

JURISPRUDÊNCIA MINEIRA

Júri – Nulidade – Testemunha – Cláusula de imprescindibilidade – Incidente de sanidade mental – Crueldade – Pena	366
Laudo toxicológico – Juntada tardia – Incineração da substância apreendida – Absolvção do acusado	369
Júri – Prova dos autos – Homicídio simples – Atenuante – Confissão espontânea – Fixação da pena	372
Homicídio – Quesitos – Repetição de votação – Desclassificação do crime . . .	374
Periculosidade – Pena – Poder discricionário – Réu primário – Mínimo legal – Regime semi-aberto	376
Uso de documento falso – Carteira Nacional de Habilitação – Exibição – Configuração do crime	378
Prisão preventiva – Delito praticado com requintes de crueldade – Acusado residente fora do distrito da culpa	380
Legislação	
Da União	
Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990	383
Decreto nº 98.812, de 09 de janeiro de 1990	384
Decreto nº 98.961, de 15 de fevereiro de 1990	390

Doutrina

DIREITO DE FAMÍLIA E A NOVA CONSTITUIÇÃO (*)

MURILO JOSÉ PEREIRA
Desembargador do TJMG

SUMÁRIO: 1. Considerações preliminares. 2. Casamento. 3. Concubinato. 4. União estável. 5. Direito de filiação. 6. Separação de corpos. 7. Caducidade da medida. 8. Divórcio – Direto e indireto. 9. Guarda de filhos menores. 10. Direito de visita. 11. Alimentos provisionais e provisórios. 12. Considerações finais. 13. Obras consultadas.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Matéria vasta, complexa e difícil. Sua análise, na completude, no limite do tempo de uma palestra, revela-se tão impossível como pretender alguém aprisionar entre as mãos as cores do arco-íris.

Arrisco-me, ante as naturais limitações pessoais que me acompanham, em abordar alguns de seus tópicos, os que me parecem de maior relevância e incidência nas lições judiciais.

Ao fazê-lo, move-me apenas o propósito de atender ao honroso convite que me foi feito pelo em. Desemb. Lincoln Rocha, Diretor da Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes” e de balizar situações de Direito de Família diante da Nova Constituição da República, na esperança de contribuir para um estudo mais aprofundado do tema.

Tenho como inafastável, neste cenário, a advertência de CARLOS MAXIMILIANO, ao ressaltar que “sendo o Direito uma ciência normativa ou *finalística*, sua

(*) Conferência feita em Oliveira no “XXVIII Encontro Regional de Estudos Jurídicos”, promovido pela EJEJ – Escola Judicial “Des. Edésio Fernandes”, do Tribunal de Justiça, e pela AMAGIS – Associação dos Magistrados Mineiros.

interpretação há de ser, na essência, *teleológica*. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática" (*apud* CARLOS DAYRELL, em seu artigo "Divórcio – A Lei nº 6.515, de 26/12/1977, em seus aspectos não relacionados com o instituto" – *Rev. For.* nº 269/1980, p. 53).

Citando a lição de ZITELMANN, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. VIII, tomo I, 1ª ed., For., 1980, p. 138, observa GALENO LACERDA que "na lei não se contém, como com tanta frequência crê o não Jurista, decisões concretas dos casos, de tal forma que o papel do Juiz se reduzisse ao de um autômato – põe-se o caso e salta a decisão – senão que exige do Magistrado valoração independente. Ela só diz aquilo que as regras gerais podem dizer, preservando área indeterminada, a fim de que o Juiz tenha espaço bastante para considerar em suas decisões a peculiaridade do caso isolado, cada um deles em nada semelhante ao outro".

2. CASAMENTO

A Constituição Federal, em seus artigos 226 e seguintes, contém disposições que visam à especial proteção da família, sensível o legislador à evolução que o núcleo familiar tem experimentado nas últimas décadas e que lhe confere, atualmente, conforme assinala o Prof. CARLOS ALBERTO BITTAR, feição "personalizada e paritária quanto a direitos de seus componentes, sob a égide do casal", que, mediante consenso a dirige, em regime de respeito mútuo (*O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, p. 34).

O texto constitucional reflete princípios que, segundo o referido Professor, prosperam em tema familiar no mundo hodierno: o da igualdade de direitos entre o homem e a mulher; o da paridade entre os filhos, o da prevalência da afeição mútua nas relações de caráter pessoal; e o da aceitação da união estável, para certos efeitos familiares (ob. cit., p. 23), e, aduzimos, o da paternidade responsável.

A propósito, lembra SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, Juiz do TARS e Professor, que "a mudança foi profunda, muito profunda. Não é fácil assimilá-la desde logo, condicionados que estamos por séculos e séculos de cultivo da irrealidade e da hipocrisia neste ramo do Direito e por categorias diversas de pensamento" ("Algumas Questões de Direito de Família na Nova Constituição", *RT* – 639).

"Afinal" – diz aquele Magistrado –, invocando ensinamento de JEAN CARBONNIER, que a "família juntamente com a propriedade e o contrato são os pilares do Direito liberal ocidental" (ob. cit., p. 247).

JOSÉ AFONSO DA SILVA, em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., *RT*, 1989, p. 709, ensina que a "família é afirmada como base da sociedade e tem especial proteção do Estado, mediante assistência na pessoa de cada um dos que a integram e criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Não é mais só pelo casamento que se constitui a entidade familiar. Entende-se também, como tal, a comunidade formada por qualquer dos pais, e seus descendentes e, para efeito de proteção do Estado, também a união estável entre homem e mulher, cumprindo à lei facilitar sua conversão em casamento".

Acentua que o "casamento é civil, mas o religioso terá efeito civil, nos termos da lei. Quer no primeiro caso, quer no segundo, pode ele ser dissolvido pelo *divórcio*, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos" (p. 709).

A união concubinária, assim entendida aquela que se forma entre homem e mulher desimpedidos para o casamento, afastada da conceituação de união estável a denominada união concubinária impura, ou concubinato impuro, estabelecido entre homem e mulher impedidos de se casarem, é uma realidade de muito tempo, mas que só agora foi prevista na Constituição Federal.

"Um casal pode viver como marido e mulher sem que sejam casados. Tem-se *concubinato* ou a *união livre*. Contrapõe-se ao matrimônio, mas tem merecido a atenção da legislação extravagante e da jurisprudência, que vem de lhe reconhecer determinados efeitos".

