



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

TÂMARA OLIVEIRA PEIXOTO

**OS IMPACTOS DO NOVO CPC NO DIREITO DAS FAMÍLIAS
E O TRATAMENTO PROCESSUAL DA AÇÃO DE
ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS**

**SALVADOR
2017**

TÂMARA OLIVEIRA PEIXOTO

**OS IMPACTOS DO NOVO CPC NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E O
TRATAMENTO PROCESSUAL DA AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO
REGIME DE BENS**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito,
como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação Lato
Sensu em Direito Processual Civil, para obtenção do título
de Especialista em Direito Processual Civil.

SALVADOR
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

TÂMARA OLIVEIRA PEIXOTO

OS IMPACTOS DO NOVO CPC NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E O TRATAMENTO PROCESSUAL DA AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de Direito, como parte das exigências do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil, para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil..

Salvador, de de 2017.

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

SALVADOR
2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por todas as graças e bênçãos concedidas, bem assim por todas as dificuldades, tropeços enfrentados ao longo dessa trajetória em busca do conhecimento. Agradeço ao meu marido, Cláudio Filgueiras, pelo apoio e compreensão irrestritos. Por ter estado com a nossa filha em todas as horas e momentos em que permaneci dedicada ao estudo e redação do presente trabalho. Agradeço também à minha filha, Valentina, que nunca reclamou dos meus momentos ausentes e que sempre me fortaleceu e incentivou com seu sorriso encantador.

Meu muito obrigada, também, ao meu pai, Ely (*in memoriam*), que todos os dias, mesmo sem ser visto, me presenteia com as suas lembranças, com o seu apoio, e, sim, com a sua presença. E a Marailde, minha mãe, que me fortalece e me ajuda para que possa alcançar os meus sonhos.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar,
não seremos capazes de resolver os problemas causados
pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

(Albert Einstein)

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por escopo analisar o novo capítulo, no Código de Processo Civil de 2015, destinado às ações de família e as cláusulas que tratam dos procedimentos a serem adotados para a ação de alteração do regime de bens, bem assim os seus impactos para o Direito das Famílias e para a sociedade. Com a promulgação do novo Código de Ritos e as inovações por ele introduzidas no Direito das Famílias, que carecia de um processo mais específico e particularizado, é que se viu a necessidade de se esmiuçar e entender os motivos que levaram o legislador a atualizar e modificar a normatização, até, então, existente. Para tanto e, inicialmente, se estudou as mudanças vivenciadas ao longo tempo, que impactaram, inclusive, no conceito de família, além do surgimento dos novos arranjos familiares, que fizeram com que o regramento procedimental passado se tornasse ultrapassado para resolver os conflitos familiares contemporâneos. A partir daí foi-se necessário examinar a características do Direito Processual e a sua intenção se facilitar a observância do direito material, para, então, compreender o papel do processualista moderno diante do Direito das Famílias, tal como hoje é vivenciado. E, ao se debruçar sobre a nova normatização processualista, percebeu-se que apesar das inovações introduzidas no ordenamento jurídico, e os avanços alcançados na forma de como enxergar os conflitos familistas, o Código ainda se encontra distante da realidade social. Por vezes, mantendo institutos e definições já superadas, por outras se mostrando insuficiente para sozinho solucionar esses problemas. Na busca da vitória conjunta é indispensável que todos os envolvidos estejam sensíveis e comprometidos com a solidariedade, compreensão e paciência necessários à pacificação dos conflitos familiares.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Ações de Família. Alteração do regime de bens. Novo regramento.

ABSTRACT

The objective of this academic work is to analyze the new chapter, in the Civil Procedure Code of 2015, for family actions and the clauses that deal with the procedures to be adopted for the action to change property regime, as well as its impacts for Family Law and for society. With the promulgation of the new Code of Rites and the innovations introduced by it in Family Law, which lacked a more specific and particularized process, it was necessary to examine and understand the reasons that led the legislator to update and modify the existing normalization. In order to do so, it was initially studied the changes experienced over time, which also impacted the concept of family, as well as the emergence of new family arrangements, which made past procedural regulation overtaken to solve contemporary family conflicts. From that point on, it was necessary to examine the characteristics of procedural law and its intention to facilitate the observance of material law, and then to understand the role of the modern conduct before the Family Law, as it is nowadays. And, when looking at the new procedure normalization, it was perceived that despite the innovations introduced in the legal system, and the progress achieved in the way of seeing family conflicts, the Code is still far from social reality. At times, maintaining institutes and definitions already overcome, other times proving to be insufficient to solve contemporary issues. In the pursuit of joint victory, it is indispensable that all those involved be sensitive and committed to the solidarity, understanding and patience necessary to pacify family conflicts.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Family Actions. Alteration of property regime.
New rule.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC	Código Civil
CJF/STJ	Conselho da Justiça Federal do STJ
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
IBDFAM	Instituto Brasileiro de Direito de Família
LMP	Lei Maria da Penha
NCPC	Novo Código de Processo Civil
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O PROCESSO CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS	14
2.1	A ORIGEM DA FAMÍLIA E DO DIREITO DAS FAMÍLIAS.....	14
2.2	O CAMPO DE APLICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL.....	17
2.3	A NATUREZA TRANSUBSTANCIAL DO PROCESSO E A INSTRUMENTALIDADE METODOLÓGICA.....	19
2.4	OS CONTORNOS DOS CONFLITOS FAMILIARES: AS MUDANÇAS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E NA FORMA DE COMO RESOLVER ESSES CONFLITOS.....	22
2.4.1	Da Mediação e Conciliação	26
3	JURISDIÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES	29
3.1	AS AÇÕES DE FAMÍLIA.....	31
3.2	AÇÕES CONSENSUAIS ENVOLVENDO DIREITO DE FAMÍLIA	37
3.3	COMPETÊNCIA	40
3.4	QUESTÕES PROBATÓRIAS NA SEARA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	43
3.4.1	A Utilização de Provas Ilícitas nos Litígios Familiares.....	47
4	DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS	51
4.1	REGIME DE BENS E SEUS PRINCIPAIS REFLEXOS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL.....	52
4.2	AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	56
5	CONCLUSÃO	69
	REFERÊNCIAS	72

1 INTRODUÇÃO

A Família é considerada a célula, base fundamental da sociedade. Sua existência é, por isso, secular. Apesar de ser uma das formações mais antigas, também é possível afirmar ser ela ainda plenamente atual. Transcorridas diferentes épocas, a família persistiu. E assim, exatamente por acompanhar o desenvolvimento social, a família a este vai se adequando, conforme necessário.

O Direito das Famílias, o mais humano de todos os ramos do Direito, tem ganhado, no decorrer das duas últimas décadas, força e expressão. Não obstante as diversas afirmações de que o modelo tradicional e conservador de família estaria em crise, em razão dos novos arranjos familiares que estão surgindo, o certo é que o conceito de família tem sofrido uma revalorização.

No Brasil, até pouco tempo, o Direito de Família era tido como um complexo de normas que regulavam tão somente a celebração do casamento entre homem e mulher ou, ainda, sua validade e efeitos. Limitava-se às relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, assim como sua dissolução, relação entre pais e filhos, bem como instituições complementares.

Contudo, após a promulgação da Carta Magna, em 1988, ocorreu uma profunda mudança nos conceitos de família, como também nas últimas décadas houve uma renovação profunda da realidade social. A mudança dos paradigmas sociais é, sem dúvida, o maior elemento informador para a evolução da família.

Esta nova realidade social da família, então, demanda um novo olhar, um repensar e redirecionamento da organização jurídica sobre as relações familiares. Foi justamente por esses motivos, que o novo Código de Processo Civil tratou de regular um processo específico e particularizado para o Direito das Famílias, que, como dito, é o mais humano e sensível quando comparado aos demais ramos do Direito.

Não se olvide que, quando os restos do amor vão parar no Judiciário, tecendo verdadeiras histórias de degradação do outro em nome de reivindicação de direitos, na verdade o que se busca, na maioria das vezes, é o tamponamento de seu desamparo estrutural. Por isso, o processo judicial de família é a materialização de uma realidade subjetiva. E o novo Código de

Processo Civil parece ter entendido isso e fez avanços significativos¹.

As novas regras gerais impostas pelo Código de Processo Civil (CPC) e o seu intuito de diminuir a litigiosidade em Direito de Família, norteados, principalmente, pela ascensão das relações familiares, e pelo novo conceito de Família, como sendo recurso por meio do qual a realização pessoal é perseguida, é que serão objeto de estudo do presente trabalho.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), que entrou em vigor em 16 de março de 2016, tentou traduzir os anseios da sociedade no que concerne ao direito de família e, por isso, trouxe importantes alterações para dirimir os conflitos que surgem no seio familiar. O legislador, ao entender que tais conflitos envolvem relacionamentos interpessoais continuados, com uma maior conotação psicológica, deu prioridade aos meios extrajudiciais de solução consensual dos conflitos. Neste sentido e atento aos reclamos, o Novo Diploma consagrou a arbitragem, conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual, para aliviar a justiça.

De outra senda, as ações litigiosas que versam sobre divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação passam a contar com um procedimento especial que antes não existia dentro do direito. A primeira e grande modificação apresentada pelo Novo CPC é a criação de um capítulo denominado “Das Ações de Família”, o qual traz regras de processos contenciosos relacionados com os assuntos citados, mas não só a eles, porquanto, entendemos que não se trata de enumeração exaustiva, aplicando-se também a outras demandas, como a de anulação de casamento, por exemplo.

O certo é que, em que pesem os esforços de modernizar e de promover a regulamentação instrumental de algumas demandas em consonância com a nova realidade social da família, o Código de Processo Civil, apesar de inovar, já nasce em descompasso com os novos rumos e necessidades do Direito das Famílias. Assim, à medida que o estudo da normatização prevista no Diploma Processual for avançando, serão pontuadas as críticas pertinentes ao novo regramento. Como ocorre, por exemplo, com a nova previsão de o mandado de citação não mais se fazer acompanhar da contra fé. Acredita-se que tal medida favorece o acordo, evitando, portanto, o acirramento dos ânimos. De outro lado, entendimentos contrários defendem que esta previsão estaria em dissonância com o princípio da informação, não dispondo, na realidade, da

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família*. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

amplitude prática que o legislador pensou que esta norma teria, quando passasse a ser aplicada, cujos raciocínio e fundamentação serão desenvolvidos adiante.

É incontestável que a nova previsão contida no estatuto processual, além de inédita e louvável, reflete as transformações sociológicas ocorridas ao longo dos anos, contudo, e o que se discute, é a oportunidade que poderia ter sido mais bem aproveitada se as inovações já estivessem no mesmo ritmo das mudanças sociais ou, ainda, se esses novos regramentos estivessem em melhor consonância com outros previstos em legislações esparsas e que tratam da mesma matéria, como ocorre, por exemplo, com relação à Lei de Alimentos, cujos dispositivos foram parcialmente revogados com a promulgação do novo Código.

Apesar de todos os temas do direito de família serem contemporâneos na nova legislação, desafiando, por conseguinte, reflexões, optou-se, aqui, por dissecar a notável inovação do novo Código de Processo Civil, que são os processos contenciosos de família, previstos nos artigos 693 e seguintes. Não se trata, porém, que estes serão os únicos assuntos a serem estudados, mas que, devido a importância e novidade já descritas, a eles será dada uma ênfase especial.

Como forma de sistematizar o estudo, inicialmente, será feito um pequeno introito da origem da família e das alterações havidas em seu conceito e em seus arranjos, passando pelo campo de aplicação do processo civil e da sua capacidade de transmutação, o que lhe permite atender a uma quantidade de casos diferentes com somente uma bateria de normas.

Posteriormente, e a fim de entendermos o caráter das normas familistas, serão analisados os contornos dos conflitos familiares, sendo decompostas as suas particularidades, que, sem dúvida, influenciaram na forma de como solucionar esses conflitos, e que motivaram o legislador a pensar e efetuar as mudanças na legislação até então existente, e a elaborar esses novos regramentos, que serão aqui pormenorizados.

Atentos, então, a essas mudanças, iniciaremos uma verificação mais detida acerca da conciliação e mediação e das formas extrajudiciais de pacificação dos conflitos familiares, que foram tão festejados neste Novo Codex. Não há dúvidas de que o Direito das Famílias é o campo em que tais técnicas alternativas, para levar as partes a encontrar a solução consensual de seus conflitos, apresente resultado mais efetivo, razão pela qual destacamos capítulo próprio para tratar sobre esse tema.

Feito isso, nos debruçaremos então, sobre a normatização do processo contencioso atinente ao direito de família, previsto no capítulo denominado “Das Ações de Família”, analisando artigo por artigo. Nesta oportunidade, serão enfrentados os problemas advindos de

algumas interpretações, trazendo a posição dos doutrinadores e da própria autora sobre esses temas.

Por fim, e por tratar-se de mais uma inovação, será feito um aprofundamento do estudo acerca da Ação de Alteração do Regime de Bens, que foi, pela primeira vez, instrumentalizada no Novo CPC. Neste ponto, debateremos sobre a real necessidade de o casal apresentar justificativa para a alteração do regime de bens, que, hoje, se apresenta como o ponto de maior discussão e discordância entre os doutrinadores.

Ao final, perceberemos que esta regulamentação – normativa, imperativa e conformista – como hoje está prevista, ainda precisará avançar para aproximar-se das mudanças de comportamento dos sujeitos de direito, em decorrência da transformação dos valores atinentes à família, e é justamente o que será demonstrado.

2 O PROCESSO CIVIL NO DIREITO DAS FAMÍLIAS

2.1 A ORIGEM DA FAMÍLIA E DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Engana-se quem acredita que a espécie humana é a única capaz de manter vínculos afetivos. Na verdade, esta é uma necessidade de todos os seres vivos, seja em decorrência do instinto de perpetuação da espécie, seja pela aversão que todos têm de viver ou morrer sozinhos.

A verdade é que a vida aos pares é um fato absolutamente natural e, por isso, o agrupamento social e informal, que é a família, se dá de maneira muito espontânea. Em um contexto histórico, a própria história da criação do mundo, narrada no livro de Gênesis, conta que Deus percebeu que não seria bom que o homem ficasse sozinho e fez, então, uma companheira, como seu complemento, a mulher¹. Este é o primeiro registro do casamento entre homem e a mulher.

É cediço que os nossos remotíssimos antepassados, vivendo em hordas primitivas, instáveis, uniam-se livremente para procriar e se defender, sem sequer se preocuparem ainda com as solenidades de cunho místico, em razão de sua proximidade com as demais faixas da irracionalidade.

Tudo, então, se reduzia, com efeito, à captura do mais ágil, impulsionada pela atração sexual, podendo até, esporádica ou cumulativamente, constatarem-se tênues arroubos sentimentais incentivados pelo instinto da proteção da prole. Como bem afirma Clóvis Beviláqua, conforme citado por José Serpa de Santa Maria², em suas análises acerca do Direito de Família:

A ficção de captura quando ela já não era mais uma realidade, é, sem dúvida, o mais antigo cerimonial dos casamentos. Os chineses, os romanos, os gregos e vários outros povos usaram-na, como é geralmente sabido. Depois vão aparecendo outras ideias mais complexas, simbolismos religiosos de purificação, indicações de natureza e fins de casamento.

A família de hoje é, sem dúvida, fruto de um processo histórico e cultural, mesmo porque pela sua própria natureza e formação, ela acompanha o desenvolvimento social e a este se

¹ BÍBLIA, A. T. Gênesis. In: BIBLIA. Português. *Bíblia Sagrada: Novo e Antigo Testamentos*. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Canção Nova, 2012, p. 16.

² SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. v. 8, p.32.

adequa conforme necessário. Justamente por isso é que surgem, em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, conseqüentemente, uma peculiar estruturação familiar.

Em uma visão ainda mais ampliada, afirma o memorável Rui Barbosa³ que a pátria é a família amplificada:

O sentimento que divide, inimiza, retalia, detrai, amaldiçoa, persegue, não será jamais o da pátria. A Pátria é a família amplificada.

E a família, divinamente constituída, tem por elementos orgânicos a honra, a disciplina, a fidelidade, a benquerença, o sacrifício. É uma harmonia instintiva de vontades, uma desestudada permuta de abnegações, um tecido vivente de almas entrelaçadas. Multiplicai a célula, e tendes o organismo.

Multiplicai a família, e tereis a pátria. Sempre o mesmo plasma, a mesma substância nervosa, a mesma circulação sanguínea. Os homens não inventaram, antes adulteraram a fraternidade, de que Cristo lhes dera a fórmula sublime, ensinando-os a se amarem uns aos outros: “Diliges proximum turum sicut ipsum”.

Com isso, exercendo um raciocínio lógico, podemos asseverar que a sólida organização da família, segurança das relações humanas, constitui a base ou o alicerce de toda a estrutura da sociedade e da preservação e fortalecimento do próprio Estado.

Assim é que, em razão da grande relevância social da família, decidiu o Direito dela se ocupar. Ao destinar-lhe tutela, acaba por preservar a sociedade, considerando que é na família que as relações sociais ocorrem, precisando, portanto, ser harmonizadas.

Vale ressaltar, de plano, que a família, enquanto realidade social, precede o Direito, não sendo, portanto, criação deste. O sistema jurídico apenas a reconhece e lhe confere proteção.

Como bem explana Maria Berenice Dias⁴:

A lei, como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem viés **conservador**. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba refletindo na lei. Por isso a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito. A família é uma **construção cultural**. Dispõe de estruturação psíquica, na qual todos ocupam um lugar, possuem uma função – lugar do pai, lugar da mãe, lugar dos filhos -, sem, entretanto, estarem necessariamente ligados biologicamente. É essa estrutura familiar que interessa investigar e preservar em seu aspecto mais significativo, como um **LAR**: Lugar de Afeto e Respeito.

³ BARBOSA, Rui, *A pátria é a família amplificada*. 1903. Disponível em <<http://amaccord.multiply.com/journal/item/30>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 33.

A família é, então, antes de tudo, uma realidade social; sua disciplina legal uma construção necessariamente reconstrutiva. O direito trabalha com conceitos preexistentes que procura organizar⁵. A família, como estado de fato, não é produto do direito, mas geradora de fenômenos jurídicos.

Nesse contexto, o Direito passou a delinear a família, reconhecendo a sua aptidão para gerar efeitos. O Direito, então, reconhece e trata apenas aquela situação que considera como família. O interessante é que, enquanto determina o que é família, o próprio Direito já exclui o que não se enquadra nesse conceito. Consequentemente, poder-se-á verificar exclusão jurídica de certas situações – já que destoam do modelo predisposto –, que verdadeiramente representam, naquele contexto social, uma família.

