.

Como é um tema amplo, fizemos menção a vários institutos de Direito Civil, mas não houve aprofundamento nessas abordagens.

Limitamos nosso enfoque, em respeito ao tema, principalmente aos novos paradigmas relativos à responsabilidade civil, aos alimentos compensatórios no Direito de Família, propondo novas questões relativas à partilha de direitos e à compensação patrimonial no divórcio, quando da fragmentação da família.

Quanto à responsabilidade civil, como referido, o fundamento constitucional para reparação de danos no âmbito familiar encontra-se no princípio de proteção da dignidade humana, conforme art. 1º, III, bem como no art. 5º, X e § 2º, que estabelecem a inviolabilidade dos direitos da personalidade e o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação, e no art. 226, § 8º, que prevê o dever do Estado de assegurar assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações, portanto, nosso entendimento é de que a reparação pela via pecuniária se afigura não apenas adequada para minorar o sofrimento da vítima, mas recomendável, em especial pelo caráter educativo ao agressor e, consequentemente, funciona como estímulo a que todos os membros da sociedade respeitem as relações decorrentes do afeto e da confiança empenhada.

Com relação aos alimentos compensatórios, entendemos que a aplicação dos princípios da boa-fé e da confiança permitiriam a sua fixação entre nós, em situações nas quais a relação matrimonial é longa e o histórico de cooperação conjugal resta comprovado, para propiciar a manutenção do padrão social ou econômico quando um dos cônjuges tenha queda significativa no padrão social e econômico, enquanto o outro permanece nas mesmas condições das havidas durante a união familiar, como forma de compensar perdas decorrentes da ruptura familiar, considerando-se o desequilíbrio econômico de forma objetiva.

Quanto à partilha de direitos, semelhante aos moldes já existentes na Alemanha, que determina divisão de direitos previdenciários entre os ex-cônjuges, quando da dissolução do vínculo conjugal, conforme o tempo de duração do

casamento e fatores objetivos, entendemos deva ser considerada esta hipótese de a partilha de direitos ser incorporada ao nosso ordenamento como forma de justo amparo ao cônjuge que deu maior contribuição imaterial à família e teve reduzida ou inviabilizada a sua atuação profissional, portanto, forma de aplicação da justiça distributiva.

Por derradeiro, quanto à compensação patrimonial no divórcio, de forma a estipular um *plus* e ultrapassar a partilha nos moldes fixados pelo regime de bens, conforme situações específicas, igualmente representa uma forma de se evitar enriquecimento sem causa de uma das partes, portanto, poder-se-ia aplicá-la com base nos princípios gerais, caso a caso, de forma a contribuir para o justo equilíbrio de situações que, de outra maneira, restariam injustas.

Evolução da família e do casamento é permanente, no dizer de Álvaro Villaça Azevedo, pois as transformações havidas com o passar do tempo sempre representam evolução.

CONSIDERAÇÕES PROPOSITIVAS

Consideramos que embora a responsabilidade civil decorrente do casamento ainda seja incipiente em nossa jurisprudência, há previsão legal e constitucional que a autoriza, pelo que entendemos a responsabilidade civil dever ser admitida e examinada com maior cuidado nas ações de separação judicial e também nas de divórcio, ainda que de forma incidental, sempre que ocorrer grave descumprimento dos deveres conjugais, a gerar danos materiais ou morais, ao cônjuge lesado ou à prole, como forma de prestigiar a seriedade dos deveres decorrentes do casamento e das relações familiares, que importam à toda a sociedade.

Entendemos que o ato de grave violação dos deveres do casamento e a conduta desonrosa são passíveis de indenização nos termos já do anterior art. 159, atual art. 186 do Código Civil. Embora a discussão da culpa esteja afastada pelo advento da Emenda Constitucional n. 66/2010, conforme doutrina majoritária, os alimentos eventualmente fixados não reparam integralmente o dano, já que só se referem à cessação do dever de mútua assistência.

Embora, conforme parte da doutrina, não se admita no Direito Brasileiro a cumulação das demandas de separação ou divórcio e de indenização, por não ser, para ambas, o mesmo foro competente, entendemos que o pedido pode ser cumulado ou feito incidentalmente, perante o juízo da família.