"Nessa união há uma *convivência notória como marido e mulher*", continuidade de relacionamento íntimo, coabitação e fidelidade presumida da mulher ao amásio (MARCO AURÉLIO VIANA, em sua *Teoria e Prática do Direito de Família – Doutrina – Jurisprudência – Prática* –, Ed. Saraiva, 1983, p. 152).

Adverte, contudo, este civilista, que "a coabitação é complemento natural, embora não se tenha como essencial a vida sob o mesmo teto. É o que ficou assentado na Súmula nº 382 do STF: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato" (p. 152).

E mais: "Quanto à ausência de matrimônio civil válido, é forçoso reconhecer que não é essencial, pois é possível que um dos parceiros seja casado e viva maritalmente com outra pessoa", chamando a atenção para o fato ou tendência que se manifesta na doutrina, e encontra apoio na legislação especial, no sentido de se considerar o período de cinco anos de união como bastante para configurar o concubinato (ob. cit., p. 153).

3. CONCUBINATO

A lei, jurisprudência e doutrina fixaram mecanismos de proteção ao direito da concubina, concedendo-lhe benefícios e o direito de exercer o *jus actionis* para a defesa de seus legítimos interesses, quer patrimoniais, como aqueles inerentes ao pátrio-poder, hoje mais um pátrio-dever, na esfera de seu relacionamento familiar.

Citamos, *ad exemplis*, no plano da legislação de acidentes do trabalho, a inclusão da concubina dentre os beneficiários do acidentado (DL nº 7.036, de 10/11/44), através de simples inserção de seu nome em ato solene de declaração de vontade e desde vés de simples inserção de seu nome em ato solene de declaração de vontade e desde que não haja cônjuge legítimo ou não faça jus à verba correspondente, tendo sido esse direito mantido pela legislação sobre seguro de acidentes do trabalho (Lei nº 6.367, de 19/10/1975).

Em matéria de inquilinato assegurou-se à concubina o direito de prosseguir na locação, com a morte do locatário; na área de previdência social, desde que a convivência ultrapasse a cinco anos, a companheira merece a condição de dependente (Lei nº

4.297, de 23/12/1963); o direito de adoção do patronímico do companheiro, mediante averbação no Registro Público (Lei nº 6.015, de 31/12/1973); o direito, este de construção pretoriana, de propor ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato com pedido de partilha e participação nos bens adquiridos na constância da união livre, pelo esforço de ambos os parceiros, fundado no princípio que veda o enriquecimento ilícito, bem como vários outros direitos reconhecidos à companheira, tais como aqueles referentes ao co-exercício do pátrio-poder e outros mais.

4. UNIÃO ESTÁVEL

Aspecto que desperta a atenção do Magistrado, acho eu, é o que se relaciona à necessidade ou não de elaboração de lei regulamentadora para definir os requisitos da união estável.

Neste enfoque, tenho como correta a opinião daqueles que entendem não se fazer necessário que o Judiciário aguarde lei regulamentadora para definir os requisitos da *união estável*, como nunca esperou para elaborar a sistemática do concubinato.

“Se a lei vier a divergir em certos critérios, será levada em conta quando editada”, consoante pondera o Sobrejuiz SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA (ob. cit., 248).

E ainda: “... se o concubinato, cognominado união estável, é guindado ao prestígio da normatividade constitucional, se deve ser protegido pelo Estado, se é considerado como entidade familiar, se a lei deve facilitar sua conversão em casamento, não é razoável (*Lógica do Razoável*, de RECASENS SICHES) e coerente, se negue ao concubino a possibilidade de postular alimentos, relevantíssimos que são à vida e à vida com dignidade” (SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, ob. cit., p. 248).

Essa faculdade de pedir alimentos, penso eu, tanto se dirige à concubina, como também ao seu companheiro, desde que ocorrentes, no caso concreto, os pressupostos da obrigação alimentar.

Note-se, entretanto, que inobstante o tratamento de nível constitucional que foi dado à união estável, reconhecida como entidade familiar, a Constituição Federal não a equiparou à família legítima, tanto que programa sua conversão em casamento.

Mas, quanto aos filhos advindos dessa união livre, na base da qual está a vontade dos parceiros, como elementos subjetivos de sua permanência no tempo, passam a ter igualdade absoluta com os filhos provenientes de justas núpcias, como vem expresso e claro no art. 227, § 6º, da Lei Maior.

Na linha de entendimento de que o legislador constituinte não equiparou a união estável ao casamento, decidiu em acórdão unânime, a Quarta Câmara Cível do Eg. TJ-SP, na Apelação Cível nº 108, 02/03/89, Relator Desemb. Alves Braga, que:

“Há erro de perspectiva na afirmação de que a Constituição da República equiparou o concubinato à família. Não houve equiparação, já que não foi abolido o casamento como base legal da constituição da família. Equiparar, na sua origem latina, é igualar.

O texto constitucional não usa da expressão equiparar em seu art. 226. A família continua sendo a base da sociedade e o casamento a base da constituição da família.

Apenas reconheceu, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, programando a facilitação do casamento. Essa união estável, portanto, pode gerar efeitos patrimoniais sem que o Estado interfira nessa relação entre as partes. Ver nessas relações meramente patrimoniais, sem afetação da prole, interesse público, é perigoso”.

A união estável, casamento de fato, não o de segunda classe ou mero companheirismo, de duração efêmera e esporádica, mas aquela situação que se traduz em relação dinâmica e progressiva, onde o casal reconhece a prática e necessidade de vida em comum, com respeito mútuo, fidelidade, onde não haja impedimento matrimonial que venha a obstar sua conversão em casamento e onde a mulher e o homem compartilham o mesmo destino, vivendo *more uxorio*, visando à criação e educação dos filhos, sem embargo de estar contemplada na Constituição, realmente não se equipara à família legítima, constituída pelo casamento.

Lembra o Desemb. Júlio César Viseu Júnior, do E. Tribunal de Justiça de São Paulo e Professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Guarulhos, que “o casamento é necessário, justamente pela estabilidade que confere à união assim constituída e pela sistematização que cerca as relações recíprocas dos componentes do grupo familiar” (in *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Ed. Saraiva, 1989, p. 140 – coordenador o Prof. CARLOS ALBERTO BITTAR).

Bem antes, a Segunda Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 51.606, Relator o Desemb. Fernandes Filho, fixou entendimento que reflete o fato da não-equiparação do concubinato ao casamento.