Com o intuito de preservar e proteger a base da sociedade, tal e qual é considerada a família, e mesmo de salvaguardar seu próprio alicerce, é que o Estado passa a interferir na estrutura pública da família e nas relações privadas dos entes que a compõem. Tanto isso é verdade, que o artigo 226 da Constituição Federal dispõe ser a família a base da sociedade e objeto de especial proteção do Estado.

Aliás, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem preleciona (art. XVI, 3) que: “A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado.”

O grande problema que reside na intervenção do Direito na organização familiar é conseguir localizar, na estrutura formalista e imperativa do sistema jurídico, uma maneira de proteger sem sufocar e de regular sem engessar. É certo que o Estado tem interesse na preservação da família, mas esta ingerência jamais poderá invadir a privacidade e intimidade das pessoas, violando a própria liberdade de “ser” do sujeito.

Cada vez que a sociedade evolui, há o rompimento com tradições e ligas enraizadas, surgindo, então, a necessidade de atualização das leis. Contudo, esta evolução normativa não pode esquecer jamais do espírito das silenciosas transformações alcançadas no seio social, sob pena de manter e fomentar o apego ao modelo positivista, moralista, conformista e opressor, da lei.

O novo Código de Processo Civil, apesar de ter sido promulgado recentemente, muito

⁵ VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: VIANA, Rui Geraldo Camargo; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coord.). *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.46.

após a Constituição Federal ter incluído no conceito de entidade familiar várias estruturas de convívio, manteve o conceito já incongruente de “Direito de Família”, que foi o utilizado no Código Civil de 2002, tendo já à época, sofrido duras críticas. Aquele modelo de família, fundado, sobretudo, na hierarquia, patriarcalismo e no casamento, como única forma de criação da família, cedeu lugar à sua democratização, estando hoje alicerçado na comunhão de vida, no afeto, na igualdade e no respeito mútuo.

Maria Berenice Dias⁶, de maneira brilhante, esclarece que:

Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado do matrimônio. A constitucionalização da união estável e do vínculo monoparental operou verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. Tornou-se preciso achar o elemento que autorizasse reconhecer a origem dos relacionamentos interpessoais. O grande desafio foi descobrir o toque diferenciador destas estruturas, e permitir inseri-las em um conceito mais amplo de família.

Não obstante as inovações previstas no novo Código de Ritos, o certo é que o legislador processual não consegue considerar os fatores subjetivos que permeiam as relações familiares, como amor, afeto, lealdade e convivência; não alcançando, por conseguinte, previsões suficientemente específicas sobre a tramitação de processos envolvendo lides familiares.

A regra, salvo alguns procedimentos especiais, ainda é a tramitação dos feitos pelo procedimento comum. Sendo, ainda, imperioso utilizar-se de regras do processo civil geral, sem cotejar as especificidades inerentes às relações familiares, para atuar em juízo.

É indiscutível que o legislador do novo CPC previu e reconheceu, ainda que de forma acanhada, certas especificidades às questões de família. Contudo, transcorrido pouco mais de um ano da sua promulgação, já se denota a necessidade de os procedimentos, há pouco instituídos, serem adaptados, bem como, de se incorporar àquele diploma processual novos regramentos instrumentais que permitam o diálogo adequado entre a realidade do processo e a realidade da relação familiar.

2.2 O CAMPO DE APLICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

O Direito surge como um conjunto de normas gerais e positivas, disciplinadoras da vida

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 16.

social, porquanto não há vida em sociedade sem a normatização do comportamento humano.

Não basta, contudo, traçar as normas de conduta. O equilíbrio e o desenvolvimento sociais só estão presentes quando a observância das regras jurídicas se torna obrigatória. Para manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social, o Estado divide, então, as suas funções soberanas em atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais.

A atividade administrativa se refere à gestão ordinária dos serviços públicos e compete ao Poder Executivo. A legislativa consiste em traçar abstrata e genericamente, as normas de conduta que formam o direito objetivo, e cabe ao Poder Legislativo. A terceira e última é a jurisdicional, exercida pelo Poder Judiciário, e que vem a ser a missão pacificadora do Estado, exercida diante de situações litigiosas. Por meio dela o Estado dá solução às lides ou litígios, que são os conflitos de interesse, caracterizados por pretensões resistidas, tendo como objetivo imediato a aplicação da lei ao caso concreto, e como missão imediata restabelecer a paz entre os particulares e, com isso, manter a da sociedade.⁷

Para cumprir essa tarefa, o Estado utiliza-se de método próprio, que é o processo, criando normas jurídicas capazes de regular esse método de composição de litígios, a cuja compilação dá-se o nome de direito processual, em contraposição ao direito material.

As normas materiais regulam as relações travadas pelas pessoas na vida social. Assim, são materiais as leis de direito substancial que definem e regulam relações, criando direitos, tutelando interesses e compondo conflitos. É o caso, por exemplo, das normas do Código Civil que tratam do Direito de Família.

Por sua vez, as normas instrumentais disciplinam as formas pelas quais o Estado deve fazer valer as normas materiais. Servem, portanto, de instrumento de atuação da vontade concreta das Leis de direito material ou substancial, que há de solucionar o conflito de interesse havido entre as partes.

Esclareça-se, por oportuno, que o Direito Processual é um só, haja vista que a função jurisdicional também é única, independente do direito material debatido. Por conveniência de ordem prática, porém, o legislador opta por agrupar as normas processuais em códigos ou leis especializadas.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I, p.2-3.

O Direito Processual Civil, por sua vez, pode ser definido como o ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas reguladoras do exercício da jurisdição civil.⁸

Como define Humberto Theodoro Júnior⁹:

Vê-se, logo, que não pode o direito processual civil confundir-se com uma simples parcela do direito material, devendo ser afastada a antiga denominação de direito adjetivo, por designadora de uma dependência que a ciência jurídica moderna repele peremptoriamente. A autonomia do direito processual civil, diante do direito substancial é inegável e se caracteriza por total diversidade de natureza e de objetivos. Enquanto o direito material cuida de estabelecer as normas que regulam as relações jurídicas entre as pessoas, o processual visa a regulamentar uma função pública estatal. Seus princípios, todos ligados ao direito público a que pertence, são totalmente diferentes, portanto, daqueles outros que inspiram o direito material, quase sempre de ordem privada [...]. Funciona o direito processual civil, então, como principal instrumento do Estado para o exercício do Poder Jurisdicional. Nele se encontram as normas e princípios básicos que subsidiam os diversos ramos do direito processual, como um todo, e sua aplicação faz-se, por exclusão, a todo e qualquer conflito não abrangido pelos demais processos, que podem ser considerados especiais, enquanto o civil seria o geral.

Dito isto, e considerando a realidade e desenvolvimento social, sobretudo para o Direito das Famílias, forçoso se faz questionar a viabilidade de se continuar defendendo a incidência de uma norma processual única para reger os conflitos de todos os ramos do Direito Material, bem como de se sustentar um modo único de interpretação das regras processuais, independentemente de qual seja o conflito subjacente.

2.3 A NATUREZA TRANSUBSTANCIAL DO PROCESSO E A INSTRUMENTALIDADE METODOLÓGICA

Transubstancial é o que “se transubstancia; que se muda completa e essencialmente noutra substância.”¹⁰ O verbo transubstanciar traz a ideia de mudar a substância de; transformar-se¹¹. Neste sentido, tratar do “caráter transubstancial do processo” é referir-se à

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Trad. brasileira. São Paulo: Saraiva, 1969, São Paulo: Saraiva, 1969, v.I, n.11.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I, p. 21.

¹⁰ Transubstancial, cf. MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=transubstancial>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

¹¹ Transubstanciar, cf. MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=transubstanciar>>. Acesso em: 17 de jun.2017

vocação para atender uma grande quantidade de casos diferentes com somente uma bateria de normas. Importa dizer que o processo tem uma vocação para atender vários e diversos litígios, e por essa razão, tende à generalidade.

De acordo com Fernanda Tartuce¹²:

Destacar o “caráter transubstancial do processo” é aludir à sua vocação de atender a uma grande gama de situações controvertidas com diferentes perfis independentemente das vicissitudes dos conteúdos substanciais por ele veiculados, como o processo tende à generalidade, “situações fáticas de grande disparidade podem ser submetidas à mesma disciplina legal e estudadas sob uma mesma perspectiva.

A instrumentalidade do processo deve ser buscada com a intenção de se facilitar a observância do direito material. Esta regulamentação deve estar compromissada com a instrumentalidade; adequada à realização plena e efetiva do direito material em jogo no litígio; singela, clara, transparente e segura quanto ao procedimento.

Considerando esse contexto, o processo exsurge como verdadeiro instrumento de concretização dos mais diversos valores constitucionais, caracterizando-se mesmo como instrumento a serviço destes. Nesse diapasão, o processo não pode ser mais entendido como meio de se chegar ao fim próximo (julgamento), mas também ao fim remoto, a saber, a segurança constitucional e a execução das leis.

Consoante a melhor doutrina, a novidade advinda do instrumentalismo corresponde à conscientização de que a importância do mecanismo estatal de solução de controvérsias está diretamente relacionada aos resultados por ele produzidos.

É preciso, assim, analisar o setor do direito material e somente após este exercício é que deverá ser escolhido o procedimento que dê mais efetividade àquele direito. A esta adequação é que se dá o nome de instrumentalidade metodológica. Como bem afirma Fernanda Tartuce, citada por Carlos Alberto Salles¹³, ao conceber uma nova visão sobre a instrumentalidade do processo:

Mais do que uma forma de interpretação do direito, ela deve pautar a maneira de estudar o processo atuando como uma *instrumentalidade metodológica*: é preciso dirigir-se ao próprio direito material e às situações controvertidas próprias de áreas específicas para apreender as características, as premissas e os problemas que lhes são próprios com o objetivo de construir uma resposta

¹² TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p.6.

¹³ SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, 2010, p.34.

processual adequada às situações a elas peculiares.

Reconhece-se, portanto, a existência de particularidades e especificidades no direito material, capazes de influenciar e transubstanciar o trâmite processual. De todo modo, esse entendimento não pretende resolver o problema da generalidade do Direito Processual por uma solução legislativa, sob pena de a lei processual se perder em uma imensa variedade de procedimentos especiais.

O que se almeja é garantir a efetividade a partir de uma produção de conhecimento em direito processual. Esse ramo do direito deve ser estudado

[...] a partir de um campo específico, de maneira a propiciar melhores condições para avaliação da resposta processual dada em situações de grande especificidade, permitindo uma interpretação e aplicação mais abalizada das normas processuais¹⁴.

Diante desse novo entendimento, não se pode mais admitir que o processualista apenas aplique as normas processuais diante da situação em concreto. É preciso usar dos conhecimentos e até da própria criatividade para a construção de novos arranjos e soluções procedimentais capazes de atender e valorizar as especificidades do direito material.

Aliás, é necessário que se vá adiante, até mesmo para ampliar os limites da atividade jurisdicional perante a lacuna legal. A realidade sempre antecede o direito. Atos e fatos tornam-se jurídicos a partir do agir das pessoas de modo reiterado. Ainda que a lei tente antever todas as situações dignas de tutela, as relações sociais são muito mais ricas, amplas e complexas do que é possível conter uma legislação.

Assim é que, se o legislador pretérito não conseguiu prever determinada normatização abstrata, o processualista atual precisa encontrar a melhor forma de criar e aplicar a norma concreta, capaz de satisfazer e solucionar aquele determinado caso.

Neste sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior¹⁵ que

Impõe-se ao juiz de nossos tempos adequar os instrumentos processuais antigos e, às vezes, anacrônicos às necessidades do direito material de hoje, já que, reconhecidamente, o direito processual não é um fim em si mesmo e só se justifica como instrumento de acesso e garantia da realização plena dos direitos que emergem da ordem jurídica material.

¹⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*, 2010, p.44.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*. nº 3, outubro-dezembro, 1999, Síntese Editora, p. 05-23.

A falta de previsão legislativa não pode servir de justificativa para o juiz negar a prestação jurisdicional ou deixar de reconhecer a existência de direito merecedor de tutela jurídica. O silêncio do legislador deve ser suprimido pelo juiz, que cria lei para o caso que se apresenta a julgamento. Destarte, toda vez que o juiz se depara com uma lei deficiente, está autorizado a exercer, dentro de certos limites, a função de legislador, a efetuar, no seu lugar, juízos de valor e decisões de vontade.

Para tanto, deve o juiz se socorrer dos princípios constitucionais que estão no vértice do sistema. Como esclarece Maria Berenice Dias¹⁶:

No contexto de um Estado Democrático de Direito, em que impera a legalidade material, os princípios servem de parâmetro normativo para aferição da validade de toda e qualquer norma jurídica, ocasionando a inconstitucionalidade de todos os dispositivos que lhes são contrários. Com a constitucionalização do direito civil, os princípios elencados na Constituição tornaram-se **fontes normativas**. Diante do vazio da lei, nem a interpretação gramatical, nem a sistemática, nem a história servem. O moderno jurista prefere o chamado método teológico, que se constituiu em um método pluridimensional. Surge daí a **proibição de retrocesso social**, como garantia constitucional.

No que tange ao direito de família, é imperiosa a necessidade de revisitar diversas premissas na aplicação dos institutos processuais, focando na flexibilidade, com um sistema adversarial suavizado pelo emprego necessário de técnicas de resolução parajudiciais, sem que as decisões neguem o princípio da proporcionalidade e, sobretudo, fazendo presentes os postulados do processo cooperativo, em que o juiz e partes se portem como parceiros, colaboradores, no afã do encontro de uma solução mais adequada à situação conflituosa posta em questão.

Para compreender a melhor forma de se enfrentar as controvérsias, é necessário buscar conhecer a sua configuração. Assim, antes de se reler os institutos e regras processuais aplicáveis ao direito de família, se faz necessário analisar o perfil dos conflitos familiares e os elementos subjetivos que lhes são inerentes.

2.4 OS CONTORNOS DOS CONFLITOS FAMILIARES: AS MUDANÇAS NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E NA FORMA DE RESOLUÇÃO DESSES CONFLITOS

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.32-33.

Ao longo da história, o conceito e ideia de família foram se modificando pela nova realidade social. Os papéis construídos na sociedade burguesa: do pai que trabalha e provê o sustento financeiro da casa, e o da mãe que cuida dos afazeres domésticos, da educação e afetividades dos filhos, foi, aos poucos, cedendo lugar à família fundada muito mais na igualdade, lealdade e respeito mútuo.

A Constituição de 1988, ao receber as mudanças da realidade social, expandiu o conceito de família contido na legislação até então existente, deixando a conotação puramente procriativa, para considerá-la um espaço onde se desempenham as funções de sentimento, estabilidade e responsabilidade.

Pensar em família ainda traz à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercado de filhos. Mas essa realidade mudou. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais, homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou; daí a ideia a necessidade de se flexionar igualmente o termo que a identifica, de modo a albergar todas as suas conformações. [...] A vastidão de mudanças das estruturas políticas, econômicas e sociais produziu reflexos nas relações jurídico-familiares. Os ideais de pluralismo, solidarismo, democracia, igualdade, liberdade e humanismo voltaram-se à proteção da pessoa humana. A família adquiriu função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes.¹⁷

O desenvolvimento alcançado com esse olhar “plural” para as famílias, com todas as suas possibilidades, traz para o Direito algo novo, que é a *valorização do afeto como bem jurídico*, e é justamente este traço subjetivo que distingue os conflitos familiares.

A vantagem maior do afeto é a possibilidade da realização da ternura da vida de cada um, nos momentos de paz e nas ameaças de conflito. Uma ética que parta desta dimensão e atravesse os caminhos da amizade e da política tem tudo para fazer os homens mais homens. A felicidade segue sendo uma hipótese. Mas, uma hipótese real, de um mundo real. E num mundo com essas características, a norma emana da vida e não para a vida. O único sonho universalista num cenário como esse é o da constituição de um universo moral, de uma comunidade ética.¹⁸

Muitos foram os juristas que construíram esse entendimento do valor jurídico do afeto, e o fundador do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Rodrigo da Cunha Pereira¹⁹, brilhantemente, ensina que:

Por isso, insista-se, a família só faz sentido para o Direito a partir do momento

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.40.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 15.

¹⁹ Idem, loc. cit.

que ela é veículo funcionalizador à promoção da dignidade de seus membros. Em face, portanto, da mudança epistemológica ocorrida no bojo da família, a ordem jurídica assimilou tal transformação, passando a considerar o afeto como um valor jurídico de suma relevância para o Direito de Família. Seus reflexos crescentes vem permeando todo o Direito, como é exemplo a valorização dos laços de afetividade e da convivência familiar oriundas da filiação, em detrimento por vezes, dos vínculos de consaguinidade. Além disso, todos os filhos receberam o mesmo tratamento constitucional, independente da sua origem e se são biológicos ou não.

Não há dúvidas de que todas essas mudanças no Direito das Famílias repercutem também na forma adotada para resolver os conflitos existentes nessas famílias. No que tange ao Direito Civil, no qual reside a proteção jurídica às famílias, a construção de um olhar jurídico que privilegia a pessoa e não mais o patrimônio; que coloca o afeto como valor e princípio jurídico; que concede a liberdade de escolha das diversas possibilidades de ser família, evidencia a necessidade de uma nova forma de resolver os conflitos familiares, atribuindo às pessoas responsabilidade e autonomia de resolverem suas questões, dando-lhes condições para isso.

É incontroverso que o ser humano possui distintas necessidades vitais: isolar-se e relacionar-se. No entanto, na maior parte de sua vida, a pessoa encontra-se em situação de (co) relação. Aqui se vislumbra a premente **confiança depositada reciprocamente entre os sujeitos de uma relação jurídica** e quando essa confiança se arranha é que os litígios familiares surgem.

Os conflitos familiares, antes de serem conflitos de direito, são essencialmente afetivos, psicológicos, relacionais, antecedidos de sofrimento. Logo, para uma solução eficaz, é importante a observação dos aspectos emocionais e afetivos. O meio adequado para a solução de conflitos familiares deve passar, inicialmente, pela compreensão positiva dos problemas, visto que, nesses casos, é necessária a manutenção dos vínculos.

Para a solução de conflitos familiares, faz-se necessária, portanto, a possibilidade de diálogo e de escuta. Imprescindível o respeito mútuo, o que muitas vezes, teoricamente, seria impraticável. Torna-se importante o estímulo à solidariedade, à compreensão, à paciência de cada uma das partes no sentido de um ganho mútuo, de uma vitória conjunta, com a clara percepção dos interesses em comum e não somente das diferenças.