É nosso entendimento que a possibilidade potencial de responsabilidade civil pelo descumprimento grave dos deveres decorrentes do casamento estimularia comportamentos mais consentâneos com as regras de respeito e boa convivência, portanto, reverteria em proteção a todos os membros da família, pelo que entendemos de todo recomendável maior aplicação da responsabilidade civil na esfera familiar.

A experiência comum demonstra que quando o desamor aflora, inúmeras são a demandas e desconsiderações no campo da fragmentação da família, o que demanda ao bom julgador, em suas decisões relativas ao rompimento da união familiar, considerar individualmente as limitações e características dos membros da

família, de forma a respeitar e valorizar o papel de cada integrante e, dessa forma, minimizar prováveis injustiças.

O Judiciário tem papel muito relevante, em nosso entender, como propulsor do reconhecimento dos anseios da sociedade, até que se logre obter alterações legislativas nessa seara, analisando de forma tópica, caso a caso, com base na premissa da concretude.

Muito além de dever de sustento e assistência, devida entre ex-cônjuges de forma geralmente temporária na atualidade, entendemos ser necessário o exame das potencialidades objetivas e subjetivas de cada parte para o futuro.

Esse exame tem por objetivo verificar se as diferenças de condições materiais, sociais e profissionais que se mostrarem evidentes, quando da fragmentação da família, atendida a razoabilidade, podem ser minoradas pela indenização por danos ou vedação do enriquecimento sem causa, bem como pelo amparo – não apenas pelos alimentos naturais ou civis –, mas pela fixação de alimentos compensatórios.

Em uma visão mais ampliada das possibilidades de modificação legislativa, dar parâmetros e cotejar o instituto no direito estrangeiro de forma à compensação material ao cônjuge – ou companheiro – proporcional às prováveis expectativas de ganho material futuro e de possibilidade de refazimento de relação afetiva de seus membros, considerado de forma objetiva o lapso temporal em que houve contribuição imaterial, ferramenta que contribuiria como desestímulo de rompimentos açodados, bem como com o prestígio dos valores que devem nortear uma sociedade ética e solidária.

Portanto, ainda que com as conhecidas dificuldades, por um lado, as escassas condições materiais de países em desenvolvimento e, por outro, o dispêndio de tempo decorrente de análise caso a caso, ao Judiciário se atribuiria a possibilidade de suprimir a omissão legislativa e buscar a efetiva aplicação do princípio da igualdade material, pela compensação patrimonial do cônjuge menos aquinhoado em termos de possibilidades materiais, profissionais e de refazimento de vínculos familiares.

Embora conveniente que todos sejam estimulados a buscar condições de viver por si mesmos, de desenvolver-se e sobreviver sem o auxílio de terceiros, a realidade demonstra que nem sempre é a hipótese corrente e, nesses casos, o amparo ao cônjuge ou companheiro que se dedicou à família, com lealdade e boa-

fé, com renúncia parcial ou total aos interesses próprios, na justa expectativa de manter a família íntegra, deve ser recompensado quando da fragmentação da família, por ter colaborado para a plena comunhão de vida e desenvolvimento de seus membros.

Considerando-se a progressiva, porém ainda incipiente contribuição imaterial da maioria dos homens nas relações familiares, cumpre ressaltar, este trabalho aborda com maior relevo o papel das mulheres nessa contribuição, mas ressalva que as pesquisas poderão revelar, desde o presente, haver contribuição relevante do sexo masculino e, nesta hipótese, deverá ser considerada sem qualquer forma de preconceito a situação equivalente.

Quanto à proteção da família e como forma de valorização de seus membros e laços, propõe-se a criação de instituto para realizar a compensação em partilha, que seria sugerida não exatamente sob critérios matemáticos decorrentes do regime de bens, mas considerada a contribuição imaterial de cada cônjuge ou companheiro no desenvolvimento da família e de seus membros, bem como as expectativas de prováveis ganhos futuros e a possibilidade de refazimento de novos vínculos familiares ao longo do tempo, de forma a desestimular que a dissolução tenha por fundamento o egoísmo e egocentrismo ou outros sentimentos menos nobres.

