

# Direito de Família

Profa. Elena de Carvalho Gomes

Matéria do semestre: (1) casamento, (2) união estável, (3) parentesco, (4) tutela e curatela.

1ª prova, 30 pontos: 10/04

Estudo dirigido sobre tutela e curatela, individual, manuscrito, 30 pontos.

3ª prova, 40 pontos: 05/06

Bibliografia: Caio Mario, Washington de Barros, Rosenvald (não gosta muito).

Artigo: "Desbiologização da paternidade", prof. Vilela.

06/02/2014

## CASAMENTO

No Código de 16 as pessoas poderiam se separar faticamente, mas isso não era o bastante e para dissolver o vínculo conjugal. Havia o desquite, que apenas dissolvia a sociedade conjugal, mas não o vínculo. A jurisprudência buscava contornar a indissolubilidade do casamento; para não permanecerem casadas, as pessoas buscavam a anulação do casamento, que era um instituto mais amplo. A lei do divórcio, de 77, permitiu que as pessoas se livrassem do vínculo.

A mulher era no CC de 16 relativamente incapaz e precisava da assistência do marido para praticar os atos da vida civil. Estatuto da mulher casada fez com que a mulher se tornasse capaz; ainda assim ela precisava da outorga marital para a prática de determinados atos (// outorga uxória).

A CF/88 alterou o panorama do direito de família, por ser detalhista em sua essência: a união estável foi reconhecida como unidade familiar; os filhos que nasciam durante o casamento (legítimos) foram equiparados aos que nasciam fora do casamento (ilegítimos).

Leis sobre União Estável surgiram após a CF.

Hoje não se pode estudar direito de família sem conhecer as orientações jurisprudenciais do STJ e, sobretudo do STF. Este promoveu uma interpretação da CF que inclusive implicou a alteração de dispositivos do CC. (*copiado do caderno da Júlia*)

### **1) O casamento como instituição cultural**

Nem sempre o casamento foi um produto exclusivamente jurídico. Muito pelo contrário, ele nasce como a união de duas pessoas numa comunidade, mas no âmbito religioso. **Produto cultural muito associado à religião e que está fortemente ligado à ideia de procriação**

ão - daí porque a união de duas pessoas do mesmo sexo era proibida. Também ocorria muito por finalidades econômicas.

Com o passar dos séculos, o casamento se distancia de ideais religiosos.

Com a República e o estado laico, o casamento passou a ser civil, apesar de não excluir o religioso (o casamento religioso pode gerar consequências civis).

## 2) Casamento e família

O casamento era a base da família. Somente com um casamento se pensava em família completa.

Durante muito tempo o casamento foi tratado assim pelo Direito brasileiro, o casamento era a forma ideal de Constituição da família. Famílias constituídas de outras formas eram consideradas inferiores.

Houve evolução cultural e hoje a própria Constituição reconhece outras formas de constituição de família e o casamento não é tido como a forma mais importante. Entretanto, as famílias formadas pelo matrimônio têm uma proteção mais eficaz, por toda a questão formal mesmo da constituição.

O casamento deixou de ser um instituto para a realização de fins econômicos ou culturais, ele é mais do que nunca um instrumento de realização íntima dos cônjuges - livre des envolvimento da personalidade. Logo, por ser para fins de satisfação pessoal, há de se rever uma forma de dissolução desse vínculo, por isso, os ordenamentos jurídicos ocidentais admitem o divórcio. Mais, obter esse divórcio é cada vez mais fácil - França e a desdramatização do divórcio. Há uma lei aqui no Brasil, de 2011, que permite o divórcio consensual em cartórios.

## 3) Natureza jurídica do casamento

**Teoria negocial/contratual:** o casamento cada vez mais tem sido visto como um negócio jurídico (logo, fruto da celebração das vontades dos cônjuges) e no qual há a possibilidade de se estabelecer uma série de regras (o conteúdo delas). Ex.: pacto antenupcial, regime de bens. Essa é a visão que tem prevalecido ao longo dos tempos, mesmo antes do CC 2002.

Rosenvald diz que o casamento é um negócio jurídico bilateral, mas não é um contrato - professora discorda, essa afirmação parte do pressuposto de que todo contrato é patrimonial, o que nem sempre ocorre. O casamento é um contrato *sui generis*, porque não se submete as regras de equilíbrio econômico, etc.

O casamento cria para os cônjuges os deveres de fidelidade, de mútua assistência, de veres que independem da vontade das partes.

Caio Mário diz, ainda, que as formalidades que revestem o casamento também o diferenciam dos outros contratos: habilitação preliminar; cerimônia com a presença dos contraentes; formalidades subsequentes, com o registro da união.

**Teoria institucional:** o casamento não tem natureza contratual, mas institucional, porque suas normas são ditadas pela lei (da mesma forma que a S.A.). Há muitas normas que não podem ser afastadas por parte dos cônjuges, o que, inclusive, é alvo de muitas críticas da doutrina. Ex.: necessidade de ter o mesmo domicílio, dever de fidelidade, etc. Essas regras são consideradas muito intervencionistas, porque o Estado tenta regular matérias eminentemente privadas.

**Teoria mista ou eclética:** em razão desse aspecto institucional e desse aspecto contratual/negocial, há parte da doutrina que classifica o casamento como misto.

***Matrimonium in fieri:*** momento em que as pessoas decidem se casar, prevalece o aspecto negocial, ato de vontade.

***Matrimonium in facto:*** momento em que as pessoas se casam. A partir daquele outro matrimônio, o que prevalece é o aspecto institucional, por causa das inúmeras regras do CC 2002 inafastáveis.

A maioria da doutrina realmente classifica o casamento como um instituto de natureza negocial. Isso porque grande parte das regras que compõem o *matrimonium in facto* são decididas pelos cônjuges, como o regime de bens. O que prevalece é o tom negocial. Há uma série de contratos que possuem várias regras que não podem ser afastadas (ex.: contrato de locação), o mesmo ocorre com o casamento. O Estado intervém demais em uma matéria extremamente privada.

#### 4) Características do casamento

- **Formal e solene:** sujeito a uma série de disposições quanto à forma que ele vai ser feito. Há uma série de tempos legais, inclusive para que os cônjuges pensem bem no que eles vão fazer.
- **Impossibilidade de sujeição a termo ou condição:** acontecimento futuro incerto (condição), acontecimento futuro certo (termo). O ato passa a ter efeitos desde logo.
- **Estrutura monogâmica:** a jurisprudência, entretanto, tem reconhecido uniões estáveis entre mais de duas pessoas, dentro de uma estrutura poligâmica. Para a professora, daqui a pouco o casamento pode começar a aceitar essas outras formas, o que, para ela, é complicado, porque culturalmente o casamento é pensado entre duas pessoas, a lei também é assim pensada.
- **Dissolubilidade:** o casamento pode ser dissolvido a qualquer momento.
- **Gratuidade (art. 1512):** a celebração do casamento é gratuita, mas os outros procedimentos anteriores (ex.: habilitação), via de regra, são pagos, sendo assegurada a gratuidade àqueles que não tiverem condições de pagar.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

- **Igualdade dos cônjuges (art. 226, §5º CR):** mulher e homem no mesmo patamar.

## - Exigência de diversidade de sexos (?)

**ADIN 4277/2011:** reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

**REsp 1183.378/RS:** reconheceu que duas mulheres podiam se habilitar para o casamento.

**Resolução do CNJ:** determinou que os cartórios devem celebrar os casamentos entre pessoas do mesmo sexo ou converter a união estável. A professora acha essa resolução complicadíssima, porque essas mudanças no direito brasileiro não podem ser feitas por resoluções, atropelando a competência do Congresso.

## 5) Casamento religioso com efeitos civis (art. 226, §2º, CR)

*Art. 226. § 2º- O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.*

### Cerimônia civil ou religiosa (art. 1515 e 1516)

*Art. 1.515. O casamento religioso, que atender às exigências da lei para a validade do casamento civil, equipara-se a este, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.*

*Art. 1.516. O registro do casamento religioso submete-se aos mesmos requisitos exigidos para o casamento civil.*

### Casamento com habilitação posterior à celebração religiosa (art. 1516, §2º)

*Art. 1516. § 2º O casamento religioso, celebrado sem as formalidades exigidas neste Código, terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for registrado, a qualquer tempo, no registro civil, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente e observado o prazo do art. 1.532.*

O casamento é um instituto civil, o Estado é laico, mas o casamento religioso pode ter efeitos civis.

Mas, para tanto, a celebração deve seguir algumas regras, de forma a cumprir os requisitos exigidos legalmente. Ele não dispensa, por ex, a necessidade do procedimento de habilitação - pode ser feita, inclusive, *a posteriori*: a pessoa se casa no religioso e depois vai no cartório fazer essa habilitação, daí os efeitos do casamento retroagem ao momento da cerimônia.

## 6) Esponsais

Quebra da promessa de matrimônio gerava indenização. Instituto que se localizava entre a responsabilidade civil e o direito de família.

Hoje esse instituto não mais existe, diante da evolução cultural. Ninguém pode ser compelido a se casar.

Além disso, a doutrina entende que os presentes recebidos não devem ser devolvidos.

13/02/2014

## CAPACIDADE PARA O CASAMENTO

A parte geral dispõe sobre a capacidade ordinária/genérica para atos da vida civil, entretanto, o código estabelece, para alguns atos, uma capacidade diferente.

Absolutamente incapazes, relativamente incapazes, capazes.

Isso ocorre com a capacidade testamentária (a partir de 16 anos), bem como com a capacidade matrimonial.

Lembrar que se a pessoa for relativamente incapaz, **a partir do casamento, a pessoa se emancipa e se torna capaz para os atos da vida civil.**

### **1) Incapacidade e impedimento matrimonial.**

A incapacidade para o casamento é genérica.

O impedimento é a impossibilidade de se casar com determinadas pessoas (ex.: com seu pai/mãe). Está no âmbito da legitimação.

### **2) Capacidade específica para o matrimônio e capacidade genérica para os atos da vida civil.**

Todos os que possuem a capacidade genérica tem capacidade matrimonial, mas o contrário não é verdadeiro. Não há coincidência exata.

### **3) Parâmetro etário: art. 1517.**

*"Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil."*

**A idade núbil é 16 anos**, se a pessoa ainda for menor, é necessária **autorização** dos pais. Essa autorização é **extrajudicial** e é para a **habilitação**.

Quando houver **divergência entre os pais**: par. único do art. 1517, que remete ao par. único do art. 1631: *"Art. 1631. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles **recorrer ao juiz para solução do desacordo.**"*

E se o menor for capaz - i.e., se o menor tiver sido emancipado? Ele precisaria, então de autorização dos pais?

**En. 512 da V Jornada de Direito Civil:** consagrou-se que **o art. 1517 não se aplica ao emancipado.**

Para a professora, esse enunciado é bem coerente, isso porque uma das causas de emancipação é a própria autorização dos pais, i.e., se os pais já autorizaram, não faz sentido se exigir nova autorização. Ainda que a causa de emancipação não tenha sido a autorização dos pais, **o fato de o menor ter sido emancipado evidencia que ele tem maturidade para tratar das questões da sua vida pessoal e patrimonial.**

A autorização dada pelos pais pode ser revogada: *"Art. 1.518. **Até à celebração do casamento podem os pais, tutores ou curadores revogar a autorização.**"*

#### 4) Suprimento judicial de consentimento: art. 1519.

E se nenhum dos pais autorizar/concordar com o casamento? O filho tem de se curvar a os interesses deles?

Bem, até o início do século XX, havia uma verdadeira tirania dos pais em relação aos filhos, então, sequer se ouvia o menor sobre as questões referentes a sua própria vida.

Entretanto, no final do século XX, com a Constituição e, especialmente, com o ECA passou-se a uma ideia de que o menor deveria ser ouvido acerca de seus interesses - lógica do melhor interesse da criança e do adolescente.

Assim, hoje **o menor pode pedir o suprimento do consentimento parental à Justiça**: "Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz."

**Ministério Público tem de se manifestar** por tratar-se de interesse de incapaz.

"Negativa injusta": termo amplo, depende da análise do juiz.

#### 5) Suprimento judicial de idade: art. 1520.

Eventualmente, **excepcionalmente, o casamento pode ser realizado antes da idade núbil**.

##### Hipóteses:

"Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1517), para **evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez**."

##### a) gravidez.

O legislador não quer que a menina seja mãe solteira, que a menina dê a luz a um filho fora do casamento, "ilegítimo". Parâmetros antigos de moralidade.

##### b) evitar imposição de pena criminal. (?)

Antigamente, o CP previa que o casamento era causa extintiva de punibilidade nos chamados de "crimes contra os costumes". Para a professora, em razão de uma interpretação muito literal da violência presumida em caso de estupro de menores, esse dispositivo existia para evitar injustiças.

**Lei n. 11.106/2005 (revogou o inciso VII do art. 107 do CP). O casamento não é mais causa extintiva de punibilidade, logo, essa possibilidade de suprimento de idade para casamento também foi tacitamente revogada - posição unânime.**

Lembrar que, em direito de família, a jurisprudência tem tido uma posição muito maleável, relativista. Assim, ainda que legalmente somente possa haver suprimento de idade em razão de gravidez, **a doutrina e a jurisprudência entendem que, se houver motivo justo, razoável, pode haver suprimento de idade em outros casos** (análise casuística).

## IMPEDIMENTOS MATRIMONIAIS

### 1) Conceito

**Proibições legais para que as pessoas não contraiam o matrimônio com determinadas pessoas. Geram a nulidade absoluta do casamento.**

Para Caio Mário, é a "ausência de requisitos para o casamento". Obstáculo legal ao matr

imônio.

## 2) Impedimento e incapacidade

O impedimento está na ordem da legitimação, que não se confunde com capacidade.

As vezes você tem capacidade para praticar o ato, mas não cumpre determinados requisitos - logo, não tem legitimidade para praticá-lo.

No CC 1916, o legislador trazia várias situações com o nome de impedimento que traziam diferentes consequências: nulidade absoluta, nulidade relativa, consequências patrimoniais (causas suspensivas). O CC 2002 separou essas situações. Hoje, os impedimentos não são causa de nulidade absoluta - até a celebração, pode ser arguido por qualquer pessoa e apaz, após, pode-se ajuizar ação anulatória, imprescritível. Por isso, existem os "proclamas".

## 3) Tipos de impedimentos: art. 1521.

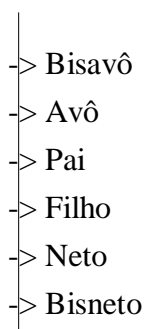
"Art. 1.521. Não podem casar: [...]"

### a) Parentesco em linha reta (art. 1521, I e II c/c art. 1591, 1593, 1595):

"*In infinitum*"

(i) "Art. 1521. I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;"

"Art. 1.591. São parentes em linha reta as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes."



Diferentemente do parentesco colateral, no parentesco em linha reta não interessa o grau.

Esse impedimento existe por razões morais e eugênicas.

"Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem."

Parentesco civil: questão da adoção.

(ii) "Art. 1521. II - os afins em linha reta;"

Os parentes afins são aqueles parentes do seu cônjuge ou companheiro.

Você nunca poderá casar com o seu sogro, por exemplo, porque a afinidade nunca se dissolve: "Art. 1.595. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade."

§ 1o *O parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro.*

§ 2o *Na linha reta, a afinidade não se extingue com a dissolução do casamento ou da união estável.*"

O impedimento **não engloba os colaterais**, você pode casar com o irmão do seu ex cônjuge, por exemplo.

18/02/2014

### **b) Adoção (art. 1521, III e V)**

(i) *"Art. 1521. III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante ;"*

A CRFB estabeleceu uma igualdade absoluta entre os filhos, sejam eles dentro ou fora do casamento, sejam eles biológicos ou não.

Então, o parentesco civil é igual ao natural.

O impedimento que o legislador traça no inciso III é impedimento supérfluo, eis que **já contemplado pela hipótese anterior (letra a).**

Esse inciso, bem como o V, acabam traindo a ideia do legislador de que os adotados e os filhos estão no mesmo patamar.

Proíbe-se, por exemplo, o casamento do Woody Allen e a filha adotada da Mia Farrow, isso porque ela era afim em linha reta do WA, algo que nunca se dissolve, sendo o casamento, portanto, impossível. Não seria necessário, assim, o inciso III.

(ii) *"V - o adotado com o filho do adotante;"*

Esse inciso está englobado pela **hipótese da letra c**, e também foi falha do legislador, especialmente se considerando o grau de preconceito com a adoção que há.

### **c) Colaterais (art. 1521, IV; art. 1592 e 1594)**

Os parentes colaterais (ou transversais) são aqueles que não descendem uns dos outros, mas, sim, de um tronco comum.

*"Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra."*

**O parentesco colateral não é infinito, mas limitado até o 4º grau, inclusive.** O CC 1916 originalmente estabelecia até o 6º grau, a mudança houve especialmente para fins de sucessão.

Sobre a contagem de grau: *"Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente e comum, e descendo até encontrar o outro parente."*

Não existe colateral de 1º grau, os irmãos são parentes colaterais de 2º grau, os tios de 3º e os primos (vulgarmente chamados primos de primeiro) são de 4º. Os outros não são, legalmente, parentes.

*"Art. 1521. IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;"*

Irmãos bilaterais (ou germânicos) possuem mesmo pai e mesma mãe, os unilaterais poss



uem apenas um dos pais em comum.

Proíbe-se o casamento entre irmãos e, teoricamente, entre tios e sobrinhos. Entre primos pode.

