



DIVÓRCIO: DIREITOS FUNDAMENTAIS E INDISPONÍVEIS TITULARIZADOS POR INCAPAZES

YULY SAORE DA COSTA PETRY¹
RODOLFO FARES PAULO²

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo apresentar as espécies de divórcio no ordenamento jurídico brasileiro, bem como demonstrar os direitos fundamentais e indisponíveis titularizados pelos incapazes. Para tanto, utiliza-se de pesquisa básica para estabelecer um estudo linear acerca da evolução do divórcio e da proteção integral da criança e do adolescente no ordenamento jurídico. Nesse diapasão, utilizou-se de fundamentação jurídica vigente e entendimentos doutrinários para elucidar acerca dos direitos dos filhos no divórcio, dando ênfase no resguardo da prole, de modo a atender os princípios basilares pertinentes ao melhor interesse da criança. Além disso, destaca a importância dos genitores, detentores do poder familiar, como agentes responsáveis pelo zelo e proteção dos filhos, visando seu pleno desenvolvimento, e na ausência destes, a necessidade de intervenção do Estado por meio do órgão interveniente, na relação de família. Nesse sentido, observa-se que a inobservância dos direitos fundamentais e indisponíveis inerentes aos filhos afeta diretamente seu pleno desenvolvimento.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Direitos indisponíveis; Divórcio; Proteção do incapaz.

DIVORCE: FUNDAMENTAL AND NON-NEGOTIABLE RIGHTS EXERCISED BY INCAPACITATED INDIVIDUALS

ABSTRACT: This present research paper aims to provide an analysis of the various forms of divorce recognized within the Brazilian legal system, while concurrently highlighting the fundamental and non-derogable rights vested in incapacitated individuals. To accomplish this objective, the study relies on foundational research in order to establish a coherent examination of the historical development of divorce legislation and the comprehensive legal protection afforded to children and adolescents. In doing so, the study draws upon prevailing legal principles and scholarly viewpoints to elucidate the rights of children involved in divorce proceedings, with particular emphasis on safeguarding their welfare and furthering the core principles pertinent to their best interests. Additionally, it underscores the crucial role played by parents, who, as custodians of parental authority, bear the responsibility for the care and protection of their children, with the ultimate objective of facilitating their optimal growth and development. In instances where parental presence is absent, the study underscores the necessity for state intervention through appropriate institutional mechanisms to ensure the preservation of familial relationships. Ultimately, it is concluded that the failure to uphold the fundamental and non-derogable rights inherent to children exerts a direct and adverse impact on their holistic development.

¹ Graduado em Direito. Faculdade Fasipe. E-mail: yulysaore@hotmail.com.

² Professor Mestre em Direito. Curso de Direito. Faculdade Fasipe. E-mail: rfpaulo@gmail.com.



KEYWORDS: Fundamental rights; Non-derogable rights; Divorce; Protection of incapacitated individuals.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo apresentar um estudo acerca da proteção dos direitos dos incapazes no divórcio, especificamente os direitos fundamentais e indisponíveis inerentes a eles, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento. É importante mencionar que durante a evolução do ordenamento jurídico brasileiro o divórcio sofreu inúmeras alterações, o que, por diversas vezes, levou o legislador a desconsiderar os direitos dos incapazes em meio ao litígio.

O conflito judicial decorrente da separação gera consequências que podem perdurar por anos, causando sofrimento a crianças e/ou adolescentes e tornando-os mero objeto do litígio. Nesse aspecto, a intervenção do Estado como garantidor dos interesses do incapaz é indispensável, de forma a priorizar os direitos indisponíveis e fundamentais dos membros mais frágeis do litígio, os filhos.

Não obstante, a vedação da intervenção na comunhão da família é salientada na Constituição Federal de 1988, dispondo na primeira parte do § 7º, artigo 226, que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”. Não significa, entretanto, que o Estado se encontre vedado de proteger os interesses da família e de seus membros, pois, na segunda parte do aludido parágrafo é imposto que compete ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Nesse sentido, urge a necessidade da criação de leis que regulamentasse a situação dos filhos incapazes, de forma a proporcionar melhor amparo jurídico e garantidor. Tal necessidade foi fundamental para a criação, bem como a modificação de normas já existentes que protegem e estabelecessem como pessoa de direito crianças e adolescentes. Toma-se como exemplo a lei nº 8.069, conhecida como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) que entrou em vigor no ano de 1990, proporcionando maior garantia ao reconhecimento dos direitos fundamentais e indisponíveis, bem como responsabilizando a família, Estado e sociedade como garantidores da proteção integral e jurídica dos interesses da criança e do adolescente.