Uma possível alternativa, pois, é a possibilidade de acrescer ao quinhão devido na partilha decorrente do regime de bens, uma fração a mais, a título de indenização ou compensação em prestígio ao princípio da confiança, quando a iniciativa pela dissolução for imotivada ou por motivos juridicamente menos relevantes, com critério objetivo de fixação proporcional ao tempo de convivência na relação familiar, valor este que reverteria em benefício de ex-cônjuge ou companheiro que colaborou com contribuição imaterial e, em decorrência de maior dedicação à família neste aspecto, não logrou obter ascensão profissional tão destacada. Não se trataria de discussão de culpa, ao revés, a proposta é de visão isenta para se evitar ou minorar injustiças.

O direito de acrescer e ou compensar em partilha na fragmentação da família ainda não é previsto em nosso ordenamento, que sempre teve por base o regime de bens de opção do casal, porém, este olhar proposto, de um lado sobre a contribuição imaterial de cada integrante durante a vida marital e, por outro lado, da análise das perspectivas de ganho individual de seus membros para o futuro e

ou probabilidade de novos vínculos familiares, conforme experiência em países estrangeiros quanto aos alimentos compensatórios e a determinadas teorias sobre partilha de bens no divórcio, abalizariam uma composição patrimonial mais justa, na prática minorando as hipóteses de fragmentação da família sem motivos relevantes e compensando a boa-fé objetiva daquele que abdicou de seus próprios interesses em benefício do bem-estar da família.

Mesmo em tal hipótese, não se acredita possa o entendimento ser assimilado pela sociedade atual sem efetiva cooperação dos Poderes Legislativo e Judiciário, haja vista bastante carente de valores altruístas e da necessária solidariedade e reconhecimento pelo outro, embora também haja preceito constitucional neste sentido. Porém, como há precedentes, segundo demonstrado neste trabalho, ainda a serem aprofundados em outra etapa, no Direito estrangeiro na busca dessa igualdade material, a convidar legislador e julgador pátrios ao exame da questão.

Não obstante tais considerações, o que se procura destacar é a possibilidade de reconhecimento do direito de acrescer ao quinhão devido pelo regime de bens do casamento ou acordo patrimonial na união estável, uma outra parcela, um *plus*, como forma de manter ou de melhor alcançar a efetivação da igualdade material, com respeito às necessidades da família como um todo, com reflexos na estabilidade e no bem-estar emocional dos filhos, com inegável ganho para toda a sociedade.

As decisões estrangeiras que lastreiam a sugestão aqui promovida quanto ao direito de acrescer na partilha, aos direitos decorrentes do regime livremente escolhido pelos cônjuges (ou companheiros), não implica em ofensa ao regime de bens, mas cumprimento à determinação constitucional de proteção integral ao instituto da família, bem como respeito à expectativa decorrente da confiança gerada nas relações de afeto na família.

Não se trata, a seu turno, de mera penalização ou cerceamento da liberdade individual, porém, de proteção à família, que sabidamente é a base da sociedade, o que engrandece o seu todo quando protege a cada um de seus membros.

O que se busca de fato, com a almejada igualdade material e eventual direito de acrescer ao quinhão marital, é garantir que o cônjuge (ou companheiro)

que contribuiu de forma imaterial, possa vislumbrar uma justa recomposição pela expectativa e pela confiança gerada.

O reconhecimento deste direito de acréscimo patrimonial na fragmentação da família, ou mesmo de partilha de direitos semelhante à Contribuição de Amparo (*Versorgungsausgleich*) do Direito Alemão, viria em socorro de situações de flagrante injustiça, portanto encontra fundamento legal no ordenamento, que veda o enriquecimento sem causa, na hipótese, o enriquecimento de um dos cônjuges em detrimento do outro, e contribuiria para modificar o atual entendimento de que a mera aplicação do regime de bens – de livre escolha do casal – e partilha em seus estritos termos, se e quando existentes, em si, já atenderiam à igualdade e corresponderiam ao justo.

Outro aspecto positivo, em uma sociedade em que a fragmentação da família pudesse levar a uma compensação patrimonial do cônjuge que não teve a iniciativa da dissolução, certamente convidaria a uma maior reflexão pelo outro sobre a conveniência do rompimento, bem como, ao evitar rupturas precipitadas e no calor das emoções, os filhos teriam enorme ganho, pela estabilidade de ter sido mantida a família e o exemplo de que construir é um exercício contínuo de perdão, doação e amor, o que corresponde ao ideal de construir uma sociedade mais ética e justa.