Está assim redigida a ementa do v. acórdão:

“Julga-se carecedora de ação a concubina que foi instituída como beneficiária em seguro contratado pelo *de cujus*, que era homem casado e deixou mulher e filhos, face a isso importar em doação vedada por lei” (*Jurisprudência Mineira* v. 76, p. 70).

Ressalvo as doações remuneratórias feitas à concubina, válidas.

Na verdade, ao tratar da “união estável” como “entidade familiar”, passa a Constituição a reconhecer, também, como “entidade familiar”, o *concubinato*, mas não no sentido vulgar (Cód. Civil, art. 1.719, III), mas quando o homem e a mulher, sem vínculo jurídico, mantêm vida em comum e com respeito mútuo, sob o mesmo teto, com aparência de casamento.

Em se tratando de entidade familiar, o concubinato acarreta para a mulher direitos próprios da família resultante do casamento, mas para que esses direitos se corporifiquem, necessária se faz a edição de lei complementar ou ordinária, onde tais direitos sejam especificados.

5. DIREITO DE FILIAÇÃO

Dispositivo constitucional que, certamente, irá suscitar elaboração de lei regulamentadora é o que está contido no art. 227, § 6º, e que é consectário lógico do princípio da paternidade responsável.

Está assim redigido: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por

adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA enfatiza que “o art. 227, § 6º, contém importante norma relativa a *direito de filiação*, reconhecendo a igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas. Ficam, assim, banidas da legislação civil expressões como filhos legítimos, filhos naturais, filhos adulterinos, filhos incestuosos. Por outro lado, expressamente é admitida a adoção de crianças brasileiras por estrangeiro, desde que assistida pelo Poder Público, na forma da lei e nos casos e condições por esta estabelecidos” (ob. cit., p. 710).

WOLGRAN JUNQUEIRA, na mesma linha de pensamento, em seus *Comentários à Constituição de 1988* (v. 3, Julex Livros), sustenta que a Constituição nivela a situação dos filhos legítimos, ilegítimos e adotivos, todos portadores de iguais direitos e qualificações.

Recente caso foi trazido a julgamento em grau recursal perante a Quinta Câmara Cível do E. Tribunal de Justiça deste Estado, versando sobre a pretensão de um pai casado de proceder ao registro civil de um filho seu adulterino, direito este que lhe foi reconhecido para que o Sr. Oficial do Registro competente fizesse o pretendido registro.

Aliás, a proibição de designações discriminatórias já vem disciplinada na legislação ordinária. O art. 7º da Lei nº 883/49 proíbe referência, no registro, do tipo de filiação. No mesmo sentido dispõe a Lei de Registros Públicos.

Também as regras proibitivas do reconhecimento ficam, automaticamente, revogadas, bem como o instituto da legitimação fica sem razão de existir, ante a equiparação, em direitos, de todos os filhos, conforme opinião do Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, em seu “O Novo Estatuto da Filiação”, in *O Direito de Família e a Constituição de 1988* (Saraiva, 1989, Coordenador CARLOS ALBERTO BITTAR, p. 182).

“Não permite a Constituição que se faça qualificação jurídica para os filhos legítimos, adulterinos ou mesmo adotivos. Todos os nascidos dentro ou fora do matrimônio, bem como os filhos adotados devem gozar dos mesmos direitos, em vista do seu desenvolvimento integral como pessoas humanas e como cidadãos”, foi esta uma das iniciativas populares oferecidas por intermédio da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB, em *Comentários Breves à Constituição Federal* – de ELCIAS FERREIRA DA COSTA – Fabris Editor – Porto Alegre, 1989, p. 288).

“No Registro Civil é proibido qualquer referência à filiação ilegítima (Lei nº 883, de 21/10/1949, art. 7º; DL nº 3.200, de 19/04/1941, art. 14; Constituição de 05/10/88, art. 227, § 6º – *Curso de Direito Civil* – WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, 27ª ed. atualizada, 1989, Saraiva, p. 254).

Todas as adoções terão a assistência do Poder Público, e não apenas aquelas previstas no Código de Menores. Não mais serão feitas livremente pelas partes, através de escritura pública, nos termos do art. 375 do Cód. Civil.

“Mais rigor prescreve a Constituição quanto às adoções por parte de estrangei-

ros, em relação às quais a lei estabelecerá casos e condições” (“Aspectos do Dir. de Família na Nova Constituição, RT, 635, p. 69, do Prof. DILVANIR JOSÉ DA COSTA, da Universidade Federal de Minas Gerais).

Uma nova concepção da família está se impondo, como pondera o Promotor de Justiça de São Paulo, Dr. JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS, em seu trabalho “A filiação fora do casamento na Nova Carta Política” (Art. 635). Diz ele: “Estabelecida a relação de filiação, ainda que extramatrimonial, seja pelo lado da mãe, seja pelo lado do pai, seja em relação a ambos os progenitores, imediatamente se criam entre as pessoas ligadas pelo vínculo de parentesco direitos e deveres recíprocos, que não se distinguem com os dos filhos nascidos na constância do casamento (v. g., utilização do nome de família do progenitor, alimentos, herança, etc.)”.

Mas, adverte aquele Promotor: “O reconhecimento imediato desses direitos e deveres não significa, porém, que o filho concebido em tais circunstâncias ingresse imediatamente na família do progenitor adúltero ou que convolou a justas núpcias após sua concepção”.

É que o art. 359 do Código Civil, não revogado pela Constituição, diz: “O filho ilegítimo, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá residir no lar conjugal, sem o consentimento do outro”.

Aqui, observo que a qualificação de “ilegítimo” do filho, reconhecido por um dos cônjuges, ao meu ver, sendo discriminatória, é de ser afastada, ante o preceito do art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

Esta regra, relativa ao ingresso do filho reconhecido por um dos cônjuges, no lar conjugal, não afasta o fato de que esse filho é pessoa estranha à família, e, portanto, não poderia ter ingresso no lar sem o consentimento do outro consorte (CLÓVIS BEVILÁQUA, *Código Civil*, v. 2, 1954, p. 258).

A filiação fora do casamento, diante do novo ordenamento positivo, constitui uma relação familiar, no sentido de que se trata de relação jurídica cujo regime se assemelha ao da filiação legítima; “mas” – conforme salienta o referido Promotor – João Francisco Moreira Viegas – “esta relação familiar, tal como a adoção por solteiro, viúvo ou divorciado sem filhos, não basta para constituir a família. A família constitui-se a partir do casamento e se manterá após a dissolução deste, se nele houver descendente”.