Além disso, o trabalho busca elucidar acerca dos direitos inerentes aos filhos incapazes que devem ser observados no divórcio, bem como de que forma deve ser alcançada essa proteção aos seus direitos, haja vista a importância de serem observados os ditames do Estatuto da Criança e do Adolescente e a necessidade da intervenção estatal em sede de divórcio.

Por outro lado, o presente trabalho tem por objetivo analisar a construção histórica do divórcio, identificar os direitos fundamentais e indisponíveis relativos aos infantes, visando demonstrar a importância e relevância da proteção integral do superior interesse do incapaz, com fundamento nas alterações realizadas pelo legislador, a fim de suprir eventuais lacunas presentes no ordenamento jurídico.

A pesquisa do presente trabalho será de natureza básica, pois, tem como objetivo elucidar acerca da proteção dos filhos incapazes após a dissolução da sociedade conjugal, utilizando entendimentos das jurisprudências e de doutrinadores brasileiros e agregando conhecimentos dos temas a sociedade, gerando assim aproximação dos livros com a realidade imposta aos genitores e aos filhos. Visando demonstrar a importância de observar-se no divórcio ou dissolução da união estável, o melhor interesse da criança e do adolescente,



resguardando os direitos indisponíveis a eles inerente, bem como evidenciando qual dos genitores na situação fática poderá exercer a proteção desses interesses.

Para tanto utilizar-se-á da forma qualitativa de abordagem para compreensão do tema, com fundamento em doutrinas, jurisprudências e entendimentos consolidados acerca do melhor interesse da criança, com afã de proteger a prole, evitando que o divórcio atinja de maneira degradante os seus direitos, tratados muitas vezes pelos genitores, como mero objeto do litígio.

2. REVISÃO DE LITERATURA

2.1 Evolução Histórica do Divórcio

Sobre a égide do código civilista de 1916 e a interferência da Igreja Católica, o casamento era um instituto indissolúvel, visando proteção ao matrimônio e a família. O projeto do jurista Clóvis Beviláquia permitia por meio do desquite, amigável ou judicial, o término conjugal cessando os deveres de fidelidade e manutenção em comum sob o mesmo teto, entretanto, permaneceria o vínculo matrimonial e obrigação de mútua assistência (DIAS, 2021), resolvendo-se apenas o regime de bens entre os cônjuges.

Por mais de meio século inúmeras foram as mudanças no código civilista e sociedade da época, em 1977, por intermédio da emenda constitucional n° 9, regulada pela Lei 6.515/77, o divórcio foi oficialmente instituído e perdeu o status de indissolúvel, contudo, manteve algumas condições para a sua concessão.

A atual Carta Magna do Estado, disciplinou que o casamento civil poderia ser dissolvido, desde de que mantida a separação judicial de um ano ou comprovada a separação de fato, agora, por dois anos (artigo 226, CF/88). Pouco mais de duas décadas após a Constituição Federal entrar em vigor, a redação original do artigo 226, § 6º, da CF/88 sofreu significativa mudança. Conhecida como PEC do Divórcio, a Emenda Constitucional n° 66/2010, por sugestão do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), passou a determinar que o casamento civil poderia ser dissolvido pelo divórcio, excluindo a necessidade dos requisitos da separação judicial de um ano ou de comprovada separação de fato por dois anos, fazendo desaparecer não apenas a sociedade conjugal, mas também o vínculo matrimonial (GONCALVES, 2019).

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, o divórcio é “a medida dissolutiva do vínculo matrimonial válido, importando, por consequência, a extinção de deveres conjugais (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 2004)”, dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro trata como uma forma voluntária da extinção matrimonial, sem a observância de causa específica, decorrendo da simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges, a fim de, por ventura, constituir novos vínculos matrimoniais. Logo, conclui-se que, o divórcio é uma ação de direito personalíssima, competindo aos cônjuges requer, bastando, tão somente, a manifestação de vontade com menor interferência do Estado.

Inovação trazida pela Lei n. 11.441/2007 e recepcionada pelo Código de Processo Civil de 2015, possibilitou que o divórcio fosse requerido por via administrativa sem a participação do Judiciário e do *Parquet*, desde que, envolvam-se apenas partes maiores e capazes, inexistindo conflitos e não havendo nascituro ou filhos incapazes, salvo se já solucionado juridicamente as questões a eles relacionadas (MADALENO, 2017).

Em princípio, na existência de filhos incapazes impede a dissolução do casamento por meio da escritura pública (GONÇALVES, 2019), devendo ser realizado por meio judicial, seguindo a mesma regra quando a mulher estiver em estado gravídico sob o fundamento de



prejuízo ao futuro nascituro, nos termos do artigo 34, parágrafo único, da Resolução n. 35/2007, CNJ.