Logo, as particularidades que envolvem as questões familiares exigem que magistrados, promotores, advogados e defensores públicos sejam mais sensíveis, porquanto tratam e se relacionam de perto com as pessoas, com seus sentimentos, suas perdas e frustrações.

Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, “as questões de direito das famílias estão sempre em torno do eterno desafio que é a essência da vida: dar e receber amor”.²⁰ Não se olvide que quem vai ao Judiciário, na maioria das vezes, chega fragilizado, magoado, com muitos medos e incertezas. Por isso mesmo precisa ser recepcionado por um juiz consciente de que deve ser muito mais um pacificador, despido, portanto, de qualquer atitude moralista ou crítica.

Justamente por esse motivo é que o art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro estabelece que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.” Para o direito das famílias, mais importante do que o texto da lei é a sensibilidade jurídica da norma que deve ser invocada.

As pessoas que irão atuar com esse ramo do direito precisam, antes de tudo, receber certa qualificação, de forma interdisciplinar, que lhes permita compreender as emoções, as particularidades, a complexidade das relações das partes, que, neste caso, estão eivadas de sentimentos, angústias e ansiedades.

Maria Berenice Dias²¹, citando Eliene Ferreira Bastos assim ensina:

Por isso, no âmbito das demandas familiares, é indispensável mesclar o direito com outras áreas do conhecimento que têm, na família, o seu objeto de estudo e identificação. Nessa perspectiva, a **psicanálise**, a **psicologia**, a **sociologia**, a **assistência social** ensejam um trabalho muito mais integrado. O aporte interdisciplinar ao ampliar a compreensão do sujeito, traz ferramentas valiosas para a compreensão das relações dos indivíduos, sujeitos e operadores do direito com a lei. Na tentativa de auxiliar a organização do conflito, os profissionais devem reconhecer o benefício do trabalho de cooperação com outras áreas do conhecimento, sob pena de se infringirem princípios maiores que gozem de garantia constitucional. (Grifo nosso).

Na maioria dos casos, a solução consensual apresenta o resultado mais efetivo, já que, muitas vezes, a sentença não produz o efeito apaziguador desejado. É justamente com esse intuito que os juízes e advogados devem pautar a sua atuação. Por isso mesmo, pode o juiz convocar as partes, a qualquer tempo e sempre que visualize possível acerto amigável, em busca da conciliação ou reconciliação das partes. O advogado, por sua vez, assume o papel de negociador, com a tarefa de apontar ao interessado o modo mais conveniente para se obter a solução.

²⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, amor e sexualidade. In: A Família na Travessia do Milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 53-59.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.68.

2.4.1 Da Mediação e Conciliação

O Novo Código de Processo Civil, NCPC, atentou a estes reclamos, sobretudo, ao consagrar a arbitragem, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual para diminuir a litigiosidade, desafogando, assim, o judiciário. Por isso mesmo, em seu artigo 694, estabelece que nas “ações de família devam ser feitos todos os esforços para a solução consensual do conflito, estimulando os juízes a dispor de outros saberes, notadamente a mediação e conciliação.” Consolida-se, assim, a diretriz do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, cuja Resolução 125/2010 já orientava os juízes a oferecerem métodos autocompositivos para solucionar conflitos.

De fato, tal Resolução, que se constitui no grande marco regulatório da mediação no Brasil, viu-se atualizada após o NCPC. Por meio da Emenda nº 2/2016²², o Conselho Nacional de Justiça redefiniu sua redação, estabelecendo no seu artigo 1º, parágrafo único, o dever de o Judiciário disponibilizar a mediação:

Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Na seção V, que trata dos conciliadores e mediadores judiciais, estabelece o NCPC²³, nos arts. 165 a 175, que os tribunais devem criar os **centros de solução consensual de conflitos**, para a realização de audiências de conciliação e mediação.

Contudo, mediação e conciliação não se confundem. A principal distinção entre as duas modalidades está no objetivo pretendido ao promover a conversa: o mediador não induz necessariamente as partes a um acordo, o que ele faz é se esforçar para auxiliá-las a restabelecer a comunicação, de modo que eles próprios possam chegar a um consenso; o conciliador, por sua vez, de modo mais incisivo, foca na obtenção de um acordo, sugerindo inclusive formas de alcançá-lo para extinguir o litígio ali instaurado.

A conciliação pode ser mais apropriada para a resolução de conflitos menos complexos, objetivos, em que as partes quase que não tiveram relação ou convívio, não há perspectivas de

22 BRASIL. Emenda 2, de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos e os anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 8 mar. 2016.

23 Idem. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] União. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

gerar ou restabelecer a relação continuada. Já na mediação é comum trabalhar relacionamentos mais duradouros, o seu objetivo é muito mais estimular o diálogo cooperativo entre as partes para que elas tenham condição de alcançar a solução da controvérsia que os envolve.

Aliás, o próprio Código de Processo Civil consagra a distinção das funções de conciliador e mediador. De acordo com o art. 165, §2º, o conciliador “atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes” e “poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”. O mediador, por sua vez, segundo o art. 165, §3º,

[...] atuará preferencialmente nos casos em que houve vínculo anterior entre as partes” para colaborar os “interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Acerca do tema, Fernanda Tartuce²⁴ assim dispõe:

O Novo CPC e a Lei de Mediação vieram reforçar a promoção dos meios consensuais no plano normativo; é essencial hoje que as pessoas em conflito e seus advogados conheçam os limites e as possibilidades inerentes à autocomposição. Em relação aos limites, vale o alerta de que é preciso ter cuidado em defender a autocomposição; tal fomento não deve ser aplicado a qualquer tempo e a todo custo sem critérios. Algumas vezes há má-fé e faz-se necessária a intervenção estatal para repelir a torpeza.

Com a solução consensual as pessoas voltam a ser protagonistas de seus destinos. O ideal é que os entes envolvidos no conflito possam dialogar, entender o sentido dos seus direitos e deveres, uma vez que transmitir sempre ao terceiro (juiz) o equacionamento das suas divergências pode enfraquecer ainda mais a família.

Foi pensando nisso que o Novo Código de Processo, alterando a sistemática anterior, determina que todos os processos devem iniciar por uma audiência de conciliação (art. 334 e 308, § 3º do CPC), que deverá ser conduzida por conciliador, ou mediador judicial, conforme orientação acima esposada. Esta audiência apenas não será realizada se uma das partes manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual (art. 334, § 4º, inciso I do CPC) ou quando a demanda não comportar a autocomposição.

²⁴ TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p.33.

Para tanto, deverá o autor fazer a opção de realização ou não da audiência de conciliação já na petição inicial (art. 319, inciso VII), enquanto que o réu deverá externar o seu desinteresse, por petição, protocolada dez dias antes da audiência (CPC 334, § 5º).

Ainda incrementando essa tendência ao acordo, preleciona o Novo Código que será considerado ato atentatório à dignidade da justiça o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência de conciliação, sujeitando a parte ausente ao pagamento de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, importância que será revertida em favor da União ou do Estado (art. 334, §8º).

Nas ações de família, deve o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas do conhecimento para a mediação e conciliação (art. 694). Podendo, ainda, a audiência de mediação e conciliação dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual (art. 696).

A Lei da Mediação²⁵ consagra como princípios: a imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade e boa-fé. Princípios, aliás, que se adequam às necessidades da família e tendem a fortalecê-la, na medida em que colaboram e conduzem os seus integrantes a pensarem e buscarem conjuntamente uma solução para os seus conflitos.

Caso a mediação ou conciliação se afigurem infrutíferas, ou seja, não sendo realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum ordinário. (art. 607 do CPC/15). A partir daí é importante que o Poder Judiciário esteja preparado para receber os litigantes em conflito nesse delicado momento da crise. Pensando justamente nisso, o Novo Código de Processo Civil, de maneira inovadora, instituiu alguns procedimentos e regramentos a serem observados nas ações envolvendo o Direito de Família, conforme será analisado a seguir.

²⁵ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial [da] União*, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

3 JURISDIÇÃO NOS CONFLITOS FAMILIARES

Preliminarmente, cabe mencionar que definir o significado da palavra conflito não é tarefa fácil. Buscando o significado no vocábulo original em latim verifica-se que o *conflictus*¹ aduz a contraposição de armas, objetivos ou ideais, assim como a percepção de choque e enfrentamento com intenções hostis entre duas ou mais partes que, em regra, buscam a obtenção de um direito.

Por conseguinte, pode-se afirmar que o conflito é um fenômeno característico das relações humanas, uma vez que é formado pela desarmonia de interesses, disparidade de ideias e comportamentos, necessidades diversas, incompreensões ou insatisfações que atingem a relação interpessoal dos seres humanos. Vivencia-se uma realidade social altamente conflitiva.

Fernanda Tartuce, citando Maria Tereza Maldonado², afirma que:

Como as pessoas são diferentes, há divergências que resultam em conflitos por algumas razões: 1) os envolvidos acham que não há como satisfazer suas necessidades simultaneamente; 2) ambos querem o mesmo, mas o acesso a ele é muito desigual; 3) há diferenças de valores, estruturas, papéis, tempo, dinheiro, relações e informação.

Os conflitos são, portanto, inerentes às relações interpessoais e essenciais ao ser humano, podendo, se bem administrados, promover o crescimento dos indivíduos.

No tocante aos litígios envolvendo a família e diante das novas e complexas relações familiares, hoje chamadas de parentais, das quais derivam controvérsias inéditas e que requerem, dadas as suas peculiaridades, meios de solução adequados que permitam a sua manutenção após os conflitos, o Novo Código de Ritos previu diferenciações dos institutos e regras processuais para que o direito material possa encontrar espaço para sua observância.

Até então não existia, no Código de Processo Civil de 1973, qualquer provisionamento quanto a algum procedimento específico nas ações que tratavam de temas tão sensíveis e que merecem um zelo especial, como aqueles ligados às relações familiares.

Existia, em verdade, a incidência de poucas regras que tratavam sobre o vocábulo “família”, que eram localizadas apenas em dispositivos sobre capacidade processual dos cônjuges, citação por hora certa, exibição de documento/coisa, conciliação e impenhorabilidade

¹ Cf. MICHAELIS. *Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=oLM7>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

² TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p.15.

de bens. O tema aparecia incidentalmente e em em searas diferentes de normatividade, dentro do Código, sem haver a sistematização em relação aos procedimentos próprios a demandas familiares.

Diante da falta de preocupação do Código de 1973 em abordar as questões familiares, alguns projetos de leis tentaram mudar esse cenário normativo ao preconizarem a previsão de normas processuais específicas para determinadas ações.

O primeiro destaque é o Estatuto das Famílias, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), que além de disciplinar algumas previsões de Direito material, preocupou-se em disciplinar a matéria sob o enfoque processual, valorizando a celeridade processual e os procedimentos especiais com regras próprias.

Na apresentação³ desse Estatuto (PLS 470/2013), a Senadora Lídice da Mata, ao dispor sobre o objetivo do regramento, afirma que:

Assim, com o objetivo de reunir num só instrumento legal toda a legislação referente à área do Direito de Família, além de modernizá-la, apresentamos o Projeto de Lei (PLS 470/2013) que institui o Estatuto das Famílias. **Constam do projeto regras tanto do direito material como processual**, para proporcionar às famílias brasileiras maior agilidade nas demandas jurídicas, rapidez essa indispensável quando se trata de direitos relacionados tão diretamente à vida das pessoas. O projeto contempla a proteção de todas as estruturas familiares presentes na sociedade moderna. (Grifo nosso).

Ao disciplinar tanto normas de Direito material quanto de Direito processual, o Estatuto objetiva evitar a

[...] desconexão existente entre o Código Civil, que assegura a constituição, modificação e extinção de direitos e deveres, e o Código de Processo Civil, que não traz os meios procedimentais para assegurar sua eficácia com a rapidez que as relações familiares merecem.”⁴

Contudo, a tramitação do Estatuto das Famílias nas casas legislativas não tem sido tão célere quanto a importância dos seus regramentos reclama.

O primeiro projeto de lei sobre o CPC, apesar de ter o intuito de incorporar as disposições processuais do Estatuto, que fossem passíveis de migração para o Novo CPC, não trouxe significativas alterações sobre o regramento processual de demandas familiares, não inovando com relação ao que já se encontrava preconizado no Código de 1973.

³ BRASIL. Senado Federal. *PLS 470/2013 para debates*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. 2014.

⁴ Idem.

Foi só durante a tramitação desse Projeto na Câmara dos Deputados que a situação ganhou novos contornos, havendo expressivas mudanças quando da inclusão de uma seção, entre os procedimentos especiais, destinadas às ações de Direito de Família.

3.1. AS AÇÕES DE FAMÍLIA

O Novo Código de Processo Civil traz um tópico específico relativo às Ações de Família, composto de apenas sete artigos para demandas litigiosas (arts. 693 a 699) e quatro artigos para ações consensuais (arts. 731 a 734). Trata-se, em verdade, de um capítulo escasso, se comparado ao regramento do Direito Material – que teve a ele dedicado um Livro no Código Civil.

Além do regramento previsto no capítulo destinado às Ações de Família, o Novo Código ainda dá tratamento destacado à execução de alimentos, constituída a obrigação judicial (arts. 528 a 533) ou extrajudicialmente (arts. 911 a 913).

Apesar de ainda não se ter assegurado a agilidade necessária às demandas de família, que exigem respostas diferenciadas, mais rápidas e menos formais, há que se reconhecer a iniciativa pioneira desse novo Código, especialmente considerando a omissão dos Códigos anteriores em termos de sistematização da matéria. A ideia, portanto, é bem-vinda, pois responde a uma necessidade.

A normatização das ações de família no novo Código de Processo Civil se inicia no artigo 693⁵, que aduz:

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

A primeira percepção é a de que se trata de norma aplicável à Jurisdição contenciosa. Não configurando, entretanto, um rol exaustivo, mas exemplificativo (*numerus apertus*), podem as normas em questão ser subsumidas a outras ações com conteúdo familiar. Nesse sentido, aliás, é o Enunciado 19 do IBDFAM, quando determina que “o rol do art. 693 do Novo CPC é meramente exemplificativo, e não taxativo”.

⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015..

Causa grande estranheza, todavia, a manutenção, pelo Novo Código, do revogado instituto da separação, porquanto não mais existe a possibilidade de se manter o vínculo conjugal com o rompimento do casamento. Ainda assim, além do dispositivo supramencionado, em outros cinco momentos (arts. 53, inciso I; 189, II; 731; 732 e 733) se percebe a expressão separação. Pensa-se que nestes casos, a referência que se faz é à separação de fato que, ao ser decretada judicialmente, se chama de separação de corpos. Entender de maneira diversa seria rotular de inconstitucionais tais dispositivos⁶.

Melhor sorte, porém, não assiste ao art. 23, inciso III, do CPC, que se utiliza do termo separação judicial. O fato é que a separação judicial não existe mais. Ela foi eliminada do ordenamento jurídico brasileiro, reafirmando o Estado laico, pela EC 66/2010. O objetivo maior da pretensão da permanência do instituto da separação judicial é reacender a discussão da culpa, há muito já superado. Portanto, o artigo 23, III é inconstitucional e natimorto⁷.

Já com relação à ação de alimentos e àquela que versar sobre interesse da criança e do adolescente, deverão ser observados os procedimentos previstos na legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições do Novo CPC; é o que dispõe o art. 693, § 1º do Novo CPC. Destarte, para estas causas, incide, com preferência, o conteúdo na Lei 5.478, de 1968 (Lei de Alimentos), com as modificações introduzidas pelo CPC (art. 1.072), e a Lei 8.069, de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Assim, as questões de filiação que envolvam interesse de criança ou adolescente (a exemplo da adoção) aplicarão, antes, os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, e apenas supletivamente o contido nos arts. 693 a 699 do CPC.

Sobre essa nova normatização, conclui Maria Berenice Dias⁸ que as ditas exceções só trazem problemas:

Com relação à **ação de alimentos**, perdeu o legislador uma bela oportunidade de atualizá-la e agilizar o seu procedimento, que se encontra absolutamente fora do contexto atual, gerando, ainda, inúmeras dificuldades interpretativas. A ressalva de emprestar sobrevida à Lei de Alimentos é ainda mais surpreendente porque a **execução dos alimentos** está regulada na lei processual, revogando assim, parte de seus dispositivos. Teria andado melhor a lei processual se tivesse sido sepultado de vez uma lei editada no longínquo ano de 1969. Mais um fator complicador. Por exemplo, não como há como decidir as questões de guarda sem estabelecer a obrigação alimentar. Nesta hipótese, que lei seguir?

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família*. 2016.

⁸ DIAS, op. cit, p. 73.

O mesmo se diga quanto à remissão ao Estatuto da Criança e do Adolescente. As ações de guarda e visitação – expressões inclusive já em desuso, pois hoje se fala em direito de convivência – bem como as ações de filiação, não devem ser redigidas por lei que diz com crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade (ECA 98). Certamente inúmeros conflitos de competência vão continuar sendo suscitados, o que só atrasa os processos que, constitucionalmente, devem gozar de prioridade absoluta.

De fato, com razão está a Ilustre Doutrinadora. O novo CPC, ao tratar da execução de alimentos, por exemplo, fez com que grandes problemas de interpretação exsurgissem, além de questionamentos que se originam da análise do próprio texto da lei. Ao dividir os alimentos em “novos/recentes”, o CPC não conseguiu esclarecer as dúvidas advindas do exame dos dispositivos acerca desta matéria, a saber: por que apenas o último trimestre de inadimplência autorizaria a pena de prisão? O débito perderia o caráter alimentar no quarto mês, por exemplo? Justifica-se que o intérprete faça tal distinção, se a lei não a fez? Enfim, o Código poderia ter evitado essa gama de conflitos, como também poderia ter-se adequadamente melhor aos reclamos sociais, e expurgado do ordenamento a Lei de Alimentos, que se encontra obsoleta, mas não o fez.

De todo modo, andou bem o Código ao disciplinar que para todas essas demandas, prioritariamente, deve-se observar o acordo entre as partes. É justamente o que estabelece o art. 694, ao dispor que, nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Aqui reside a primeira grande modificação. O magistrado, na tentativa de uma solução amigável do embate, terá a contribuição de profissionais capacitados na utilização de técnicas de mediação ou conciliação. Ao que parece, o legislador desejou que todos partícipes do processo sejam cooperadores para o término do conflito, criando uma verdadeira integração entre o magistrado e as partes, para elaboração do mais adequado provimento jurisdicional à causa controvertida.