Essa ausência de previsão legislativa específica para quando da fragmentação da família não elide a possibilidade de aplicação imediata pelo Poder Judiciário dessas regras de recomposição, visando a igualdade material e a busca do justo, basta que se recorram às regras de direito de família e aos princípios gerais de direito, às determinações já constantes no ordenamento, o que justifica o estudo aqui pretendido.

O direito de acrescer em partilha, considerando-se vantagens imateriais havidas durante a vida matrimonial e, até mesmo, as possibilidades futuras de ascensão profissional, econômica e pessoal de cada parte, como meio de atender ao princípio da confiança e da boa-fé objetiva nas relações familiares, deixa de ser pretensão incidente sobre mera expectativa de direito, para configurar efetiva concretude de princípios insculpidos na Constituição Federal em proveito de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária.

Como considerações finais de nosso trabalho, que teve por objetivo contribuir para evitar injustiças, estimular maior estabilidade nas uniões afetivas e

reduzir a violência patrimonial que tem caracterizado a fragmentação da família nas relações da sociedade pós-moderna, sugerimos as seguintes proposições legislativas.

Cabe ao cônjuge ou companheiro receber do outro que tiver tido a iniciativa imotivada da fragmentação da família, a título de alimentos compensatórios e ou compensação patrimonial, por contribuição imaterial prestada em benefício da família, havendo presunção relativa quando por período igual ou superior a doze anos, com prejuízo de sua própria ascensão profissional e independentemente do regime de bens, conforme a sua idade, condição pessoal, profissional e de empregabilidade.

Ainda, quanto à partilha de direitos, sugerimos:

O cônjuge ou companheiro que tiver sido casado ou vivido em união estável por período igual ou superior a vinte anos, com prejuízo de sua própria ascensão profissional por contribuição imaterial prestada à família e independentemente do regime de bens havido, por presunção relativa, quando do óbito do ex-cônjuge ou ex-companheiro, terá direito à totalidade dos benefícios da previdência oficial ou à fração, quando concorrer com terceiro, proporcional ao tempo de duração de cada união familiar havida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 5. ed. alemã: *Theorie dr Grundrechte*. Publicada pela Suhrkamp Verlag, 2006.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 6, n. 24, out./dez. 2005.

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Responsabilidade civil no direito de família*: angústias e aflições nas relações familiares. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMORIM, Sebastião Luiz; OLIVEIRA, Euclides. *Separação e divórcio*: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Leud, 2001.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Afeto na relação familiar. *In*: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Estatuto da família de fato*. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Estudo histórico sobre a condição jurídica da mulher no direito luso-brasileiro desde os anos mil até o terceiro milênio*. 1998. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BELLUSCIO, Augusto C. *Responsabilidad civil em el derecho de família*: daños y perjuicios derivados del divorcio. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1983.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil:* aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERGER, Adolf. *Encyclopedic dictionary of roman law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1953.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil do Brasil comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1922. v. 2.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito da família*. Recife: Ramiro M. Costa, 1986.

BÍBLIA de Jerusalém. São Paulo: Ed. Paulus, 2015. Publicada sob a direção da "École Biblique de Jérusalem. Paris, Du Cerf,1998.

BITTAR, Carlos Alberto. Novos rumos no direito de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988* (Textos de Carlos Alberto Bittar *et al.*). São Paulo: Saraiva, 1989.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOSSUET, Jacques-Bénigne. *Discours sur l´histoire universelle* (Révolutions des empires). Paris: Librairie Firmin Didot Frères, 1850. Parte III, cap. VI.

BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. Alimentos compensatórios decorrentes da dissolução do vínculo matrimonial e da família convivencial. *In*: CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo (org.). *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo: Pillares, 2013. p. 231-249.

CAHALI, Youssef Said. *Divórcio e separação*. 8. ed. São Paulo: RT, 1995.

CAHALI, Youssef Said. *Dos alimentos.* 8. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2013.

CAMPOS, Diogo José Paredes Leite de; CAMPOS, Mónica Martinez. *Lições de direito da família*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CAMPOS, Miriam de Abreu Machado e. Compensação de amparo. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade*. Porto Alegre: IBDFAM/Magister Editora, 2010.

CARVALHO NETO, Inácio de. Reparação civil na separação litigiosa culposa. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.). *Direito e responsabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO NETO, Inácio de. *Responsabilidade civil no direito de família.* Atualizado de acordo com a EC 66/2010. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade: o artigo 20 do Código Civil e a biografia de pessoas notórias. *In*: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 126-151.