Ideia de eugenia e vedação ao incesto.

Ocorre que o **Dec.-Lei de 3200/1941** estabelece exceção ao casamento entre parentes colaterais de 3º grau: dispõe que, caso fosse feito um exame que atestasse que a prole do casal não viesse a sofrer má-formação, o casamento não seria nulo.

Discutiu-se, após a entrada em vigor do CC 2002, se o decreto teria sido tacitamente revogado ou não. O **enunciado n. 98 da 1ª Jornada de Direito Civil** concluiu que não, vez que o Decreto-Lei seria uma "*lex specialis*" que não poderia ser derogada por uma "*lex generalis*".

#### **d) Bigamia (art. 1521, VI)**

"Art. 1521. VI - as pessoas casadas;"

#### **e) Homicídio (art. 1521, VII)**

"Art. 1521. VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte."

Ex.: A é amante de B e casada com C. B mata C. Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, A não pode casar com B, é nulo esse casamento.

Há a necessidade de uma sentença penal condenatória. O homicídio deve ser doloso, tentado ou consumado, e não há a necessidade de o ex-cônjuge (no caso, A) seja cúmplice.

O homicídio culposo não gera a reprovabilidade do homicídio doloso.

Vale lembrar que, no caso do exemplo, se A casa com B antes do trânsito em julgado, após o tj, qualquer interessado e o MP podem alegar tal nulidade (absoluta - imprescritível e insanável).

#### **4. Efeitos (art. 1548, II)**

"Art. 1.548. É nulo o casamento contraído: [...]"

II - por infringência de impedimento."

A incidência de um impedimento gera a nulidade absoluta - imprescritível e insanável - do casamento.

#### **5. Oposição**

**Art. 1522: oposição por qualquer pessoa capaz e pelo oficial do registro** - até a celebração.

"Art. 1.522. Os impedimentos podem ser opostos, até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz.

Parágrafo único. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo."

Daí a publicação dos proclamas, para que qualquer pessoas com notícias do impedimento possa opô-lo.

O oficial do registro é obrigado a opor o impedimento em caso de sabê-lo, sob pena de r

responsabilidade funcional.

Antes da celebração, a oposição se dá na **forma do art. 1529: oposição em declaração escrita e assinada.**

"Art. 1.529. Tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, **instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas**."

A jurisprudência tem condenado a **pagamento por danos morais** aqueles que opõem impedimentos com vistas a tumultuar casamentos de desafetos.

**Art. 1530: nota de oposição dada aos nubentes.**

"Art. 1.530. O oficial do registro dará aos nubentes ou a seus representantes nota da oposição, indicando os fundamentos, as provas e o nome de quem a ofereceu.

Parágrafo único. Podem os nubentes requerer prazo razoável para fazer prova contrária aos fatos alegados, e promover as ações civis e criminais contra o oponente de má-fé."

**Os nubentes são comunicados da oposição para que possam contestá-la.** Se o oficial se negar a celebrar o casamento, eles podem recorrer à Justiça.

**Art. 1548 e 1549: legitimidade do MP e de qualquer interessado - após a celebração.**

Após a celebração, é necessário se **ajuizar ação anulatória.**

"Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode ser promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público."

## CAUSAS SUSPENSIVAS

**As causas suspensivas não fazem com que o casamento seja nulo ou anulável, mas impõem consequências patrimoniais, temporárias ou não. Dizem respeito ao regime de bens.**

Enquanto os impedimentos dizem respeito ao interesse público, as causas suspensivas dizem respeito a **situações de interesse privado.**

Os nubentes estão avisados que, se ocorrer algumas das situações estabelecidas pelo legislador, eles terão uma consequência: se casarão sob o **regime de separação de bens** - não possuirão, portanto, patrimônio comum.

Quando a causa suspensiva não mais se verificar, é possível haver o "levantamento" da causa e conseqüente mudança do regime de bens.

### 2. Tipos:

"Art. 1.523. Não devem casar:[...]"

Vide locução do *caput* do art. 1523 "não devem casar", diferentemente do "não podem casar" do art. 1521. Advertência do legislador: "melhor não casar".

#### a) Confusão patrimonial (art. 1523, I e III)

(i) "Art. 1523. I - **o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;**"

A preocupação do legislador é que o filho não fique prejudicado. Ocorre que antes da partilha pode haver confusão entre os bens do viúvo e dos filhos (já que não se dividiu) e do novo cônjuge.

Para evitar tal situação, o viúvo pode se casar, mas tem de ser obrigatoriamente pela separação de bens.

**Os filhos são tutelados pela causa suspensiva** - interesse particular dos filhos.

Se inexistirem filhos, a causa suspensiva não existe, pois não há interesse a se tutelar. Isso **independe da existência de outros descendentes ou herdeiros. Tampouco incide a hipótese caso o cônjuge falecido tenha filhos com outras pessoas.** Não porque não pode haver a confusão patrimonial - ela de fato pode haver -, mas porque a tendência é em se **interpretar restritivamente** as hipóteses de causas suspensivas, pois significam uma restrição, uma penalidade.

Aqui independe do regime de bens do casal porque, ainda que o regime seja de separação de bens, pode ser que o viúvo ou viúva seja herdeiro do *de cuius*, (separação convencional) e venha a fraudar essa partilha. Enfim, a causa suspensiva sempre incide.

**Art. 1489: Hipoteca legal:** "Art. 1.489. A lei confere hipoteca: [...] II - aos filhos, sobre os imóveis do pai ou da mãe que passar a outras núpcias, antes de fazer o inventário do casal anterior;"

**(ii)** "Art. 1521. III - **o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;**"

A separação colocava fim à sociedade conjugal, mas não colocava fim ao vínculo conjugal - o que faz com que as pessoas não pudessem contrair novas núpcias, como ocorre no divórcio.

**Súmula 197, STJ:** "O divórcio direto pode ser concedido sem que haja partilha dos bens".

Essa súmula estabelece que a partilha pode ser deixada por um momento posterior. Assim, o divorciado que não tiver feito a partilha dos bens com o cônjuge anterior poderá contrair novas núpcias, mas somente pela separação de bens. Assim, evita-se a confusão patrimonial.

Aqui é importante lembrar que **o regime de bens do antigo casamento interessa** - se for a separação de bens, a causa suspensiva não incide, pois não há bens a partilhar.

20/02/2014

**b) Confusão de sangue ("turbatio sanguinis"): art. 1523, II / art. 1597, II**

"Art. 1523. II - **a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal;**"

Legislador quer **evitar a incidência da presunção de paternidade em filhos do casamento e eventual dúvida acerca da paternidade.**

Uma das consequências do casamento é a presunção de paternidade e só poderá ser desconstituída por meio de uma ação própria na qual o (ex)marido tenta provar que não é o p

ai biológico.

*"Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*

*II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;"*

300 dias = +/- 10 meses - ainda assim paira a presunção de paternidade, pois presume-se que a criança foi concebida durante o casamento.

O art. 1523, II existe justamente para evitar a confusão sanguínea, de quem é o pai; para evitar a coincidência dos períodos de presunção de paternidade (art. 1597, I e II).

Aqui, a imposição do regime de separação de bens não se dá para evitar a confusão patrimonial, mas, sim, para **desestimular a mulher a casar nesse período de 10 meses do fim do casamento anterior.**

A jurisprudência e a doutrina têm se posicionado no sentido da desnecessidade desse dispositivo, em razão dos testes de paternidade - em caso de dúvida, basta fazer o teste. Essa causa é chamada de inócua e inútil. De qualquer forma, se alguém levantar essa causa no momento da celebração, o oficial do registro a obedecerá.

#### **c) Contas da curatela ou da tutela: art. 1523, IV**

*"Art. 1523. IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas."*

Tutela = existe para menores, para que eles sejam representados nos atos da vida civil.

Curatela = para os maiores que, por alguma razão, sejam incapazes (absoluta ou relativamente).

Uma das obrigações precípua do tutor e do curador é prestar contas, pois ele não está lidando com patrimônio próprio.

O que se quer evitar com esse inciso é que o casamento acabe escondendo eventuais contas escusas - o tutelado ou curatelado, em uma situação mais frágil, não vai se opor às contas, provavelmente. O tutor ou curador tem que prestar e saldar as contas judicialmente, demonstrando que quer casar porque gosta do tutelado ou curatelado, e não por questões econômicas.

Impondo-se o regime de separação de bens, o legislador evita a confusão patrimonial.

Pergunta: **o tutelado ou o curatelado pode renunciar à prestação de bens, afastando, assim, a incidência da causa suspensiva? Não, porque a obrigação de prestação é legal e independe da vontade do tutelado ou curatelado**, especialmente quando se lembra que essa pessoa não tem condição de gerir seus próprios interesses, manifestar a própria vontade, eis que é incapaz (relativa ou absolutamente).

### 3. Efeito: art. 1641, I

"Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

*I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento ;"*

Imposição do regime de separação de bens. Ausência de bens em condomínio, desnecessidade de partilha. Não há nulidade, seja relativa, seja absoluta, do matrimônio.

### 4. Possibilidade de afastamento das causas suspensivas: art. 1523, par. único

Ex.: E se a mulher viúva, por exemplo, provar que não está grávida? É possível o afastamento da causa suspensiva? Sim, **é possível que a causa seja afastada/levantada desde que se prove que o interesse que se busca tutelar não será lesado.**

"Art. 1523. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo."

### 5. Oposição das causas suspensivas: art. 1524

"Art. 1.524. As causas suspensivas da celebração do casamento podem ser argüidas pelos parentes em linha reta de um dos nubentes, sejam consangüíneos ou afins, e pelos colaterais em segundo grau, sejam também consangüíneos ou afins."

**Restringe o espectro das pessoas que podem alegar as causas suspensivas: apenas os seguintes parentes dos nubentes: os em linha reta; e os colaterais até segundo grau, sejam consangüíneos ou afins.**

A despeito desse artigo não ter tratado do **parentesco civil**, entende-se, a luz da CF (art. 227, §6º), que eles também tem legitimidade para alegar as causas suspensivas (vide **enunciado n. 330 da V Jornada de Direito Civil**).

Ademais, embora não declinado no art. 1524, a doutrina entende que **o ex-cônjuge, nas hipóteses do art. 1523, incisos II e III, também pode arguir a causa suspensiva.**

O oficial do registro pode suscitar a causa suspensiva de ofício? Não, vez que não se trata de interesse público. Ainda que se trate de interesse de menor de idade, mesmo assim, apenas os parentes podem alegá-la.

### 6. Possibilidade de alteração do regime de bens: art. 1639, §2º

"Art. 1639. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros."

Uma das grandes mudanças do CC 2002 foi a possibilidade de mudança no regime de bens do casamento.

Assim, **uma vez cessada a causa suspensiva, os cônjuges podem pedir, judicialmente, a alteração do regime de bens.** A sentença, inclusive, serve para alterar a titularidade de bens imóveis.

## HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO

Doutrina entende que essas regrinhas caberiam à Lei de Registros Públicos - que, de fato, as traz de forma mais pormenorizada, a partir do art. 67 ou 77.

### 1. Conceito e finalidade

Legislador estabelece uma série de etapas, um **procedimento administrativo**, que corre perante o **Cartório de Pessoas Naturais** e **visa a verificar a capacidade e a ausência de impedimentos para o casamento entre os cônjuges.**

### 2. Gratuidade para os pobres: art. 1512, par. único

Via de regra, a **habilitação não é gratuita**, mas, eventualmente, demonstrando os nubentes a impossibilidade de pagar aquela habilitação, **cabe isenção.**

*"Art. 1.512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.*

*Parágrafo único. A habilitação para o casamento, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob as penas da lei."*

### 3. Fases:

#### a) Documentação: art. 1525 e 1526

*"Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos: - **O requerimento para habilitação deve ser pessoal, ou por procurador constituído com poderes específicos para fazer esse registro.***

*I - certidão de nascimento ou documento equivalente; - para verificar a idade - suprimimento de consentimento ou de idade.*

*II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;*

*III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar; - "para inglês ver".*

*IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;*

*V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio." - evitar a bigamia.*

*"Art. 1.526. A habilitação será feita pessoalmente perante o oficial do Registro Civil, com a audiência do Ministério Público. (Redação dada pela Lei nº 12.133, de 2009)*

*Parágrafo único. Caso haja impugnação do oficial, do Ministério Público ou de terceiro, a habilitação será submetida ao juiz. (Incluído pela Lei nº 12.133, de 2009)"*

Membros do MP discordam desse artigo, não vêem motivos para essa incumbência do MP.

#### b) Proclamas: art. 1527

*"Art. 1.527. Estando em ordem a documentação, o oficial extrairá o edital, que se afixará durante **quinze dias** nas circunscrições do Registro Civil de ambos os nubentes, e, obrigatoriamente, se **publicará na imprensa***

*rensa local, se houver.*

*Parágrafo único. A autoridade competente, havendo urgência, poderá dispensar a publicação."*

Dar ciência à comunidade do casamento, para que alguém possa alegar eventual impedimento.

"autoridade competente" - oficial do registro. Motivo para dispensa deverá ser urgente: pessoa no leito de morte, mudança para o exterior.

### **c) Certidão/Certificado: art. 1531 e 1532**

**Depois de 90 dias da habilitação os nubentes devem se casar, se não o fizerem, é necessária nova habilitação.**

*"Art. 1.531. Cumpridas as formalidades dos arts. 1.526 e 1.527 e verificada a inexistência de fato obstativo, o oficial do registro extrairá o certificado de habilitação.*

*Art. 1.532. A eficácia da habilitação será de noventa dias, a contar da data em que foi extraído o certificado."*

### **d) Registro:**

Previsto na Lei de Registros Públicos, **o oficial registra a habilitação no livro competente.**

27/02/2014

Habilitação: procedimento preordenado para apurar se aquelas pessoas que querem se casar são aptas para tanto. **Após a habilitação é feita uma certidão que certifica a aptidão.**

**Então, as pessoas podem se casar.**

## **CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO**

### **1. A cerimônia nupcial: art. 1533**

**A cerimônia nupcial vai se caracterizar, de um lado pela grande formalidade, de outro pela grande publicidade, para certificar que os nubentes realmente querem se casar e que não há impedimentos.**

*"Art. 1.533. Celebrar-se-á o casamento, no dia, hora e lugar previamente designados pela autoridade que e houver de presidir o ato, mediante petição dos contraentes, que se mostrem habilitados com a certidão do art. 1.531."*

A regra é que podem casar as pessoas habilitadas, mas há exceções.

#### **a) Local: art. 1534, caput e §1º**

*"Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, [...] ou, querendo as partes e consentindo a autoridade celebrante, noutra edificação pública ou particular.*

*§ 1º Quando o casamento for em edificação particular, ficará este de portas abertas durante o ato."*

Evidencia a necessidade de publicidade, para garantir a manifestação de terceiros sobre a existência de eventuais impedimentos.

#### **b) Data**

A data deve levar em consideração a expedição da certidão de habilitação - até 90 dias.

### c) Hora

Legislador é silente, mas entende-se que, regra geral, deve ser entre o nascer e o pôr do sol.

### d) Presença dos nubentes

Há exceções.

### e) Testemunhas: art. 1534, caput e §2º

"Art. 1.534. A solenidade realizar-se-á na sede do cartório, com toda publicidade, a portas abertas, presentes pelo menos duas testemunhas, parentes ou não dos contraentes [...]"

§ 2º Serão quatro as testemunhas na hipótese do parágrafo anterior e se algum dos contraentes não souber ou não puder escrever."

**Regra geral: 2 testemunhas.**

**Exceção: 4 testemunhas: quando a celebração for em prédio particular e quando algum dos nubentes é analfabeto ou não puder escrever.** Forma de garantir maior segurança a esse ato.

### f) Manifestação da vontade dos nubentes: art. 1534

### g) Momento em que se tem por celebrado o matrimônio: art. 1514

Momento da manifestação do consentimento ou quando a autoridade os torna casados? Não tem repercussão meramente doutrinária. Cônjuge é herdeiro necessário (o *de cujus* só pode dispor em testamento de 50% de seu patrimônio).

**Caio Mario defende que o casamento se celebra no momento em que os nubentes manifestam sua vontade.** Vem do direito romano, é a vontade dos nubentes que faz o casamento. **Para a professora, essa ideia não se sustenta em face do art. 1514 do CC: "O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados."**

Juiz = juiz de paz, inexistente na prática. Daí quem preside a cerimônia é o oficial do cartório.

Para a professora, então, o casamento se dá a partir do momento em que a autoridade os declara casados (profere palavras do art. 1535). Mas há doutrinadores que defendem a outra teoria.

## 2. Suspensão da cerimônia: art. 1538

O legislador prefere suspender a cerimônia do que casá-las correndo o risco de haver alguma nulidade.

Art. 1.538. **A celebração do casamento será imediatamente suspensa se algum dos contraentes:**

**I - recusar a solene afirmação da sua vontade;**

**II - declarar que esta não é livre e espontânea;**

**III - manifestar-se arrependido.**

**Parágrafo único.** O nubente que, por algum dos fatos mencionados neste artigo, der causa à suspensão do ato, **não será admitido a retratar-se no mesmo dia.**

A lei determina isso do par. único para que a pessoa que estava em dúvida pense melhor

O CC não estabelece se a continuação da celebração deve ocorrer dentro dos 90 dias da



habilitação.

O CC é silente, mas a oposição de alguma causa impeditiva também suspende a cerimônia.

### 3. Assento de casamento: art. 1536 e 1537

Após o casamento, há o assento.