Complementando o quanto aduzido no *caput*, preleciona o parágrafo do art. 694 do Novo Código que, a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar. É perceptível o intuito do Novo Código de tentar modificar o espírito das partes envolvidas no conflito, e dos profissionais da área (advogados, defensores e juízes), que, agora, deverão conduzir o problema a uma solução que atenda às necessidades e aos interesses das partes. O

principal objetivo deve ser a satisfação das partes, e para tanto, a “cultura da guerra”, que há muito era vivenciada no processo, deve ser abandonada.

Justamente por isso é que, imbuído dessa nova tendência do acordo, determina o art. 695 do CPC que, recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação. As partes não podem dispensar a realização desta audiência, estatutando ainda o art. 334, §8º, que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Alguns doutrinadores, dentre os quais Maria Berenice Dias, discutem a imposição dessa multa. Entendem eles que ao ordenar a citação, o juiz, na verdade, estaria designando uma sessão de conciliação ou mediação, já que não a presidiria. Por esse motivo, questionam se teria o conciliador ou mediador legitimidade para impor a multa e se o não comparecimento das partes poderia ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça. Concluem, então, que não há qualquer prejuízo a não realização de autocomposição, nesse estágio do processo, porquanto a sessão de conciliação ou mediação pode ser efetivada a qualquer tempo e em qualquer fase processual, não fazendo o menor sentido, portanto, a cominação dessa penalidade.

Ao que parece, e, ousando discordar do entendimento supra, o não comparecimento à sessão de conciliação, ainda que não presidida pelo juiz, importa em violação do dever geral de as partes procederem com lealdade e boa-fé na relação processual. O descumprimento de um imperativo de conduta no processo, sem dúvida compromete o correto e eficiente exercício da jurisdição e, nesse sentido, viola o interesse público.

Ademais, esse não comparecimento injustificado acaba por frustrar as expectativas da outra parte que compareceu à assentada, imaginando, muitas vezes, pôr fim ao litígio sem precisar esperar tantos anos por um longo e desgastante processo, bem assim, ainda desprestigiaria todos que se fizeram presentes para a tentativa de autocomposição.

De mais a mais, e continuando os estudos acerca dos novos regramentos, ainda foram estabelecidos pelo NCPC, os termos no mandado citação, no qual deverão estar escritos apenas os dados necessários à audiência, desacompanhado de cópia da petição inicial. Contudo, é assegurado ao Réu o direito de examinar o seu conteúdo a qualquer tempo (art. 695, §1º), sem que tal ato dê início ao prazo de contestação.

Tal determinação traz consigo mais um problema: é bastante festejado o espírito do Novo Código de fomentar a “cultura de paz” e, por isso, até se entende o intuito de não incendiar ainda mais os ânimos do Réu, ao determinar que a inicial não acompanhe a citação. Contudo, a norma tem alcance prático reduzido, porquanto dificilmente o Réu comparecerá à audiência, mesmo que de conciliação, sem ter ciência do assunto que será discutido, ainda mais se não estiver esperando o ajuizamento daquela a ação e, por isso, for surpreendido.

Ademais, e ao que parece, a determinação supra contraria o dever de informação, que é um dos corolários do princípio da boa-fé objetiva, tão festejado e presente no Novo CPC.

Neste sentido, Flávio Tartuce⁹ critica a possibilidade de se fazer um acordo sem se ter uma noção mínima daquilo que está sendo pleiteado. De acordo com o autor, seria precipitado afirmar que esta inovação constituiria um benefício, pois, ao reverso, poderá servir apenas para aprofundar a “cultura de guerra” geralmente notada nas ações de Direito de Família. A resposta, segundo ele, só se revelará com a prática.

A regra, sem dúvida, contraria a Constituição Federal, ao permitir que apenas uma parte tenha ciência do que foi apresentado ao juiz. Ora, se uma parte apresentou sua versão em juízo, é decorrência lógica do contraditório que haja cientificação da outra; admitir posicionamento diverso é implantar o desequilíbrio no processo, o que não se deve jamais permitir. Ademais, e como se não bastasse, um dos princípios regentes dos meios consensuais é o da decisão informada, expresso pela Resolução 125/2010 do CNJ, que estabelece, como dever, manter os envolvidos cientes sobre o contexto fático em que estão inseridos¹⁰.

Por fim, a determinação inculpada no dispositivo sobre o qual ora se debruça, quando confrontada com os princípios da isonomia, contraditório e ampla defesa, pode ser facilmente derrotada por estes. O juiz, então, poderá deles valer-se para ordenar que, a despeito do quanto previsto no art. 695, §1º, o mandado de citação se faça acompanhar da contrafé. De igual modo, inexistente óbice a que a própria parte autora, na petição inicial, requeira que o mandado de citação venha acompanhado da contrafé, adotando iniciativa alinhada ao princípio da cooperação.

Quanto à forma de realização da citação, estatui o art. 267 que esta deverá ser feita, preferencialmente, pelos correios. Entretanto, nas ações de família, a citação precisa ser pessoal (arts. 247 e 695, §3º), mormente em razão da pessoalidade das demandas familiares. Ainda,

⁹ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, Diálogos e Interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

¹⁰ TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

com o intuito de agilização, o réu deve ser citado para comparecimento na audiência, com uma antecedência mínima de 15 dias (art. 695, §2º), enquanto que, no processo de conhecimento, essa antecedência é de 20 dias (art. 334).

Além disso, as partes deverão estar obrigatoriamente acompanhadas de seus advogados ou defensores públicos na audiência de mediação ou conciliação, para que esta seja bem conduzida e orientada (art. 694, §4º). Em não sendo exitoso o acordo, passarão a incidir as normas do procedimento comum ordinário (art. 697).

Registre-se não ser mais necessária a elaboração da peça defensiva para audiência. O Réu poderá oferecer a sua contestação, por petição, no prazo de 15 dias, tendo como termo inicial a audiência de conciliação ou mediação, ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver composição.

Quanto à intervenção do Ministério Público nas ações de Direito de Família, esta só deverá ocorrer quando houver interesse de incapaz, seja ele menor ou maior (art. 698), devendo ainda ser ouvido previamente à homologação de acordo. A justificativa é que nos demais casos não haveria interesse público a preservar.

Flávio Tartuce,¹¹ trazendo em sua obra o texto do Promotor de Justiça de Minas Gerais Leonardo Moreira Alves, assim esclarece:

Em face do novo conceito de família inaugurada pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio, como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas, o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí por que se defende a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais e litigiosos), deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (direito potestativo extintivo), exceto quanto existir interesses de incapazes em jogo. Tal posicionamento vai ao encontro da atual tendência de racionalização dos trabalhos do Parquet na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, a exemplo do baiano, do paulista e do mineiro. Em sendo ela adotada, haverá benefícios práticos relevantes aos Promotores de Justiça, que terão mais tempo para atuar em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de maior relevância à coletividade, adequando-se esta atuação ao verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna.

¹¹ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 356.

O último dispositivo do capítulo atinente às Ações de Família estabelece que, ao tomar o depoimento de incapaz no processo que envolver fato relacionado a abuso ou alienação parental, o juiz deverá estar acompanhado por especialista (art. 699). A doutrina aponta que este especialista poderá ser um psicólogo ou um assistente social, ou ambos.

Maria Berenice Dias,¹² sobre esse regramento, entende ser totalmente desarrazoado, porquanto autoriza o juiz a colher o depoimento pessoal nas demandas que envolvem abuso ou alienação parental, ao invés de vetar que a escuta seja feita pelo magistrado, assim esclarece:

A tendência em muitos países é proibir qualquer pessoa – até mesmo o magistrado – de ouvir a vítima, tarefa a ser desempenhada exclusivamente por um técnico. O chamado Depoimento Sem Dano, hoje intitulado de Depoimento Especial, criou um sistema de escuta que preserva a vítima e não subtrai o contraditório de ser depoimento. Certamente teria andado melhor o legislador se tivesse imposto a adoção de tal prática.

Com razão a ilustre doutrinadora. As ações que envolvem abuso ou alienação parental são bastante delicadas, por ferirem o direito fundamental da criança e do adolescente de convivência familiar saudável e prejudicarem a realização de afeto nas relações com genitor e com grupo familiar. A alienação parental, por exemplo, constitui verdadeiro abuso moral contra a criança ou o adolescente (art. 3º da Lei 12.318/2010)¹³, fragilizando-os e abalando-os emocionalmente a tal ponto, que não podem jamais sentir-se intimados ou mesmo constrangidos pela presença do magistrado, de sorte a prejudicar o relato dos fatos. Daí porque a sua oitiva deve ser realizada exclusivamente por profissional tecnicamente habilitado para tanto, e em ambiente propício, que possibilitem a descrição da ocorrência de uma maneira muito mais natural e sem traumas.

3.2. AÇÕES CONSENSUAIS ENVOLVENDO DIREITO DE FAMÍLIA

Após o estudo envolvendo o Capítulo destinado às Ações de Família, cumpre tecer algumas considerações acerca dos procedimentos de jurisdição voluntária envolvendo o Direito de Família, e que tiveram regramento no Novo CPC, a saber, as ações consensuais de divórcio, dissolução de união estável e alteração do regime de bens (CPC 731 e 734). Quanto a este último será dedicado capítulo próprio e mais detalhado.

¹² DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 75.

¹³ BRASIL. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2010.

O legislador não tratou essas ações de forma muito aprofundada. Na verdade, limitou-se a exigir que a petição seja assinada por ambos os cônjuges ou companheiros, na qual deve constar: a descrição dos bens e a deliberação sobre a partilha; a disposição sobre pensão alimentícia entre as partes e com relação aos filhos, bem como o acordo relativo à guarda e ao regime de visitas. A partilha nem precisa ser definida de plano, podendo ocorrer posteriormente, de forma amigável ou litigiosa, obedecendo ao procedimento da partilha no processo de inventário (arts. 647 a 658).

Todas essas disposições que dizem respeito ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação consensual aplicam-se, no que couberem, ao processo de homologação da extinção consensual da união estável (art. 732).

Ao prever apenas os requisitos da petição inicial, o CPC acabou suprimindo algumas etapas, antes relacionadas no CPC/1973¹⁴, que já eram à época questionáveis, como, por exemplo, a realização de audiência preliminar, em que o juiz ouvia as partes sobre os motivos da separação e lhes esclarecia sobre as consequências do ato; a audiência de ratificação, caso o juiz não se convencesse, na audiência preliminar, de que os cônjuges manifestaram a intenção de se separar livremente. Essas supressões, que já tinham pouca aplicabilidade prática, refletem a tendência de menor intervenção estatal na vontade e autonomia da vida privada das pessoas.

Ainda há previsão para que o divórcio, a separação e a extinção consensual de união estável, desde que observados os requisitos legais, e inexistindo nascituro e filhos incapazes, sejam feitos consensualmente, por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731 do Novo CPC, como já citado alhures.

Neste espeque, convém registrar a inovação do Código ao equiparar o nascituro ao filho incapaz, tratado, portanto, como pessoa humana e sujeito de direito. Tal previsão, aliás, formaliza o entendimento encabeçado pela doutrina contemporânea e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Já no que se refere à dissolução da união estável, esclarece Flávio Tartuce¹⁵ que:

A menção à dissolução da união estável por escritura pública é novidade que já era retirada implicitamente do sistema, pela possibilidade de se realizar a constituição e a dissolução da união estável por escritura pública há tempos. Todavia, nota-se que, por expressa previsão legal, a dissolução administrativa

¹⁴ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Insitui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 1973..

¹⁵ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p.381.

da união estável somente é possível não havendo nascituro ou filhos incapazes dos companheiros (art. 733, caput, do CPC/2015). Assim, em tal aspecto, a equiparação da união estável ao casamento acabou por *judicializar* algumas situações, pois não havia essa imposição na legislação anterior.

Entretanto, para os casos em que haja filhos incapazes, fica reservada a homologação judicial da extinção da união estável, por meio de petição encaminhada ao juízo, dispondo de conteúdo mínimo. Não significa que não deva ser dado valor de título executivo ao documento assinado por duas testemunhas, como ocorre com o instrumento de extinção da união estável, mas a intenção aqui é proteger os filhos. Em situações como tais, basta que o documento seja levado a juízo, para que o magistrado, se convencendo de que o acordo casou prejuízo aos filhos incapazes, relativize as previsões sobre os interesses destes.

Ainda de acordo com §1º do art. 733 do CPC, a escritura pública não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. Esse dispositivo só contempla como novidade a expressa possibilidade de levantamento das importâncias depositadas, tendo em vista que a normatização restante já detinha tratamento no Código anterior.

De mais a mais, o tabelião somete lavrar a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado (comum ou de cada um deles) ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial (art. 733, §2º, CPC). Este parágrafo apenas repete a norma já contida no regramento anterior.

Esta nova normatização, porém, não contemplou, em benefício dos que não possuem condições de arcar com os emolumentos, o dispositivo previsto no Código anterior, que concedia gratuidade da escritura para aqueles que se declaravam pobres. O que, sem dúvida, caminha distante do espírito desta nova compilação, fundada na agilização e desjudicialização. Tendo em vista que, diante da necessidade de se ter que arcar com os emolumentos, as pessoas que não têm condições de assim proceder, certamente preferirão requerer o divórcio judicial, quando, então, poderão ser beneficiados com a gratuidade da justiça.

A melhor exegese é a de que, não obstante a revogação expressa do art. 1.124-A, §3º do CPC/1973, que estabelecia a gratuidade da escritura, ainda é possível manter e aplicar tal benefício, porquanto a introdução desse regramento no Código anterior se deu por Lei Especial, qual seja, a Lei 11.441/2007, sendo que o §2º do art. 1.046 do Novo Código disciplina que “permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis,

aos quais se aplicará supletivamente este Código”. Assim, e por não haver disposição em contrário, entende-se que a concessão do benefício permanece inalterado.

A Seção IV, do Capítulo XV – Dos Procedimentos de Jurisdição Voluntária – trata, além do Divórcio e da Separação Consensuais, da Extinção Consensual de União Estável, cujas disposições constantes no Novo CPC foram vistas acima, com as considerações a eles pertinentes. O único assunto não abordado ainda foi o da Alteração do Regime de Bens do Matrimônio, cuja regulamentação foi pela primeira vez prevista, não obstante a sua admissibilidade já haver sido reconhecida no Código Civil de 2002. Justamente por esse motivo, preferiu-se conceder a esta matéria capítulo próprio e pormenorizado.

3.3 COMPETÊNCIA

A competência nada mais é do que a fixação das atribuições de cada um dos órgãos jurisdicionais, isto é, a demarcação dos limites dentro dos quais podem tais órgãos exercer a jurisdição. Neste sentido, “juiz competente” é aquele que, segundo limites fixados pela lei, tem o poder para decidir certo e determinado litígio.

Ocorre que, na seara familiar, algumas situações específicas apontam para problemas diferenciados, pois – ainda que a origem do conflito seja uma só: o fim do amor – , muitas são as controvérsias e contendas que daí surgem, principalmente quando do relacionamento nascem filhos¹⁶.

O poder de julgar dos juízes de primeiro grau é disciplinado no Código de Processo Civil, enquanto que a competência dos tribunais é determinada pelas normas da Constituição da República e de organização judiciária.

Os assuntos de Direito de Família, por seu turno, são afetos à competência da Justiça Estadual. Daí porque é necessário verificar se há lei local, de organização judiciária, que preveja a existência de varas especializadas para processamento de certos temas, pois, além das varas de Família e Sucessões, podem existir, por exemplo, varas destinadas a tratar dos assuntos de violência doméstica ou atender aos jurisdicionados carentes.

Entretanto, não é suficiente apenas a existência de órgãos especializados, sendo ainda necessário que todos os funcionários e colaboradores que ali trabalham estejam sensíveis e preparados para atender aos jurisdicionados envolvidos em demandas familiares.

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

De uma maneira geral, constata-se que as normas disciplinam ser das Varas de Família a competência para processar e julgar as causas relativas ao estado das pessoas e ao Direito de Família.

O art. 140 do Estatuto das Famílias preleciona que o processo e julgamento das ações de viés familiar são de competência das Varas de Família, e os recursos devem ser apreciados por Câmaras Especializadas em Direito de Família dos Tribunais de Justiça, onde houver. Além disso, em seu art. 143, ao dispor que “As ações relativas ao mesmo núcleo familiar devem ser distribuídas ao mesmo juízo, ainda que não haja identidade de partes”, defende o estabelecimento de um juízo universal.

Ainda inexistente um consenso quanto à possibilidade de se reconhecer a competência de um juízo universal, de forma a atrair todas as ações posteriormente ajuizadas envolvendo os mesmos familiares para o juízo que recebeu o primeiro processo.

Maria Berenice Dias, em seu Manual de Direito das Famílias, estatui que

Há a tendência de reconhecer um juízo universal, de forma a concentrar todas as demandas perante o juiz do primeiro processo. As ações conexas devem ser reunidas para julgamento em conjunto (CPC 55 § 1º). Mesmo inexistindo conexão, serão reunidos para julgamento conjunto quando há o risco de decisões conflitantes ou contraditórias (CPC 55 § 3º). Sob o prisma do jurisdicionado, a justiça revela maior eficiência e coerência quando, na medida do possível, destina ao núcleo familiar atenção personalizada. Deste modo, mesmo que um processo já esteja arquivado, melhor que a nova demanda seja distribuída ao mesmo juiz, embora não exista, eventualmente, identidade de partes ou afinidades de pedidos. Há unidade relacional dos envolvidos a ensejar a distribuição ao mesmo juízo.¹⁷

A ideia do juízo universal ganhou ainda mais relevância em decorrência da inovação prevista no NCPC, no art. 55, § 3º, segundo o qual “serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.” Assim, e de acordo com o novo regramento, poderão ser reunidos, para julgamento conjunto, processos semelhantes, tendo como finalidade evitar julgamentos conflitantes.

Fernanda Tartuce,¹⁸ ao admitir o juízo universal, esclarece que, de toda forma, a reunião de processos não poderia ser aplicada indistintamente, mas observando os seguintes requisitos: a) apenas em situações pontuais e não multitudinárias (que não envolvam muitos processos ou

¹⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

¹⁸ TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. *1.001 dicas sobre o Novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2016, p.15.

partes); b) por determinação de ofício ou a requerimento da parte e c) somente se os processos estiverem no mesmo grau de jurisdição.

Os que defendem a falta de um juízo universal e, por conseguinte, a inexistência de prevenção ou mesmo de distribuição por dependência, justificam o seu posicionamento no princípio do juiz natural, ou seja, a determinação do juízo competente para a causa deve ser feita com base em critérios impessoais, objetivos e pré-estabelecidos, devendo a escolha ser feita pela distribuição aleatória.