Em que pese o Código de Processo Civil e a Resolução do CNJ, disciplinem que a via administrativa poderá ser acessada apenas quando inexistir na relação conjugal interesse de incapaz, o Provimento n. 42 do Código de Normas Gerais da Corregedoria-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial (CNGCE), com alteração significativa pelo Provimento n. 25, disciplina, em suma, que haverá a possibilidade de realização do divórcio por escritura pública desde que seja submetida à homologação do Juiz competente, precedida à manifestação do Ministério Público.

Nota-se que o procedimento anteriormente tratado como uma inovação pela Lei n. 11.441/2007 e descrito como desburocratizado, por desafogar o Poder Judiciário e dispensar a intervenção do Ministério Público, sofreu retrocesso, implicando na utilização da via notarial para ter acesso aos trâmites judiciais, sendo submetido – assim como todos os procedimentos envolvendo incapazes – à manifestação do *Parquet* e morosidade judiciária para, enfim, sofrer homologação do magistrado.

O divórcio judicial consensual ocorre no ordenamento jurídico quando existir, na relação marital, filhos incapazes e consenso entre os divorciados. A homologação do divórcio consensual depende da manifestação de vontade de ambos os cônjuges, bem como do consenso em relação as cláusulas assecuratórias dos direitos dos infantes. Diante do mútuo consentimento, a petição do divórcio deve ser moldada seguindo os requisitos do artigo 731, CPC/15.

Nesse momento, previamente a homologação do acordo, será analisado se os interesses titularizados pelos incapazes estão sendo priorizado pelos transigentes. Ocorre nesse instante procedimental a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, atuando em proteção dos filhos do casal e não sendo de interesse do órgão de execução a jurisdição voluntária dos transatores (MADALENO, 2017).

O divórcio litigioso, diferentemente do consensual, fundamenta-se no litígio/ausência de acordo entre o casal, tanto em relação aos direitos disponíveis quanto em relação as cláusulas pertinentes aos direitos indisponíveis na existência de filhos incapazes. O requerimento do divórcio litigioso deve ser arguido por um dos cônjuges, seguindo o rito do artigo 693 e seguintes do CPC/15 e preenchendo os requisitos do artigo 319 do mesmo Códex Civil (MADALENO, 2017).

Reconhecida como entidade familiar pela Carta Maior de 1988, a união estável equiparou-se ao casamento com expressa menção no artigo 226, § 3º do aludido repertório de normas. Entretanto, a Constituição não foi capaz de suprir todas as lacunas jurídicas e questões inerentes a este instituto (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020).

O atual Código Civil recepcionou o conceito de união estável trazido pela Lei n. 9.278/1996 em seu artigo 1.723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Ademais, para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2020), a união estável pode ser conceituada com “uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 1963)”.

Ademais, verificada a existência de interesse de incapaz, caberá intervenção do Ministério Público como *custos legis* na forma do artigo 178, II e 698, ambos do CPC/15 de forma a assegurar a proteção dos direitos indisponíveis dos filhos do casal.



2.2 Dos Princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente

O Legislador conferiu as crianças e adolescentes prioridade de direitos por serem pessoas de direito em fase de desenvolvimento e clara posição de vulnerabilidade em relação aos direitos postulados pelos genitores (MADALENO, 2018).

Elencados na Constituição Federal como direitos fundamentais, o artigo 227, CF/88, dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Ao lado do que dispõe a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe no artigo 3º os direitos fundamentais que crianças e adolescentes gozam, reforçando a proteção humana e integral, aplicado a todos os incapazes, sem qualquer discriminação (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020). Nesse sentido, o interesse da criança irá se sobrepor aos interesses dos pais, de maneira a garantir o bem-estar do infante, sendo inconcebível admitir que as decisões judiciais possam desrespeitar os direitos fundamentais inerentes ao incapaz (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020).

O afeto é um dos alicerces fundamentais para as relações humanas e propulsora dos laços familiares. Para Maria Berenice Dias (2021), o princípio da afetividade, embora não mencionada expressamente na Constituição Federal, está presente nos demais princípios constitucionais e fundamentais a pessoa humana. Além disso, este princípio recepciona e reconhece os laços de afetividade advindos das relações socioafetivas, reafirmando que as relações pessoais são baseadas no afeto e deixando claro que as relações familiares estão pautadas essencialmente no afeto entre os indivíduos dessa relação, garantindo-os o devido amparo legal.

A dignidade da pessoa humana, elencada pela Lei Maior Brasileira como princípio fundamental, em seu artigo 1.º, inc. III, é essencial a toda relação humana, em particular nas relações familiares (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020). Este princípio atribui a dignidade que a pessoa merece receber, o respeito as peculiaridades e a individualidade de cada cidadão dentro da relação familiar, bem como a garantia a vida digna.