*Art. 1.536. Do casamento, logo depois de celebrado, lavrar-se-á o assento no livro de registro. No assento, assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, serão exarados:*

*I - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges;*

*II - os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais;*

*III - o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior;*

*IV - a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento;*

*V - a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro;*

*VI - o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas;*

*VII - o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.*

Apesar de não haver isso estabelecido no CC, caso haja incorporação de sobrenome do marido ou da mulher, isso também deve constar do assento.

Quando as partes não manifestam sua opinião em sentido contrário, o regime supletivo é o da comunhão parcial, a não ser que se imponha no caso o regime da separação de bens (como quando um dos nubentes tem 70 anos ou mais, da mesma forma quando houve suprimimento judicial de consentimento).

Se as pessoas quiserem outro regime, devem fazer um pacto antenupcial, feito através de escritura pública, lavrada no cartório de notas. Daí porque o legislador afirmou o que a firma no art. 1536, VII.

*"Art. 1.537. O instrumento da autorização para casar transcrever-se-á integralmente na escritura antenupcial."*

"autorização para casar": relativamente incapazes. Se eles tiverem sido autorizados pelos pais e tiverem feito escritura pública para estabelecer regime de bens diferente, etc, há de se transcrever a autorização na escritura.

### 4. Casamento por procuração: art. 1542

É possível que os nubentes se façam representar por procuradores que estejam presentes. A procuração deve dar poderes especiais para o casamento.

*"Art. 1.542. O casamento pode celebrar-se mediante procuração, por instrumento público, com poderes e especiais."*

*§ 1o A revogação do mandato não necessita chegar ao conhecimento do mandatário; mas, celebrado o casamento sem que o mandatário ou o outro contraente tivessem ciência da revogação, responderá o mandante por perdas e danos."*

Revogação do mandato, regra geral: negócio jurídico receptício, precisa da ciência da outra parte. Aqui há exceção a essa regra, pois a revogação do mandato não depende da ciência do mandatário. Mas, se o casamento for celebrado sem a ciência do mandatário relativamente à revogação, o mandante responde por perdas e danos.

Um cônjuge não pode dar o mandato para o outro cônjuge, pois haveria um "autocontrato", uma pessoa representando as duas partes.

A doutrina vacila quanto à possibilidade de ambos os cônjuges estarem representados. Cajo Mario entendia que, se nenhum deles pode estar, melhor esperar. Mas o CC não traz nenhuma vedação a isso, de forma que **tem-se entendido que isso é possível.**

*"Art. 1542. § 3o A eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias.  
§ 4o Só por instrumento público se poderá revogar o mandato."*

## **5. Formas especiais de casamento:**

### **5.1. Casamento em caso de moléstia grave: art. 1539**

*"Art. 1.539. No caso de moléstia grave de um dos nubentes, o presidente do ato irá celebrá-lo onde se encontrar o impedido, sendo urgente, ainda que à noite, perante duas testemunhas que saibam ler e escrever."*

*§ 1o A falta ou impedimento da autoridade competente para presidir o casamento suprir-se-á por qualquer dos seus substitutos legais, e a do oficial do Registro Civil por outro ad hoc, nomeado pelo presidente do ato.*

*§ 2o O termo avulso, lavrado pelo oficial ad hoc, será registrado no respectivo registro dentro em cinco dias, perante duas testemunhas, ficando arquivado."*

**Nubentes já se habilitaram**, mas não se sabe se o nubente poderá esperar a data da celebração ou a data sequer foi marcada.

Matrimônio terá celebração simplificada justamente em razão dessa moléstia grave.

Requerimento no cartório comprovando a moléstia.

### **5.2. Casamento nuncupativo: art. 1540 e 1541**

Nuncupativo: pessoa está para morrer. Analogia ao testamento nuncupativo. Nos dois casos, há flexibilização máxima das solenidades.

**Iminência de morte.**

**Nesse caso há, inclusive, a dispensa da habilitação** - grande diferença do anterior.

*"Art. 1.540. Quando algum dos contraentes estiver em iminente risco de vida, não obtendo a presença da autoridade à qual incumba presidir o ato, nem a de seu substituto, poderá o casamento ser celebrado na presença de seis testemunhas, que com os nubentes não tenham parentesco em linha reta, ou, na colateral, até segundo grau."*

**Dispensa da autoridade. 6 testemunhas**, observando a ressalva quanto ao parentesco.

**Lei n. 6015/73, art. 76: procedimento especial perante a autoridade judiciária para**

## **confirmação do matrimônio nestas condições celebrado.**

**Procedimento judicial de jurisdição voluntária para apurar a validade desse casamento, também previsto no art. 1541:**

*Art. 1.541. Realizado o casamento, devem as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, dentro em dez dias, pedindo que lhes tome por termo a declaração de:*

*I - que foram convocadas por parte do enfermo;*

*II - que este parecia em perigo de vida, mas em seu juízo;*

*III - que, em sua presença, declararam os contraentes, livre e espontaneamente, receber-se por marido e mulher.*

*§ 1o Autuado o pedido e tomadas as declarações, o juiz procederá às diligências necessárias para verificar se os contraentes podiam ter-se habilitado, na forma ordinária, ouvidos os interessados que o requerem, dentro em quinze dias.*

*§ 2o Verificada a idoneidade dos cônjuges para o casamento, assim o decidirá a autoridade competente, com recurso voluntário às partes.*

*§ 3o Se da decisão não se tiver recorrido, ou se ela passar em julgado, apesar dos recursos interpostos, o juiz mandará registrá-la no livro do Registro dos Casamentos.*

*§ 4o O assento assim lavrado retrotrairá os efeitos do casamento, quanto ao estado dos cônjuges, à data da celebração. - casamento será considerado celebrado na data da celebração, não da data do trânsito em julgado da decisão.*

*§ 5o Serão dispensadas as formalidades deste e do artigo antecedente, se o enfermo convalescer e puder ratificar o casamento na presença da autoridade competente e do oficial do registro. - isso dispensa o procedimento judicial, mas os nubentes terão de se habilitar, mas não terão de realizar nova celebração.*

## **6. Casamento consular: art. 1544**

**Celebrado pela autoridade consular brasileira no exterior.** Autoridade consular tem competência para fazer, no exterior, tudo o que o cartório daqui faz. Mas, a autoridade consular apenas poderá celebrar casamento entre dois brasileiros, se um deles é estrangeiro e eles vivem no exterior, valerá a lei local e eles deverão lá se casar.

*Art. 1.544. O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1o Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.*

Isso não é requisito de validade do casamento, mas o registro garante a oponibilidade desse casamento perante terceiros - torna o casamento público.

Obs.: desde 2013, as autoridades consulares têm competência para realizar a separação ou o divórcio consensual.

06/03/2014 (aula copiada do caderno da Júlia C.)

## **PROVA DO CASAMENTO**

Sistema de prova pré constituído.

## 1. Prova direta: art. 1543, *caput*.

Certidão de registro extraída do assento em que ocorreu o matrimônio. Muitas vezes é a berta exceção a esse sistema de prova pré constituída, em função de algumas circunstâncias.

*Art. 1.543. O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.*

*Parágrafo único. Justificada a falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova.*

As únicas hipóteses de exceção são a falta ou perda do registro, que não se confunde com a hipótese de perda da certidão de casamento.

## 2. Provas indiretas:

a) **Justificação judicial do casamento:** procedimento para que seja configurado qualquer outro tipo de prova.

b) **Posse de estado de casado:** art. 1545 e 1547. Caso de cônjuges que faleceram ou não o podem expressar sua vontade para indicar o cartório em que se encontra o registro do casamento.

*Art. 1.545. O casamento de pessoas que, na posse do estado de casadas, não possam manifestar vontade, ou tenham falecido, não se pode contestar em prejuízo da prole comum, salvo mediante certidão do Registro Civil que prove que já era casada alguma delas, quando contraiu o casamento impugnado.*

Posse do estado de casado: lembra a idéia de posse em direitos reais, a idéia de estar no poder de uma situação de fato, como se casado fosse. São elementos que comprovam que e aquelas pessoas compartilhavam uma vida em comum. Aplicação no âmbito do direito de família da teoria da aparência.

Quando houver a prova do estado de casado, os efeitos do matrimônio não poderão ser contestados com relação a prole comum do matrimônio. Pode acontecer de haver essa prova ainda que não tenha ocorrido casamento. Nesse caso não necessariamente o registro não existe mais, mas apenas não se tem notícia de onde ele possa estar.

Se, no entanto, ficar provado que no momento em que o casamento foi celebrado um dos cônjuges já era casado, há o afastamento deste artigo.

Ex.: vovozinha que casou com seu Zé no Piauí e veio para São Paulo. Não se sabe onde está o registro ou o que é esse registro.

Art. 1.547. Na dúvida entre as provas favoráveis e contrárias, julgar-se-á pelo casamento, se os cônjuges, cujo casamento se impugna, viverem ou tiverem vivido na posse do estado de casados.

**3. Princípio do *in dubio pro matrimonio*:** na dúvida, ter-se-á comprovado o estado de casado. Essa regra é dirigida mais ao juiz.

*"Não se trata, evidentemente, de uma presunção de casamento, advinda da posse de estado, nem de prova do matrimônio por este meio. Por maior que seja o tempo em que duas pessoas coabitem, esta união não se converte em casamento. A posse de estado será, portanto um elemento adinicular ou subsidiário, concedido ao juiz, para julgar in favore matrimonii, se as provas produzidas no processo forem colidentes, não o habilitando a decidir, com base nelas, pela existência ou inexistência do casamento."* . A sentença que considerar provado o casamento será registrada no registro civil.

**4. Efeitos civis do matrimônio:** art. 1546

Art. 1.546. Quando a prova da celebração legal do casamento resultar de processo judicial, o registro da sentença no livro do Registro Civil produzirá, tanto no que toca aos cônjuges como no que respeita aos filhos, todos os efeitos civis desde a data do casamento.

## INVALIDADE DO CASAMENTO

### 1. Os planos do negócio jurídico e sua aplicação no casamento

O legislador se preocupa que a vontade expressa entre as partes seja fruto do livre querer delas. Por exemplo, o presidente da cerimônia pode interrompê-la caso exista alguma hesitação por parte dos nubentes.

Portanto, existem certos requisitos que devem ser seguidos na celebração do casamento.

Caso algum deles não seja observado, o casamento será considerado inválido. No caso da teoria das nulidades aplicada ao casamento, ela é bem mais minuciosa e rígida.

O negócio jurídico, segundo a teoria das nulidades em geral, só pode produzir seus efeitos se superar o plano da existência, validade e eficácia.

- **Existência:** subsídio fático-jurídico.

- **Validade:** observância dos requisitos normais para a prática do negócio estabelecidos no próprio ordenamento jurídico (agentes capazes, vontade livre, etc). No caso de invalidade, existem duas soluções: (I) anulabilidade ou (II) nulidade.

- **Eficácia:** relaciona-se a produção de efeitos do negócio jurídico, se verifica quando ho

uver um negócio jurídico válido. No entanto, o negócio jurídico válido não é necessariamente um pressuposto para a eficácia. **A validade não é garantia de eficácia e vice versa**

O efeito principal da declaração de nulidade é a retração ao estado de origem, antes do negócio jurídico. Com a declaração da nulidade, o casamento deixa de produzir efeitos. Logo, **é sempre necessária a declaração de nulidade, enquanto ela não existir o negócio jurídico vai produzir normalmente os seus efeitos.**

No caso do casamento:

Existência: realização de celebração investida de uma autoridade, com nubentes, etc. A existência do casamento pressupõe a diversidade do sexo entre os nubentes. Tendência na jurisprudência e doutrina de admitir o contrário. **Caio Mário afirma que são as seguintes situações que levam à inexistência: identidade de sexos, falta de celebração e ausência de consentimento (diferente de consentimento defeituoso).**

## **2. O casamento inválido**

A validade já foi tratada nos requisitos expostos anteriormente. A legislação se preocupa a nesse ponto com as hipóteses de nulidade e anulabilidade do casamento.

### **2.1. O casamento nulo**

A nulidade é uma reação mais forte do ordenamento.

*Art. 1.548. É nulo o casamento contraído:*

*I - pelo enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil;*

*II - por infringência de impedimento.*

Obs: causas suspensivas não ensejam nulidade matrimonial, apenas surtem efeito no regime de bens.

A doutrina tem entendido que **a referência do inciso I é apenas aos enfermos mentais que e sejam ao mesmo tempo absolutamente incapazes**, pois existem casos de enfermos mentais que não correm risco se casando (ex.: o caso do pródigo). Nesse sentido é o **enunciado 22 da IV Jornada de Direito Civil**.

O art. 1549 determina quem poderá é como poderá declarar a nulidade absoluta do casamento.

*Art. 1.549. A decretação de nulidade de casamento, pelos motivos previstos no artigo antecedente, pode s*

er promovida mediante ação direta, por qualquer interessado, ou pelo Ministério Público.

Muito semelhante com as nulidades da parte geral. A diferença é que aqui **não há previsão de o juiz declarar essas nulidades ex officio**. A doutrina é controversa nesse ponto. Esse casamento também não pode ser confirmado.

11/03/2014

## 2.2. O casamento anulável

O Art. 1550 traz as hipóteses de nulidade relativa do casamento.

*"Art. 1.550. É anulável o casamento: [...]"*

Aqui no caput desse artigo o legislador diz que o casamento é anulável, não nulo.

### 2.2.1. Hipóteses e prazos decadenciais:

Obs.: Prazos decadenciais: **não estão sujeitos a interrupção ou suspensão. No caso de decadência fixada em lei, o juiz tem o dever de pronunciá-la de ofício**, diferentemente da prescrição.

**a) Defeito de idade (art. 1550, I):** *"Art. 1550. I - de quem não completou a idade mínima para casar;"*

Menores de 16 anos que não tiveram o suprimento judicial de idade e se casaram. Muito difícil que isso aconteça em razão da habilitação.

#### Ação anulatória:

**Legitimidade:** *Art. 1.552. A anulação do casamento dos menores de dezesseis anos será requerida:*

*I - pelo próprio cônjuge menor; - própria pessoa que deu causa à nulidade pode argui-la.*

*II - por seus representantes legais;*

*III - por seus ascendentes. - qualquer grau.*

**Prazo: 180 dias. (art. 1560, §1º)**

**Termo inicial:** para o menor, a partir do momento em que ele completa 16 anos; para os ascendentes e representantes legais, a partir do casamento.

**Exclusão: art. 1551 e art. 1553** - hipóteses em que a nulidade relativa é afastada.

*"Art. 1.551. Não se anulará, por motivo de idade, o casamento de que resultou gravidez." - apesar de a CR igualar filhos "legítimos" e "ilegítimos", o CC ainda segue a lógica de que é melhor a "prole" ser criada dentro de um casamento.*

*"Art. 1.553. O menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completá-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais, se necessária, ou com suprimento judicial.*

*" - suprimento de consentimento.*

**b) Falta de consentimento (art. 1550, II):**

*"Art. 1550. II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;"*

#### Ação anulatória

**Legitimados:** o menor, os representantes legais e os herdeiros necessários (descendentes e ascendentes, sem limitação de grau, e o cônjuge - descendentes excluem ascendentes e parentes de grau mais próximo exclui o grau mais remoto).

**Prazo: 180 dias (art. 1555)**

**Termo inicial:** para o menor, o dia em que deixou de sê-lo; para os representantes legais, o dia do casamento; para os herdeiros necessários, o dia da morte do incapaz (a pessoa deve ser ainda incapaz quando faleceu!).

*"Art. 1.555. O casamento do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal, só poderá ser anulado se a ação for proposta em cento e oitenta dias, por iniciativa do incapaz, a o deixar de sê-lo, de seus representantes legais ou de seus herdeiros necessários.*

*§ 1o O prazo estabelecido neste artigo será contado do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso; a partir do casamento, no segundo; e, no terceiro, da morte do incapaz."*

**Exclusão: art. 1555, §2º.**

*"Art. 1555. § 2o Não se anulará o casamento quando à sua celebração houverem assistido os representantes legais do incapaz, ou tiverem, por qualquer modo, manifestado sua aprovação." - legislador afasta a nulidade relativa quando a vontade dos representantes legais é expressa de forma tácita.*

### c) Erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge (art. 1550, III c/c art. 1556)

Obs.: Erro se configura quando alguém tem uma falsa percepção da realidade e, devido a isso, essa pessoa emite uma vontade que não emitiria caso entendesse realmente a realidade.

No caso dessa hipótese deve haver erro, uma falsa percepção, essencial, fundamental. Ou seja, eu imaginei que a pessoa do cônjuge fosse de um jeito quando, na verdade, ela é de outro.

*"Art. 1550. III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558;*

*Art. 1.556. O casamento pode ser anulado por vício da vontade, se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro."*

Para evitar que alegações banais sejam feitas com vistas a anular o casamento, o legislador estabelece as hipóteses de erro essencial, especialmente porque são hipóteses das quais muito se abusou, já que não havia o divórcio. Por mais que hoje haja o divórcio, a situação civil de um divorciado e de uma pessoa que teve seu casamento anulado (pessoa vira solteira) é diferente. Nesses casos de erro essencial, há necessidade de se provar elementos delicados da vida privada.

*Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:*

*I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;*

Tipo muito aberto, para concretização no caso concreto. A doutrina e a jurisprudência entendem, por exemplo, que quando um cônjuge descobre que o outro é transexual, incidirá essa hipótese. No caso de o outro cônjuge ser homossexual não se entende que há erro



essencial quanto à pessoa, entende-se que cabe o divórcio (lembrando que tem se afastado da ideia de culpa, até mesmo para salvaguardar a intimidade do casal). A não virgindade da mulher já foi causa para essa situação, obviamente hoje não mais.