CICERO, Marcus Tullius. *De officiis*. *With an english translation by Walter Miller.* Cambridge, Mass: Harvard University Press; London: W. Heinemann, 1975. v. 21 (The Loeb Classical Library, n. 30).

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2017.

CORDEIRO, António Menezes. Os direitos da personalidade na civilística portuguesa. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, v. 61, n. 3, p. 1229-1256, dez. 2001.

COSTA, Maria Aracy Menezes da. Responsabilidade civil no direito de família. *ADV – Advocacia Dinâmica – Seleções Jurídicas* (CAD), ed. esp., n. 2, p. 27-32, fev. 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972. v. 10.

CZAJKOWSKI, Rainer. *União livre*. Curitiba: Juruá, 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Os direitos da mulher e da cidadã por Olímpia de Gouges*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. 2. ed. São Paulo: Quorum Editora, 2008.

DE MATTIA, Fabio Maria. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *In*: CHAVES, Antonio (coord.). *Estudos de direito civil*. São Paulo: RT, 1979.

DELGADO, Mario Luiz. Pensão alimentícia entre cônjuges é categoria em extinção. *Conjur*, 26 jul. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/mario-delgado-pensao-alimenticia-entre-conjuges-extincao. Acesso em: 11 jun. 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le marriage et le divorce*. Paris: Presses Universitaires de France, 1972. (Coll. *Que sais-je?,* n. 1.462).

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.

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

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual:* o preconceito e a justiça. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DIGESTO ou Pandectas do Imperador Justiniano. Tradução brasileira por Manoel da Cunha Lopes Vasconcellos (Conselheiro Vasconcellos). Tradução complementar, organização geral, adaptação e supervisão da transcrição por Eduardo C. Silveira Marchi, Bernardo B. Queiroz de Moraes Dárcio R. Martins Rodrigues. São Paulo: YK Editora, 2017 (Constituições preliminares e livros 1-4; v. 1).

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: direito de família. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 5.

DINIZ, Maria Helena; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Curso de direito civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 5.

DOLINGER, Jacob. Casamento e divórcio no direito internacional privado. *In*: DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*: a família no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, t. 1.

ESPÍNOLA, Eduardo. *A família no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FACHIN, Luiz Edson. *Curso de direito civil*: direito de família. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Da paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FAGUNDES, Valéria Nahas. Alimentos transitórios e alimentos compensatórios. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 32, p. 251-269, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 6.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Legitimidade da Constituição de 1988. *In*: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio; DINIZ, Maria Helena; GEORGAKILAS, Ritinha Alzira Stevenson (org.). *Constituição de 1988*: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA, Waldemar. *História do direito brasileiro*: as capitanias coloniais de juro e herdade. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 1.

FIGUEIREDO, Luciano L. Alimentos compensatórios: compensação econômica e equilíbrio patrimonial. *Revista Brasileira de Direito Civil – IBDCIVIL*, v. 6, p. 42-68, out./dez. 2015. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/download/82/186.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2016.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Do nome civil das pessoas naturais*. São Paulo: RT, 1958.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu**.** *Curso de direito civil*. Direito de família. 2. ed. atualizado de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FUSTEL DE COULANGES, Numas-Denis. *A cidade antiga*. 10. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

GAUDEMET-TALLON, Hélène apud DOLINGER, Jacob. *Direito civil internacional*: a família no direito internacional privado. Casamento e divórcio no direito internacional privado. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. Alguns apontamentos sobre o dano moral, sua configuração e o arbitramento da indenização. In: CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. 1982. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1982.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*: direito de família. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 6.

GOODY, Jack. *O oriental, o antigo e o primitivo*: os sistemas de casamento e a família nas sociedades pré-industriais na Eurásia. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2008. Título original em inglês: *The oriental, the ancient and the primitive*: systems of marriage and the family in the pre-industrial societies of Eurasia. Cambridge UniversitY Press, 1990.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito e psicanálise: um novo horizonte epistemológico. *In:* PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey; IBDFam, 2004.

GUET – a legalização judaica do divórcio. Disponível em: http://www.chabad.org.br/biblioteca/artigos/guet_divorcio/home.html. Acesso: 6 mar. 2018.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil:* estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 6. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LAGO, Lúcia Stella Ramos. *Separação de fato entre cônjuges*. São Paulo: Saraiva, 1989.