Regulado pelo artigo 227, da CF/88, estabelece como dever da família, sociedade e Estado propiciar, com absoluta prioridade, o direito à convivência familiar e comunitária. Trata-se de um dos deveres decorrentes do poder familiar dos genitores. É a maneira de garantir o pleno desenvolvimento dos filhos, buscando minimizar os efeitos negativos trazidos pelo divórcio e propiciando a boa formação da criança, assegurando o direito de convivência com seus familiares, dentro dos laços de afetividade da família, devendo, em suma, pais e filhos permanecerem juntos (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020).

O lar da família é essencialmente um lugar de mútua assistência, cooperação e cuidado. A solidariedade pressupõe a igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, companheiros e filhos, principalmente em relação a estes últimos, se incapazes, de garantir assistência física, psíquica, financeira, dentre outras. O dever da solidariedade deve emanar da família, depois sociedade e pro fim do Estado como garantidor da absoluta prioridade dos direitos inerentes à formação dos incapazes, preceituado, inclusive, no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (DIAS, 2021). Nesse sentido, os direitos titularizados pelos filhos não prescreve ou entram em decadência, cabendo os genitores a mútua assistência em caso de divórcio.



2.3 Conceito e Espécies de Guarda no Ordenamento Jurídico

Para Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 103), guarda significa “proteção, observância, vigilância e administração que é derivada os filhos pelos pais”. A guarda dos filhos é um dever dos genitores, pois, ambos compartilham a obrigação de fornecer meios de garantir a proteção dos direitos e interesses da prole em comum.

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a guarda como medida de proteção, razão pela qual, disciplina espécies de família que supram a necessidade de proteção do incapaz. O deferimento da guarda poderá ser em favor da família natural, extensa ou substituta, isto é, verificada a impossibilidade de conviver no seio familiar a guarda do incapaz pode ser deferida para terceiros, seja por apresentar ameaça à integridade física dos filhos ou violarem seus direitos. É o objetivo do ordenamento jurídico, a proteção dos interesses dos incapazes.

O poder familiar deriva do princípio constitucional da paternidade responsável e é um instituto que atua no interesse dos filhos menores e da família, de forma a atender o estabelecido na Constituição Federal. Nesse sentido, os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar, inerente e natural dos pais, sendo este irrenunciável, inalienável e imprescritível. Para Rafael Madaleno e Rolf Madaleno (2019, p. 122), o poder familiar não é um poder de supremacia, mas sim um encargo decorrente da paternidade e da maternidade. Trata-se de um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos filhos menores.

No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 21, estabelece que o poder familiar será efetuado em iguais condições, competindo a autoridade judicial discorrer sobre esse assunto havendo discordância dos genitores, não se pode dizer que o poder familiar será delegado a família substituta do menor, pois, o poder familiar é exclusivo dos genitores, podendo ser extinto ou suspenso nos casos previstos pelos artigos 1.635 e 1.637, ambos do Código Civil. Logo, o que se transmite nesse caso é o poder de guarda do menor.

A guarda de fato independe de pronunciamento judicial, ela é definida de acordo com a vontade de quem assume o dever de cuidado dos infantes, assim que a separação de fato é consumada, em outros termos, quando um dos genitores deixa o lar conjugal. Essa modalidade ocorre apenas pela vontade exclusiva dos genitores, não sendo estabelecida juridicamente. Todavia, a ausência de estipulação judicial é prejudicial, em diversas situações o poder familiar pode deixar de ser exercido por um dos genitores ou a guarda de fato dos infantes pode ser entregue a terceiros na possibilidade de inexistir recursos e/ou estabilidade para mantê-los, gerando assim, a criação de um vínculo jurídico que poderá ou não ser mantido pelo reconhecimento judicial (DIAS, 2021).

Para além disso, na guarda de fato inexistente segurança jurídica quanto aos interesses dos filhos incapazes. A ausência de regulamentação pode interferir direta ou indiretamente na saúde física e psicológica, bem como no desenvolvimento do filho e na manutenção da afetividade e vínculo fraternal do menor com o genitor não guardião e sua família extensa.

A guarda praticada por terceiros não implica em destituição do poder familiar, pois, os pais ainda podem ser titulares desse poder, mesmo que não exercendo a função de guardiões. É encorajado, pelo Codex Civilista, estabelecer convivência sadia, com atenção e cuidado ao menor de forma a observar a formação social e educacional dos filhos. Outrossim, havendo a destituição ou a suspensão do poder familiar, o incapaz poderá ser colocado em família extensa ou substituta, que melhor atenda o bem-estar do menor, desde que, ambos os detentores do poder familiar estejam vedados de exercê-lo, ou, que representem risco a integridade da prole.