*II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;*

A doutrina entende que tem de ser **crime que cause repulsa social**, como estupro, homicídio, etc. **Não é necessária sentença penal condenatória, mas que a materialidade e a autoria fiquem provadas no juízo civil.**

*III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;*

HIV, hemofilia, etc. Essa **moléstia deve ser anterior ao casamento.**

Quanto ao defeito físico, a doutrina e a jurisprudência colocam a **impotência masculina** como hipótese, mas essa impotência deve ser total. A **infertilidade** também pode ser alegada.

*IV - a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.*

"doença mental grave" - hoje, a depressão, a síndrome do pânico, a bipolaridade etc, não são mais doenças tão demonizadas como antes. A doutrina entende que há de ser **doença severa**, como uma esquizofrenia grave.

## **Ação anulatória**

**Legitimado (art. 1559):** somente o cônjuge que incidiu em erro.

*"Art. 1.559. Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557."* - Coabitação não é só o "morar junto", mas, sim, "morar junto mantendo relações sexuais". Consumação do casamento. Apenas as hipóteses de moléstia grave, defeito físico grave e doença mental grave não são afastadas no caso de coabitação.

**Prazo: 3 anos** (art. 1560, III)

**Termo inicial: celebração do casamento**, em razão do caput do art. 1560. Isso é muito **questionado** pela doutrina, que entende que melhor seria se esse prazo contasse da descoberta do vício.

## **d) Coação (art. 1550, III c/c art. 1558, art. 1551 e ss.)**

*"Art. 1.558. É anulável o casamento em virtude de coação, quando o consentimento de um ou de ambos os cônjuges houver sido captado mediante fundado temor de mal considerável e iminente para a vida, a saúde e a honra, sua ou de seus familiares."*

Familiar não é um termo muito técnico e há de ser entendido da forma mais ampla possível: ascendentes, descendentes, colaterais em até o 4º grau, etc.

O legislador excluiu a ameaça de dano grave ao patrimônio da vítima, deve ser em relação

ão a aspectos pessoais.

Deve-se ater aos parâmetros da parte geral, para se avaliar se a ameaça era suficiente para coagir a vítima.

### **Ação anulatória**

**Legitimado:** somente o cônjuge

*"Art. 1.559. Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557."* - Por óbvio que, se a coabitação for forçada, não afasta a nulidade relativa.

**Prazo: 4 anos (art. 1560, IV)**

**Termo inicial: celebração do casamento**, por força do caput do art. 1560. Melhor teria sido se o legislador tivesse adotado a regra da parte geral: o prazo começa a contar a partir do momento em que a coação cessou.

13/03/2014

### **e) Incapacidade relativa de manifestação do consentimento (art. 1550, IV)**

*"Art. 1550. IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;"*

Quem são os incapazes a que se refere esse inciso? De início, excluimos os absolutamente incapazes pois eles estão abarcados na nulidade absoluta lá atrás ou na nulidade relativa do inciso I, os maiores de 16 anos estão abarcados no inciso II.

Aqui, então, sobram as **causas de nulidade relativa que não dizem respeito à idade (art. 4º, CC)**. (reporta-se, para Caio Mário, ao art. 1767, um pouco mais completo).

*"Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: [...]*

*II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;*

*III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;*

*IV - os pródigos."*

Mas, esse inciso diz respeito a todo ébrio habitual ou quando essas pessoas estão sob o efeito dessas substâncias? Ocorre que nos casos do art. 4º, II e IV, essas pessoas alternam entre períodos de insanidade e de sanidade.

O juiz, no momento da interdição, deve explicitar até onde ela vai, especificar os atos que a pessoa não tem condição de praticar sozinha.

**Para a doutrina majoritária, no caso do art. 1550, IV, a anulação do casamento só é possível se a pessoa estiver em um momento de insanidade** - sob efeito de substâncias, etc. Se não for o caso, a manifestação da vontade é lícita.

### **Ação anulatória**

**Legitimados:** não há previsão no CC. Entende-se que são **o próprio incapaz ou aqueles que o assistem.**

**Prazo: 180 dias (art. 1560, I)** a partir da celebração.

**f) Revogação de mandato (art. 1550, V):**

"Art. 1550. V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação entre os cônjuges;"

A revogação de um contrato de mandato, em regra, é um negócio jurídico receptício, tem efeitos apenas a partir do conhecimento do mandatário. No caso do casamento, isso não se dá. **A revogação produz efeitos independentemente da ciência do mandatário. Assim, é possível a celebração de casamento por um mandatário que não tem mais poderes para tanto. Trata-se dessa hipótese de nulidade relativa.**

**Art. 1550, par. único:** "Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada."

**Exclusão: coabitação**

Lembrar que coabitação não é só morar junto, mas envolve a "consumação do casamento". Se há coabitação, essa hipótese de anulação é afastada.

**Ação anulatória**

**Legitimado:** apenas o mandante.

**Prazo: 180 dias (art. 1560, §2º)**

**Termo a quo:** a partir da ciência do mandante da celebração do casamento.

**g) Incompetência da autoridade celebrante (art. 1550, VI)**

"Art. 1550. VI - por incompetência da autoridade celebrante."

A doutrina entende que esse dispositivo deve ser interpretado restritivamente. Esse caso só se aplica quando a autoridade não é absolutamente incompetente do ponto de vista material. Nesse **caso de incompetência absoluta do ponto de vista material, não é caso de anulação, mas de inexistência do casamento.** Ex.: casamento celebrado pelo Juiz de Falcões, pessoa desprovida de poderes para celebrá-lo. Insanável, por óbvio, casamento se quer existe.

Essa incompetência da autoridade celebrante do art. 1550, VI, para a doutrina, deve ser entendida como uma **incompetência *ratione locus*.** Houve habilitação regular no domicílio dos nubentes, mas o casamento foi celebrado em outro local, sem pedido justificado.

Incompetência do ponto de vista territorial. **Pessoa que celebrou o casamento tinha poderes para tanto.**

**Exclusão:** "Art. 1.554. Subsiste o casamento celebrado por aquele que, sem possuir a competência exigida na lei, exercer publicamente as funções de juiz de casamentos e, nessa qualidade, tiver registrado o ato no Registro Civil."

Legislador busca tutelar a confiança das partes e a aparência de competência do celebrante.

**Ação anulatória**

**Legitimados:** nubentes que celebraram o casamento.

**Prazo: 2 anos (art. 1560, II)**

### 3. Efeitos da declaração da nulidade: art. 1563 e 1564

A ideia é retroagir os efeitos da declaração de nulidade até o momento da celebração do contrato, para extirpar o ato nulo ou anulável do ordenamento.

Mas o legislador mitiga isso um pouco para **proteger terceiros de boa-fé.**

*"Art. 1.563. A sentença que decretar a nulidade do casamento retroagirá à data da sua celebração, sem prejudicar a aquisição de direitos, a título oneroso, por terceiros de boa-fé, nem a resultante de sentença transitada em julgado."*

Venda feita no pressuposto de comunicação de bens (ex.: comunhão universal), em teoria deveria ser também anulada, mas não é essa a opção do CC.

*"Art. 1.564. Quando o casamento for anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá:*

*I - na perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente;*

*II - na obrigação de cumprir as promessas que lhe fez no contrato antenupcial."*

Quando pode ocorrer por culpa de um dos cônjuges? Ex.: bigamia, erro sobre a pessoa, coação, etc.

Vantagens: por exemplo, doações, que poderão ser desfeitas.

Pacto antenupcial: contrato utilizado para estabelecer um regime de bens diferentes da comunhão parcial ou para estabelecer regras de convivência entre os cônjuges. Em tese, a nulidade do casamento faz desse contrato nulo ou anulável. Mas, nesse caso, se houver estipulação de mesada, por exemplo, o cônjuge culpado deverá pagá-la.

### 4. Casamento putativo (art. 1561)

Em regra, a declaração de nulidade de um negócio jurídico retroage evitando que esse produza efeitos. Mas, **há casos em que o casamento produz efeitos, ainda que nulo ou anulável.**

*"Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória."*

**Legislador busca tutelar a prole e os cônjuges de boa-fé (subjéitiva).**

Os cônjuges serão considerados casados até o momento da declaração de nulidade para efeitos sucessórios. Vigirão os efeitos de presunção de paternidade para a prole.

Esses efeitos só alcançam os cônjuges de boa-fé.

*"Art. § 1º Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e a os filhos aproveitarão."*

*§ 2º Se ambos os cônjuges estavam de má-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só aos filhos a aproveitarão."*

**Momento da apuração da boa-fé? Celebração do matrimônio. Interessa a posição que eles tinham nesse momento,** não importa se logo depois descobrem a causa de nulidade

absoluta ou relativa.

20/04/2014

## EFEITOS DO CASAMENTO

Plano da eficácia, efeitos que vão derivar desse ato jurídico. Vários os efeitos, de diversos ordens, que afetam diversas pessoas.

### 1. Do ponto de vista social:

Termos genéricos, perante a sociedade. Efeitos que o casamento tem em relação a terceiros e ao próprio Estado.

**- Instituição da família matrimonial, com reflexos do ponto de vista da procriação: Constituição, art. 226, §7º; art. 1.565, §2º, CC; Lei n. 9.263/96 (Lei de Planejamento Familiar).**

O que é a família matrimonial? É essa constituída a partir do casamento, que não é o único tipo de família, há outros reconhecidos pela própria CR, mas o legislador reflete uma preferência, ainda que velada, à família matrimonial - provar o casamento e dele extrair direitos é muito mais fácil; presunção de paternidade... Série de vantagens que a família matrimonial tem que os outros tipos não tem.

**Ressalva do ponto de vista da procriação: o planejamento familiar é livre e nem o Estado, nem outra entidade privada podem interferir nisso.** Na China, por outro lado, os casais só podem ter um único filho. Aqui, ninguém, a não ser o casal, pode determinar se terão ou não filhos e quantos serão.

*"Art. 1565. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas."*

O Estado fica obrigado, inclusive, a oferecer os recursos educativos, contraceptivos e outros tratamentos para facilitar a concepção, através do SUS.

A esterilização voluntária pode ser feita somente após os 25 anos completos ou, se mais nova, se já tiver 2 filhos. Necessidade de anuência do outro cônjuge, quando a pessoa for casada.

Esse livre planejamento familiar é assegurado não apenas aos casados, mas a qualquer pessoa.

O planejamento familiar se impõe ao Estado e outras entidades.

### - Alteração do estado civil.

**Estado de "casado"**, que trará, para os cônjuges, série de regras que produzirão efeitos perante as outras pessoas, ex.: venda de bem imóvel e necessidade de outorga conjugal. Tem reflexos, também, do ponto de vista do direito empresarial: dependendo do regime d

e bens, vedação de constituição de sociedade empresarial; necessidade de explicitação do regime de bens quando da inscrição na junta.

#### **- Estabelecimento do parentesco por afinidade.**

**Parentesco por afinidade:** é aquele que se estabelece entre um cônjuge e os parentes do outro cônjuge. Não se extingue, se em linha reta, ainda que as pessoas se divorciem. Lembrar que o estabelecimento do parentesco por afinidade **pressupõe casamento válido**, e não, se o casamento é declarado nulo ou anulado, esse parentesco se extingue.

## **2. Do ponto de vista dos cônjuges:**

### **2.1. Efeitos pessoais:**

#### **- Emancipação do cônjuge incapaz (art. 3º, par. único, II).**

**O cônjuge incapaz, a partir do casamento, se emancipa. E, ainda que o casamento seja anulado ou se dissolva pelo divórcio, o incapaz segue emancipado.**

#### **- Constituição de "comunhão plena de vida" entre os cônjuges, pautada pela igualdade de direitos e deveres (art. 1511).**

**"Comunhão plena de vida":** projetos, planos que dizem respeito ao casal. Decorrem direitos e deveres.

*"Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges."*

#### **Igualdade na direção da sociedade conjugal: Constituição, art. 226, §5º; art. 1565 (exceção: art. 1570).**

*Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.*

*Art. 1.567. A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.*

Antes, essa comunhão não se pautava na igualdade de direitos, a mulher tinha uma inferioridade em relação ao homem. A mulher casada era considerada relativamente incapaz na redação original do CC/1916. Ambos os cônjuges, hoje, tem voz própria para definir como o casamento irá se encaminhar, responsabilidade conjunta do casal. Se houver, porém, conflitos, há a possibilidade de que o juiz decida a questão (muito raro): *"Art. 1567. Parágrafo único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses."*

**A condução da direção da família caberá, em algumas situações, a apenas um dos cônjuges:** *"Art. 1.570. Se qualquer dos cônjuges estiver em lugar remoto ou não sabido, encarcerado por mais de cento e oitenta dias, interditado judicialmente ou privado, episodicamente, de consciência, em virtude de enfermidade ou de acidente, o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens."*

#### **- Responsabilidade pelos encargos da família (art. 1565/1568).**

Qualquer que seja o regime patrimonial, ambos os cônjuges concorrerão para o sustento da família e da prole, na proporção de seus rendimentos, sendo certo que nada impede q

ue o ajuste seja diferente (ex.: apenas um deles trabalha onerosamente e faz o aporte de dinheiro, e outro cuida dos filhos e da casa).

*Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.*

*Art. 1.568. Os cônjuges são obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos do trabalho, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial.*

### **- Estabelecimento de deveres específicos: art. 1566.**

A doutrina entende que o Estado muitas vezes impõe concepções morais e ignora o pluralismo, o que revela um viés autoritário do Estado. Isso se vê aqui.

**Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:**

#### **I - fidelidade recíproca;**

Vem da ideia de monogamia. Mas existem pessoas que entendem que a fidelidade não é um interesse primordial. Quando o Estado impõe esse dever, se mostra autoritário, ignora outras possibilidades. E, convenhamos, isso diz respeito a intimidade do casal.

Lembrar, antes de tudo, da expurgação da apuração da culpa no âmbito do direito de família - o CC nasce com essa lógica, mas se trói em várias situações, ex.: sucessões e separação de fato.

#### **II - vida em comum, no domicílio conjugal;**

Também é extremamente problemático. Caso da professora casada com um alemão, ela mora aqui e ele lá. Quem é o Estado para estabelecer que ambos devem morar no mesmo domicílio? CC se pauta num modelo tradicional de casamento e quer impô-lo a todo mundo.

O direito alemão reconhece a possibilidade de que os cônjuges tenham domicílios diferentes e disciplina essa matéria.

Antes, isso era entendido como coabitação e não só morar junto - impunha um "débito conjugal" de relação sexual. Hoje é inaceitável que uma pessoa tenha um dever jurídico com esse conteúdo. Além disso, não se pode excluir a possibilidade de um casamento sem relações sexuais.

#### **III - mútua assistência;**

Os cônjuges tem que mutuamente se assistir.

#### **IV - sustento, guarda e educação dos filhos;**

Se, dentro do livre planejamento familiar, eu escolho ter filhos, devo assisti-los.

#### **V - respeito e consideração mútuos.**

### **- Possibilidade de acréscimo do sobrenome do outro cônjuge (art. 1565, §1º).**

*"Art. 1565. § 1º Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescer ao seu o sobrenome do outro."*

Faculdade. O CC de 1916 obrigava, em sua redação original, a mulher a incorporar o sobrenome do marido. Com a lei do divórcio, isso passou a ser uma faculdade, a mulher poderia, ou não, incorporar o sobrenome do marido.

Hoje, tanto o homem quanto a mulher podem incorporar o sobrenome do cônjuge.

Essa alteração será possível, ou durante a habilitação ou, já casado, mediante ação de alt



eração do registro civil (Caio Mário diz que não).

Questionamento nos tribunais se as pessoas podem suprimir um de seus sobrenomes, mantendo-se um sobrenome de solteiro, para a inclusão do sobrenome de casado. A doutrina é unânime que sim, mas a jurisprudência ainda é vacilante. Aqui entende-se que sim, no RS entende-se que não.

A corregedoria do TJMG tem uma orientação no sentido de que essa supressão pode ser feita via cartorial.

O nome não é apenas questão de direito de família, como também de direito da personalidade. Caso da Luiza Brunet: ela passou a assinar Brunet após o primeiro casamento e, mesmo após sua dissolução, ela pôde continuar assinando assim, porque entendeu-se que esse nome não era propriedade do ex-marido, mas um traço de identidade, de personalidade dela.

#### **- Fixação do domicílio conjugal: art. 1569.**

Para a professora, esse artigo merece censuras. Autoritarismo estatal.

*Art. 1.569. O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se e do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.*

### **2.2. Efeitos patrimoniais:**

#### **- Constituição do regime de bens.**

Estatuto patrimonial que rege a vida dos cônjuges, para se saber como o patrimônio dos cônjuges será tratado. Será melhor estudado posteriormente.

#### **- Suspensão da prescrição entre os cônjuges (art. 197, I).**

*"Art. 197. Não corre a prescrição:*

*I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;"*

Se A é devedor de B e se casa com B, o prazo prescricional para cobrar a dívida se suspende. Evita discussões e brigas internas.

### **3. Do ponto de vista da prole:**

**- Presunção de paternidade dos filhos concebidos durante o casamento.** Pode ser desconstituída por uma ação própria. Presunção relativa. Não sendo desconstituída, prevalece.

25/03/2014 (aula copiada do caderno da Júlia)

## **REGIME DE BENS**

### **1) Sentido**

É o regime patrimonial que irá pautar a vida dos cônjuges; o "estatuto patrimonial".