6. SEPARAÇÃO DE CORPOS (ART. 888, VI, do CPC) – AFASTAMENTO TEMPORÁRIO DE UM DOS CÔNJUGES DA MORADA DO CASAL

“A ausência ou a quebra da afeição acarretam a inexistência ou o desfazimento do matrimônio, pela impossibilidade da vida em comum” (CARLOS A. BITTAR, ob. cit., p. 216).

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, em seus *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. V, For., 1978, p. 404, frisa que “a coabitação sob o mesmo teto é dever dos cônjuges, enquanto perdurar a sociedade conjugal. Por isso, recomenda o art. 223 do Cód. Civil que o autor, antes de propor ação de nulidade ou anulação de casamento ou a de desquite, deverá requerer a separação de corpos, que será deferida pelo Juiz

com a possível brevidade. A medida, por sua natureza, é preparatória, mas nada obsta a que seja também postulada, incidentalmente, no curso do processo principal. O deferimento se dá, via de regra, liminarmente, como aliás recomenda o Cód. Civil, no art. 223, *in fine*, ao mandar que a medida seja concedida com a possível brevidade”.

Decidiram o Eg. Tribunal de Justiça, deste Estado, acórdão de 25/5/61, no Agravo de Instrumento nº 8.863, Relator Desemb. Ferreira de Oliveira, *in “Jurisprudência Mineira”*, v. 40, p. 179 e o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo, acórdão no Agravo nº 224.271, que “no processo preparatório de separação de corpos a única prova a examinar é a do casamento, sendo impertinente a discussão de fatos que devem ser apreciados e julgados na ação de desquite (*apud HUMBERTO THEODORO JÚNIOR*, ob. cit., p. 404).

Durante quase oito anos, em que fui titular da 3ª Vara de Família da Comarca de Belo Horizonte, tive oportunidade em inúmeros casos de autorizar a saída de um dos cônjuges da morada do casal em procedimentos preparatórios ou incidentais e ações correlatas, bem como de determinar o afastamento compulsório de um dos cônjuges da morada do casal, sempre visando a preservar direitos indisponíveis postos em confronto.

O “afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal” (CPC, art. 888, VI), que corresponde à “separação de corpos” do Código revogado, é uma medida de força, e, como tal, sua aplicação se restringe aos casos em que se faz imprescindível para evitar danos irreparáveis ao núcleo familiar.

Sendo a medida concedida *in limine* e sem a prévia audiência da parte contrária, exige apenas um juízo de cognição sumária, em que o Magistrado levará em consideração a gravidade dos fatos descritos no pedido e a prova documental da existência do casamento, para concedê-la “com a possível brevidade” (art. 223, do Cód. Civil).

Em escólio ao citado dispositivo legal, ensina CLÓVIS BEVILÁQUA, que se trata de “uma providência que a razão aconselha, pela inconveniência e até perigo de continuarem sob o mesmo teto os dois contendores no pleito judiciário” (*Código Civil*, v. II, 1954, p. 77).

Aconselha JOSÉ FREDERICO MARQUES, em seu *Manual de Direito Processual Civil*, v. IV, 2ª ed., Saraiva, 1979, p. 369 – O Proc. Cautelar –, que, “para conceder liminarmente a medida cautelar *inaudita altera parte* deve o Juiz proceder com prudência e cuidado; todavia, não lhe é dado esquecer que da antecipação e rapidez depende quase sempre o resultado eficaz da medida cautelar. Prudência em excesso, no caso, pode levar à frustração da providência requerida”.

O *periculum in mora*, em casos tais, é representado pela ameaça de lesão grave e de difícil reparação, atingindo o cônjuge presumidamente inocente e os filhos do casal.

Dá por que o afastamento coativo e temporário de um dos cônjuges da morada do casal há de ser adequado “à situação que se procura tutelar e basear-se em afirmativa razoável de sua necessidade, pois só assim existirá o interesse processual em propor a referida ação” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit., p. 345).

Já se decidiu, entretanto, no regime do Código anterior, que “a separação de corpos não pode impor ao marido retirar-se do lar conjugal, pois apenas legítima recusa

de coabitação matrimonial” (Ac. no Agravo de Instrumento nº 8.863, *apud HUMBERTO THEODORO JÚNIOR*, ob. cit., p. 405).

Todavia, invocando a lição de JORGE AMERICANO, adverte esse processualista, que esta orientação, tomada à luz de um caso concreto, não pode ser generalizada. O fim dessa medida provisional não é apenas legalizar uma separação preexistente ou isentar o cônjuge do *debitum conjugale*. Pode ter ainda o de evitar a volta do cônjuge que se ausentou, tornando insuportável a vida ao cônjuge que permaneceu e aos filhos. Ou pode ter o escopo de forçar a saída do cônjuge cuja permanência se haja tornado inconveniente ao outro ou aos filhos” (ob. cit., p. 405).

Em v. acórdão de 8/10/74, o Eg. TJSP, dando fiel interpretação ao art. 888, nº VI, da Lei instrumentária, decidiu:

“A separação de corpos é para afastamento de um dos cônjuges da morada do casal, sendo indiferente seja o marido ou a mulher. Não é certo, nem há disposição legal a respeito, que seja o cônjuge requerente do alvará o obrigado a deixar o lar, ou que a separação, opondo-se um dos cônjuges, deva ser feita apenas *quoad thorum*, permanecendo *quoad habitationem*” (Ap. nº 236.744, Rel. Desemb. Batalha de Camargo, *Rev. dos Tribunais*, v. 470, p. 111, *apud HUMBERTO THEODORO JÚNIOR*, ob. cit., p. 405/406).

Mas, o afastamento do cônjuge, seja autorizado ou compelido, “não o dispensa dos deveres inerentes ao sustento, educação e assistência à família, nem tampouco elimina os direitos referentes ao pátrio-poder” (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, ob. cit., p. 407).

Não cabe, entretanto, a medida cautelar de separação de corpos em caso de mero concubinato, já que na base desta união livre está precipuamente a vontade do homem e da mulher, entre os quais inexiste vínculo matrimonial imposto por lei.

Anota TEOTÔNIO NEGRÃO, outrossim, que “o pedido de separação de corpos corre durante férias e feriados (art. 173, II) e em segredo de justiça (art. 155, II – *in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 19ª ed., 1989, RT, p. 393).