Em se tratando de litígios familiares, não se pode olvidar que um único conflito pode deflagrar diferentes demandas judiciais, decorrentes da mesma fonte. Em tais casos, é necessário que as decisões sejam harmônicas e não divergentes, dando aos conflitos familiares soluções coerentes e unificadas. Além disso, a manutenção, no mesmo juízo, das demandas familiares, não traz qualquer prejuízo para as partes, ao passo que garante a duração razoável do processo, a unidade da família e da própria jurisdição.

Fernanda Tartuce¹⁹ defende que, não obstante a aplicação da tese do juízo universal, se uma das causas já foi sentenciada, haverá óbice ao encaminhamento ao juízo que já decidiu. Contudo, não parece ser essa a melhor exegese, pois mesmo que um processo já esteja arquivado, melhor que a nova demanda seja distribuída ao mesmo juiz, embora não exista, eventualmente, identidade de partes ou afinidade de pedidos. A lógica é a mesma da já apresentada: unidade relacional dos envolvidos a ensejar a distribuição ao mesmo juízo.

A necessidade de soluções coesas e unificadas não extingue com a decisão ou arquivamento de uma das demandas. As futuras ações intentadas, decorrentes da mesma fonte, deverão ter soluções que se identificam com as já prolatadas em demandas anteriores.

Pois bem, ultrapassada a questão do juízo universal e já tendo identificado a Justiça Estadual como a competente para o julgamento dos conflitos familiares, impende reconhecer em qual comarca a demanda deve tramitar. Trata-se de delimitar a competência territorial (de foro).

O legislador, em algumas oportunidades, conferiu a certos litigantes o benefício de poder optar por demandar em seu próprio domicílio, não precisando seguir os critérios clássicos. Buscou-se, assim, facilitar, para esses demandantes, o acesso à justiça.

¹⁹ TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

A regra é a competência territorial (art. 46 do CPC): as ações devem ser movidas na comarca em que reside o réu. Todavia, tal determinação é alterada em se tratando de demanda de alimentos, já que a ação deve ser proposta no domicílio ou residência do alimentando (art. 53, II do CPC).

O novo CPC, porém, deixou de dispor acerca do foro privilegiado da mulher nas ações envolvendo vínculos familiares. No regime do Novo Código, a normatização foi alterada, de acordo com o art. 53, sendo que, nas ações envolvendo casamento e união estável há três foros competentes, de forma subsidiária: a) foro do domicílio de quem detiver a guarda do filho incapaz; b) se não houver filho incapaz, foro do último domicílio do casal e c) se ambos os cônjuges tiverem mudado de domicílio, foro do domicílio do réu.

O critério de diferenciação adotado pelo CPC/1973 para beneficiar a mulher, com base na reconhecida vulnerabilidade em face do homem, foi abandonado pelo Novo Diploma. Vale lembrar que, em caso de violência doméstica, a regra favorável à mulher permanece inalterada, inclusive, a Lei Maria da Penha deixa à vítima da violência doméstica a opção pelo foro do seu domicílio, do lugar do fato ou do domicílio do agressor (art. 15, LMP).

3.4 QUESTÕES PROBATÓRIAS NA SEARA DO DIREITO DE FAMÍLIA

O processo busca representar o fato que se deseja provar. Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios, postos sob a apreciação judicial, se originam de fatos. Por esse motivo é que o autor, ao ajuizar uma ação, e o réu, ao oferecer a sua resposta, apresentam os fatos com os quais buscam justificar a pretensão de um e a resistência do outro.

Alguns autores afirmam que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. De todo modo, tais alegações são justamente a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo. Portanto, provar alegação consiste em demonstrar a ocorrência de tais fatos.

O processo de conhecimento tem como objeto a prova dos fatos alegados pelos litigantes. Rolf Madaleno esclarece que, “a função da prova processual é fornecer ao juiz os elementos e argumentos de sua decisão, afastando suas dúvidas e inquietações, para que possa concluir com convicção e segurança”²⁰. Ainda para o autor:

[...] só haverá necessidade de prova a despeito de alguma alegação contestada,

²⁰ MADALENO, Rolf. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1133, 15 de maio de 2014.

cuja exatidão e verossimilhança precisarão ser comprovadas, de regra, pela iniciativa das partes interessadas na sua demonstração processual, com influência no resultado da sentença.²¹

Humberto Theodoro Júnior²² sustenta que toda prova há de ter um *objeto*, uma *finalidade*, um *destinatário*, e deverá ser obtida mediante *meios e métodos* determinados pela legislação.

Para ele:

A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos pelas partes em juízo, relevantes para o julgamento da causa. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar a solução jurídica ao litígio. Os meios legais de prova são os previstos nos arts. 369 e 484 do NCPC, mas, além deles, permite o Código outros não especificados, desde que “moralmente legítimos” (art. 369).

No Brasil, apesar de vigorar o princípio dispositivo, que preconiza a inércia do juiz, pode ele determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito ou mesmo restringi-las, como ocorre com a limitação do número de testemunhas. O juiz, portanto, não atua como se fosse mero espectador; ao revés, pode e deve, de ofício, comandar a busca dos elementos comprobatórios.

Ao comungar desta idéia, Maria Berenice Dias²³ afirma que:

Na apuração da verdade, ele não é – nem pode ser – mero espectador. Na concepção mais moderna do processo, dispõe o magistrado de amplo espaço, podendo movimentar-se de forma bastante livre na busca da prova. No direito familiar, a prova merece tratamento especial, temperando-se os rigores de suas formalidades legais frente à peculiaridade do bem da vida em jogo e à presença de direitos indisponíveis.

É certo que em alguns processos de família, a dificuldade probatória costuma ser marcante, seja porque os envolvidos costumam ocultar fatos desfavoráveis por eles causados, seja porque, em grande parte do casos, não é possível demonstrar o que ocorreu na intimidade do lar, quando apenas os envolvidos encontram-se presentes ou, quando existem testemunhas, costumam ser estas impedidas, suspeitas ou incapazes.

De acordo com o *princípio do ônus da prova*, cada parte deve provar suas afirmações. Impõe-se, então, ao autor, provar os fatos constitutivos dos seus direitos e ao réu o dever de

²¹ MADALENO, Rolf. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1133, 15 de maio de 2014.

²² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I, p. 870.

²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79.

comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (Art. 373 CPC). A premissa da distribuição estática dos encargos de provar é simples: a quem alega o fato incumbe-se o dever de prová-lo em juízo.

Contudo, situações há, sejam pessoais ou mesmo circunstanciais, que impendem a parte de provar os fatos por si alegados. Nestes casos, quando o ônus probatório não é exercido pela parte, em virtude condições alheias à sua vontade, não adianta manter a distribuição clássica do ônus probatório, sob pena de não se alcançar a verdade real e um resultado justo.

Por esse motivo, não se deve considerar no sistema processual apenas a distribuição clássica da prova, mas também a possibilidade de a parte poder contar com quem tem melhores condições de comprovar os fatos controvertidos. Mesmo porque, não se pode olvidar que a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo, sendo um dos seus objetivos.

Se é certo que o objetivo fundamental da Jurisdição é a justa composição da lide, ou a atuação da vontade concreta do direito, não é menos correto que qualquer destes objetivos apenas se atinge através da descoberta da verdade sobre os fatos versados na demanda. Aí está a razão da importância, para a doutrina processual, da verdade substancial.

Assim é que, norteados pela implacável busca da verdade que seja a mais próxima possível da real, os doutrinadores modernos têm conseguido significativos avanços sobre esse tema na ciência processual. Exemplo disso é a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportá-lo, impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio.

Esta teoria permite ao juiz uma flexibilização maior das regras do ônus probatório, de acordo com seu próprio convencimento e – conforme seja a situação particular das partes em relação a determinada prova, verificada por ele mesmo, no processo submetido ao seu crivo – e não só aplicar os critérios anteriormente definidos na lei.

Em suma, a teoria propõe que o encargo na produção probatória não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas casuisticamente; que a distribuição do ônus não pode ser estática e inflexível, mas dinâmica; que pouco importa a posição assumida pela parte na causa e que é irrelevante a natureza do fato ser provado – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.

Mister destacar que a teoria da carga dinâmica não se confunde com a inversão do ônus da prova. A teoria da carga dinâmica é aquela na qual o magistrado, por meio de decisão, atribui o ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter as melhores condições de produzi-la, enquanto que a inversão do ônus da prova, decorre de previsão expressa da lei e pressupõe a existência de uma responsabilidade, a princípio, atribuída a uma das partes e, uma vez preenchidos os requisitos legais, é transferido o encargo à parte contrária.

No campo do Direito de Família, a citada teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório encontra um amplo campo para a sua concretização, mormente em decorrência dos problemas encontrados para se provar os fatos alegados, como suscitado anteriormente. Ademais, tal distribuição ainda promove adequadamente a isonomia entre os litigantes e realça o princípio da solidariedade, presente no dever de colaboração para a descoberta da verdade, de litigar de boa-fé e de prevenir/reprimir atos contrários à dignidade da justiça.

O Novo Código de Processo Civil, apesar de repetir a distribuição clássica da distribuição do ônus probatório, inovou ao admitir a possibilidade de distribuição desse ônus de modo diverso. Eis o teor do art. 373, §1º:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Contudo, adverte o §2º do mesmo diploma legal, que a decisão prevista acima não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Os cuidados, porém, na aplicação da distribuição deste ônus de forma diferenciada não se limitam ao que foi supramencionado. De acordo com Fernanda Tartuce²⁴:

Cuidados processuais devem cercar a aplicação da teoria; felizmente eles foram previstos pelo legislador. É necessário haver decisão fundamentada sobre a distribuição do ônus com a indicação de motivos concretos e precisos para que ela se opere: só assim será cumprida a exigência constitucional da fundamentação e se possibilitará que a pessoa incumbida de provar possa questionar esse dever em grau de recursal. Temos, assim, um regra de procedimento, e não apenas de julgamento, que observa o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

²⁴ TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 112.

Nos conflitos familiares, o juiz poderia fundamentar a sua decisão de alterar a dinâmica da produção da prova, quando fosse constatada a hipossuficiência econômica ou técnica de alguma das partes, por exemplo.

Aliás, já existem decisões no sentido de se aplicar diferencialmente a distribuição do encargo probatório. O Tribunal do Rio Grande do Sul, em julgamento de uma Ação de Alimentos decidiu ser do alimentante o ônus de comprovar seus ganhos, conforme ementa²⁵:

Alimentos. Petição inicial. Na demanda de alimentos, a determinação legal para a indicação dos ganhos do réu é para subsidiar a fixação dos alimentos provisórios. A omissão de tal requisito não torna a inicial inepta, pois é ônus do alimentante comprovar seus ganhos, já que se invertem os encargos probatórios. Apelação provida em parte, por maioria, vencido o Relator. (Apelação Cível nº 70005993449, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 07/05/2003)

Destarte, a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova nas relações familiares vem promover a igualdade das partes, em sentido material, de forma a se privilegiar os princípios basilares do processo civil na tutela dos direitos de família, direitos personalíssimos, em regra. Prestigia-se e protege-se, desta forma, os deveres de igualdade; lealdade; solidariedade; boa fé objetiva processual; devido processo legal; acesso à justiça e efetividade do processo; visão cooperatória e publicista do processo civil; busca pela verdade real e obtenção de um resultado justo.

3.4.1 A utilização de provas ilícitas nos litígios familiares.

O sistema processual pátrio veda a utilização de provas obtidas por meios ilícitos ou moralmente ilegítimos. A legislação infraconstitucional, assim como a Constituição Federal, estabelecem restrições probatórias, com o intuito de se proteger a privacidade, a intimidade e o devido processo legal.

Tanto o artigo 5º, inciso LVI, da Carta Magna, como o artigo 332 do Código de Processo Civil, vedam o uso de prova ilícita, ao disporem que só são admitidos os meios de prova legais e moralmente legítimos, mesmo que não previstos expressamente em lei.

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Cível). Apelação cível. Alimentos. Petição Inicial. Apelação Cível 70005993449. Apelante: J.L.F. Apelado: J.A.O. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Tramandai, 07 mai. 2003. *Diário [da] Justiça*: 28/05/2003.

O que tem sido alvo de intensas discussões entre os doutrinadores é justamente a possibilidade de se aproveitar as provas que foram obtidas com infringência às normas de direito material, havendo uma tendência geral em desconsiderá-las.

Rolf Madaleno,²⁶ ao se debruçar sob uma estudo efetuado por Alcides Mendonça, afirma que, para este autor, não pode o juiz abstrair-se de conhecer o fato e julgá-lo, apenas porque a prova foi considerada ilícita ou imoral. Especialmente se a parte dispuser somente daquela prova, por cuja natureza, não enseja, normalmente outro meio, pois sua repulsa irá ensejar uma sentença injusta e para o juiz importa é fazer justiça. Se o ato for ilegal ou imoral e favorecer aquele que somente levanta a imoralidade ou a ilicitude do meio, e nada contrapõe à autenticidade da prova e a veracidade dos fatos atestados por esta mesma prova, deve ser ela admitida, mesmo porque um direito não pode servir para cometer uma injustiça.

Como dito alhures, os conflitos familiares, por vezes, apresentam fatos que são de difícil comprovação. Por tal motivo, muitas vezes se constata a possibilidade de se reconstituir situações que se verificaram na intimidade do lar (como atos de alienação parental) ou ter acesso a dados ocultados deliberadamente por seus detentores (como aqueles ligados à sua possibilidade financeira)²⁷. Para se descobrir os fatos como realmente aconteceram, as partes costumam utilizar-se de escutas telefônicas, provocação de flagrantes e até mesmo contratação de detetives particulares; a dificuldade, então, seria saber se as provas obtidas por estes meios poderiam ser utilizadas na instrução processual.

Em casos tais, se faz necessário encontrar o equilíbrio entre os valores e princípios contrapostos. A doutrina moderna tem entendido ser possível a atenuação da proibição da prova ilícita, em situações excepcionais, para tutelar direitos constitucionais que, quando confrontados, tendem a ser mais valorados.

Rolf Madaleno,²⁸ ao escrever sobre a utilização das provas ilícitas no Direito de Família, sustenta que a própria natureza das questões processuais debatidas neste âmbito é peculiar, e deve ser vista com um evidente e indissociável juízo de ponderação.

Prova de aplicação deste juízo de ponderação, consiste na possibilidade de serem auscultadas no juízo familista as pessoas que são impedidas de deporem, como o cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau

²⁶ MADALENO, Rolf. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1133, 15 de maio de 2014.

²⁷ TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 112.

²⁸ MADALENO, op. cit.

(art.447, § 2º, inc. I do CPC), salvo se assim o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não houver outro modo de obter a prova. Mesmo no caso de depoimento de criados e serviçais com liames de dependência, por cujos vínculos não poderiam depor, salvo quando estritamente necessário, e usualmente serão testemunhos necessários pela proximidade que têm com os fatos e a intimidade verificada na privacidade do domicílio familiar. Não há, efetivamente, como desprezar com a natural moderação, o depoimento de parentes e empregados domésticos, quando geralmente são eles que podem prestar os esclarecimentos dos fatos ocorridos na vida familiar.

Ao decidir acerca da validade da prova obtida por meios ilícitos, o juiz deve atentar sempre ao princípio da proporcionalidade, podendo, por vezes, admitir algumas dessas provas, quando relevantes para o deslinde do feito e quando restar evidenciado ser esse o único meio de a parte provar a sua pretensão.

Outro assunto que levanta acaloradas discussões no tocante à utilização das provas ilícitas, é a possibilidade de validação das escutas e interceptações telefônicas. A primeira consiste na gravação efetuada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro; já a interceptação é realizada por terceiro estranho à conversa, sem o conhecimento dos interlocutores.

O Supremo Tribunal Federal²⁹ tem admitido, há algum tempo, a validade da escuta telefônica, quando restar comprovada a sua necessidade, inexistindo outros meios de prova para comprovar o fato controvertido. O entendimento é de que a escuta, já que realizada por um dos interlocutores, não violaria a intimidade dos envolvidos. Em sentido diametralmente oposto, a jurisprudência tem afastado o uso da interceptação telefônica, por esta violar o princípio contido no art. 5º, X da Constituição Federal.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar um caso em que o próprio pai confessa ter instalado um gravador no apartamento onde vive a sua filha, para saber como a

²⁹ É legítimo o indeferimento de diligências requeridas pelas partes, quando consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Inteligência do art. 400, § 1º, do CPP. Precedentes. 2. À luz dos precedentes do STF, o art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996 deve ser interpretado no sentido de que a transcrição integral é somente de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer os fatos da causa penal (cf. Inq 2424, Pleno, DJe de 26-03-2010). 3. A interceptação telefônica é instrumento excepcional e subsidiário à persecução penal, cuja decisão autorizadora deve observar rigorosamente o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal e na Lei 9.296/1996. Demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade, como único meio de prova, para elucidação do fato criminoso, a jurisprudência desta Corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que respeitado o prazo de 15 dias entre cada uma delas. 4. Ordem denegada. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 116.989. Paciente: Robinson Artur de Almeida Acencio. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro: Teori Zavascki. Brasília, DF, 03/03/2015. *Diário [da] Justiça*, 8 mai. 2015.

mãe dela estava conduzindo a educação da menor, reconheceu que a prova obtida por este meio era clandestina, tendo em vista que, além de violar a intimidade da mãe, teria sido feita sem a autorização judicial. Assim concluiu:

E não se diga que está justificada essa atitude, diante do confronto de princípio constitucionais (privacidade x melhor interesse da criança), pois, a ser assim, relativizar-se-ia a proteção da privacidade, abrindo-se perigoso precedente para tudo justificar. Ademais, se pretende comprovar que a agravada pratica atos de alienação parental em relação à filha prejudicando seu vínculo afetivo, dispõe ele de meios lícitos para fazê-lo, conforme prevê a Lei 12.318/2010.³⁰

Veja que que nesse julgamento foram aplicados os mesmos parâmetros já mencionados, a saber, a ponderação entre os princípios que estão sendo confrontados e a análise acerca da possibilidade de o fato poder ser provado por outros meios legalmente previstos. Repisa-se, contudo, que esta avaliação, no Direito de Família, se torna ainda mais complexa, considerando que esses conflitos envolvem aspectos jurídicos superiores à privacidade e demandam sensibilidade e desgaste emocional por parte do jurista para compreender que as peculiaridades deste ramo tonam mais difícil a produção de prova.