Um dos efeitos do casamento é constituir uma comunhão plena de vida entre os cônjuges, que se estabelece tanto no âmbito pessoal quanto no patrimonial. Essa comunhão plen



a exige que haja relações patrimoniais entre os cônjuges, que terão reflexos perante terceiros. **A comunhão implica uma série de encargos, que devem ser suportados pelos cônjuges, que terão responsabilidade “igual”.**

## 2) Natureza jurídica

É um **estatuto patrimonial**; conjunto de regras que irão disciplinar, pautar e reger a vida dos cônjuges entre si e em relação a terceiros.

## 3) Princípios que o informam – São três.

### a) Liberdade de escolha: art. 1.639

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

Via de regra, o RB poderá ser livremente adotado pelos cônjuges, nos termos da Lei. **Até antes do casamento, pode-se estabelecer/escolher o regime patrimonial que irá pautar a vida dos cônjuges. Assegura-se a eles autonomia patrimonial, mas, para que isso aconteça, eles devem seguir as prescrições e limites da lei. A escolha deve ser feita por meio de instrumento jurídico específico: o pacto antenupcial.** Este é um negócio jurídico que tem em uma forma específica que condiciona sua validade; deve ser feito por meio de **instrumento público**. É firmado pelos nubentes, antes do casamento, estabelecendo regras que irão pautar seu dia-a-dia. **É obrigatória e necessária a realização do pacto para a escolha de regime de bens diverso do supletivo**, ainda que este seja feito com essa única finalidade. A escritura pública deve ser entregue ao oficial do registro **até o momento do casamento**. Tal necessidade é criticada; exige gasto de tempo e dinheiro, quando a escolha poderia ser feita perante o oficial do registro.

### - Regime supletivo: art. 1.640

*"Art. 1.640. Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial."*

Irá incidir caso as partes não tenham declinado especificamente o regime de bens por meio da Escritura Pública. **O regime supletivo é o da comunhão parcial de bens que, em linhas gerais, se caracteriza pela presença de dois tipos de bens:**

**Os bens comuns** – Irão pertencer ao casal; se comunicam. São considerados comuns os bens **adquiridos onerosamente após o casamento**. Estes acabam se comunicando com o outro cônjuge, criando um **regime condominial** e um patrimônio comum. Este irá durar até o fim do casamento; com o fim ele deixa de existir e procede-se a divisão do patrimônio entre os cônjuges (meação; metade do patrimônio, que irá caber a um dos cônjuges).

**Os bens particulares** – De propriedade exclusiva de um dos cônjuges, que exclui a titularidade do outro. Incluem-se aqui todos os **bens adquiridos antes do casamento**; estes não se comunicam, mas continuam particulares e individualizados.

Obs.: na comunhão universal há apenas o patrimônio comum. Bens particulares são

absoluta exceção. Há ainda a participação final nos aquestos e a separação de bens. Até 77 o regime supletivo era o da comunhão universal.

Pelo CC/2002 é admitida a mudança do regime de bens no curso do casamento, mediante pedido motivado e decisão judicial. A opinião majoritária da doutrina e da jurisprudência é que, mesmo que a pessoa tenha se casado a luz do Código de 1966, ela se submete às regras do CC, aplicando-se a eles a plena mutabilidade.

Os cônjuges podem, por meio do pacto antenupcial, exercer plena liberdade; criando inclusive um regime *ad hoc* de bens.

#### **- Atenuação ao princípio: regime da separação obrigatória de bens: art. 1.641**

Há casos em que a liberdade de escolha é restringida e o legislador impõe um regime específico, qual seja, a separação obrigatória de bens. Esse não pode ser afastado pela vontade das partes, em um primeiro momento.

As hipóteses do art. 1.641 são taxativas e devem ser lidas de forma restritiva, vez que são meras exceções.

*Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:*

*I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento ;*

Inobservância das causas suspensivas (situações em que há possibilidade de confusão patrimonial, vide supra);

*II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)*

Maiores de 70 anos; nubentes que tenham 70 anos ou mais. É uma decisão completamente autoritária por parte do legislador; este presume que qualquer pessoa que queira casar com esse cônjuge o faz apenas por interesse. Há muitas decisões declarando a inconstitucionalidade do dispositivo, vez que ele afronta o princípio da igualdade de gênero disposto na CF.

*III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.*

Casamento celebrado com suprimento judicial, de idade ou consentimento; estes são vistos com má vontade pelo legislador que, para tutelar o incapaz, prevê a incidência do regime da separação de bens.

A regra geral é que haja uma separação absoluta entre o patrimônio dos cônjuges. Não há averia comunicação nem bens comuns e, portanto, não seria necessária eventual comunicação. O legislador busca, supostamente, proteger um dos cônjuges, evitando que o cônjuge “mais aventureiro” se aproveite de eventual comunicação.

Não há possibilidade de manobra por parte dos cônjuges; não pode ser afastado pela vontade.

A doutrina e jurisprudência vinham entendendo, desde o CC 1966, a injustiça desse regime, tendo em vista que ele tem um certo caráter sancionatório. Ele exclui a possibilidade do exercício da autonomia privada e não atende aos interesses do casal. A idade, inicialmente, era de 60 anos, limite etário que só foi alterado em 2010; deve-se considerar que não necessariamente o maior patrimônio é dessa pessoa. Além disso, o regime de bens é

uma questão eminentemente privada, devendo ser deixada plenamente a disposição das partes. As regras passaram, assim, a ser atenuadas pela jurisprudência.

→ **Súmula 377 STF:** "NO REGIME DE SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS, COMUNICAM-SE OS ADQUIRIDOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO."

Atenuou os rigores do regime da separação obrigatória. Os bens adquiridos onerosamente pelos cônjuges na constância do casamento, irão acabar se comunicando, criando um patrimônio comum, sujeito a meação. Assim, o regime seria praticamente uma comunhão o parcial, havendo no entanto algumas regras diferentes. Mesmo tendo sido editada na época em que o STF ainda tinha a competência para uniformizar a interpretação infraconstitucional, a Súmula ainda vale. Ela só se aplica à separação obrigatória, não para a separação convencional

### b) Variedade de regimes

"Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas."

Pode-se escolher entre os regimes legais, ou ainda optar por regime criado pelos próprios cônjuges e não previsto pela lei (Ex.: comunicação dos móveis, mas não dos imóveis).

O exercício dessa faculdade deve ser feito, como dito, por meio do pacto antenupcial feito por escritura pública.

→ **En. 331, IV Jornada de Direito Civil:** "Art. 1.639. O estatuto patrimonial do casal pode ser definido por escolha de regime de bens distinto daqueles tipificados no Código Civil (art. 1.639 e parágrafo único do art. 1.640), e, para efeito de fiel observância do disposto no art. 1.528 do Código Civil, cumprir e certificação a respeito, nos autos do processo de habilitação matrimonial"

### c) Mutabilidade motivada por decisão judicial: art. 1.639 §2º

"Art. 1.639. § 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros."

O dispositivo foi muito criticado. Qual seria o parâmetro para saber se o pedido de alteração é motivado ou não? Essa é uma questão pessoal, dos próprios os cônjuges. A tutela do interesse de terceiros poderia ser feita por simples registro em cartório de instrumento público mudando o regime de bens.

É necessário levar a sentença a registro, para garantir a oponibilidade perante terceiros.

27/03/2014

## ADMINISTRAÇÃO DE BENS E PRÁTICA DE ATOS DE DISPOSIÇÃO PELOS CÔNJUGES

Veremos hipóteses em que a autorização é facultativa e outras em que é necessária, sob

pena, inclusive, de nulidade.

## **1. Atos passíveis de livre prática pelos cônjuges: art. 1642, 1643 e 1645**

*Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:*

Atenção ao disposto no caput.

*I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;*

Esse inciso desse artigo 1647 se refere a atos de disposição e oneração que recaiam sobre bens imóveis.

*II - administrar os bens próprios;*

Bens próprios são bens particulares, que tem várias origens de acordo com o regime de bens. Bens adquiridos de forma não onerosa, em caso de comunhão parcial, por exemplo, são particulares. Isso será melhor visto posteriormente.

*III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;*

O CC da legitimidade ao cônjuge que teve seu bem imóvel alienado ou onerado sem sua autorização a reivindicá-los.

*IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647;*

A fiança e o aval são garantias prestadas por pessoas que não são parte na obrigação, mas que assumem a dívida de terceiros. Pois bem. **Os cônjuges casados sobre comunhão parcial ou total de bens precisam de autorização para serem fiadores ou avalistas.** A lei determina que, ausente essa autorização, o aval ou a fiança são nulos.

A doutrina e a jurisprudência tem criticado esse efeito (nulidade), porque acaba desprotegendo o credor, terceiro de boa-fé, que acreditou a validade do aval e da fiança. Afirma-se, então, que **o aval ou a fiança dados sem a outorga levam à sua ineficácia quanto ao cônjuge que não autorizou.** Ou seja, o aval ou a fiança não pode ser oposto ao cônjuge que não assentiu. Assim, **a fiança e o aval atingem os bens particulares e a meação daquele que a prestou.**

### **Enunciado 114 da 1ª Jornada de Direito Civil**

**Súmula 332 do STJ.** Confusa. Deve-se entender que **essa ausência de outorga deve ser tratada no plano da eficácia. É ineficaz, portanto, quanto ao cônjuge que não a outorgou.**

Ainda que o regime seja a comunhão universal, trata-se assim. Ou seja, a garantia recai sobre a meação do cônjuge fiador/avalista.

*V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;*

Concubino = amante. Relação extra conjugal.

O cônjuge pode reivindicar o bem transferido do outro cônjuge ao concubino. Ver regime de bens -> bens comuns. Contudo, se os cônjuges estiverem separados de fato por mais de 5 anos, e o bem não tiver sido adquirido pelo esforço comum dos cônjuges, e pelo esforço do outro cônjuge com seu concubino, esse bem não pode ser reivin-

dicado. **Dois requisitos cumulativos. Por óbvio, a jurisprudência pode flexibilizá-los.**

Não cabe para a união estável, o que será bem visto melhor depois.

*VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.*

Aqui, **o CC deixa claro que a outorga conjugal é uma exceção.** Por isso mesmo, entende-se que o rol do art. 1647, que prevê a outorga conjugal, como um rol taxativo.

*Art. 1.643. Podem os cônjuges, independentemente de autorização um do outro:*

*I - comprar, ainda a crédito, as coisas necessárias à economia doméstica;*

*II - obter, por empréstimo, as quantias que a aquisição dessas coisas possa exigir.*

Despesas cotidianas, que devem ser levadas a efeito em caráter perene e contínuo.

No 1645 o legislador vai arrolar os legitimados ativos que podem ajuizar as ações para reivindicar ou desonerar bens ou anular atos que dependiam da outorga: "*Art. 1.645. As ações fundadas nos incisos III, IV e V do art. 1.642 competem ao cônjuge prejudicado e a seus herdeiros.*"

## **2. Solidariedade dos cônjuges e divisão das despesas: art. 1644**

Responsabilidade solidária: "*Art. 1.644. As dívidas contraídas para os fins do artigo antecedente obrigam solidariamente ambos os cônjuges.*"

**Patrimônio comum pode responder por uma dívida contraída por um dos cônjuges, em benefício do casal. Essa presunção é absoluta para aquelas dívidas cotidianas.**

## **3. Proteção dos terceiros de boa-fé: art. 1646**

*Art. 1.646. No caso dos incisos III e IV do art. 1.642, o terceiro, prejudicado com a sentença favorável ao autor, terá direito regressivo contra o cônjuge, que realizou o negócio jurídico, ou seus herdeiros.*

Se o terceiro de boa-fé (subjéctiva) sofrer a evicção do bem alienado sem a outorga conjugal, ele tem direito de regresso contra o cônjuge que omitiu a informação.

Cabe denúnciação à lide ou ação de regresso.

## **4. Atos que demandam o consentimento do cônjuge: art. 1647 e art. 3º da Lei n. 8.245/91 (Lei de Locação).**

**A lei do inquilinato prevê que, se o imóvel for ser locado por 10 anos ou mais, é imprescindível a autorização do outro cônjuge. Até 10 anos, não precisa da outorga. Se ultrapassar os 10 anos e não houver vênua conjugal, há nulidade do contrato no prazo excedente. Cabe direito de regresso do locatário se ele estiver de boa fé.**

*Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceder no regime da separação absoluta:*

O que a separação absoluta? **A interpretação majoritária é que essa referência a separação absoluta se refere apenas à separação convencional de bens, não à separação obrigatória.**

A separação obrigatória não pode ser interpretada sem levar em consideração a súmula 377 do STF, que afirma que há a possibilidade de formação de um patrimônio co-

entre os cônjuges.

Outro ponto importante é que a autorização deve ser dada independentemente do tipo de bem, seja comum ou particular. Isso porque há comunicação dos frutos dos bens particulares (ex.: aluguéis).

*I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;*

Venda, hipoteca, etc.

*II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;*

Em uma ação reivindicatória, possessória, por ex. Se réu, há de se formar o litisconsórcio passivo obrigatório. O bem imóvel deve ser o objeto da ação.

*III - prestar fiança ou aval;*

*IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.*

O que é doação remuneratória? É aquela que é feita em remuneração a serviços prestados por outra pessoa. Não há obrigação do pagamento.

O final do inciso "[bens] que possam integrar futura meação" tem mais relevância no regime de participação final nos aquestos.

*Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.*

Filhos do casal.

## **5. Forma para a autorização: art. 220**

A autorização deve ter a mesma forma do negócio jurídico e, de preferência, deve constar do próprio instrumento. Deve ser expressa.

## **6. Inaplicabilidade do art. 1647 à separação convencional de bens**

Vide acima.

## **7. Possibilidade de suprimento judicial de outorga: art. 1648**

Jurisdição voluntária.

*Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.*

## **8. Nulidade relativa dos atos praticados sem outorga conjugal: art. 1649 e 1650**

*Art. 1.649. A falta de autorização, não suprida pelo juiz, quando necessária (art. 1.647), tornará anulável o ato praticado, podendo o outro cônjuge pleitear-lhe a anulação, até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal.*

*Parágrafo único. A aprovação torna válido o ato, desde que feita por instrumento público, ou particular, autenticado.*

*Art. 1.650. A decretação de invalidade dos atos praticados sem outorga, sem consentimento, ou sem suprimento do juiz, só poderá ser demandada pelo cônjuge a quem cabia concedê-la, ou por seus herdeiros.*

## **9. Impossibilidade de administração dos bens por um dos consortes: art. 1651 e 1652.**

Quando um dos cônjuges não puder administrar seus bens (está ausente, enfermo, etc), c

abe ao outro essa administração.

A administração pode ser deslocada apenas para um dos cônjuges em determinadas situações.

Art. 1.651. Quando um dos cônjuges não puder exercer a administração dos bens que lhe incumbem, segundo o regime de bens, caberá ao outro:

I - gerir os bens comuns e os do consorte;

II - alienar os bens móveis comuns;

III - alienar os imóveis comuns e os móveis ou imóveis do consorte, mediante autorização judicial.

Responsabilidade do cônjuge com relação à administração dos bens particulares do outro cônjuge:

Art. 1.652. O cônjuge, que estiver na posse dos bens particulares do outro, será para com este e seus herdeiros responsável:

I - como usufrutuário, se o rendimento for comum;

II - como procurador, se tiver mandato expresso ou tácito para os administrar;

III - como depositário, se não for usufrutuário, nem administrador.

03/04/2014

## PACTO ANTENUPCIAL

### 1. Natureza jurídica: negócio jurídico acessório subordinado a condição suspensiva "causa matrimonii".

O que é um negócio jurídico? Negócio jurídico é um ato em que as partes ou a parte decide celebrar e vai ter efeitos jurídicos *ex voluntatem* - consequências decorrentes da vontade dela.

Negócio jurídico bilateral, celebrado pelos nubentes - não dizer cônjuges, pois eles ainda não se casaram.

Princípio da gravitação = acessório segue o principal. Pacto antenupcial seguirá o casamento, se esse for nulo, anulado, não é celebrado, o pacto antenupcial não produz efeitos.

Ou seja, o pacto está condicionado a uma condição suspensiva que, enquanto não ocorrer, ele não produz efeitos. Qual condição suspensiva é essa? A celebração do casamento

Ex.: A firma pacto antenupcial com B hoje, mas eles só se casam daqui a 20 anos. O pacto antenupcial caduca com a passagem do tempo? Pois bem. O que prescreve e decai? As pretensões e as ações. Portanto, o pacto não caduca com a passagem do tempo. Ele continua plenamente válido, porque ainda não produziu efeitos. As partes devem fazer um distrato, etc. Não cabe aplicação da cláusula *rebus sic standibus* porque ele é pensado para produzir efeitos no futuro, já se sabe que a situação fática irá mudar.

Ainda, se A firma pacto antenupcial com B, mas eles apenas constituem união estável. O pacto rege essa união estável? Não. Primeiro em razão do disposto no art. 1.653: "Art. 1.653. [...] e ineficaz [o pacto] se não lhe seguir o casamento". Além disso, o casamento é um ato



extremamente formal, em contraponto à informalidade da união estável.

## 2. Conteúdo: art. 1655

Objetivo precípua: estabelecer regime de bens diverso da comunhão parcial.

Nada impede, porém, que os nubentes se valham do pacto antenupcial para fazer outras disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial. Ex.: doação sob condição suspensiva; quem vai buscar as crianças na escola, etc.