Nessa matéria, ante a relevância dos valores imateriais e indisponíveis envolvidos, há de ficar à discrição do Juiz a escolha do cônjuge que deve ser afastado da morada do casal (TJSP, Quinta Câmara Cível, 14/2/64, RT, 353, 164; TJSP, Quinta Câmara Cível, 24/10/75, RT, 508/122), hipótese em que se decretou o afastamento da esposa do lar, face às circunstâncias do caso concreto.

Discrição, entretanto, não significa arbítrio ou subjetivismo do Magistrado.

A propósito, GALENO LACERDA fixa o conceito de discrição, em seus *Comentários ao Cód. de Processo Civil*, VIII v., Tomo I, 1ª ed., For., 1980, p. 138, *in verbis*:

“Discrição não significa arbitrariedade, mas liberdade de escolha e de determinação dentro dos limites da lei. Corresponde à idéia das lacunas necessárias na ordem jurídica, tão bem elaborada a partir de ZITELMANN. Há situações em que a lei, por defeito de abstração e generalidade, se vê impossibilitada de determinar a regra de conduta para as peculiaridades dos casos concretos. Muito melhor do que o legislador, ha-

verá o Juiz de prover a respeito. Por isso, a necessidade da lacuna, para a liberdade legal da discricção”.

E conclui: “Em outras palavras, se discricção se traduz na liberdade de escolha de soluções dentro da finalidade legal, não significa, porém, arbítrio subjetivo, deformador do justo e exato valor *objetivo* dos fatos submetidos à apreciação do agente público, Juiz ou administrador” (ob. cit., p. 139).

Nessa linha de entendimento, julgou com acerto a maioria da Primeira C. Cível do TJPR, a 3/6/80, RT, 548/177. O voto vencido perfilhava a tese, hoje superada, de que deve ser afastado o requerente da medida (p. 649 – *Comentários ao CPC*, v. VIII, Tomo II, 1ª ed., For., 1988, p. 643 e segs., de CARLOS A.A. DE OLIVEIRA e GALENO LACERDA), que: “por outro lado, impõe-se afastado do lar o cônjuge cuja safda melhor atenda à conveniência e à comodidade do casal e dos filhos”.

7. CADUCIDADE DA MEDIDA

Um aspecto de indubitosa relevância, que ressaí deste contexto, pelas consequências práticas que suscita, consiste em que até o bom senso repele a *caducidade* da medida no prazo e condição fixados no art. 806 do Cód. de Proc. Civil.

O não-ingresso da ação principal no prazo de trinta dias, quando a medida for concedida em procedimento preparatório, não pode importar, como é de meridiana clareza, à reunião de corpos que se odeiam (ob. cit., p. 649).

Admissível é, contudo, a modificação da medida cautelar, até de ofício, pois se cuida, aqui, antes de mais nada, de preservação de valores humanos e imateriais da família.

Pode a medida também ser revogada, de ofício, no caso de o Juiz verificar a ausência dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

Pode também, revogando a medida, outra decretar de ofício, determinando o afastamento do cônjuge que até então permanecera no lar (art. 797, c/c art. 888, *caput*, do CPC).

Afasta-se aqui, em tema de Direito de Família e diante dos pressupostos e fim visado pela providência cautelar em exame, contradição com o princípio, *ne procedat iudex ex officio*, consagrado no artigo 2º do Código.

8. DIVÓRCIO – DIRETO E INDIRETO

“O casamento é civil, mas o religioso terá efeito civil, nos termos da lei. Quer no primeiro caso, quer no segundo, pode ele ser dissolvido pelo *divórcio*, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos” (JOSÉ AFONSO DA SILVA, ob. cit., p. 709).

Cuida-se, aqui, do divórcio a vínculo, que dissolve o casamento, possibilitando a realização de outro, enquanto o chamado divórcio secular designa a simples separação de corpos (*divortium quoad thorum ad mensam*), segundo o qual o vínculo não é dissolvido e novo casamento não poderá ser realizado.

A Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, revogou o art. 358 do Cód. Civil, que proibia o reconhecimento dos filhos incestuosos e adulterinos, deu nova redação ao inciso I do § único do art. 36 e o *caput* do art. 40 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, tornando inócua discussão em torno da auto-aplicabilidade ou não da disposição contida no art. 226, § 6º, da Constituição Federal, que diz:

“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos”.

Ficou também revogado pela referida lei, em vigor na data de sua publicação, o art. 38 e o § 1º do art. 40 da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.

O art. 38 dispunha que “o pedido de divórcio, em qualquer dos casos, somente poderá ser formulado uma vez”, limitação que, agora, já não existe, inclusive, ao meu ver, em razão do novo texto constitucional.

Acórdão de 1º de novembro de 1988, da Primeira C. Cível do TJSP, já entendera que, diante da última parte do § 6º do art. 226, “é de se admitir, agora, o que as leis anteriores vedavam, pois não mais prevalece o limite temporal estabelecido na Emenda Constitucional nº 9, de 28/6/1977, que dispunha, no seu art. 2º, que a separação de que tratava o § 1º do art. 175 da Constituição poderia ser de fato comprovada em Juízo, e, pelo prazo de cinco anos”, se fosse anterior a 28/6/1977 (*Lex* – 117, *RJTJESP*, p. 31).

No caso do divórcio direto (art. 226, § 6º, segunda parte) “o primeiro requisito do art. 40 da Lei nº 6.515 passa a ser este: prova documental ou testemunhal da separação de fato por dois anos consecutivos, permanecendo os demais requisitos.”

O divórcio indireto ou por conversão (art. 226, § 6º, primeira parte) tem os mesmos requisitos do art. 25 da Lei nº 6.515/77, com a redução do prazo de separação de “mais de três anos”, para “mais de um ano”, assim reduzido o prazo.

A grande inovação nesta matéria foi a desvinculação do prazo de separação de fato à data da Emenda Constitucional nº 9, de 28/6/77.

Com isso, o divórcio direto passou de transitório para permanente em nosso Direito.

9. GUARDA DE FILHOS MENORES

Outro aspecto de Direito de Família que chama a atenção, pela intensidade de ocorrência nos Pretórios, refere-se à guarda de filhos menores, nos casos de separação de fato do casal, separação judicial, consensual ou litigiosa, nulidade e anulação do casamento e divórcio.

Neste cenário, há um regramento cogente e de ordem pública, contido no Código de Menores, em virtude do qual o interesse do menor sobreleva em relevância a qualquer outro bem juridicamente tutelado.