Nestes casos, não se deixa de reconhecer a ilicitude da prova, mas se permite que o julgador sopesse os valores postos em choque, com o intuito de escolher e decidir o melhor caminho na aplicação da justiça, tendo em vista que os direitos fundamentais comportam restrições em favor e na defesa da ordem jurídica. No Direito de Família, em especial, a pretensão não visa ao interesse particular de cada um das partes, mas sim à intangibilidade da própria instituição familiar, que tem valor transcendental, e é esta a motivação que deve sempre guiar o julgador quanto tiver que decidir pela admissibilidade ou não de uma prova produzida por meios ilícitos.

³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). Agravo de Instrumento. Dissolução de união estável cumulada com guarda, alimentos e partilha de bens. Gravação Clandestina. Otiva da Menor. Agravo de Instrumento 70057151524. Agravante: C.A.M. Agravado: S.S.M. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 12/12/2003. *Diário [da] Justiça Eletrônico*, 17 dez. 2013.

4 DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS

O casamento, na forma como atualmente é concebido, é fruto de um longo desenvolvimento humano, moral, espiritual e patrimonial.

A partir das mudanças de paradigmas e enfoques ocorridas no decorrer do tempo, chega-se à noção atual do casamento como sendo a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado. Logo, o matrimônio é a peça-chave de todo o sistema social, constituindo o pilar do esquema moral, social e cultural do país¹.

Sendo, então, o casamento uma das bases da família, senão a mais importante, a sua ocorrência é imprescindível para a manutenção do Estado, cuja força, desenvolvimento e vitalidade dependem da solidez do núcleo familiar, reunido através do enlace matrimonial.

Contudo, e como já visto, o casamento não é a única forma de constituição da família. Por muitos anos, o ordenamento jurídico pátrio conceituou a família como sendo aquela constituída pelo casamento, sendo este indissolúvel. Apesar da grande polêmica e da resistência imposta à época, foi aprovada a Lei do Divórcio, momento em que se aceitou este, assim como a morte de um dos cônjuges, como hipótese suficiente a pôr fim ao vínculo matrimonial.

Ressalta-se, por oportuno, que a noção de família permaneceu, por muito tempo, atrelada à do casamento, dada a sua não desatabilidade. Foi necessário, então, admitir a possibilidade de dissolução do vínculo do casamento pelo divórcio, para que, deste modo, fosse possível discutir novas formas de constituição da família. Tal ruptura, contudo, não se procedeu de maneira imediata; ao revés, foi fruto de intenso empenho de parte mais liberal da sociedade, e, sobretudo, da doutrina que já vinha questionando a sistemática vigente.

Destarte, o texto Constitucional de 1988, visando justamente compatibilizar o conceito jurídico com o social de família, passou a reconhecer em seu art. 226, § 3º, a união estável como entidade familiar, consistente numa união livre e estável de pessoas desobrigadas, de sexos diferentes, que não estão ligadas entre si por casamento civil, instaurando-se a partir do momento em que resolvem seus integrantes iniciar a convivência, como se fossem casados, renovando dia a dia tal conduta, e recheando-se de afinidade e afeição, com vistas à manutenção da intensidade.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

Ademais disso, o que se verifica é que o constituinte originário procurou elucidar o caráter protetivo dado à família, aqui em seu sentido plural e não meramente singular, admitindo expressamente que o casamento não é o único meio de constituição familiar, mas apenas uma das formas que, por regra, traduz-se em maior segurança jurídica para os envolvidos, motivo pelo qual deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento.

Inferre-se, dessa forma, que, ao contrário da sistemática anterior, a família não mais se constitui apenas pelo vínculo do casamento, mas também pelo vínculo da união estável e da família mononuclear. Abandonou-se, então, aquele modelo de família eminentemente patriarcal, acolhido pelo Código Civil de 1916, que se calcava na hegemonia do poder do pai, na hierarquização das funções de seus membros, pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres, pela desconsideração de outras entidades familiares que não o casamento, e pela primazia dos interesses de caráter patrimonializante.

Todavia, o enlace conjugal, fundado no ato de autonomia privada, presente, sobretudo, na liberdade de casar-se, de escolha do cônjuge e, também, na de não casar, estipula efeitos outros que não se limitam aos morais e pessoais. Fala-se, então, dos efeitos patrimoniais, fundados, especialmente, na liberdade de escolha, conferida aos nubentes, acerca do regime de bens a vigorar na sua união. Ocorre que esse espaço reservado ao livre consentimento é exercido dentro dos limites constitucionais e legais, que traduzem o modelo social de conduta determinado pela ordem jurídica.

Neste espeque, melhor que se analise as regras impostas, pelo ordenamento jurídico pátrio concernentes aos regimes de bens, àqueles que pretendem constituir uma vida em comum, fundada na identificação de duas existências.

4.1 REGIME DE BENS E SEUS PRINCIPAIS REFLEXOS NO CASAMENTO E NA UNIÃO ESTÁVEL.

O que se pode observar é que, uma vez realizado o matrimônio, surgem direitos e obrigações em relação à pessoa e aos bens patrimoniais dos cônjuges. A essência das relações econômicas entre os consortes reside, indubitavelmente, no regime matrimonial de bens, que está submetido a normas especiais disciplinadoras de seus efeitos.

Desse modo, o regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento.

Regula especialmente o domínio e a administração de ambos ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal².

Para melhor atender às conveniências dos nubentes, o Código Civil³ brasileiro prevê e disciplina quatro regimes de bens, a saber: o da comunhão parcial (arts. 1.658 a 1.666), o da comunhão universal (arts. 1.667 a 1.671), o da participação final dos aquestos (arts. 1.672 a 1.686) e o da separação (arts. 1.687 e 1.688). A opção ou a incidência de qualquer deles importará a produção dos respectivos efeitos legalmente previstos.

A partir de então, evidenciam-se os critérios de classificação utilizados pelo legislador no que concerne ao regime de bens, qual seja: (a) quanto à origem e; (b) quanto ao objeto, sendo que o primeiro critério se funda na proveniência do próprio regime; se da convenção dos nubentes, que é a regra, ou se decorre de imposição legal. Já no segundo, a análise recai sobre a comunicação ou não de patrimônios pelos consortes, de modo que, a rigor, existiriam tão somente os regimes da comunhão e separação.

No tocante ao casamento, estabeleceu o art. 1.640 que “não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial”.

Disposição semelhante foi estatuída para a união estável, ao prevê no art. 1.725 que, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens, pelo qual haverá comunhão parcial dos aquestos, isto é, dos bens adquiridos na constância da convivência, como se casados fossem.

De mais a mais, o que se nota é que, ao lado das disposições normativas que regulamentam a organização do regime matrimonial de bens, há que serem observados três princípios fundamentais a ela concernentes, são eles⁴:

1. **O da variedade de regime de bens**, isto porque o ordenamento não impõe apenas um regime matrimonial aos nubentes, mas oferece-lhes quatro tipos diferentes, conforme anteriormente exarado. Todavia, ao se utilizarem da liberdade de estruturação do regime de bens, não podem os nubentes, no entanto, estipular

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

³ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

cláusulas que atentem contra os princípios da ordem pública ou contrariem a natureza e os fins do casamento;

2. **O da liberdade dos pactos antenupciais** decorre do primeiro, uma vez que se permite aos nubentes a livre escolha do regime de bens que lhes convier, para regulamentar os interesses econômicos decorrente do ato nupcial. Desta forma, podem os consortes adotar um dos regimes-modelo mencionados, como combiná-los entre si, criando um regime misto, bem como eleger um novo e distinto. Tal princípio encontra-se consubstanciado no art. 1.639 do Código Civil que estabelece que “é lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver” e
3. **O da mutabilidade justificada do regime adotado**, segundo o qual toda e qualquer modificação do regime matrimonial, após a celebração do casamento, apenas pode ser efetivada mediante autorização judicial, atendendo a um pedido motivado, de ambos os cônjuges, após a verificação da procedência das razões por eles invocadas e da certeza de que a referida mudança não causará gravames ao direito de terceiros.

Assim, nubentes e conviventes têm a liberdade de: (a) ficar em silêncio, sujeitando-se ao regime da comunhão parcial; (b) escolher um dos regimes pré-fabricados pelo legislador; ou (c) criar, por intermédio de pacto antenupcial, o regime que quiserem, definindo, da forma que melhor lhes aprouver, o destino dos bens passados, presentes ou futuros. O único limite é o mínimo ético de qualquer avença, que não deve afrontar disposição absoluta de lei (art. 1.655 do CC). Quedando-se em silêncio os noivos, nada manifestando antes do casamento, a lei supre qualquer omissão e determina a incidência do regime de comunhão parcial de bens (art. 1.640 do CC). A própria inércia configura manifestação de vontade. Não sendo lavrada escritura pública de escolha do regime de bens quando do processo de habilitação, é tomada por termo a opção pela comunhão parcial (art. 1.640, parágrafo único do CC).⁵

Ao traçar as distinções dos diversos regimes de bens, Maria Berenice Dias⁶ esclarece que elas são mais facilmente perceptíveis quando se identifica o número de conjuntos ou massas que cada um deles compreende. Dessa forma se teria:

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 303.

⁶ Idem, loc. cit.

Comunhão universal de bens – forma-se **um único conjunto**. Todo o acervo patrimonial – tanto o preexistente ao casamento e pertencente a qualquer dos cônjuges, como tudo o que for adquirido durante a vigência – compõe uma só universalidade, a ser dividida igualmente entre os cônjuges, no fim do casamento a título de meação.

Separação convencional, ou legal – há **duas massas patrimoniais**: (1) os bens de um e (2) os bens do outro cônjuge. Cada um é titular do seu próprio patrimônio, que tenha sido adquirido antes ou na constância do casamento. Quando da separação, nada há a dividir, e cada um fica com os bens que lhe são próprios.

Comunhão parcial – são **três os blocos**: (1) os bens particulares de um; (2) os bens particulares do outro, adquiridos antes do casamento e (3) os aquestos – bens comuns adquiridos após o casamento, por ambos ou qualquer dos cônjuges. Solvido o casamento, cada um fica com seus bens particulares e mais a metade do patrimônio comum.

Participação final nos aquestos – existem cinco universalidades de bens: (1) os bens particulares que um possuía antes de casar; (2) os bens que o outro já possuía. Depois do casamento surgem mais três conjuntos: (3) o patrimônio adquirido por um dos cônjuges em nome próprio; (4) os adquiridos pelo outro em seu nome e (5) os bens comuns adquiridos pelo casal. No caso de dissolução do vínculo, cada cônjuge fica com seus bens particulares com a metade dos comuns. Com relação aos bens próprios de cada um, adquiridos durante o casamento, são compensados os respectivos valores. No caso de desequilíbrio, surge o crédito de um junto ao outro.

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o regime de bens adotado nos casamentos era da ordem da imutabilidade, ou seja, acompanhava os cônjuges durante toda a duração da sociedade conjugal até sua extinção. A partir de 2002, com a vigência do Novo Código Civil, passou a ser permitida aos jurisdicionados casados a opção de alterarem o regime de bens, desde que preenchidos alguns requisitos e observadas algumas regras específicas.

Assim, por meio de uma ação de jurisdição voluntária, o ordenamento previu a possibilidade de que ambos os cônjuges, a partir de um pedido motivado – e ressalvados os direitos de terceiros –, requeressem a alteração judicialmente, nos termos do §2º do art. 1.639 do Código Civil⁷:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver [...]

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

Esta regra, aliás, foi praticamente repetida no Código de Processo Civil, que previu os requisitos a serem adotados por aqueles que pretendem alterar o regime de bens do casamento,

⁷ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002..

estabelecendo, ainda, a forma de publicização de tal pretensão e de sua decisão, como será adiante pormenorizado.

4.2 AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ação de alteração de regime de bens foi prevista no CPC⁸ no art. 734, que assim estatui: “A alteração do regime de bens do casamento, observados os requisitos legais, poderá ser requerida, motivadamente, em petição assinada por ambos os cônjuges, na qual serão expostas as razões que justificam a alteração, ressalvados os direitos de terceiros”.

Antes mesmo da entrada em vigor do Novo CPC, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) divulgou entendimento que deverá ser aplicado no julgamento de casos que envolvam o desejo dos cônjuges em rever o regime inicialmente escolhido. Para o STJ, é possível alterar o regime de bens do casamento, desde que respeitados os efeitos da opção anterior feita pelo casal. Diz um dos acórdãos⁹:

É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.

Esclareça-se que, não obstante a lei falar em “alteração do regime de bens”, não significa que a única possibilidade seja trocar um regime por outro ou mesmo fazer uma combinação entre as modalidades existentes. A liberdade da qual dispõem os nubentes para deliberar sobre o regime de bens antes do casamento é a mesma de quando decidem introduzir as modificações que queiram durante o casamento.

Rodrigo da Cunha Pereira¹⁰ refere que alterar o regime de bens na vigência do casamento pode significar que os cônjuges estão salvando a conjugalidade, na medida em que fazem ajustes patrimoniais dissolvendo incômodos de ordem econômica.

Daí porque se entende ser completamente descabida a exigência de motivação para a alteração do regime de bens na constância do casamento. Acerca de tal questão, paira grande

⁸ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015..

⁹ IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *STJ divulga entendimento sobre alteração do regime de bens*. 20 jan. 2016.

¹⁰ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Divórcio: Teoria e Prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

discussão entre os doutrinadores, que consiste, basicamente, em saber se esse justo motivo consistiria apenas na livre vontade das partes – desde que observados os demais requisitos legais –, ou se consistiria em um *plus* ao interesse das partes, em que caberia o controle do órgão jurisdicional sobre ser, ou não, um justo motivo, aquele apresentado pelas partes para a alteração do regime.

A primeira corrente entende que a demonstração desse justo motivo seria um requisito a mais, consistente na necessidade de serem demonstradas as razões para a alteração do regime; a segunda corrente, por sua vez, entende que a motivação para a alteração consistiria apenas na verificação da vontade das partes – o que já seria suficiente para o preenchimento do interesse processual.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar uma ação cujo pedido era a alteração do regime de bens em casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916, decidiu ser possível a mudança pretendida pelos cônjuges, com fundamento no art. 1.639, §2º do Código Civil de 2002. Na fundamentação¹¹, o Min. Luis Felipe Salomão, então relator do Recurso Especial, asseverou que:

DIREITO CIVIL. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS EM CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CC/1916. Na hipótese de casamento celebrado na vigência do CC/1916, é possível, com fundamento no art. 1.639, § 2º, do CC/2002, a alteração do regime da comunhão parcial para o regime da separação convencional de bens sob justificativa de que há divergência entre os cônjuges quanto à constituição, por um deles e por terceiro, de sociedade limitada, o que implicaria risco ao patrimônio do casal, ainda que não haja prova da existência de patrimônio comum entre os cônjuges e desde que sejam ressaltados os direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos. Muito embora não houvesse previsão legal para a alteração do regime de bens na vigência do CC/1916, e também a despeito do que preceitua o art. 2.039 do CC/2002, a jurisprudência tem se mantido uniforme no sentido de ser possível a alteração do regime de bens, mesmo nos matrimônios contraídos ainda sob a égide do diploma revogado. Nesse contexto, admitida a possibilidade de aplicação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002 aos matrimônios celebrados na vigência do CC/1916, **é importante que se interprete a sua parte final - referente ao "pedido motivado de ambos os cônjuges" e à "procedência das razões invocadas" para a modificação do regime de bens do casamento - sob a perspectiva de que o direito de família deve ocupar, no ordenamento jurídico, papel coerente com as possibilidades e limites estruturados pela própria CF, defensora de bens como a intimidade e a vida privada. Nessa linha de raciocínio, o casamento há de ser visto como uma manifestação de liberdade dos consortes na escolha do modo pelo qual**

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Comprometimento do patrimônio da esposa. Motivo, em princípio, hábil a autorizar a modificação do regime. Ressalva de direitos de terceiros. Recurso Especial 1.119.462/MG. Recorrente: R.G.C. e outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 26 fev. 2013. *Diário [da] Justiça*: 12/03/2013, p. 261.

será conduzida a vida em comum, liberdade que se harmoniza com o fato de que a intimidade e a vida privada são invioláveis e exercidas, na generalidade das vezes, no interior de espaço privado também erguido pelo ordenamento jurídico à condição de "asilo inviolável". Sendo assim, deve-se observar uma principiologia de "intervenção mínima", não podendo a legislação infraconstitucional avançar em espaços tidos pela própria CF como invioláveis. Deve-se disciplinar, portanto, tão somente o necessário e o suficiente para a realização não de uma vontade estatal, mas dos próprios integrantes da família. Desse modo, a melhor interpretação que se deve conferir ao art. 1.639, § 2º, do CC/2002 é a que não exige dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida privada dos consortes. Nesse sentido, a constituição de uma sociedade por um dos cônjuges poderá impactar o patrimônio comum do casal. Assim, existindo divergência conjugal quanto à condução da vida financeira da família, haveria justificativa, em tese, plausível à alteração do regime de bens. Isso porque se mostra razoável que um dos cônjuges prefira que os patrimônios estejam bem delimitados, para que somente o do cônjuge empreendedor possa vir a sofrer as consequências por eventual fracasso no empreendimento. No ponto, aliás, pouco importa se não há prova da existência de patrimônio comum, porquanto se protegem, com a alteração do regime, os bens atuais e os bens futuros do cônjuge. Ademais, não se pode presumir propósito fraudulento nesse tipo de pedido, já que o ordenamento jurídico prevê mecanismos de contenção, como a própria submissão do presente pedido ao Judiciário e a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Contudo, é importante destacar que a medida não pode deixar de ressalvar os "direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade", nos termos do Enunciado n. 113 da I Jornada de Direito Civil CJF. (REsp 1.119.462-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 26/2/2013, Data da Publicação/Fonte DJ: 12/03/2013). (Grifo nosso).

No mesmo sentido, e fazendo a exortação de que a investigação desmedida da causa para a alteração do regime consubstanciaria uma indevida ingerência na vida privada e intimidade dos cônjuges, militam também os magistérios de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald¹²:

Sem dúvida, o simples fato de ser requerida, em via judicial, a alteração do regime de bens já indica que algum motivo relevante há para os autores do pedido e para a vida pessoal deles, sendo descabida a indagação da causa. Ademais, não se esqueça que a mudança não produzirá efeitos em relação a terceiros, eventualmente prejudicados (que, ademais, serão citados, tendo os seus interesses preservados). Pela soma de todos estes argumentos, é de se preservar a vida privada e a inviolabilidade do núcleo familiar, dispensando-se, em cada caso concreto, por controle de constitucionalidade difuso, a justificativa do casal. De qualquer modo, exigida pelo juiz, a motivação pode

¹² FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 227

ser a mais diversa possível, não devendo o juiz ser rigoroso na exigência de uma indicação precisa.