*"Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei."*

Regra inútil. Quando houver cláusula ou disposição nula, afasta-se tal cláusula e o pacto no resto é válido.

O descumprimento dessas cláusulas, em regra, não deveria gerar consequências em um divórcio, porque, em tese, não se apura mais a culpa. Contudo, o legislador traz exceções a essa ideia, daí que, as vezes, as consequências existem.

## 3. Forma: art. 1653.

*"Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento."*

## 4. Oponibilidade perante terceiros: art. 1657

A escritura pública não está relacionada à promoção de publicidade do ato. Agora, esse pacto é importante em relação a terceiros (aval, venda de bem imóvel), para que ele saiba o regime de bens e se haverá necessidade de outorga conjugal e de que forma ela será.

Daí a necessidade do registro público, para dar a publicidade do pacto perante terceiros.

Esses, depois, não poderão alegar desconhecimento.

*"Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, e m livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges."*

## 5. Pacto antenupcial celebrado por menores de idade: art. 1654

Necessidade de se saber se o menor precisará da intervenção dos responsáveis. Isso porque o casamento gera a emancipação a partir dele. Antes, o menor ainda é incapaz relativa ou absolutamente.

A doutrina entende, no caso do testamento, que se o menor tiver 16 anos ou mais não é necessária a presença dos responsáveis, inclusive, se houver, o testamento é nulo porque é ato personalíssimo - lembrando que a capacidade testamentária é aos 16 anos.

E no caso do pacto? *"Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens."*

Essa diferença de tratamento se dá porque, enquanto o testamento é pensado para produzir efeitos após a morte, o pacto antenupcial produz efeitos *inter vivos*. Assim, poderá haver prejuízo para o menor.



## COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

### 1. Sentido e modo de escolha

Regime supletivo. Se aplica quando não há manifestação expressa, em pacto antenupcial, acerca do regime - isso pressupondo que há possibilidade dessa declinação, lembrando os casos em que o legislador impõe um regime.

Esse regime fica no meio do caminho, entre a separação convencional (diferente da obrigatória) e da comunhão total. Busca evitar as injustiças dos outros regimes.

Ex.: Regime de separação convencional. Marido provedor e mulher que cuida da casa. Ainda que, sem a atuação da mulher, o marido não conseguisse o seu patrimônio, quando ele morrer ou eles se divorciarem, se todos os bens tiverem sido registrados no nome de ele, ela ficará a ver navios.

Ex.: Regime de comunhão total. Mulher abastada, homem não. No final, ele verá seu patrimônio muito aumentado sem ter contribuído para isso.

A comunhão parcial busca uma situação mais razoável. Aquilo que pertencia antes a um dos cônjuges não se comunica. Pertencem a ambos os bens adquiridos onerosamente durante o casamento. Presunção absoluta do esforço mútuo, comum do casal (*iuris et de iure*, não admite prova em contrário). Entende-se que, ainda que um dos cônjuges não dê suporte financeiro, deu suporte psicológico, moral, etc. Por outro lado, os bens adquiridos gratuitamente por um dos cônjuges, não se comunicam (ex.: herança).

### 2. Natureza jurídica da comunhão

Condomínio legal em que há dois condôminos: cônjuges. Condomínio especial, não há possibilidade de um dos cônjuges alienar sua quota parte na vigência do condomínio; do exercício do direito de preferência; da extinção, etc.

### 3. Espécies de bens previstos na comunhão

**Comuns: art. 1658, 1660, 1662.**

**Particulares: art. 1659, 1661.**

Quando o casamento termina, é necessário se partilhar os bens comuns. O produto da partilha dos bens comuns se chama "meação". Os bens particulares não são partilhados.

#### a) Bens comuns:

**Art. 1.658:** "No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes."

**Art. 1.659:** *Excluem-se da comunhão:*

Ou seja, são bens particulares. Quais são eles?

*I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;*

O que é sub-rogados em seu lugar? Ex.: A recebe casa em herança. Mas não gosta da casa. Daí troca essa casa por outra (vendo e compro outra). Essa nova casa é bem particular.

**Excedentes de bens sub-rogados:** e se a casa antiga foi vendida por 500 e a substituída adquirida por 600? O que ocorre? 500 é bem particular de A, mas os 100, excedentes, é bem comum. Nesses casos, no divórcio é comum que um dos cônjuges fique com o bem e pague a quota do outro (no caso, mais razoável que A fique com a casa e pague 50 a B).

Importante explicitar que, ainda que o bem seja particular, seus frutos se comunicam (ex.: ações de uma sociedade, casa que alugo, etc), via de regra.

*II - os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares;*

*III - as obrigações anteriores ao casamento;*

Ex.: financiamento.

*IV - as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal;*

Aquelas obrigações que surgem em razão de dano causado por conduta culposa (lato senso). Essas obrigações não se comunicam, nem se a situação ocorrer durante o casamento. Contudo, se a prática do ato ilícito se reverteu em interesse daquele que não o praticou, a meação do outro cônjuge pode responder, independentemente de ele saber da prática do ilícito ou não.

**Súmula 251, STJ: "Meação - Ato Ilícito - Execução Fiscal - Prova de Enriquecimento. A meação só responde pelo ato ilícito quando o credor, na execução fiscal, provar que o enriquecimento dela resultante aproveitou ao casal."**

*V - os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão;*

Interpretação restritiva. Não compreende imóvel.

*VI - os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge;*

Provento, em geral, é salário. O salário não pode se comunicar, o cônjuge não pode pedir a meação de tudo o que o outro ganhou durante o casamento. Mas, os bens adquiridos com o salário entram, sim.

**FGTS.** Discussão se integraria ou não a comunhão. A opinião majoritária é no sentido de que integra a união, é de titularidade comum do casal. Isso porque o FGTS é um "crédito trabalhista", seria, assim, um "fruto civil" do próprio salário e os frutos, em regra, se comunicam. Para a professora, o FGTS integra o salário e não deveria se comunicar.

VII - as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes.

Esses proventos são **militares** e foram todos substituídos pelo termo "pensão".

08/04/2014 (aula copiada do caderno da Júlia)

**Art. 1660:** Bens que entram na comunhão e formam patrimônio comum dos cônjuges.

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - **os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso**, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

Bens adquiridos de forma onerosa, não importando se estão no nome de um dos cônjuges ou de ambos. Presume-se que estes foram adquiridos em razão do esforço com um do casal.

II - os bens adquiridos por **fato eventual**, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

Prêmios de loterias, etc.

III - os bens adquiridos por **doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges**;

Evidente nesse caso o regime condominial que caracteriza a comunhão.

IV - **as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge**;

Benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge. Benfeitorias são melhoramentos ou acréscimos feitos no bem por detentor, possuidor ou proprietário. Independente de serem elas necessárias – para a conservação do bem para que ele não se demerita – úteis – para aumentar ou facilitar a utilização do bem – ou voluptuárias – de mero direito ou recreio – elas entram na comunhão. Ainda que estejam em bem particular de um dos cônjuges, **elas vão implicar gastos e são, portanto, fruto do esforço comum dos cônjuges**.

V - **os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão**.

Os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na Constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão. Ex.: apartamento e aluguel; juros de banco. Os bens particulares se mantêm, o que se comunica são apenas os frutos.

**Art. 1662:** "Art. 1.662. No regime da comunhão parcial, presumem-se adquiridos na constância do casamento os bens móveis, quando não se provar que o foram em data anterior."

No caso dos bens imóveis, a data de aquisição está fixada no registro. O legislador estabeleceu uma **presunção juris tantum, que admite prova em contrário, de que os bens móveis foram adquiridos na constância da união**. O ônus da prova cabe ao cônjuge que questiona a presunção. Admite-se todos os meios de prova: documental, testemunhal etc.

**b) Bens particulares:** Não se comunicam; quando há a dissolução do matrimônio estes não constituem meação. Presume-se não serem estes frutos do esforço comuns dos cônjuges.

**Art. 1659:** (vide supra)

Bens que cada cônjuge possuía ao casar, ou sobrevier por doação ou sucessão, ou os subrogados em seu lugar. Ex. da venda da casa recebida por herança e vendida para comprar outra; substituição do bem recebido a título gratuito por outro bem, que será considerado, não obstante, bem particular.

→**Excedentes de bens sub-rogados;** Se houver valor excedente - a casa adquirida for mais cara - este será considerado bem comum e irá se comunicar, estando sujeito à meação. Se o bem adquirido tiver valor superior, apenas aquilo que exceder é considerado patrimônio comum.

Bem particular adquirido em razão de venda de outro bem particular.

Obrigações constituídas antes do casamento. Ex. do financiamento.

Obrigações decorrentes de ato ilícito; não interessa se contraídas antes ou depois do casamento. Ex. do atropelamento. Há uma obrigação de reparar o dano decorrente de ato ilícito, cuja culpa é de um dos cônjuges, o qual deu causa ao ato. Não há comunicação da obrigação ao outro cônjuge, salvo prova de que a prática de ato ilícito se converteu em proveito do casal.

→ **Súmula 251 do STJ:** a meação só responde pelo ato ilícito quando o credor provar que o enriquecimento dele resultante aproveitou ao casal. Ex. da sonegação. Independe da ciência do cônjuge, sob pena de enriquecimento sem causa.

Bens de uso pessoal, necessários ao exercício da profissão; indispensáveis à manutenção do cônjuge (em caso de eventual divórcio). Deve ser interpretado de forma restrita; bens de uso no dia a dia. Não se aplica ao imóvel, que é de grande vulto.

Proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge: O salário em si é pessoal e intransferível. Os bens adquiridos pelo salário, como fruto do salário, contudo, se comunicam (adquiridos onerosamente).

Proventos militares não existem mais; foram todos substituídos por pensão. Essa é referência, portanto, a pensão que os militares percebem, que não irá entrar na comunhão.

→**FGTS;** A opinião que prevalece majoritariamente é de que estes valores integram a comunhão e devem, portanto, ser distribuídos (nas hipóteses em que podem ser levantados). São considerados bem comum do casal vez que, em si, é um *plus* em relação ao salário. É um crédito trabalhista e, portanto, fruto civil do salário. Os frutos civis, em regra, se comunicam.

O STJ entende o FGTS e todas as verbas trabalhistas indenizatórias como fruto do salário; assim, os valores vinculados à conta do FGTS poderiam participar da meação.

Na opinião da prof. não deveria se comunicar, vez que integra o salário e é uma parte d

esse, não seu fruto.

**Art. 1661:** "Art. 1.661. São comunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento. "

Bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento. Ex. da promessa de compra e venda; só gera direitos obrigacionais, quais sejam, direito/dever à outorga da escritura pública x pagamento dos valores estipulados no contrato. Nesse caso, tendo dos os valores sido pagos antes do casamento, a causa/título de aquisição do bem é anterior ao casamento, ainda que a efetiva aquisição onerosa se dê apenas com a escritura pública.

#### 4. Administração dos bens comuns: art. 1663; 1664

No tocante a esses bens, qualquer um dos cônjuges pode administrá-los, inclusive separadamente/isoladamente.

Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.

§ 1º As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

Administrar bens importa uma série de gastos; estes serão suportados por quem administra esses bens. Evidente que as opções feitas pela pessoa geram sua responsabilização. Contudo, a pessoa não administra em interesse próprio, mas no interesse do casal; assim, se o outro cônjuge se beneficiou e os atos foram proveitosos do ponto de vista patrimonial, ele também responde pelos custos.

§ 2º A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

Qualquer tipo de ato que restrinja o exercício do direito de propriedade sobre os bens comuns – ex. da instituição do usufruto – exige anuência de ambos os cônjuges; o que há, no caso, é uma forma de condomínio especial.

§ 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

Se os bens são administrados de forma errática, via de regra, o casamento vai acabar se dissolvendo: não ocorre, na realidade, o pleito judicial previsto no artigo, de que a administração seja exercida pelo outro cônjuge.

"Art. 1.664. Os bens da comunhão respondem pelas obrigações contraídas pelo marido ou pela mulher para atender aos encargos da família, às despesas de administração e às decorrentes de imposição legal."

Dívidas contraídas em nome próprio, mas em proveito da família; a dívida deve ser suportada por ambos os cônjuges, pelos bens comuns portanto, não pelo cônjuge que a contraiu.

#### 5. Administração dos bens particulares: art. 1665; 1666

"Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao

*cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial."*

O proprietário administra o bem a menos que, por ato de vontade, delegue a função a outro cônjuge (Pacto antenupcial). A delegação pode ser feita posteriormente, por escritura pública, mesmo sendo o negócio atípico.

"Art. 1.666. *As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.*"

Todas as dívidas devem ser suportadas, no caso, pelo cônjuge proprietário; dívida relacionada ao bem particular, em proveito do mesmo.

→ **Súmula 134 STJ**; *O cônjuge do executado pode opor embargos de terceiro para defesa de sua meação.* Ex.: Se a dívida foi feita em razão de um bem particular de um dos cônjuges e a execução avança sobre bens comuns. Nada impede que de fato se alienem o bem comum, mas a meação será tutelada, no caso.

Obs.: Despesa com benfeitoria em bem particular do cônjuge não atinge o patrimônio comum. Ex. da piscina. (?)

## COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

**1. Regra geral:** "Art. 1.667. *O regime de comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções do artigo seguinte.*"

*Se caracteriza, em regra, pela comunicação dos bens presentes e futuros; de tudo o que se tinha e tudo se irá ter, inclusive as dívidas.* Apesar da presença dessa regra geral é possível a existência de situações em que não há a comunicação; 3 patrimônios (o comum, o do marido ou o da mulher). *Há, portanto, bens particulares.*

### 2. Exceções à comunicabilidade: art. 1668

Art. 1.668. *São excluídos da comunhão:*

I - *os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;*

Esta cláusula estipula que o bem não integrará a comunhão caso o beneficiário do ato gratuito seja casado, mesmo em regime de comunhão universal de bens.

Ex: receber um bem por testamento gravado pela cláusula de incomunicabilidade, o que integrará o patrimônio particular do cônjuge

→ **Súmula 49 STF**: "*Cláusula de Inalienabilidade - Comunicabilidade dos Bens.* *A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.*"

Não trata da cláusula de incomunicabilidade, mas tem importante reflexo sobre ela.

A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens; a jurisprudência entende que a comunicação não deixa de ser uma forma de alienação. A incomunicabilidade está implícita na inalienabilidade e não precisa ser expressa. Obs.: art. 1.911

1 → cláusula de inalienabilidade implica incomunicabilidade.

II - *os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;*

Bens gravados de fideicomisso e direitos do herdeiro fideicomissário antes de realizada a condição suspensiva. O instituto está em declínio. O testador, fideicomitente, por testamento, deixa um determinado bem ou direito ao fiduciário. Este terá uma propriedade resolúvel em relação ao bem ou direito deixado; ocorrendo uma das situações previstas pelo testador no testamento, o fiduciário fica com a obrigação de transferir o bem ou direito ao fideicomissário. Essa obrigação é passível de execução. O requisito fundamental para que se tenha o fideicomisso é que o fideicomissário não esteja a vivo no momento da outorga do testamento. Ele pode nascer até posteriormente à abertura da sucessão. Caso ele já tenha nascido, deve-se transferir o bem diretamente a ele. O fideicomisso tira o bem da livre circulação econômica e é, por isso, desestimulado em outras situações.

Ocorrendo o evento determinado o fiduciário perde a propriedade do bem; assim, o bem não pode integrar a comunhão deste, sob pena de o fideicomissário obter apenas a metade do bem.

Ademais, enquanto a condição suspensiva não se verifica, o fideicomissário tem apenas uma expectativa de direito; assim, o bem não pode ser considerado na comunhão. Uma vez consolidada a propriedade em suas mãos, contudo, este irá integrar a comunhão, ainda que adquirido a título gratuito.

III - *as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;*

Aprestos; dívidas para a preparação do casamento se comunicam, como o fazem dívidas em benefício do futuro casal (Ex. da compra da casa).

IV - *as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;*

Doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com cláusula de incomunicabilidade: a intenção é, evidentemente, instituir um bem particular em favor deste. Caso contrário, bastaria o casamento para haver a comunicação.

V - *Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.*

*Salário, bens utilizados no exercício da profissão, etc.*

**Art. 1669:** "A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento."

Situação semelhante a da comunhão parcial. *Os rendimentos/frutos, durante o casamento, integram a comunhão.* Os frutos do bem marcado pela incomunicabilidade, se comunicam.

### **3. Administração dos bens:**

**Art. 1670:** "Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens."

As regras da administração dos bens para a comunhão parcial de bens se aplicam para a universal também.

#### **4. Efeitos da extinção da comunhão:**

Art. 1671: "*Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.*"

Acaba a responsabilidade do cônjuge casado após a resolução do ativo e do passivo e da extinção do casamento → pois daí passa a haver o patrimônio particular de cada cônjuge, e encerra o patrimônio comum dos cônjuges.

22/04/2014 (copiada do caderno do André)

### **PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS**

#### **1. Participação final nos aquestos e comunhão parcial de bens.**

#### **2. Patrimônio próprio (art. 1673) e patrimônio particular (1674)**

**Art. 1652: possibilidade de livre disposição dos bens imóveis particulares**

**Art. 1673, p. único: administração do patrimônio próprio**

#### **3. Cálculo dos aquestos**

O regime de participação final nos aquestos é novidade do CC 2002. Ele já vinha sendo trabalhado pela doutrina, principalmente na Alemanha, onde ele inclusive é o regime supletivo. É um regime que acaba conjugando valores antagônicos. Ele se caracteriza pela não formulação de uma comunhão, havendo somente patrimônios separados, um de cada cônjuge. Na sua origem mais pura (Alemanha, não no Brasil), os aquestos são livremente administráveis pelos cônjuges titulares desses bens, havendo também uma ideia de livre disponibilidade dos bens. O outro valor conjugado é o valor da comunhão, mesmo não havendo a comunhão. Assim, não há patrimônios que se comunicam, mas há uma ideia de repartição entre os cônjuges dos bens adquiridos onerosamente durante o matrimônio.