E compreende-se que assim seja, por razões óbvias, especialmente porque o menor é de natureza muito vulnerável, sem meios próprios e eficazes para se defender de situações fáticas que comprometam sua criação, sua integridade física e moral e educação, para a formação de seu caráter, ficando praticamente à mercê do contexto familiar em que se insere.

YUSSEF SAID CAHALI, em sua *Lei do Divórcio na Jurisprudência*, 2ª ed., RT, 1987, ao tratar dos critérios a serem observados no que concerne à guarda de filho menor, coleciona julgados de Tribunais fixando diretrizes nesta área.

Dentre eles, destaca:

A Quarta C. Cível do TJRS, Ac. nº 32.514, de 16/5/1979, *Ajuris*, 16/101, decidiu que não são inflexíveis as disposições legais sobre a guarda dos filhos, devendo o problema ser solucionado, caso a caso, com prevalência dos interesses dos menores e de modo a minimizar as consequências da separação dos pais no que afeta a felicidade dos filhos.

E mais: “Tratando-se de posse e guarda de filho o interesse do bem-estar do menor é o único critério a solucionar o problema. Evidentemente que a soma dos carinhos materno e paterno compõe o bem estar do filho. Se a guarda materna, aconselhável, pela pouca idade do filho, pode representar a exclusão do contato paterno, há que afastá-la. A composição em benefício do filho deve ser a meta dos pais” (3º Grupo CC – TJRJ, EI, 11.837, 9/12/1981, *RT*, 561/179).

Por outro lado, a experiência tem demonstrado que, em casos de separação consensual ou em que haja acordo entre os pais, estes deliberam no sentido do revezamento mensal da guarda de filhos menores, ou em prazo mais ou menos dilargado.

A inconveniência desta solução é apontada pela Sexta CC-TJRS, Ac. nº 585.027.741, 27/8/1985, *RJTJRS*, 113/428, que decidiu:

“Sistema de revezamento mensal entre genitores, estabelecido em cláusula de separação consensual. Inconvenientes que oferece a uma criança com seis anos de idade. Alteração determinada pelo Juiz, de modo a que a mãe exerça a guarda. Faculdade resguardada ao Julgador pelo art. 13 da Lei nº 6.515/77 (ob. cit., p. 136).”

Anota TEOTÔNIO NEGRÃO (ob. cit., p. 660), ao citado art. 13 da Lei nº 6.515/77 que: “o interesse prevalente da prole pode autorizar o Magistrado a dispor no sentido de assegurar um conforto mínimo aos filhos do casal, indispensável à sua boa formação moral. Poderá o Magistrado sobrepor a razão ao sentimento em benefício dos menores, atentas às circunstâncias de fato do processo (*RTJ*, 115/1.413).

Esse revezamento durante as férias escolares é salutar, possibilitando maior contato do pai ou da mãe com o filho menor, mas desde que não acarrete prejuízo à saúde, segurança, educação do menor, situações estas que somente ante os casos concretos com suas peculiaridades caberá ao Magistrado decidir, mas sempre balizado pelo princípio já mencionado de atender precipuamente aos superiores interesses do incapaz.

Observe-se, outrossim, que nos casos de concubinato, este em si “não impossibilita à mãe de manter sob sua guarda os filhos menores do casal, que manifestam em juízo intenção de permanecer com ela” (Primeira CC – TJRS, Ac. nº 33.293, 3/6/1980, Relator Athos Gusmão Carneiro, *RJTJRS*, 82/481 – *apud* YUSSEF SAID CAHALI, ob. cit. p. 137).

Ainda que na separação judicial litigiosa se tenha demonstrada a culpa de um dos cônjuges e a inocência do outro, tais fatos, por si apenas, não impõem direcionamento da guarda.

Neste sentido julgou a Quarta CC do TJRS, Ac. nº 35.282, 18/6/1980, *RJTJRS*, 82/430: “Fundada a separação judicial no *caput* do artigo 5º da Lei nº 6.515/77, os filhos menores devem ficar sob a guarda do cônjuge inocente, não se admitindo outra solução, a não ser quando daquela possa resultar prejuízo de ordem moral para os menores” (ob. cit., p. 136).

Por outro lado, o fato de ficar a mulher com poucos recursos não é motivo bastante para que se lhe retire a guarda do filho menor. Assim decidiu a Primeira CC TJSP, Ac. nº 273.405, 12/11/1979, *RT*, 535/77:

“Mulher com poucos recursos. Irrelevância. A pobreza, com suas vicissitudes, não traduz motivo bastante, por si, para que se retire da guarda de qualquer dos genitores os filhos menores” (YUSSEF, ob. cit., p. 136).

Na hipótese de provada a culpa recíproca dos cônjuges, inclusive com pareceres de assistentes sociais e psicólogos, sempre válidos em quaisquer casos referentes à guarda de menores, onde o Juiz pode e deve agir até de ofício, para proteger aos que não têm como fazê-lo, decidir com qual dos genitores ficará o filho.

Aconselha-se em certos casos, a bem da criação e educação do menor, que o Juiz defira sua guarda a outros parentes e mesmo a estranhos, isto em função do já citado princípio de que o interesse do menor sobreleva a qualquer outro bem jurídico.

Nesta linha de entendimento, recente acórdão da Primeira CC do TJMG, na Apelação Cível nº 79.672/1, Relator o Desemb. Oliveira Leite, publicado no *DJ* de 17 de outubro p. passado, ementou o seguinte:

“Menor – Guarda – Alteração: Deve o menor ser mantido onde está, sob a guarda de outrem que não os pais, se restar comprovada que a alteração deste estado de coisas romperia a normalidade e a naturalidade de sua vida, acarretando, ademais, a troca do meio ambiente sérios prejuízos para ele”.

Na espécie em questão, a guarda do menor foi mantida com seus avós paternos, na companhia dos quais já se achava desde tenra idade, desde os seis meses de idade, tratando-se de um casal separado de fato.

No seu r. voto, o Relator, dentre outras considerações, destacou:

“Mormente agora, com a prioridade absoluta que a Constituição reserva à preservação dos direitos do menor e do adolescente (art. 227, e §§), não é mais possível receber orientação que chegava a deformar os já insuficientes dispositivos que normalizavam o relacionamento do menor, em família”.

Pedido de guarda, seja em procedimento autônomo, preparatório ou incidental, baliza-se à exclusividade pelo superior interesse do menor.