Na guarda compartilhada, é garantida de forma efetiva a participação de ambos os genitores na vida da prole em comum, visto que a presença dos genitores na rotina dos filhos e a divisão das responsabilidades e o exercício dos direitos e deveres advém do poder familiar



(ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020). O ordenamento jurídico após a promulgação da Lei 13.058/14, alterou o dispositivo 1.583, CC, passando a incluir expressamente que na guarda compartilhada “o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”.

Para Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo, a aplicação da guarda compartilhada “deve observar a situação vivida pelos genitores, apesar de ser mais benéfica é necessário o bom convívio para que ela realmente atinja seu objetivo (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020, p. 1844)”. Ao instituir a guarda compartilhada como regra no ordenamento jurídico, o legislador buscou minimizar os efeitos do divórcio no desenvolvimento da prole, uma vez que, uma relação rodeada de conflitos implicaria em inúmeras discussões para decidir sobre questões básicas dos filhos, deixando-os mais vulneráveis e tratando-os como mero objeto do litígio.

Em que pese a guarda compartilhada busque um ambiente harmônico e de mútua assistência, os desarranjos vividos pelo casal podem afetar a adequada aplicação da guarda compartilhada, podendo, inclusive, aumentar os transtornos e consequências aos menores.

Por outro lado, a guarda unilateral para Carlos Roberto Gonçalves apresenta o “inconveniente de privar o menor da convivência diária e contínua de um dos genitores (GONÇALVES, 2019, p. 309)”. Para Maria Berenice Dias, a guarda unilateral “sem dúvida afasta o laço de paternidade da criança com o não guardião (DIAS, 2021, p. 383)”.

Quando se fala em guarda unilateral, não obstante a ruptura conjugal, é o exercício da guarda por um dos genitores de forma a supervisionar os interesses dos filhos, cabendo ao genitor não guardião a convivência, bem como solicitar informações que afetem, direta ou indiretamente a saúde física, psicológica e educação dos seus filhos (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020). O contraponto estabelecido entre a guarda unilateral e compartilhada é a justamente a busca do legislador em proporcionar o maior respaldo e garantia aos direitos fundamentais anteriormente elucidados.

Já a guarda alternada, apesar de não prevista no ordenamento jurídico, pode ser aplicada e convencionada entre os progenitores. Embora a guarda alternada não seja proibida, somente será viável se redundar, de modo absolutamente indubitado, em maior benefício a prole, do que a guarda compartilhada e/ou unilateral seria capaz de gerar (MADALENO, Rafael; MADALENO, Rolf, 2019).

Na guarda com alternância mensal de lares, criança e o adolescente vivem de forma alternada com os pais, na residência de cada um, intercalando-se de forma diária, semanal, mensal ou anual, concluindo-se que haverá, de igual modo, alteração do progenitor guardião e não guardião, implicando em prejuízos para o desenvolvimento saudável e assimilação da rotina preexistente de cada genitor.

Em sede de divórcio, o anseio dos genitores em participar integralmente da rotina dos filhos, faz com que os interesses, o bem-estar e o desenvolvimento familiar e comunitário dos incapazes sejam comprometidos, unicamente para satisfazer os interesses dos progenitores e transformá-los em meros e manipuláveis objetos do litígio.

2.3.1 Do Período De Convivência

O direito de convivência está diretamente ligado ao instituto da guarda. É regulado ao genitor não guardião de forma a garantir o direito dos filhos de estarem na companhia deste. Conforme preconiza o artigo 1.632, CPC, a “separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.



A convivência do genitor que não detém a guarda, visa não somente reduzir os traumas do divórcio na vida da prole, como também manter as relações afetivas e familiares, atendendo as necessidades dos filhos e cumprindo com os preceitos constitucionais garantidos pela Constituição Federal (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020).

Na hipótese de guarda à terceiros, a obrigação de supervisão dos interesses dos filhos, como sua manutenção e educação, é mantida aos pais não sendo impedido, de igual modo, a convivência destes com os menores, pois, se reconhece a importância de preservar laços afetivos estabelecidos entre pais e filhos.

2.3.2 Dos Alimentos

Para Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo, os alimentos são “prestações pagas de tempo em tempo para suprir necessidade de quem não pode munir-se de elementos para satisfazê-las (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020, p. 1927)”. A prestação alimentar encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo indispensável para a subsistência necessários a uma vida digna (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020).