Essa repartição, na comunhão parcial, é feita através de um condomínio legal. Nos aquestos, usa-se outra técnica: não há instituição de condomínio, mas uma técnica contábil que permite a verificação do incremento patrimonial. Por exemplo:

Mulher: adquiridos onerosamente: imóvel (1.000.000,00), carro (50.000,00), terreno (70.000,00); TOTAL: 1.120.000,00

Homem: adquiridos onerosamente: 500.000,00; 100.000,00; 30.000,00; TOTAL: 630.000,00

No patrimônio da mulher o marido tem participação de 560.000,00 e a mulher tem participação de 315.000,00 no patrimônio do marido. Depois há uma compensação, que é



uma subtração, cujo resultado é o crédito.  $560.000,00 - 315.000,00 = 245.000,00$ . Esse é o crédito do marido frente à mulher. A mulher não tem crédito. Esse cálculo é feito apenas no final da sociedade conjugal.

Como visto, não há um condomínio referente a cada bem, mas a formulação contábil de um crédito.

Obs: bens particulares recebidos por herança, doação, ou adquiridos antes do casamento não entram na conta.

A diferença fundamental dos dois regimes, portanto, é a técnica utilizada para a determinação da participação de cada cônjuge (condomínio legal vs. técnica contábil).

No direito alemão é plenamente livre a administração e a disposição dos bens de cada cônjuge. No Brasil não há uma liberdade plena, pois, no caso de bem imóvel, sempre há a necessidade de uma autorização do outro cônjuge. Em tese, isso não deveria acontecer nesse regime, mas o legislador brasileiro assim o fez, o que causou uma perda no interesse de se adotar esse regime. O brasileiro acaba preferindo a comunhão parcial, até pela familiaridade e tradição, já que não grandes incentivos em se adotar o regime de participação final nos aquestos.

*Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, constante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.*

*Art. 1.673. Integram o patrimônio próprio os bens que cada cônjuge possua ao casar e os por ele adquiridos, a qualquer título, na constância do casamento.*

*Parágrafo Único. A administração desses bens é exclusiva de cada cônjuge, que os poderá livremente alienar, se forem móveis.*

No art. 1673 há a definição do patrimônio próprio. Cada cônjuge possui um patrimônio próprio. A complicação do legislador foi no p.u. do art. 1673, ao ressaltar os bens imóveis. Isto é, se for bem imóvel, não há livre alienação. Há confusão, principalmente quando confrontado com o art. 1656.

*Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares.*

Qual a diferença dos bens particulares do art. 1656?? São os bens que foram adquiridos antes do casamento ou de forma gratuita na constância desse, que não entram no cálculo final da participação. Tais bens estão descritos no art. 1674. Para esses bens não há necessidade de autorização. Cumpre ressaltar que essa desnecessidade deve estar constante ante do pacto antenupcial.

Conclusão: para os bens imóveis é sempre necessária a autorização para aliená-los, a não ser que sejam particulares e haja a convenção no pacto antenupcial dispensando essa autorização.

Como se vê, é um regime complicado que tem efeitos parecidos com o da comunhão parcial, o que desestimula a sua adoção.

Caso em que se separa de fato e só é realizado o divórcio após 20 anos da separação? Os bens adquiridos durante esses 20 anos são bens particulares ou não? Embora consid

eradas casadas, visto que não houve morte ou divórcio, elas estão sepradas de fato e não há comunhão plena de vida. Por isso esses bens não entrariam no cálculo final, pois não há presunção de esforços comuns. Por isso o art. 1683 dispõe:

*Art. 1.683. Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência.*

24/04/2014

O regime da comunhão parcial de bens nada mais é que um regime de comunhão de aquestos (bens adquiridos durante o casamento).

Na comunhão parcial estabelece-se a participação de um cônjuge no patrimônio do outro pela regra da comunhão: a aquisição onerosa de um bem durante o casamento implica titularidade de ambos os cônjuges.

A técnica, no caso da participação final dos aquestos, não é a da comunhão. Não há a ideia de comunhão, de um regime condominial legal. O patrimônio de cada cônjuge é particular, durante o casamento, os bens adquiridos permanecem na administração do cônjuge adquirente. O que há, no final do casamento, é um cálculo contábil para determinar quanto cada um tem de participação no patrimônio do outro. Há uma apuração contábil dos valores dos bens adquiridos durante o casamento e, após a compensação, vê-se quem deve quem.

Ex.: Mulher - bens de 500 e 200, total = 700 (incremento patrimonial no decorrer do casamento). Há meação dos bens, por determinação legal, participação do marido nos aquestos = 350.

Marido - bens de 800 e 100, total = 900. Meação = 450.

Há compensação e, no caso, a mulher tem um crédito de 100 em relação aos aquestos do marido.

Apuração contábil para se estabelecer o crédito.

No caso da participação final nos aquestos, há incorporação de princípios da separação convencional: total independência/autonomia patrimonial - não há patrimônios comuns, não somente patrimônios próprios, que não se comunicam e que podem ser administrados de maneira independente.

Essa é a forma pura do regime. Para a professora, o legislador brasileiro perdeu uma boa oportunidade de adota-lo dessa forma, com a conciliação dos princípios da comunhão parcial e da separação convencional. Se a ideia era essa, logicamente, não haveria necessidade da outorga conjugal - mas não é isso o que acontece. O legislador estabelece de forma muito clara que para a alienação onerosa de bens imóveis é necessária tal outorga. O que se criou no Brasil foi uma comunhão parcial com uma técnica de divisão dos bens diferente, o regime não estabelece um "plus", logo, esse regime não é adotado, porque o pacto antenupcial exige tempo, dinheiro e, além disso, exige a presença de um contador

no final para o cálculo da participação de cada cônjuge.

Bens particulares na participação final nos aquestos são aqueles que os cônjuges já tinham antes do casamento e adquiriram de forma gratuita durante esse - com relação a esses bens, se houver determinação expressa no pacto antenupcial, a outorga conjugal é dispensada.

### 3.1. Momento: art. 1672 e 1683

"Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, conforme disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento."

Ex.: me separei de fato hoje e só me divorciarei daqui a 5 anos. E aí? Os aquestos adquiridos durante esse tempo entram na participação? Não, Art. 1.683: "Na dissolução do regime de bens por separação judicial ou por divórcio, verificar-se-á o montante dos aquestos à data em que cessou a convivência."

### 3.2. Forma: art. 1674, p. único; art. 1675

Quanto aos bens móveis: "Art. 1674. Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis."

Presunção relativa e, portanto, admite prova em contrário.

Se há doação de bem imóvel sem a outorga conjugal, isso significa que o bem saiu do patrimônio do cônjuge doador irregularmente. Então, se isso ocorrer, o valor do bem que saiu é computado nos aquestos do cônjuge doador, ainda que ele não esteja mais no patrimônio do cônjuge.

Art. 1.675. Ao determinar-se o montante dos aquestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

Problema do artigo: ação reivindicatória pressupõe a propriedade do bem, mas o cônjuge e prejudicado não é proprietário. Ainda, ao se estabelecer a possibilidade de reivindicatória a quem não é proprietário, se dá a possibilidade de que essa pessoa tire do patrimônio de alguém que é legitimamente proprietário. O cônjuge prejudicado em momento algum foi proprietário. Talvez, esse cônjuge possa entrar com a reivindicatória para que o bem retorne ao patrimônio do outro.

Os atos praticados sem a outorga são anuláveis: art. 1650 - CONFIRMAR!

### 3.3. Dívidas: art. 1677 e 1678

Art. 1.677. Pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este responderá, salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro.

Dívidas não se comunicam. Até porque a administração dos bens é particular, logo, pres

supõe-se que as dívidas foram adquiridas sem a participação da outra pessoa.

Contudo, cabe comunicação quando o outro cônjuge, de alguma forma, se aproveitou daquela dívida. Vedação do enriquecimento sem causa. Ex.: A contrai dívida para reformar a casa onde mora com B e faz um empréstimo para tanto.

Ainda: Art. 1.678. *Se um dos cônjuges solveu uma dívida do outro com bens do seu patrimônio, o valor do pagamento deve ser atualizado e imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge.*

### **3.4. Bens adquiridos pelo trabalho comum dos cônjuges: art. 1679**

Art. 1.679. *No caso de bens adquiridos pelo trabalho conjunto, terá cada um dos cônjuges uma quota igual no condomínio ou no crédito por aquele modo estabelecido.*

### **4. Bens móveis perante terceiros: art. 1680**

Art. 1.680. *As coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.*

Essa presunção admite prova em contrário, inclusive em sede de embargos de terceiros. Ela existe para favorecer o credor. Isso porque, com relação aos bens móveis, é muito difícil de se atribuir a titularidade.

### **5. Titularidade dos bens imóveis: art. 1681**

Art. 1.681. *Os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro.*

*Parágrafo único. Impugnada a titularidade, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens.*

Esse artigo faz sentido porque na comunhão parcial não é assim.

Para a professora, esse parágrafo único é infeliz. Isso porque, nos casos normais, cabe a quem impugna a titularidade provar que é o legítimo proprietário. Contudo, esse artigo diz, basicamente, que a pessoa que contestou não deverá provar, mas, sim, a pessoa que teve sua titularidade contestada.

### **6. Renúncia à meação durante o matrimônio: art. 1682**

Durante o casamento não há direito adquirido à participação final nos aquestos, mas apenas uma expectativa de direito. Justamente por isso, não há a possibilidade de renúncia à meação durante o matrimônio: como vou renunciar a algo que não faz parte da minha esfera jurídica?

Art. 1.682. *O direito à meação não é renunciável, cessível ou penhorável na vigência do regime matrimonial.*

Após a dissolução do casamento, a pessoa pode renunciar à meação.

### **7. Compensação: art. 1684**

Art. 1.684. *Se não for possível nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos para reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário.*

*Parágrafo único. Não se podendo realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quantos bastarem.*

Ex.: Mulher - bens de 500 e 200, total = 700. Meação = 350.

Marido - bens 900, total = 900. Meação = 450.

Mulher tem crédito de 100.

O legislador quer dar preferência para que o titular do bem fique com esse. Então, no caso, o marido fica com o bem e paga 100. O legislador não fala em condomínio, porque é uma situação em potencial litígio. Contudo, se o marido não tiver dinheiro, ele deve vender o bem para pagar o crédito.

A venda pode ser judicial ou extrajudicial.

O caput do artigo trata de bens divisíveis.

## **SEPARAÇÃO CONVENCIONAL DE BENS**

Decorre da vontade dos cônjuges. Nesse caso, as partes, no exercício de sua autonomia da vontade, escolhem optar pelo regime.

Há necessidade de pacto antenupcial.

**Se caracteriza pela presença de patrimônios particulares, não há patrimônios comuns. Não se aplica a súmula 377 do STF.**

**Único regime de bens que não exige outorga conjugal:** *Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.*

*Art. 1.688. Ambos os cônjuges são obrigados a contribuir para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, salvo estipulação em contrário no pacto antenupcial.*

Para a professora, o legislador nem precisava tratar disso, porque já é tratado na parte geral de casamento. Mas, bem, ele achou por bem repetir aqui.

06/05/2014

## **DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE E DO VÍNCULO CONJUGAL**

Casamento não é mais indissolúvel, como antes ocorria. Casamento tratado de forma católica, muito embora o CC 1916 tivesse nascido já em um estado laico.

Mas o CC 1916 conhecia a figura do "desquite", que permitia a dissolução da sociedade conjugal. Acabava com o regime de bens e com os direitos e deveres recíprocos do casamento. O vínculo do matrimônio se mantinha. As pessoas não viviam mais como mari

do e mulher, mas estavam ligadas pelo vínculo conjugal, indissolúvel.

Enquanto houvesse o vínculo, não se podia contrair novas núpcias.

A sociedade conjugal é a convivência dos cônjuges como marido e mulher.

Vínculo conjugal = vínculo jurídico, indissolúvel pela vontade das partes, que ligava marido e mulher.

Se, por um lado, a sociedade conjugal implicava o vínculo conjugal, o vínculo não pressupunha a sociedade.

O vínculo apenas podia ser dissolvido com a morte.

1977 - modificação constitucional, retirando a indissolubilidade do vínculo do texto da constituição da época, e Lei do Divórcio.

Permitiram o término do vínculo.

Antes dessa lei, os tribunais acabavam ampliando as hipóteses de anulação do matrimônio para desconstituir o vínculo e para as pessoas poderem constituir novas núpcias.

Inicialmente, o divórcio apenas poderia ser concedido uma única vez e para uma única pessoa. Ex.: Se A, divorciada, casa com B e, depois, quer se divorciar, A não pode pedir novo divórcio, mas B pode.

Ainda, para se divorciar, a pessoa deveria estar separada de fato há mais de 5 anos ou judicialmente há mais de 3. A separação judicial equivalia, portanto, ao desquite - lembrando que esse não levaria nunca ao divórcio. Essa separação colocava fim aos direitos e deveres recíprocos e com o regime de bens.

Sistema dual ou binário para dissolução do vínculo matrimonial.

Não basta requerer o divórcio, para ele ser concedido deve ser precedido por separação, seja de fato, seja judicial. Esse sistema dificultou a concessão do divórcio - e essa foi a intenção mesmo. Da mesma forma que o legislador traz um sistema complexo para as pessoas casarem, para que elas reflitam sobre sua decisão, ele traz um sistema para que as partes também reflitam bem antes de tomar a decisão de se descasar.

Art. 226, §6º, CF, redação original (alterado pela EC66/2010): "*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.*"

Consagra esse sistema binário.

EC 66: "*Art. 226. §6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)*"

Com base nessa emenda, parte da doutrina e da jurisprudência entenderam que a separação não é mais necessária. Se houve revogação, foi tácita. Professora discorda.

## **1. Hipóteses de dissolução da sociedade conjugal: art. 1571**

"Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

- I - pela morte de um dos cônjuges;
- II - pela nulidade ou anulação do casamento;
- III - pela separação judicial;
- IV - pelo divórcio."

Há hipóteses em que há o fim da sociedade conjugal, mas não do vínculo matrimonial, como é o caso da separação judicial. A morte e o divórcio levam ao fim do vínculo.

Todas as hipóteses são situações em que há fim da vida em comum do casal, seja do ponto de vista patrimonial, seja do ponto de vista pessoal.

### 1.1. Separação de fato como hipótese de dissolução da sociedade conjugal

Não está tratada no art. 1571. Ela é causa de dissolução da sociedade conjugal? Entende-se que, embora não prevista, a separação de fato leva ao fim da sociedade conjugal. Dois argumentos: (1) sujeito que se separou de fato pode contrair união estável, sociedade terminou do ponto de vista pessoal; (2) CC determina que os bens adquiridos depois da separação de fato não entram no cálculo final dos aquestos, o que significa que o regime de bens não existe mais, portanto, finda a sociedade conjugal.

### 2. Hipóteses de dissolução do vínculo conjugal: art. 1571, §1º

"Art. 1571. § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente."

O casamento validamente constituído apenas pode ser desfeito pelo divórcio ou pela morte de um dos cônjuges. No caso de casamento inválido, deve-se desfazê-lo, como se ele nunca tivesse existido.

Ex.: A casa com B, se divorcia e agora quer anular o casamento, muito embora o vínculo matrimonial já tenha se desfeito. Entende-se que não há problemas - causas de pedir distintas. Se o casamento é anulável ou nulo, ele não poderia produzir efeitos e, consequentemente, não poderia levar ao divórcio.

Lembrando que a anulação do casamento leva ao retorno do estado civil anterior.

Ex.: se A casa com B, o casamento é nulo, mas antes de ser declarada sua nulidade, A casa com C (configurando, em tese, bigamia), como o primeiro casamento é nulo, o crime não se configuraria.

### 3. O sistema dual ou binário para dissolução do vínculo matrimonial

Separação precede o divórcio. Vide supra.

### 4. Separação judicial consensual: art. 1574

"Art. 1.574. Dar-se-á a separação judicial por mútuo consentimento dos cônjuges se forem casados por mais de um ano e o manifestarem perante o juiz, sendo por ele devidamente homologada a convenção.

Parágrafo único. O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial se apurar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges."

Consenso dos cônjuges a respeito, não apenas do fato de que eles querem se separar, co

mo também de todas as consequências jurídicas dessa separação (guarda de filhos, divisão de bens, etc.).

Necessidade de estarem casados a mais de um ano - após EC 66 há quem entenda que não é necessário esse prazo, nem para separar nem para divorciar.

Pedido deve ser formulado por ambos os cônjuges, necessariamente.

Juiz só homologa.

Pode ser extrajudicial - no cartório. Não pode haver filhos menores.

#### **4.1. Separação judicial litigiosa:**

Pedido deve ser feito por um dos cônjuges.

##### **- Com culpa ("separação-sanção"): art. 1572, caput e 1573**

*"Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum."*

Um dos cônjuges imputa ao outro a culpa pelo fim do casamento.