Menos recente, v. acórdão daquela mesma Primeira C. Cível, Relator o Desemb. Régulo Peixoto, decidiu:

“Improcede o pedido de busca e apreensão, apresentado no curso de ação de separação judicial, inexistindo prova que desabone a conduta da mãe e a impeça de manter sob sua guarda filho menor em idade na qual são mais necessários os cuidados maternos que os próprios do pai” (*“Jurisprudência Mineira”*, v. 77, p. 112).

Ressalte-se que nesta matéria inexistente preclusão ou coisa julgada material, po-

dendo a qualquer tempo ser revista a questão da guarda do menor, se as circunstâncias do caso concreto assim o exigirem.

10. DIREITO DE VISITA

Aspecto intimamente relacionado à guarda de menor é o *direito de visita*, que é mais que direito, um dever do genitor que ficou sem a guarda do filho.

O exercício desse direito-dever se insere no extenso rol das atribuições inerentes ao pátrio-poder, hoje, mais que nunca, um pátrio-dever.

Em qualquer das hipóteses relativas à guarda de menor, cabe ao Juiz, até mesmo de ofício e sem que nisto se veja julgamento *ultra* ou *extra petita* (CPC, art. 460), em razão da relevância dos interesses indisponíveis em jogo, deliberar sobre o direito de visitas, compatibilizando-o com os interesses da criação e educação do infante e possibilitando ao genitor que dele esteja privado da guarda participar ativamente da formação moral do filho, ajudando a prepará-lo para se tornar prestante a si próprio, à família e à comunidade.

Em casos especialíssimos, esse direito de visitas pode ser temporariamente suspenso, para resguardar os superiores interesses do filho menor, diante de uma eventual participação perniciosa e perigosa à formação de seu caráter, e até à sua própria segurança.

O art. 15, da Lei nº 6.515/77, assegura, expressamente, aos pais, em cuja guarda não estejam os filhos, o direito de visitá-los e tê-los em sua companhia, “segundo fixar o Juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação”.

Também aos avós é reconhecido este direito. Nesse sentido já foi decidido que:

“Direito de visita entre avós e netos. Embora não expresso no CC, cumpre reconhecer-lo, por imperativo da lei natural. Inexiste carência de ação em demanda proposta por avó com esse objetivo. Sempre que o Direito puder socorrer valores morais, deverá fazê-lo” (Terceira CC TJRS, Ac. nº 583.003.504, 17/3/1983, Relator Galeno Lacerda RT, 585/210 – *apud* YUSSEF SAID CAHALI, ob. cit., p. 162).

Cabe assim, ao Magistrado, se for caso, regulamentar esse direito de visitas dos avós, com relação aos netos, observando que não de circunscrever à espécie e que encontram fundamento nos mesmos lindes que orientam a guarda de menor (YUSSEF, ob. cit., p. 162).

Quanto ao local dessas visitas, tenho que o menor possa ser levado à residência do genitor que não tem sua guarda ou à residência dos avós, se outra solução diante de cada caso não for a que melhor atenda aos superiores interesses que cumpre preservar ao infante e que serão objeto de cuidadosa análise pelo Magistrado.

11. ALIMENTOS PROVISIONAIS E PROVISÓRIOS

O dever de prestar alimentos é imposto aos parentes, nos limites traçados pela lei, mas, consoante adverte JOSSEERAND, “nada impede” que esse dever seja oriundo “de convenção ou testamento e, até mesmo, de condenação por ato ilícito, apesar de ser

mais frequente” a obrigação alimentar decorrente do núcleo familiar (*apud* MARCO AURÉLIO S. VIANA, Professor de Direito Civil, em sua *Teoria e Prática do Direito de Família – Doutrina, Jurisprudência – Prática*, Ed. Saraiva, 1983, p. 205).

Lembra referido Professor que os alimentos provisionais “visam o sustento, a cura, o vestuário, a casa, a educação, se menor o credor, enquanto o alimentando necessitar” (ob. cit., p. 206), sendo proporcionais aos rendimentos do devedor e não ao seu patrimônio, não estando obrigado a dispor de seus bens para atender ao credor.

Observa que a Lei nº 5.473/68 fala em *alimentos provisórios*, termo que tem a mesma acepção de *provisionais* (ob. cit. p. 219), e nada obsta o pedido de alimentos como procedimento cautelar (art. 852 do CPC, ob. cit., p. 219).

Segundo GALENO LACERDA, a concessão de *alimentos provisionais* depende de dois requisitos: 1º) uma aparência do bom direito na causa principal e na justiça dela; 2º) a suma pobreza, sem meios e possibilidade para se alimentar e juntamente fazer as despesas da demanda (CARLOS A. A. DE OLIVEIRA – GALENO LACERDA, *in Comentários ao CPC*, v. VIII, Tomo II, 1ª ed., For., 1988, p. 381).

Ensina ERNANI FIDÉLIS DOS SANTOS, que “para que se faça o pedido de alimentos provisionais, o requerente deve expor suas necessidades e capacidade do alimentado (art. 854), mas como se trata de cautela, deverá também ser justificado com o perigo de lesão efetiva ou iminente (*periculum in mora* – *Manual de Dir. Proc. Civil*, v. 5, *Proc. Cautelar e Jurisd. Voluntária*, Ed. Saraiva, 1989, p. 99).

Enquanto cautelar, a concessão de alimentos provisionais não está facultada à parte que dispuser do meio específico assegurado pela Lei nº 5.478/68.

Os alimentos cautelares ficam mantidos até o julgamento dos recursos ordinários, salvo a revogação anterior à sentença ou se o acórdão desfavorecer o autor.

Já os provisórios serão mantidos até a decisão final, inclusive o julgamento do recurso extraordinário (art. 13, § 3º, da Lei nº 5.478/68), mas, consoante julgados, “nada tem de incivil a redução dos alimentos provisórios dentro da própria ação de alimentos” (RT, 591/89 e RJTJESP, 90/425), cabendo contra esta decisão agravo de instrumento, e, não, apelação (RTJ, 112/337 – TEOTÔNIO NEGRÃO, em seu *CPC e Legislação Processual em Vigor*, 19ª ed. atualizada até 5/1/89, RT, p. 564).

Os *alimentos provisionais* ou *ad litem* são constituídos por prestação reclamada por um dos litigantes contra o outro, como preliminar das ações de desquite, de anulação ou nulidade de casamento, de investigação de paternidade, e de alimentos, e se destinam a custear o feito e a manutenção do alimentário, durante a demanda, como observa SÍLVIO RODRIGUES – *Direito Civil – Direito de Família*, v. 6, 10ª ed., Saraiva, 1983, p. 393.