No divórcio, a prestação dos alimentos deve ser observada com base nas espécies tratadas no ordenamento jurídico. No divórcio consensual administrativo e nos termos do artigo 733, do CPC/15, a fixação de alimentos para os incapazes deve passar pelo crivo do Poder Judiciário, logo, conclui-se que, a escritura pública não pode dispor acerca de direitos indisponíveis dos incapazes (GONÇALVES, 2019).

Em razão das particularidades da prestação de alimentos, estes recebem características que devem ser observadas no momento de fixação, bem como ao longo da prestação alimentar. A obrigação alimentar fundamenta-se no direito da personalidade, ou seja, é o direito a garantia da vida digna. O caráter pessoal do alimento deriva não somente da existência de um indivíduo, mas também do vínculo pessoal e familiar entre o credor e o devedor da obrigação alimentar. Ainda, por manter a característica pessoal, os alimentos por surgirem de uma situação concreta, são reclamados por quem possui necessidade e derivados de quem tem possibilidade de fazê-lo (MADALENO, 2017).

Por outro lado, os alimentos são transmissíveis, em outras palavras, os alimentos são transmitidos aos herdeiros do devedor e restritos a herança deixada pelo *de cuius*, não respondendo os herdeiros com seus patrimônios pessoais, conforme preceitua o artigo 1.700, CC/02.

Ainda, a irrepitibilidade dos alimentos, embora não consignada em lei, é trazida como entendimento em doutrinas, jurisprudências e súmulas, ou seja, os alimentos pagos não serão restituídos ao credor. Nesse sentido, a Súmula 621 do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que “os efeitos da sentença que reduz, majora ou exonera o alimentante do pagamento retroagem à data da citação, vedadas a compensação e a repetibilidade”.

A prestação alimentar é marcada por inúmeras características, dentre elas, está presente a irrenunciabilidade dos alimentos, preceituada pelo artigo 1.710, CC/02 que estipula que o credor dos alimentos pode deixar de presta-los, entretanto não poderá renunciar o direito a alimentos, haja vista que estes são importantes para a subsistência e desenvolvimento da prole em comum (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020).

Fixados os alimentos, eles atenderam outras particularidades, os alimentos provisórios são aqueles estabelecidos quando, dentro do divórcio, houver prova pré-constituída de liame biológico ente o alimentante e o alimentando. Dessa forma, ao determinar liminarmente a prestação de alimentos, é garantido ao alimentado o amparo alimentar no curso da ação, não



somente após a sentença. Nesse sentido, os alimentos provisórios têm natureza antecipatória, podendo ser deferidos antes da sentença de maneira liminar, inclusive de ofício pelo juiz ou por requerimento da parte, salvo se a parte credora declarar que não precisa dos alimentos (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020).

Os alimentos provisórios concretizam-se em alimentos definitivos quando homologados judicialmente em ação de alimentos (rito especial) ou ação com pedidos cumulativos de alimentos, possuindo caráter permanente (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020).

A fixação dos alimentos por sentença dependerá da inexistência de dúvida quanto ao direito em si e o quantum a ser fixado. Embora chamados de definitivos, os alimentos podem ser revisados a qualquer momento, sujeitando-se a comprovação de mudança na situação do alimentante ou do alimentado, conforme dispõe o artigo 1.699, do CC/02.

Após estabelecidos, os alimentos poderão ser fixados mediante o pagamento de forma própria ou imprópria ao alimentando. Os alimentos próprios são aqueles que atendam as necessidades do alimentando, suprindo não somente os alimentos propriamente ditos, mas também as despesas básicas para a manutenção do indivíduo, de modo que o alimentando manter a sua condição social (MADALENO, 2017).

Por outro lado, os alimentos impróprios são aqueles estipulados em valor pecuniário, com pagamentos periódicos estabelecidos em juízo, normalmente com base na correção monetária do salário mínimo vigente. A fixação dos alimentos com base no salário mínimo não é requisito obrigatório, o artigo 1.710, do CC/02 prevê apenas que a pensão alimentícia deve ser atualizada levando em consideração os índices oficiais. Na prática os alimentos impróprios são os mais utilizados para a prestação alimentícia, bem como atualizados com base no salário mínimo.

O pagamento dos alimentos não iniciará, obrigatoriamente, após o nascimento com vida da prole. É garantido a mulher gestante o direito de requerer, ainda na gestação, alimentos gravídicos, consoante artigo 1º, da Lei n. 11.804/2008. São fixados de forma provisória à gestante, com base em indícios de paternidade, enquanto perdurar o estado gravídico, convertendo-se em pensão alimentícia após o nascimento com vida da prole em comum (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2020). Os alimentos são direito do nascituro como forma de garantir o adequado desenvolvimento da vida intrauterina.