LALOU, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1943.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura*: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. São Paulo: RT, 1960.

LIMA, Marcellus Polastri; TRANCOSO, Renata Vitória Oliveira S. Alimentos compensatórios e as causas de seu deferimento no Brasil. *Revista IBDFAM – Famílias e Sucessões*, Belo Horizonte, n. 9, p. 75-100, maio/jun. 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. *A felicidade paradoxal*: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A repersonalização das relações de família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *O direito de família e a Constituição de 1988*. (Textos de Carlos Alberto Bittar *et al.*). São Paulo: Saraiva, 1989. p. 57-58.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre-RS: IBDFam, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Igualdade conjugal: direitos e deveres. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito de família contemporâneo*: doutrina, jurisprudência, direito comparado, interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MADALENO, Rolf. Família e responsabilidade.

MADALENO, Rolf. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.

MADALENO, Rolf. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

MADALENO, Rolf. *O repúdio no direito islâmico*. Disponível em: http://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/o-repudio-no-direito-islamico. Acesso: 10 jun. 2018.

MADALENO, Rolf. *Obrigação, dever de assistência e alimentos transitórios.* Disponível em: https://www.rolfmadaleno.com.br/web/artigo/obrigacao-dever-de-assistencia-e-alimentos-transitorios. Acesso em: 10 jun. 2018.

MADALENO, Rolf. Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade: teoria e prática do direito de família*. Porto Alegre-RS: IBDFam, 2010.

MADALENO, Rolf. *Responsabilidade civil na conjugalidade e alimentos compensatórios.* Disponível em: www.rolfmadaleno.com.br. Acesso em: 10 jun. 2018.

MALAURIE, Philippe; FULCHIRON, Hugues. *Droit civil*: droit de la famille. 6. ed. Paris: LGDJ; Lextenso, 2018.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Direito das famílias:* amor e ética. Prefácio de Calos Alberto Dabus Maluf. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 108, p. 221-242, jan./dez. 2013. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984/pdf_9.

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

MARKY, Thomas. *Curso elementar de direito romano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDINA, Graciela. Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial unificado. *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, n. 5, sept. 2015. Disponível em: https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=f4775b9eb399c2b1a604224870ff0aad&print=1.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil*: parte geral. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leoncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 106/107, p. 124, jan./dez. 2011/2012. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67941/70549.

MORSELLO, Marco Fábio. Autoridade parental: evolução conceitual. *In:* CASSETTARI, Christiano (coord.). *10 anos de vigência do Código Civil brasileiro de 2002*: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Orientação Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 515-540.

OLIPHANT, Robert. E.; VER STEEGH, Nancy. *Family law*. 5. ed. New York-USA: Wolkers Kluwer, 2016.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: RT, 2002.

PAGE, Henri de. *Traité élémentaire de droit civil belge*. 10. ed. Bruxelas: Émile Bruylant, 1948. t. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil*: alguns aspetos de sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*: direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. Rio de Janeiro: Editores Virgilio Maia & Comp., 1918.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Adultério virtual. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 1, n. 1. Disponível em: https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/154/adulterio-virtual. Acesso em: 20 jul. 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio*: teoria e prática. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PESSOA, Adélia Moreira. Patriarcado sustenta a reinvenção da violência. *Revista IBDFAM.* XII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DAS FAMÍLIAS E SUCESSÕES. Edição 46 – Especial, ago./set. 2019.

PINTO, Fernando Brandão Ferreira. *Causas do divórcio*: doutrina, legislação, jurisprudência. Porto: Elcla, 1992.

PIOVESAN, Flavia. *Revista dos Tribunais*, ano 11, n. 45, out./dez. 2003.

PORTO, Mário Moacyr. *Temas de responsabilidade civil*. São Paulo: RT, 1989.

RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*: Antiguidade e Idade Média. São Paulo: Paulus, 1990. v. 1 (Coleção filosofia).

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: RT, 2005.

REALE, Miguel. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RICHARD-PRASSINOS, M. *Le divorce et la séparation de corps em droit compare et em droit privé*. Paris: Arthur Rousseau, 1928.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei n. 10.406, de 1.01.2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*: direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 6.