A manutenção do regime inicialmente escolhido pode, muitas vezes, significar a ruína da sociedade conjugal, daí porque entende-se não ser razoável a investigação minuciosa dos motivos para pleitear a pretensa alteração. Em muitos casos, a mudança de regime de bens pode significar a remoção de considerável obstáculo ao entendimento dos cônjuges, com isso assegura-se a permanência de sua convivência e garante-se a paz conjugal.

Não se deve olvidar que, antes do casamento, os nubentes têm a autonomia de optar pelo regime de bens que quiserem, e essa liberdade deve permanecer, mesmo após as núpcias, não havendo razão, portanto, para se exigir qualquer justificativa, ainda mais quando a própria lei ressalva o direito de terceiros.

De mais a mais, tais exigências, completamente desarrazoadas, apenas encorajam os casais que pretendem a alteração do regime de bens a adotarem alternativas para burlar o regramento, pois nada impede que o casal, por exemplo, se divorcie, o que pode ser feito, inclusive, extrajudicialmente, e sem a necessidade de implemento de qualquer prazo, e faça um pacto antenupcial, casando-se novamente, não devendo explicações a ninguém pelos seus atos.

Ao não reconhecer as atenuações aqui defendidas na interpretação do art. 734 do CPC, além dos problemas já elencados, se admite o tratamento desigual para o casamento e a união estável, no tocante à possibilidade de alteração do regime de bens. Isso porque, na união estável existe a possibilidade de, a qualquer tempo, os conviventes, imotivadamente, mediante sucessivos contratos de convivência, alterarem o que quiserem sobre o regime de bens. Podem eles, inclusive, estabelecer disposições de caráter patrimonial com efeito retroativo, sendo desnecessária para tanto a chancela judicial, ou qualquer publicização. Por outro lado, no casamento há a necessidade de se expor ao juiz as razões que justificam a alteração, como visto alhures.

Flávio Tartuce¹³ acredita ser desnecessária a apresentação da motivação para que o regime de bens seja alterado judicialmente, segundo ele haveria uma intervenção dispensável do Estado nas questões familiares, o que feriria o princípio da não intervenção, previsto no art. 1.513 do CC/2002 e de outros regramentos do Direito de Família. Para demonstrar a mitigação

¹³ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 367.

jurisprudencial da estrita exigência normativa, cita ele a decisão¹⁴ do Tribunal Gaúcho, de relatoria do Des. Luiz Felipe Brasil Santos:

Apelação cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639, §2º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. 1. Estando expressamente ressalvados os interesses de terceiros (art. 1.639, §2º, do CCB), em relação aos quais será ineficaz a alteração do regime, não vejo motivo para o Estado-Juiz negar a modificação pretendida. Trata-se de indevida e injustificada ingerência na autonomia de vontade das partes. Basta que os requerentes afirmem que o novo regime escolhido melhor atende seus anseios pessoais que se terá preenchida a exigência legal, ressalvando-se, é claro, a suspeita de eventual má-fé de um dos cônjuges em relação ao outro. Três argumentos principais militam em prol dessa exegese liberalizante, a saber: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstará que os cônjuges, vendo negada sua pretensão simularem um divórcio e contraiam novo casamento, com opção por regime de bens diverso; 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. 2. Não há qualquer óbice a que a modificação do regime de bens se dê com efeito retroativo à data do casamento, pois, como já dito, ressalvados estão os direitos de terceiros. E, sendo retroativos os efeitos, na medida em que os requerentes pretendem adotar o regime da separação total de bens, nada mais natural (e até exigível, pode-se dizer) que realizem a partilha do patrimônio comum de que são titulares. 3. Em se tratando de feito de jurisdição voluntária, invocável a regra do art. 1.109 do CPC, para afastar o critério de legalidade estrita, decidindo-se o processo de acordo com o que se repute mais conveniente ou oportuno (critério de equidade). Deram provimento. Unânime” (TJRS, Apelação Cível 172902-66.2011.8.21.7000, Marcelino Ramos, Oitava Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 28.07.2011, DJERS 04.08.2011).

A jurisprudência supra traz três importantes argumentos acerca da prescindibilidade da motivação para alteração do regime de bens: 1) não há qualquer exigência de apontar motivos para escolha original do regime de bens quando do casamento; 2) nada obstará que os cônjuges, vendo negada sua pretensão, simulassem um divórcio e contraissem novo casamento, com opção por regime de bens diverso e 3) sendo atualmente possível o desfazimento extrajudicial do próprio casamento, sem necessidade de submeter ao Poder Judiciário as causas para tal, é ilógica essa exigência quanto à singela alteração do regime de bens. A estes ainda poderia ser acrescido o fato de que os interesses de terceiros estão expressamente ressalvados, sendo com relação a eles completamente ineficaz a alteração de bens que venha a prejudicá-los.

¹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). Apelação cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. Apelação Cível 172902-66.2011.8.21.7000. Apelante: M.M. Apelado: A.J. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 28 jul. 2011. *Diário [da] Justiça* 04 ago. 2011.

Frise-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de considerar como melhor exegese do multicitado dispositivo, a de que não se deve exigir dos cônjuges justificativas exageradas ou provas concretas do prejuízo na manutenção do regime de bens originário, sob pena de se esquadriñar indevidamente a própria intimidade e a vida dos consortes. E é neste sentido, em suma, que tem se posicionado a jurisprudência, não havendo razões para discordar.

No mais, Maria Berenice Dias¹⁵ esclarece que, a princípio, o pedido de alteração do regime de bens só pode ser formulado se os noivos, quando do casamento, tinham liberdade de escolher o regime de bens. Assim, para os que foram obrigados a adotar o regime da separação de bens (CC, art. 1.641), não é autorizada a mudança. Entretanto, superada a causa que impôs o regime da separação obrigatória (CC, 1.641, incisos I e III), não há impedimento para a alteração do regime, bastando para tanto comprovar que, depois do casamento, foram atendidas as exigências legais que impediram a livre eleição do regime matrimonial.

Seguindo a análise literal do dispositivo, como já dito, depreende-se haver ressalva quanto aos direitos de terceiros, que não poderão ser prejudicados com a alteração do regime de bens. A intenção do legislador é a de proteger a boa-fé objetiva em detrimento da má-fé.

Nessa toada, Cristiano Chaves de Farias¹⁶, corretamente esclarece que:

Pois bem, o amplo espectro da compreensão da boa-fé objetiva como mola propulsora das relações privadas impõe, assim, a sua incidência também nas relações de Direito das Famílias, sejam de índole patrimonial (como, exempli gratia, na compreensão dos bens que se comunicam, em conformidade com o tipo de regime de bens, no casamento e na união estável), sejam de caráter pessoal (valendo o exemplo da união estável putativa).

Destarte, aplicada no âmbito do Direito das Famílias, a boa-fé objetiva determina novos contornos para os institutos familiaristas, impondo-lhes um conteúdo voltado à proteção efetiva dos valores constitucionais, na medida em que confere maior realce à dignidade da pessoa humana e à solidariedade exigidas entre as pessoas. Em razão disso, tem exigido a jurisprudência a prova cabal de ausência de prejuízos a terceiros.

Neste mesmo sentido é o Enunciado nº 113 do Conselho da Justiça Federal do STJ (CJF/STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil:

É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito e Processo das Famílias: Novidades e Polêmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 69. 2ª série.

pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade.¹⁷

Esclareça-se, no entanto, que a preservação do direito de terceiro, por si só, não tem a capacidade de impedir a mutabilidade do regime de bens. Desta forma, na eventualidade de existir prejuízo ao terceiro de boa-fé, a alteração do regime deverá ser reconhecida como ineficaz em relação a esses, não deformando a sua validade e eficácia entre as partes.

Aliás, o §1º do art.734 do CPC dispõe que, ao receber a petição inicial de alteração da ação de alteração do regime de bens, o juiz determinará a intimação do Ministério Público e a publicação de edital que divulgue a pretendida modificação, somente podendo decidir o juiz depois de transcorrido o prazo de 30 dias da publicação do edital. A sentença deverá ser averbada nos cartórios do Registro Civil e no de Imóveis, podendo ainda ocorrer a averbação também no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades afins, se um dos cônjuges for empresário. Vê-se a preocupação do legislador com a possibilidade de a alteração do regime de bens ser utilizada com o intuito de fraude.

A ação ainda deve ser proposta por ambos os cônjuges, formando-se, assim, um litisconsórcio necessário. É indispensável que haja consenso entre eles, não sendo admitida, na hipótese de recusa de um dos dois, o suprimento judicial do consentimento. A competência, então, é da vara de família e os consortes deverão estar acompanhados por advogado. Havendo necessidade, o juiz poderá determinar a produção de provas.

Outro aspecto que tem gerado divergência entre os doutrinadores se refere ao termo inicial da alteração do regime de bens: se da data do trânsito em julgado da sentença ou data da modificação no registro civil e imobiliário. O STJ tem atribuído eficácia *ex nunc* à alteração do regime de bens, tendo por termo inicial a data do trânsito em julgado da decisão judicial que o modificou. Todavia, perante terceiros a modificação só pode surtir efeitos a partir da averbação da decisão no assento de casamento e nos registros respectivos fundamentais, quando passa a ter eficácia *erga omnes*. Neste sentido, os magistérios de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁸:

O novo regime de bens passa a produzir efeitos a partir do trânsito em julgado

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado 113. Conselho da Justiça Federal. *I Jornada de Direito Civil*, 2002.

¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1429.

da autorização do juiz, entre os cônjuges. Após a averbação no assento de casamento e nos registros respectivos fundamentais ao resguardo dos interesses de terceiros, passa a ter eficácia 'erga omnes'.

De igual sorte, ainda não há entendimento pacificado entre os doutrinadores com relação a eficácia dos efeitos da sentença. Para aqueles que defendem a eficácia *ex tunc* o principal argumento é o de que o regime de bens do casamento deve ser único ao longo de toda a relação conjugal. Já em relação à eficácia *ex nunc*, o argumento central é no sentido de que a eficácia da alteração de um regime de bens, que era válido e eficaz, deve ser para o futuro, preservando-se os interesses dos cônjuges e de terceiros.

Com efeito, o legislador não estabeleceu a necessidade de que o regime de bens do casamento seja único ao longo de toda a relação conjugal, podendo haver a alteração com a chancela judicial. Motivo pelo não se mostra o referido argumento como sendo suficiente a autorizar o efeito *ex tunc* da sentença que modifica o regime de bens.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, tem defendido reiteradamente a aplicação da não retroatividade da decisão à data do casamento. Desta forma, os bens adquiridos antes da prolação da decisão judicial que alterar o regime de bens remanesçam sob os ditames do pacto anteriormente estipulado, incidindo o novo regime tão somente sobre os bens adquiridos e os negócios jurídicos contratados após a decisão que autorizar, nos termos do referido art. 1.639, § 2º, do CC de 2002, a modificação do regime de bens, ou seja, a mudança valerá apenas para o futuro.

Devem ser respeitados, portanto, o ato jurídico perfeito, além de se preservar os interesses de terceiros que, mantendo relações negociais com os cônjuges, poderiam ser surpreendidos com uma alteração no regime de bens do casamento.

Nesse sentido, avulta precedente da Terceira Turma, de relatoria da eminente Ministra Nancy Andrighi, cuja ementa¹⁹ foi a seguinte:

Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. - A interpretação conjugada dos arts. 1.639, § 2º, 2.035 e 2.039, do CC/02, admite a alteração do regime de bens adotado por ocasião do matrimônio, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido. - Assim, se o Tribunal Estadual analisou os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, tendo os cônjuges invocado como

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. Recurso Especial 821.807/PR. Recorrente: D.M.Z. e cônjuge. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 out. 2006. *Diário [da] Justiça*: 13 nov. 2006, p. 261.

razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da necessária ressalva quanto a direitos de terceiros, a alteração para o regime de comunhão parcial é permitida. - Por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico.

- Os fatos anteriores e os efeitos pretéritos do regime anterior permanecem sob a regência da lei antiga. Os fatos posteriores, todavia, serão regulados pelo CC/02, isto é, a partir da alteração do regime de bens, passa o CC/02 a reger a nova relação do casal. - Por isso, não há se falar em retroatividade da lei, vedada pelo art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88, e sim em aplicação de norma geral com efeitos imediatos. Recurso especial não conhecido. (REsp 821.807/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/10/2006, DJ 13/11/2006, p. 261). (Grifo nosso).

Analisando caso semelhante, o Min. Jorge Scartezzinni (REsp 730546/MG, 4ª Turma, julgado em 23/08/2005, DJ 03/10/2005) preferiu voto²⁰ nos seguintes termos, adotando o mesmo entendimento:

Destarte, consoante a orientação doutrinária ora em apreço, quanto aos casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, em curso quando da promulgação da nova disciplina jurídica civil, em razão da própria dinâmica do matrimônio, cujos efeitos, quanto ao regime de bens (contrato especial de Direito de Família de prestação contínua), não se exauriram sob a vigência deste, projetando-se, ao revés, sob a vigência do CC/2002, aplicam-se imediatamente as novas regras legais, perfazendo-se possível a alteração do regime patrimonial mediante decisão judicial.

Assim, in casu, tem-se que os bens adquiridos antes da prolação de decisão judicial que venha a alterar o regime de bens remanescerão sob os ditames do pacto de comunhão parcial anteriormente estabelecido: o novo regime de separação total de bens incidirá tão-somente sobre bens e negócios jurídicos adquiridos e contratados após a decisão judicial que autorizar, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, a modificação incidental do regime de bens. (Grifo nosso).

De todo modo, há ainda quem defenda que os efeitos da decisão irão depender da vontade dos cônjuges, contanto que esta não prejudique terceiros. Maria Berenice Dias²¹ afirma que, como o que não é proibido é permitido, é necessário admitir a possibilidade de a alteração atingir bens adquiridos antes do pedido de alteração, assim como os havidos antes mesmo do

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (LEI Nº 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (LEI Nº 10.406). Correntes Doutrinárias. Art. 1.639, § 2º, c/c Art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata. Recurso Especial 730.546/MG. Recorrente: P.V.B.B.A. e J.S.A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF 23 ago. 2005. *Diário [da] Justiça*: 23 ago. 2005, p. 279.

²¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

casamento. Ou seja, a mudança pode atingir bens comuns ou particulares, bens já existentes ou futuros. A retificação pode, portanto, ter efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, a depender da vontade dos cônjuges, contanto que não prejudique terceiros, não havendo óbice para que sejam estabelecidos efeitos diversificados, referentes a bens determinados e em datas diversas.

Nelson Rosenvald²² também defende que essa análise deve ser feita em cada caso concreto:

Ainda sobre a sentença, há grande dificuldade em apontar se os seus efeitos serão retroativos ou não-retroativos. Com efeito, imaginando se tratar de modificação de um regime de comunhão para uma separação absoluta, é de se lhe reconhecer efeitos *ex nunc*, não retroativos, sendo obrigatória a realização de partilha. De outro modo, hipoteticamente admitida a mudança de um regime separatório para a comunhão universal, naturalmente, vislumbra-se uma eficácia retroativa, *ex tunc*. Assim, entendemos que dependerá do caso concreto a retroação ou não dos efeitos da sentença. De qualquer modo, é certa a possibilidade dos interessados requererem, expressamente, ao juiz que estabeleça a retroação da eficácia do comando sentencial, optando pelos efeitos *ex tunc*. Outrossim, no que tange à esfera jurídica de interesses de terceiros, a eficácia, será, invariavelmente, *ex nunc*, não retroativa.

Esta parece ser a melhor exegese acerca dos efeitos da decisão que altera o regime de bens e a que melhor se coaduna com o próprio espírito do Novo CPC, que agora permite às partes estipular, desde que os direitos admitam autocomposição e estejam elas capazes em sua plenitude, mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da demanda.

Ademais, o próprio texto legal conduz à possibilidade da eficácia retroativa ao resguardar os direitos de terceiros. Se o casal detém ampla liberdade para escolher o regime de bens que melhor lhes aprovar, não se restringindo aos que já se encontram previstos na legislação, também possui autonomia para optar pelos efeitos da decisão que modificará o regime.

Maria Berenice Dias²³, porém, esclarece que, quando o novo regime determinar comunhão mais restrita, é indispensável a prévia partilha dos bens.

É o que ocorre na mudança do regime da comunhão parcial ou comunhão universal para o regime da separação convencional. Com relação aos bens já integrantes do patrimônio comum, imperiosa a divisão do ativo e do passivo, uma vez que a partir daí, cessa a responsabilidade de cada cônjuge em relação aos credores do outro (CC 1.671).

²² ROSENVALD Nelson, *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Eitora Lumen Iures, 2008, p. 2016.

²³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016., p.334.

Por fim, e após a análise das regras, importante indagação há que ser respondida, e se refere à possibilidade de alterar o regime de bens de casamento celebrado na vigência do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973.

O art. 2.039 do Código Civil, que trata de direito intertemporal, preleciona que “O regime de bens nos casamentos celebrados na vigência do Código Civil anterior, Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, é o por ele estabelecido”. À primeira vista, se entende não ser possível alterar o regime de bens.

Contudo, essa não é a melhor interpretação a ser dada ao referido dispositivo. Flávio Tartuce²⁴ elucida que essa não é a melhor exegese a ser aplicada. De acordo com o Autor, o primeiro jurista a perceber a real intenção do legislador foi Euclides de Oliveira, que reconheceu que o dispositivo legal

[...] apenas determina que, para os casamentos anteriores ao Código Civil de 2002, não poderão ser utilizadas as regras do novo Código Civil referentes às espécies de regime de bens, para efeito de partilha do patrimônio do casal. Ou seja, somente as regras específicas acerca de cada regime e que se aplicam e conformidade com a lei vigente à época da celebração do casamento, mas quanto às disposições gerais, comuns a todos os regimes, aplica-se o novo Código Civil.

Assim, e segundo o supramencionado Autor, o art. 1.639, § 2º, do CC/2002 pode ser aplicado a qualquer entendimento, por tratar-se de uma norma geral quanto ao regime de bens.