Embora fixados desde o desenvolvimento intrauterino saudável, o direito ao recebimento da prestação alimentícia não cessa ou extingue-se com a maioridade. O enunciado 344 do Conselho da Justiça Federal pontua que "a obrigação alimentar originada do poder familiar, especialmente para atender às necessidades educacionais, pode não cessar com a maioridade".

2.4 A Intervenção do Ministério Público

O Direito de Família é o ramo do Direito de foro mais íntimo por tratar de relações familiares de afeto (LIMA, 2007). Nesse sentido, o ordenamento jurídico entende pela vedação da intervenção estatal na comunhão da família e tal entendimento encontra respaldo no artigo 1.513 do CC/02, dispondo que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A vedação da intervenção do Estado e de particulares também é realçado pela Carta Magna, na primeira parte do § 7º, do artigo 226, dispondo que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal”. Todavia, o princípio da não intervenção não impede o Estado de proteger a

família, ao contrário, é imposto, obrigatoriamente, ao Estado fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício do direito ao livre planejamento familiar, conforme dispõe a segunda parte do § 7º, do artigo 226, CF/88.

A Constituição, como já mencionado, prevê a atuação do Estado na intimidade da família, visando a proteção do grupo familiar a fim de coibir a violência contra seus membros e garantir proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente. Nesse sentido, foi conferido ao Ministério Público o perfil de órgão interveniente, a fim de propiciar a proteção adequada, dentro do Direito de Família, aos interesses dos incapazes como *custos legis* (ZENKNER, 2006).

A importância da intervenção Ministerial nos direitos indisponíveis é inegável, encontrando respaldo no artigo 82, inciso I do Código de Processo Civil, como também no *caput* do artigo 127 da Constituição Federal, dispondo, *in verbis*, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Em que pese a existência de vedação da intervenção do Estado na comunhão da família, é inequívoco que o Ministério Público possui legitimidade para atuar como interveniente na tutela de interesses individuais indisponíveis. Contudo, isso não quer dizer que o *Parquet* atuará no divórcio como *custos legis* após estarem resguardados os direitos dos incapazes. A intervenção do Ministério Público restringe-se apenas e tão somente ao interesse indisponível, a fim de proteger e resguardar o direito à guarda, alimentos e período de convivência da prole em relação aos genitores, portanto, superados os interesses indisponíveis, não manifestar-se-á em relação aos demais direitos vinculados ao divórcio (LIMA, 2007).

A proteção dos direitos indisponíveis do incapaz, através da intervenção do Ministério Público, é tratada, inclusive, no artigo 201, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Essa proteção garante aos incapazes o acesso à justiça e garantia que os interesses se sobreponham a qualquer interesse disponível, visando a proteção do melhor interesse da criança e do adolescente (ZENKNER, 2006). Ademais, ao Ministério Público é conferida a obrigatoriedade de atuação em todos os processos, em que não for parte, como *custos legis* para a defesa dos interesses da criança e do adolescente ali presente, nos moldes do artigo 202 do ECA.

Por conseguinte, a atuação do *Parquet* como fiscal da ordem jurídica, em sede de divórcio, busca amparar os incapazes e garantir a adequada proteção dos direitos fundamentais e dos interesses indisponíveis, visando o desenvolvimento saudável da prole, que em meio ao litígio são marginalizados.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho de conclusão de curso, buscou-se demonstrar como o divórcio pode influenciar nos direitos fundamentais e indisponíveis dos incapazes, que, embora, não figure parte legítima da ação, merecem a supervisão dos seus interesses. O Direito de Família, ao longo dos anos contou com inúmeras evoluções, dentre elas, o divórcio, instituto que sofreu alterações significativas que influenciaram diretamente nos interesses dos incapazes, de modo a proporcionar melhor amparo aos filhos menores.

Os incapazes, no divórcio, são os principais prejudicados, tendo em vista que são tratados como mero objeto do litígio nos processos judiciais. No divórcio, em especial, na via litigiosa, entende-se que um dos divorciados não anui com a dissolução do casamento, podendo, inclusive, não concordar com a modalidade de guarda a ser exercida, o valor da prestação de alimentos ou o período de convivência.

Nesse contexto, a postergação da ação judicial afeta diretamente o desenvolvimento e o bem-estar dos incapazes, que, observando-se as peculiaridades de cada caso, são deixados à margem do litígio. Nessa toada, faz-se importante a investigação pela celeridade da ação e consequente conciliação dos transigentes, visando diminuir os prejuízos na vida dos cônjuges e principalmente, amenizar os reflexos do divórcio na vida dos filhos.

Dentro do divórcio, a busca pela preservação dos filhos é essencial, fazendo-se necessário a aplicação dos princípios constitucionais com maior observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e do superior interesse da criança e do adolescente, a fim de destinar maior amparo legal aos incapazes e assegurar que o litígio não afete de forma imoderada o lado mais fraco.