RODRIGUES, Silvio. *O divórcio e a Lei que o regulamenta*. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidade civil*. Barcelona: Bosch, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social ou principes du Droit politique. *In: OEUVRES Complètes* de Jean-Jacques Rousseau. Paris: Galliamard, 1964. v. 3. (Bibliothèque de La Pléiade).

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1990.

SILVA, Paulo Lins e. O matrimonio – antes, durante e depois: uma visão no direito pátrio e comparado. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Família e responsabilidade*: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: IBDFam, 2010.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. Coordenador até a 5. ed. Ricardo Fiuza. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 215-218.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Dissolução da sociedade e do vínculo conjugal. *In*: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; Franciulli, Domingos (coord.). *O novo Código Civil*: estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Divórcio e separação após a EC n. 66/2010*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Responsabilidade civil dos cônjuges. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO. 2., Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais*... Belo Horizonte: IBDFAM, 2000. p. 121-140. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/69.pdf.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; FIUZA, Ricardo; VELOSO, Zeno. *In*: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.). *Código Civil comentado*. Coordenador até a 5.e d. Ricardo Fiuza. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*: direito de família. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

SIMÃO, José Fernando. A Emenda Constitucional 66/2010, a revolução do século em matéria de direito de família. *In:* LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de família:* novas tendências e julgamentos emblemáticos. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1995.

SPENCER, Herbert. *Principes de sociologie*. Tradução do inglês por E. Cazelles e J. Gerschel. 2. ed. Paris: Librairie Germer Baillière et Cie.,1882. t. 2.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2011.

TARTUCE, Flávio. Alimentos. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Tratado de direito das famílias*. Belo Horizonte: IBDFam, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*: lei de introdução e parte geral. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 1.

TARTUCE, Flavio; GROENINGA, Giselle Câmara. Dano à integridade psíquica: uma análise interdisciplinar. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; FALAVIGNA, Maria Clara Osuna Diaz (coord.). *Ensaios sobre a responsabilidade civil na pós-modernidade*. Porto Alegre: Magister, 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*: direito de família. 8. ed. São Paulo: Método, 2013. v. 5.

TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de derecho civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito internacional privado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

VALLER, Wladimir. *A reparação do dano moral no direito brasileiro*. 2. ed. Campinas: E. V. Editora, 1994.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*: parte geral. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 1.

VERSORGUNGSAUSGLEICH. [Significado de "Versorgungsausgleich" no dicionário alemão]. Disponível em:https://educalingo.com/pt/dic-de/versorgungsausgleich. Acesso em: 22 jul. 2018.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. *In:* VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de A. (org.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2009.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Evolução histórica da família brasileira. *In:* CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. A FAMÍLIA NA TRAVESSIA DO MILÊNIO. 2., Coordenador Rodrigo da Cunha Pereira. *Anais*... Belo Horizonte: IBDFam, 2000. p. 325-331. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/69.pdf.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*: les obligations: la responsabilité: effets. Paris: L.G.D.J., 1988.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *AgRg no AREsp 725002/SP*. Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, Julgado em 08/09/2015, *DJE* 01.10.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1439020&num_registro=201501371497&data=20151001&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *AgRg no REsp 1537060/DF*. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Julgado em 01.09.2015, *DJE* 09/09/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1435589&num_registro=201501370879&data=20150909&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1290313/AL*. Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Julgado em 12/11/2013, *DJE* 07.11.2014. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153485314/recurso-especial-resp-1290313-al-2011-0236970-2.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1370778/MG*, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/03/2016, *DJe* 04.04.2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1496047&num_registro=201300531200&data=20160404&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ*. REsp 1396957/PR*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/06/2014, *DJe* 20.06.2014. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1340427&num_registro=201102328892&data=20140904&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 1496948/SP*. Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 03/03/2015, *DJE* 12.03.2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1386491&num_registro=201301232570&data=20150312&formato=PDF.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ. *REsp 933.355/SP*. Rel. Min. Nancy *Andrighi*, 3ª Turma, j. 25.03.2008, *DJ* 11.04.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 477.554*. MG. Rel. Mon. Celso de Melo, DJe 16-08-2011. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - TJSP. *Apelação n. 1105244-67.2015.8.26.0100*. 4ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Rel. Hamid Bdine, j. 27.04.2017, v.u. – Anulação de casamento. Disponível em: https://processo.justica.online/1105244-67.2015.8.26.0100.