Em nota ao art. 852: 6, Lei nº 883, de 21/10/49 (CCLCV, 470, RT, 183/495, Lex, 1949/294, RF, 129/650, DLF, 914: Art. 5º) TEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., p. 387, traz à lume julgados que, na hipótese de ação investigatória de paternidade, “terá o autor direito a alimentos provisionais desde que lhe seja favorável a sentença de primeira instância, embora se haja, desta, interposto recurso”.

Os alimentos provisionais podem ser pedidos como medida preparatória ou no curso do processo. Neste último caso – assinala ERNANI FIDELIS DOS SANTOS,

“ainda que o processo esteja em grau de recurso, a competência é sempre do Juízo do primeiro grau de jurisdição” (art. 853 – ob. cit., p. 102).

“Paga a primeira prestação, o autor deverá promover a ação de conhecimento em trinta dias, sob pena de cessação da medida” (art. 808, II, ERNÂNI FIDELIS DOS SANTOS, ob. cit., p. 102).

A cessação da medida tem força para o futuro, muito embora, em determinadas situações, quem prestou alimentos poderá ter direito a receber de volta o que pagou (ob. cit., p. 102).

Totalmente distinto apresenta-se o problema olhado do ponto de vista da Lei nº 5.478/68, onde a tutela está adstrita a diferentes requisitos, produzindo eficácia de outra ordem.

Assim, o só *fumus boni juris* não basta, porque a lei exige, em seu art. 2º, *prova inicial* do parentesco ou da obrigação alimentar do devedor. E não há necessidade de ser aferido o risco de dano, compelido o Juiz a fixar, inicialmente, os alimentos provisórios, “salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita” (Lei nº 5.478/68, art. 4º).

Há julgados que admitem a fixação de alimentos provisórios também em ação revisional, tanto liminarmente (STF – RTJ, 100/101, por 4 votos a 1; RT, 597/179; RF, 293/289; RJTJESP, 89/333, 99/348), como no curso da lide. Outros, contra, não admitindo a fixação liminar (TEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., p. 561).

Diversamente, a ação cautelar de alimentos *provisionais* depende de pressupostos nominiais da tutela assecurativa, ou sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, conclusão esta que reflete aquela diversidade de requisitos e de eficácia entre estas duas categorias de alimentos.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tenho por encerrada esta despretensiosa palestra, que apenas arranhou os temas tratados, esperando que desperte o interesse dos Magistrados, advogados e estudiosos, para desenvolvê-los em amplitude.

Leis regulamentadoras do texto constitucional certamente virão, mas, enquanto isto não ocorrer, cabe ao intérprete e aplicador da lei encontrar as soluções para os casos trazidos a julgamento, socorrendo-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito (Lei de Introdução ao Cód. Civil, art. 4º).

Aqui, bem a propósito, a lição de CLÓVIS BEVILÁQUA ao dizer: “O sistema do Código é o seguinte: a lei é a forma por excelência do Direito; num segundo plano e, subsidiariamente, acha-se o costume; o domínio da lei ilumina-se e dilata-se pela interpretação; se o trabalho mental do intérprete não consegue arrancar da letra nem do espírito da lei a norma jurídica aplicável ao caso, que tem diante de si, recorre ao processo da analogia; e, quando este se mostra inadequado abre-se-lhe um espaço mais vasto, onde exercerá a sua livre investigação, à procura dos princípios gerais do Direito” (Cód. Civil, v. I, 1956, pp. 87 e 88).

13. OBRAS CONSULTADAS

01. *Divórcio – A Lei nº 6.515, de 26/12/1977, em seus Aspectos não Relacionados com o Instituto*, de CARLOS DAYRELL (Rev. For., 269/1980);
02. *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, v. VIII, Tomo I, For., 1980, de GALENO LACERDA;
03. *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, Saraiva, 1989, coordenador CARLOS ALBERTO BITTAR;
04. *Algumas questões de Direito de Família na nova Constituição*, RT, 639 – de SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA;
05. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., RT, 1989, de JOSÉ AFONSO DA SILVA;
06. *Teoria e Prática do Direito de Família – Doutrina, Jurisprudência, Prática*, Saraiva, 1983, de MARCO AURÉLIO S. VIANA;
07. *Comentários à Constituição de 1988*, v. 3, Julex Livros, de WOLGRAN JUNQUEIRA;
08. *O Novo Estatuto da Filiação*, in *O Direito de Família e a Constituição de 1988*, de JOSÉ LUIZ GAVIÃO DE ALMEIDA, coordenador da obra o Prof. CARLOS ALBERTO BITTAR;
09. *Curso de Direito Civil – WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO*, 27ª ed. atualizada, 1989, Saraiva;
10. *Aspectos do Direito de Família na Nova Constituição*, RT, 635, do Prof. DILVANIR JOSÉ DA COSTA;
11. *A Filiação Fora do Casamento na nova Carta Política*; JOÃO FRANCISCO MOREIRA VIEGAS, Promotor de Justiça em São Paulo, RT, 635;
12. *Cód. Civil*, v. 2, 1954, de CLÓVIS BEVILÁQUA;
13. *Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, v. V, For., 1978, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR;
14. *Manual de Dir. Proc. Civil*, v. IV, 2ª ed., Saraiva, 1979, de JOSÉ FREDERICO MARQUES;
15. *Código de Proc. Civil e Legislação Processual em Vigor*, 19ª ed., 1989, RT, de TEOTÔNIO NEGRÃO;
16. *Lei do Divórcio na Jurisprudência*, 2ª ed., RT, 1987, de YUSSEF SAID CAHALI;
17. *Comentários ao CPC*, v. VIII, Tomo II – CARLOS A. A. DE OLIVEIRA – GALENO LACERDA;
18. *Manual de Direito Proc. Civil*, v. 5, *Proc. Cautelar e Jurisd. Voluntária*, Saraiva, 1989, de ERNÂNI FIDÉLIS DOS SANTOS;
19. *Cód. Civil*, v. I, 1956, de CLÓVIS BEVILÁQUA;
20. *Julgados de Tribunais* (Jurisprudência);
21. *Dir. Civil – Direito de Família* – v. 6, 10ª ed., Saraiva, 1983, de SÍLVIO RODRIGUES;
22. “Jurisprudência Mineira”, v. 77;
23. “Jurisprudência Mineira”, v. 40.