Nessa perceptiva, os genitores possuem papel importante na aplicação dos princípios fundamentais, eis que, como titulares do poder familiar, devem servir de suporte para o desenvolvimento da prole em comum. Já busca pelo amparo dos incapazes, deve-se observar o resguardo dos direitos indisponíveis, uma vez que, por serem considerados pessoas de direito em fase de desenvolvimento, possuem clara posição de vulnerabilidade em relação aos genitores. A inobservância ou eventual renúncia dos genitores para como os interesses da prole, geram riscos ao seu pleno desenvolvimento.

Nessa senda, em que pese a Constituição Federal faça expressa menção a vedação da intervenção do Estado na comunhão da família, o Ministério Público possui importante papel na proteção dos interesses indisponíveis e dos direitos fundamentais, garantindo adequado amparo ao desenvolvimento saudável e manutenção da vida digna dos filhos do casal.

Restou assim, demonstrado que em sede de divórcio, a inobservância de preceitos legais pode gerar prejuízos irreparáveis aos filhos. Nesse sentido, os genitores como detentores do poder familiar devem amparar e garantir o melhor desenvolvimento da prole, em especial, dentro e após o processo de divórcio, buscando minimizar os impactos que alcançam os filhos. Todavia, quando o amparo dos genitores não for suficiente para a observância dos direitos fundamentais e proteção dos interesses indisponíveis, a intervenção do Estado, por intermédio do órgão interveniente, se faz necessário.

REFERÊNCIAS

ASSIS NETO, Sebastião de; MELO, Maria Izabel. Manual de direito civil. 9. ed. rev. ampliada e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

ABBAD, Roosevelt. O superior interesse da criança e a Lei Nº 13.058/14 - Guarda Compartilhada. Disponível em: <<https://rooseveltcarlos.jusbrasil.com.br/artigos/159483157/o-superior-interesse-da-crianca-e-a-lei-n-13058-14-guarda-compartilhada>>. Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. Divórcio será imediato com promulgação de emenda à Constituição. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/noticias/142362-divorcio-sera-imediato-com-promulgacao-de-emenda-a-constituicao> >. Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 8.069 de 13/07/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022



BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10/01/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 6.515 de 26/12/1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 12.010 de 03/08/2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16/03/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 13.058 de 22/12/2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113058.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 11.441 de 04/01/2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111441.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Emenda Constitucional n. 66, de 13/07/2010. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc66.htm> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

BRASIL. Lei n. 11.698 de 13/06/2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm#art1> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

COSTA, Rosângela. Como dissolver a união estável? Disponível em: <<https://costarosangela.jusbrasil.com.br/artigos/529713213/como-dissolver-a-uniao-estavel>> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

CRUZ, Alexandre. Quais são os requisitos para se fazer o divórcio ou a separação extrajudicial? Disponível em: <<https://alexandrejocruz.jusbrasil.com.br/artigos/267101518/quais-sao-os-requisitos-para-se-fazer-o-divorcio-ou-a-separacao-extrajudicial>> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 14. ed. rev. ampliada e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.



Divórcio e Separação Extrajudicial. Disponível em: < <https://www.anoreg.org.br/site/atos-extrajudiciais/tabelionato-de-notas/divorcio-e-separacao-extrajudicial> > em: 09. ago. a 11 out. 2022

GIL, Antônio Carlos. Como elaborar projeto de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6: direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

IBDFAM. A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

LIMA, Fernando Antônio Negreiros. A intervenção do Ministério Público no processo civil brasileiro como *custos legis*. São Paulo: Método, 2007.

MADALENO, Rafael. Guarda Compartilhada : física e jurídica / Rafael Madaleno, Rolf Madaleno. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2019.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed., rev., atual e ampliada. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MADALENO, Rolf, 1954 – Direito de família. 7.^a ed. rev., atual e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MAIA, Fabiana Meira. CONCUBINATO ADULTERINO: Panorama histórico e disciplina jurídica a partir do Código Civil de 2002. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/321/CONCUBINATO+ADULTERINO>> acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

OLIVEIRA, Fábio Seabra. O divórcio. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35132/o-divorcio>> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

SALES, Fernando Augusto. ECA - Aspectos civis.: Da família e do direito à convivência familiar da criança e do adolescente. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25506/eca-aspectos-civis>> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil – volume. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Súmula n. 197. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas/2010_14_capSumula197.pdf > Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022



TARTUCE, Flávio. O divórcio unilateral ou impositivo. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2019/07/10/divorcio-unilateral-impositivo/>> Acessado em: 09. ago. a 11 out. 2022

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e efetividade do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.