Foi justamente neste sentido a decisão²⁵ do Ministro Relator Jorge Scartezzini, que não considerou a norma esculpida no art. 2.039 do CC/2002 como impedimento à aplicação da norma geral, prevista no art. 1.639, §2º, do CC/2002. Em sua fundamentação, afirmou:

Isso porque, segundo tal exegese, a uma, o art. 2.039 do CC/2002, ao dispor que o regime de bens quanto aos casamentos celebrados na vigência do CC/1916 "é o por ele estabelecido", estaria determinando a incidência da legislação civil anterior exclusivamente no tocante às regras específicas a cada um dos regimes matrimoniais, consignadas, como assinalado, nos arts. 262 a 314, alusivas aos aspectos peculiares dos regimes da comunhão universal e parcial, e da separação de bens, do regime dotal e das doações antenupciais. Ao revés, as normas gerais concernentes aos interesses patrimoniais dos cônjuges na constância da sociedade conjugal, previstas nos arts. 1.639 a 1.652

²⁴ TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016, p. 372-373.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (LEI Nº 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (LEI Nº 10.406). Correntes Doutrinárias. Art. 1.639, § 2º, c/c Art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata. Recurso Especial 730.546/MG. Recorrente: P.V.B.B.A. e J.S.A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF 23 ago. 2005. *Diário [da] Justiça*, 23 ago. 2005, p. 279.

da novel legislação civil, na medida em que contêm princípios norteadores dos diversos regimes particulares de bens, aplicar-se-iam imediatamente, alcançando tanto os casamentos celebrados sob a égide do CC/1916, cujos regimes de bens encontram-se em curso de execução, como, por óbvio, os pactuados sob o CC/2002. Desta feita, o art. 1.639, § 2º, do CC/2002, abonador da alteração dos regimes de bens na vigência dos casamentos, constituindo-se em norma geral relativa aos direitos patrimoniais dos cônjuges, incidiria imediatamente, inclusive às sociedades conjugais formalizadas sob o pálio do CC/1916, afastando a vedação constante do art. 230 do CC/1916.

Ainda, e principalmente, consoante observam tais doutrinadores, a possibilidade de o art. 1.639, § 2º, do CC/2002, permissivo da mudança de regime de bens no curso do matrimônio, aplicar-se aos efeitos futuros de contratos de bens em plena vigência quando do respectivo advento, haja vista consistir, segundo frisado, em norma geral de efeito imediato, encontra-se determinada pelo próprio CC/2002 que, em seu art. 2.035 preconiza, explicitamente: "A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução". (STJ, REsp 730.546/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 23.08.2005, DJ 03.10.2005, p.279).

O Julgado supra, ao entender que a norma contida no art. 1.639, §2º, do CC/2002 seria uma norma geral de efeito imediato, o faz com base no art. 2.035 do mesmo diploma legal²⁶, que assim prescreve:

A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

O regime de bens está situado no plano da eficácia, tendo em vista que a existência e validade do casamento independem do regime de bens escolhido. Na verdade, o regime é uma consequência posterior do casamento, sendo ainda cedo que ainda que não haja a adoção por qualquer regime de bens, prevalecerá o regime legal, que é o da comunhão parcial. Nesse sentido, eis a jurisprudência²⁷ Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL - REGIME MATRIMONIAL DE BENS - ALTERAÇÃO JUDICIAL
- CASAMENTO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DO CC/1916 (LEI Nº 3.071) -
POSSIBILIDADE - ART. 2.039 DO CC/2002 (LEI Nº 10.406) -

²⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

²⁷ Idem. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (LEI Nº 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (LEI Nº 10.406). Correntes Doutrinárias. Art. 1.639, § 2º, c/c Art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata. Recurso Especial 730.546/MG. Recorrente: P.V.B.B.A. e J.S.A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF 23 ago. 2005. *Diário [da] Justiça*, 23 ago. 2005, p. 279.

CORRENTES DOUTRINÁRIAS - ART. 1.639, § 2º, C/C ART. 2.035 DO CC/2002 - NORMA GERAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA.

1 - Apresenta-se razoável, in casu, não considerar o art. 2.039 do CC/2002 como óbice à aplicação de norma geral, constante do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, concernente à alteração incidental de regime de bens nos casamentos ocorridos sob a égide do CC/1916, desde que ressalvados os direitos de terceiros e apuradas as razões invocadas pelos cônjuges para tal pedido, não havendo que se falar em retroatividade legal, vedada nos termos do art. 5º, XXXVI, da CF/88, mas, ao revés, nos termos do art. 2.035 do CC/2002, em aplicação de norma geral com efeitos imediatos.

2 - Recurso conhecido e provido pela alínea "a" para, admitindo-se a possibilidade de alteração do regime de bens adotado por ocasião de matrimônio realizado sob o pálio do CC/1916, determinar o retorno dos autos às instâncias ordinárias a fim de que procedam à análise do pedido, nos termos do art. 1.639, § 2º, do CC/2002. (STJ, REsp 730.546/MG, Quarta Turma, Rel. Min. Jorge Scartezini, j.23.08.2005, DJ 03.10.2005, p. 279).

Destarte, o que se entende é que, para aqueles que se casaram antes da vigência do Código Civil de 2002, no regime da comunhão universal de bens, por exemplo, valem as regras contidas no Código revogado; entendimento este estendido aos demais regimes de bens. Haja vista que a norma de direito intertemporal (art. 2.039 do CC) somente alcança as regras especiais relativas aos respectivos regimes, não os preceitos gerais. Assim, as normas previstas no Código Civil de 2002 para os regimes de bens não se aplicam aos casamentos celebrados antes de 11 de janeiro de 2003.

5 CONCLUSÃO

A família pode ser considerada a unidade social mais antiga do ser humano e, por isso, o seu conceito é, indubitavelmente, fruto de um processo histórico e cultural. Em um primeiro momento, percebe-se que o sistema familiar condizia com uma relação de poder e propriedade, na qual seus integrantes estavam subjugados às ordens do *pater familias*.

Aos poucos, e com a evolução da sociedade, foi-se abandonando essa noção de união familiar, que por muito tempo foi idealizada pela ótica patrimonial, conservadora e patriarcal, chegando-se a um novo conceito fundado no amor e na afeição existentes entre o casal, na igualdade de direitos e deveres e na mútua assistência.

Em razão da evolução e das mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos, houve a necessidade de se promover a atualização das leis, mesmo porque o antigo regramento não mais correspondia aos novos alicerces da família. Assim, viu-se a necessidade de conferir solução aos litígios familiares, que estivesse orientada, sobretudo, pelos princípios norteadores do Direito das Famílias, dentre os quais se destacam: o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e respeito à diferença, da solidariedade familiar, do pluralismo das entidades familiares, da proibição de retrocesso social, da afetividade e da boa-fé objetiva.

Em virtude de tais mudanças, mormente em decorrência do avanço na interpretação e na forma de como encarar o próprio Direito de Família, percebeu-se que os processos atinentes a questões de Direito de Família careciam de um regramento procedimental mínimo, que fosse marcado pela “plasticidade” e por um menor rigor formalista, com uma incidência preponderante do princípio da conciliabilidade (ou do estímulo estatal à autocomposição).

Assim é que, sob esta ótica e influenciado pelo Estatuto das Famílias, foi promulgado o novo Código de Processo Civil, que destinou um capítulo próprio aos processos litigiosos envolvendo questões familiares. Contudo, não obstante esta inovação introduzida no Código de Ritos manteve-se o conceito já ultrapassado de “Direito de Família”, que não abarca todos os arranjos vivenciais, mas apenas aqueles fundados no casamento entre homem e mulher. Na verdade, este conceito apenas cultiva a hierarquia e o patriarcalismo, já abolidos da sociedade moderna, aumentando ainda mais a distância existente entre as regras codificadas e a realidade social.

Neste diapasão, e corroborando o fato de que o novo Código não conseguiu romper os laços com o antigo conceito de família e com institutos já revogados, o novo regramento, em seu texto, manteve como forma de rompimento do casamento, a separação. Esta expressão foi

prevista em sete artigos (arts. 23, inciso III; 53, I; 189, II; 693; 731; 732 e 733), sendo que no primeiro deles foi utilizado o termo “separação judicial”, que não mais existe no ordenamento jurídico.

Lamenta-se, ainda, o fato de o novo Código, que contém normas que serão aplicadas supletivamente, e, no que couber, às situações previstas na Lei de Alimentos e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), não ter trazido regras mais atuais e próximas da realidade, capazes de agilizar os procedimentos das ações que envolvam essas circunstâncias, e, mesmo de esclarecer os problemas de interpretação e aplicação dessas leis, diante do novo CPC.

Em suma, o que se evidencia é que, ainda que recentes, essas novas normas não foram capazes de possibilitar o diálogo adequado entre a realidade do processo e aquela vivenciada no seio familiar. O legislador hodierno ainda não conseguiu considerar os fatores subjetivos que norteiam as relações familiares, como amor, afeto, lealdade e convivência. Tanto é assim que, salvo alguns procedimentos especiais, a regra é a tramitação dos feitos pelo procedimento comum.

Entretanto, não há como não reconhecer que, ao entender que os conflitos familiares são essencialmente psicológicos, relacionais, antecedidos de sofrimento e angústia e que, por isso, reclamam mais diálogo e escuta, o legislador previu e prestigiou os métodos de solução consensual desses conflitos, como a mediação e a conciliação. Além de se adequar às especificidades dos conflitos familistas, estes procedimentos ainda ajudam a diminuir litigiosidade e a desafogar o Poder Judiciário.

Por isso mesmo deve-se aplaudir o espírito do novo Codex, que, sem dúvida, é o de fomentar a “cultura de paz”, acalmando os ânimos e pondo fim às animosidades existentes, não obstante, ter implementado normas cujas extensões das aplicações práticas sejam discutíveis, como ocorre, por exemplo, com a citação do réu que, a partir de agora, não se fará mais acompanhar pela petição inicial.

Ainda na esteira dos avanços legislativos, urge ressaltar a inovação trazida pelo novo Código com relação à regulamentação da ação de alteração do regime de bens, cuja possibilidade já havia sido prevista no Código Civil de 2002, mas ainda inexistia, no ordenamento jurídico, a normatização do procedimento a ser adotado.

O novo regramento, a exemplo do capítulo destinado às ações de família, trouxe muitas discussões e questionamentos, especialmente quanto à exigência de motivação para requerer a

alteração do regime de bens e quanto aos efeitos desta mudança, já que, neste último ponto, a lei foi silente, deixando ao encargo da jurisprudência esta determinação.

É cediço que a forma de o Direito ver as famílias e os reflexos desse olhar para sociedade como um todo são de suma importância, mesmo porque, tradicionalmente, os conflitos envolvendo os interesses das famílias são levados à autoridade estatal, para que um representante do Estado – o juiz – decida sobre suas questões. Contudo, o Estado jamais pode utilizar-se deste artifício para intervir desnecessariamente nas questões familiares, ferindo, por conseguinte, o princípio da não intervenção, previsto no art. 1.513 do CC/2002. Há que se preservar a vida privada e a inviolabilidade do núcleo familiar, o que, ao que parece, não foi observado quando o legislador exigiu a apresentação de justificativa para que os consortes possam alterar o seu regime de bens.

De todo modo, de nada adianta o espírito e vontade da lei, se todos os envolvidos na busca da solução dos conflitos familiares não estiverem mais sensíveis, conscientes das particularidades que permeiam esses problemas, se relacionando mais de perto com as pessoas, com seus sentimentos e frustrações. Precisam ainda estar imbuídos do estímulo à solidariedade, à compreensão, à paciência, para que consigam alcançar uma vitória conjunta.

Enfim, para a pacificação das questões e conflitos que envolvem o Direito das Famílias, dada a complexidade e as especificidades que lhes são intrínsecas, é necessário não só que se tenham normais atuais, justas, sensíveis e próximas da realidade social, mas, também, que todos os envolvidos, magistrados, promotores, advogados, defensores públicos e psicólogos, estejam cientes do papel que devem assumir, privilegiando a pessoa e colocando o afeto como valor e princípio jurídico.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Camilo de Lelis Colani. *Casamento*. Atualizada de acordo com o Código Civil, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA, Rui. *A pátria é a família amplificada*. 1903. Disponível em: <<http://amaccord.multiply.com/journal/item/30>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

BÍBLIA, A. T. Gênesis. In: BIBLIA. Português. *Bíblia Sagrada: Novo e Antigo Testamentos*. Trad. Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Canção Nova, 2012, p. 16.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 jul. 2017.

_____. Emenda 2, de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos e os anexos I e III da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Brasília, DF, 8 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre a Ação de Alimentos e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5478.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Insitui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 1 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. *Diário Oficial [da] União*, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112318.htm>. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial [da] União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 13 jul. 2017.

_____. *Projeto de lei, Proposição PLS-470/2013*. Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Autor: Lídice da Mata. Data da apresentação 12.11.2013. Disponível em: <http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Estatuto%20das%20Famílias_2014_para%20divulgacao.pdf> . Acesso em: 28.10.2009 às 20:26 horas.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Enunciado 113*. É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade. Conselho da Justiça Federal, I Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/749>>. Acesso em 20 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Civil. Regime matrimonial de bens. Alteração judicial. Casamento ocorrido sob a égide do CC/1916 (LEI Nº 3.071). Possibilidade. Art. 2.039 do CC/2002 (LEI Nº 10.406). Correntes Doutrinárias. Art. 1.639, § 2º, c/c Art. 2.035 do CC/2002. Norma geral de aplicação imediata. Recurso Especial 730.546/MG. Recorrente: P.V.B.B.A. e J.S.A. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Jorge Scartezzini, Brasília, DF 23 ago. 2005. *Diário [da] Justiça*, 23 ago. 2005, p. 279. Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/4769/1/0174-STJ-005.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). Direito civil. Família. Casamento celebrado sob a égide do CC/16. Alteração do regime de bens. Possibilidade. Recurso Especial 821.807/PR. Recorrente: D.M.Z. e cônjuge. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 out. 2006. *Diário [da] Justiça*: 13 nov. 2006, p. 261. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/IT/RESP_821807_PR_1272230076401.pdf?Signature=as90vLm6Y81e39O6toDWcfML%2B68%3D&Expires=1509804737&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=d03c9211d0e0741f6ff078dbf0f7b286>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). Comprometimento do patrimônio da esposa. Motivo, em princípio, hábil a autorizar a modificação do regime. Ressalva de direitos de terceiros. Recurso Especial 1.119.462/MG. Recorrente: R.G.C. e outro. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 26 fev. 2013. *Diário [da] Justiça*: 12/03/2013, p. 261. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1211825&num_registro=200900137465&data=20130312&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Processual penal. Possibilidade de o magistrado instrutor indeferir as diligências consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Identificação dos envolvidos por meio dos diálogos interceptados. Transcrição integral das escutas telefônicas. Desnecessidade. Prorrogações sucessivas. Legitimidade. Habeas Corpus 116.989. Paciente: Robinson Artur de Almeida Acencio. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Ministro: Teori Zavascki. Brasília, DF, 03/03/2015. *Diário [da] Justiça*, 8 mai. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8398101>> Acesso em: 8 nov. 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Saraiva, 1969, São Paulo: Saraiva, 1969, v.I, n.11.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de Direito e Processo das Famílias: Novidades e Polêmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013. 2ª série.

_____. ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 227.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. *STJ divulga entendimento sobre alteração do regime de bens*. 20 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5873/STJ+divulga+entendimento+sobre+altera%C3%A7%C3%A3o+no+regime+de+bens>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

MADALENO, Rolf. A Prova Ilícita no Direito de Família e o Conflito de Valores. *Revista Páginas de Direito*, Porto Alegre, ano 14, nº 1133, 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/263-artigos-mai-2014/6546-a-prova-ilicita-no-direito-de-familia-eo-conflito-de-valores>> Acesso em: 03 de nov. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIEIRO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MICHAELIS. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=transubstancial>>. Acesso em 17 jun. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito Civil: Direito de Família*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1429.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito, amor e sexualidade. In: A Família na Travessia do Milênio. *Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família*. IBDFAM, Belo Horizonte, 2000, págs. 53/59 Disponível em: <http://www.direitodefamilia.adv.br/2008/artigos_pdf/Rodrigo_da_Cunha/DireitoAmorSexo.pdf>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. *Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Divórcio: Teoria e Prática*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Novo CPC traz impactos significativos no Direito de Família. 6 mar. 2016. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-06/processo-familiar-cpc-traz-impactos-significativos-direito-familia>>. Acesso em: 23 jun. de 2017.

_____. *Divórcio: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Sétima Câmara Cível). Apelação cível. Alimentos. Petição Inicial. Apelação Cível 70005993449. Apelante: J.L.F. Apelado: J.A.O. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Tramandai, 07 mai. 2003. *Diário [da] Justiça*: 28/05/2003. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70005993449.%28s%3Acivel%29&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 08 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). Apelação cível. Regime de bens. Modificação. Inteligência do art. 1.639, § 2º, do Código Civil. Dispensa de consistente motivação. Apelação Cível 172902-66.2011.8.21.7000. Apelante: M.M. Apelado: A.J. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 28 jul. 2011. *Diário [da] Justiça* 04 ago. 2011. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%EA&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=70042401083&num_processo=70042401083&codEmenta=4267760&temIntTeor=true>. Acesso em: 08 ago. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Oitava Câmara Cível). Agravo de Instrumento. Dissolução de união estável cumulada com guarda, alimentos e partilha de bens. Gravação Clandestina. Otiva da Menor. Agravo de Instrumento 70057151524. Agravante: C.A.M. Agravado: S.S.M. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, Porto Alegre, 12/12/2003. *Diário [da] Justiça Eletrônico*, 17 dez. 2013. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8>.

8&ie=UTF-

8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70057151524.%28s%3Acivel%29&as_q=#main_res_juris>. Acesso em: 08 nov. 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 28. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004. v. 6.

ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. *A arbitragem na solução de controvérsias contratuais da administração pública*. São Paulo: [s.n], 2011, p. 34.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2000. v. 8.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Processo Civil do Direito de Família: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2017.

_____. Uma família, várias demandas: distribuição livre ou por dependência. *Jornal Carta Forense*. Ago. 2013. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/uma-familia-varias-demandas-distribuicao-livre-ou-por-dependencia/11731>>. Acesso em 03 jul. 2017.

_____.; DELLORE, Luiz. *1.001 dicas sobre o Novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Foco. 2016, p.15.

TARTUCE, Flávio. *O Novo CPC e o Direito Civil: Impactos, diálogos e interações*. 2. ed. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I.

_____. Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão – provas ilícitas – prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). *Revista Brasileira de Direito de Família*. n. 3, outubro-dezembro, 1999. Porto Alegre: Síntese Editora, p. 05-23.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. A família. In: _____.; Nery, Rosa Maria de Andrade. *Temas atuais de direito civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 46.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.028.