Rol exemplificativo de situações que caracterizam culpa:

*"Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:*

*I - adultério;*

*II - tentativa de morte;*

*III - sevícia ou injúria grave;*

*IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;*

*V - condenação por crime infamante;*

*VI - conduta desonrosa.*

*Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum."*

Críticas à apuração de culpa. Juiz não é a pessoa mais indicada a definir essa culpa, não tem formação devida. Violação à intimidade do casal.

Esse tratamento está em descompasso com o direito de família moderno. Hoje, a apuração da culpa não tem tantas consequências como antigamente. Guarda dos filhos, antes, era determinada com base nisso; hoje, melhor interesse do menor. Direito a alimentos a um dos cônjuges, se houvesse culpa da parte que precisa dos alimentos, não haveria concessão desses. Hoje, entende-se que deve haver solidariedade entre duas pessoas que um dia foram casadas - aferição atenta ao binômio necessidade/possibilidade.

Única possível consequência da aferição da culpa: art. 1578.

*"Art. 1.578. O cônjuge declarado culpado na ação de separação judicial perde o direito de usar o sobrenome do outro, desde que expressamente requerido pelo cônjuge inocente e se a alteração não acarretar:*

*I - evidente prejuízo para a sua identificação;*

*II - manifesta distinção entre o seu nome de família e o dos filhos havidos da união dissolvida;*

*III - dano grave reconhecido na decisão judicial.*

*§ 1º O cônjuge inocente na ação de separação judicial poderá renunciar, a qualquer momento, ao direito*



o de usar o sobrenome do outro.

§ 2o Nos demais casos caberá a opção pela conservação do nome de casado."

Contudo, hoje a questão do nome está sendo deslocada para os direitos da personalidade, o que faz com que essa previsão perca força. Caso Luiza Brunet.

Apesar de, em teoria, a culpa não trazer maiores consequências, alguns juízes ainda a levam em consideração.

#### - **"Separação-falência": art. 1572, §1º**

**O cônjuge simplesmente alega a deterioração da vida em comum.**

"Art. 1572. § 1o A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição."

A diferença dessa para a separação consensual é que, aqui, um só faz o pedido, não há consenso em todos os pontos.

Medida cautelar de separação de corpos - para provar a questão temporal se os cônjuges ainda viverem sob o mesmo teto.

#### - **"Separação-remédio": art. 1572, §2º e 3º**

**Doença mental grave de cura improvável.**

"Art. 1572. § 2o O cônjuge pode ainda pedir a separação judicial quando o outro estiver acometido de doença mental grave, manifestada após o casamento, que torne impossível a continuação da vida em comum, desde que, após uma duração de dois anos, a enfermidade tenha sido reconhecida de cura improvável."

**Consequências patrimoniais para o cônjuge que pediu a separação:**

**"§ 3o No caso do parágrafo 2o, reverterão ao cônjuge enfermo, que não houver pedido a separação judicial, os remanescentes dos bens que levou para o casamento, e se o regime dos bens adotado o permitir, a meação dos adquiridos na constância da sociedade conjugal."**

O parágrafo trata do **regime de comunhão universal**: os bens adquiridos pelo cônjuge doente antes do casamento não entram na meação, mas os do cônjuge que pede a separação, sim.

#### **4.2. Efeitos da separação judicial: art. 1575 (En. 255 da 3a Jornada de Direito Civil); art. 1576**

**Fim dos direitos e deveres dos cônjuges e do regime de bens:** "Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida."

O enunciado 255 da Jornada diz que a separação judicial pode ser decretada sem que haja a partilha de bens.

"Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Parágrafo único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de inca

*pacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão."*

Ponto importante: **art. 1577. Possibilidade de reconciliação dos cônjuges, de restituição da sociedade conjugal. Isso porque o vínculo matrimonial se mantém.** Pede-se a revogação da separação, estado civil volta ao casado (antes, separado) - não só não é necessário novo casamento, como ele é impossível de ser realizado já que nunca houve rompimento do vínculo!

*"Art. 1.577. Seja qual for a causa da separação judicial e o modo como esta se faça, é lícito aos cônjuges restabelecer, a todo tempo, a sociedade conjugal, por ato regular em juízo.*

*Parágrafo único. A reconciliação em nada prejudicará o direito de terceiros, adquirido antes e durante o estado de separado, seja qual for o regime de bens."*

08/05/2014

## **5. Divórcio**

Para a decretação do divórcio não é necessária anterior partilha de bens, no teor da súmula do STF. Lembrando que a pessoa pode, inclusive, se casar antes da partilha, incidindo causa suspensiva.

### **5.1. Divórcio Indireto: art. 1580**

*"Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.*

*§ 1o A conversão em divórcio da separação judicial dos cônjuges será decretada por sentença, da qual não constará referência à causa que a determinou."*

- **é aquele em que há conversão da separação judicial em divórcio; após o prazo temporal de 1 ano do trânsito em julgado da separação judicial.**

- **também pode ocorrer diante de uma medida cautelar de separação de corpos**, pedindo a conversão dessa medida em divórcio dentro de um ano

- indireto porque é necessária uma decisão judicial transitada em julgado para que seja possível requerê-lo.

*(copiado do caderno da Juliana)*

### **5.2. Divórcio Direto: art. 1580, §2º**

**Não necessita de prévia decisão judicial. Deve-se comprovar a separação de fato há mais de 2 anos.**

*Art. 1580. §2º: "O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos."*

## **6. Emenda Constitucional n. 66/2010**

### **Fim da separação judicial?**

**Antes da alteração, o artigo da constituição falava expressamente da necessidade de prévia separação para a realização do divórcio.**

"Art. 226. § 6º - 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."

A redação era criticada, porque o legislador constitucional entrava em muitas minúcias que não deveriam ser tratadas na CR.

A EC 66/2010 veio na esteira da doutrina que dizia que o divórcio seria um direito fundamental. Movimento do IBDFAM. Então, reformou-se o artigo 226, §6º da CR: "*O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.* ([Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010](#))"

Questionava-se a apuração da culpa no divórcio litigioso.

Eliminou-se a referência à necessidade de prévia separação e de lapso temporal.

Grande parte da doutrina passou a defender que a EC66 revogou as regras do CC/2002 da separação judicial e aquelas relativas aos prazos. Isso foi defendido com base no direito fundamental de se casar e de se manter casado.

Para a professora, com a mudança da redação do artigo, há a possibilidade de se instituir o divórcio no Brasil sem a necessidade da separação. Contudo, para ela, a EC66 não revogou os artigos do CC que tratam da separação judicial. Primeiramente, porque lei revoga lei, EC não revoga lei, o máximo que pode acontecer é a lei se tornar inconstitucional. Valendo lembrar que a EC não foi acompanhada de nenhuma alteração do CC. E, ainda que a intenção do legislador tenha sido a simplificação do divórcio, ele foi muito amador.

Interpretação conforme a Constituição: quando da interpretação das normas infraconstitucionais deve-se privilegiar aquela compatível com a CF. No caso, porém, não há incompatibilidade do texto do CC com a nova redação do art. 226, §6º. Isso porque o artigo não falou que não haverá separação judicial, ou que não há prazo mínimo para o divórcio.

Na prática, diante da doutrina majoritária, o divórcio é concedido sem o cumprimento de qualquer requisito.

Enunciados da Jornada que vão na contra mão da opinião majoritária:

**En. 513 da 5ª Jornada de Direito Civil**

**En. 514 da 5ª Jornada de Direito Civil**

O legislador estabelece uma série de requisitos para o casamento para estimular a reflexão dos cônjuges - decisão importante. Para o divórcio, o raciocínio seria mais ou menos o mesmo, implica uma série de consequências patrimoniais e pessoais e seria necessária a imposição de requisitos, ao menos temporais, para o casal refletir.

Caso do TJMG: casal entrou com pedido de separação judicial, houve o advento da EC66, TJMG converteu automaticamente o pleito em pedido de divórcio, vez que não se poderia mais pedir a separação (doutrina majoritária). O casal quis voltar a viver junto, mas o TJ entendeu que, uma vez iniciado o procedimento, não seria possível voltar atrás. Divórcio concedido contra a vontade dos cônjuges.

## **7. Separação e divórcio consensuais extrajudiciais: Lei n. 11.441/2007 (acréscimo do art. 1.124-A do CPC)**

Lei veio antes da EC.

Quando há um acordo absoluto dos cônjuges quanto à separação/divórcio e suas consequências, e não há filhos menores, a separação/divórcio pode ser feito em cartório de notas, com a presença de advogado. Documento é registrado.

Quando há filhos menores, há necessidade de se formular a demanda junto ao poder judiciário, diante da necessidade da presença do MP.

## **União Estável**

As pessoas vivem como se casadas fossem, sem possuir o selo de casamento.

### **1. Itinerário histórico rumo ao seu reconhecimento**

#### **1.1. Concubinato e suas consequências jurídicas**

CC/1916: colocava o matrimônio como o único elemento possível de constituição de família. Não havia outra forma de constituição da família.

Contudo, havia situações em que um homem e uma mulher passavam a viver como se casados fossem.

Vista com maus olhos. Pessoas que escaparam do casamento, pessoas que queriam se esquivar das regras do casamento.

Havia situações, no entanto, de pessoas que constituíam o que hoje se chama de união estável porque não podiam se casar. E também pessoas que podiam mas não o faziam. Ambas as situações eram tratadas como "concubinato", palavra que traz a mente a ideia de uma relação ilícita.

**Concubinato puro: pessoas que podiam se casar, mas não o fizeram.**

**Concubinato impuro: pessoas que não podiam se casar - impedimento matrimonial** (ex.: homem que abandonou mulher e passou a viver com outra).

Inicialmente, o concubinato não trazia maiores consequências jurídicas, o que causava injustiças. Ex.: as duas pessoas contribuía para a aquisição de um bem, mas, no caso da morte daquele que tinha o bem em seu nome, o outro ficava de sem nada.

Isso se modificou e, lá por volta de 1960, o STF começou a dar consequências patrimoniais ao concubinato. Entendeu-se, não que ele era uma forma de constituição de família, mas, sim, que deveria incidir as regras de uma "sociedade de fato". Quando de sua dissolução, o patrimônio seria dividido. No início, o concubino que quisesse o bem deveria comprovar seu esforço para a aquisição dele, depois, passou-se à presunção desse esforço.

Aos poucos, foi-se reconhecendo mais direitos advindos do concubinato.

## 1.2. Constituição da República, 1988, art. 226, §3º

Em 1988, com a CR, estabeleceu-se que o casamento não mais seria a única forma de família. O art. 226, §3º prevê: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. ([Regulamento](#))"

Algumas pessoas entenderam que a CR apenas reconheceu a união estável no "concubinato puro", isso por causa da disposição de que será facilitada sua conversão em casamento.

## 1.3. Lei 8971/94: Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão.

Colocou expressamente o que era necessário existir para se configurar união estável. "Tipo legal de união estável".

Convivência entre homem e mulher (diversidade de sexos) por mais de 5 ou que dessa convivência viesse prole comum. Disciplinou a união estável no direito brasileiro, prevenindo as consequências após a morte de um dos companheiros.

## 1.4. Lei 9278/96: Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

Também tratou da união estável, mas não estabeleceu nem tempo mínimo de convivência nem prole comum.

Entendeu-se, então, que era somente necessária a convivência duradoura e pública entre homem e mulher.

Acrescentou um direito que já era previsto ao cônjuge: o direito real de habitação (direito de habitar o imóvel do casal; não dá, como no usufruto, o direito de utilizar o bem de outras formas).

Professora enfatizou a necessidade de LER AS LEIS.

## 1.5. Código Civil de 2002: art. 1723 a 1727

Artigos polêmicos, que disciplinam a matéria.

O CC não faz menção a prazos nem à necessidade de prole comum. São necessários outros requisitos.

Além disso, o CC trouxe uma alteração muito importante: permitiu o estabelecimento da união estável também pelas pessoas separadas de fato. Além delas, as solteiras, as divorciadas e as separadas judicialmente.

Hoje, a polêmica é se pessoas casadas poderiam constituir união estável.

*Art. 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.*

*§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.*

§ 2o As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Decisão do STF: possibilidade de que pessoas do mesmo sexo constituam união estável - "união estável homoafetiva". Para a professora, é uma exceção ao disposto na CR, que estabelece que a união estável deve ser constituída por homem e mulher.

20/05/2014 (aula copiada do caderno da Júlia)

Se hoje previsão da União Estável não suscita maiores dificuldades, nem sempre foi assim. Até que lhe atribuisse efeitos jurídicos e a entendesse como entidade familiar, foi um longo caminho, que culminou com o CC/02. Ex: Situação sucessória do companheiro estável, no momento, bem pior do que era anteriormente.

2. **"Fatispecie"** - Pressupostos para configuração da União Estável. O contrato de convivência não basta para configurar a UE nem para que ela possa ser oposta perante terceiros. O contrato é um indício, mas não indício único: além dos elementos subjetivos, devem estar presentes outros elementos, de natureza objetiva, que devem ser provados.

**Art. 1723** - Não há a exigência de um período mínimo de convivência; é pacífico que não pode atrelar a configuração da UE a um prazo mínimo. Reconhece, na esteira da constituição, a União Estável como entidade familiar: não tem meramente efeitos patrimoniais, como anteriormente. Tipo de requisito do art. 1.723:

2.1) **Elementos subjetivos** – Requisitos atinentes a pessoa do convivente.

a) **Diversidade de sexos (?)** – ADIN 4277/2011 – Redação do Código Civil, seguindo a redação Constituição (*união entre homem e mulher*). Depois do julgamento da ADIN ficou reconhecida a possibilidade de que a União Estável pode se configurar entre pessoas do mesmo sexo. A diversidade de sexos não é mais importante.

b) **Inexistência de impedimentos matrimoniais: art. 1723 §1º; 1727**

Art. 1723. § 1o A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialment

e.

Art. 1.727. As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.

Tem suscitado diversas discussões nos âmbitos jurisprudencial e doutrinário: não pode se configurar se um dos conviventes, ou os dois, estiverem impedidos de se casar. Só está permitida a união estável na forma do antigo concubinato puro (aquele estabelecido entre pessoas que podiam se casar, mas decidem por não realizar essa união).

O legislador faz uma ressalva quanto ao impedimento matrimonial para se casar das pessoas casadas: não podem constituir união estável, a não ser que estejam separadas de fato ou judicialmente.

As relações não esporádicas entre pessoas que não podem se casar, irão configurar concubinato e não união estável; é o concubinato impuro de outrora.

Causas suspensivas são irrelevantes para a UE.

Há decisões que reconhecem a união estável em uma situação específica que não poderia, na literalidade da lei, constituí-la: cabe o reconhecimento por imperativos de justiça. a. → “Famílias paralelas”. A pessoa cumpre os pressupostos, constitui união duradoura com outra pessoa, mas é casado (ex. do caminhoneiro). Interpreta-se o Código *contra legem*, para reconhecer a união estável embora exista impedimento matrimonial, configurado pelo fato de que um dos companheiros é casado. O reconhecimento se dá principalmente em legislação previdenciária: divisão da pensão por morte entre a mulher e a companheira. Há posicionamento de que não se pode transportar um parâmetro moral que incide sobre o casamento para a União Estável: no entanto, quem colocou isso foi o próprio CC, a opção do legislador é clara e ignorar isso seria ir contra o Código.

c) **Objetivo de constituir família** – Os companheiros têm o objetivo de se estabelecer como tal numa relação que irá constituir família. Nisso ela difere do mero namoro descompromissado: há uma *intenção séria*.

2.2) **Pressupostos objetivos** – Não ligados diretamente as pessoas dos conviventes.

a) **Estabilidade** – A relação deve ser duradoura, mas não há prazos mínimos. O aspecto temporal deve ser avaliado juntamente com os demais elementos. Afasta do reconhecimento as relações fugazes.

b) **Caráter ostensivo** - É fundamental que as partes sejam reconhecidas no ambiente em que estão inseridas como companheiros que querem constituir família. Devem ser reconhecidas no meio social como uma família. Não necessariamente a convivência deve ser notória, mas no ambiente em que vivem os conviventes, devem ser estes vistos como pessoas que desejam constituir família.



-> **É necessária a comprovação de todos os elementos para o reconhecimento:** não basta apenas um deles, como o contrato de convivência. A coabitação não é requisito para o reconhecimento de UE. Ela pode ser reconhecida entre pessoas que moram distantes: **não vigora a regra da unicidade de domicílio.**

### 3. Efeitos

Na Europa o grande drama para o reconhecimento do instituto é fazer com que incidam sobre os companheiros determinados efeitos jurídicos, sem que elas tenham se manifestado expressamente pelo reconhecimento desses. Na Itália, parte-se do pressuposto de que e os efeitos jurídicos devem derivar de uma manifestação de vontade das partes: fazer incidir efeitos sem que elas aderissem ao um regime jurídico complexo é extremamente complicado (podem ter escolhido a UE justamente pela não regulamentação). No Direito Brasileiro os efeitos são derivados automaticamente pelos elementos da fatiespecie da união estável: não se discute mais o “autoritarismo ou imperatividade da medida”.

#### 3.1) **Direitos e deveres dos companheiros: art. 1724** – Ver Lei 9278/96

Art. 1.724. *As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de **lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.***

**Casamento:** nem todos os deveres e direitos referentes aos cônjuges são adotados na união estável. A grande novidade é a lealdade, que difere da fidelidade recíproca. A doutrina e jurisprudência caminham no sentido de que a lealdade não pode ser interpretada no sentido de monopólio de relação sexual entre os cônjuges, atribuída à fidelidade recíproca. A fidelidade invoca cânones gerais de comportamento em sociedade, relacionado ao respeito, não exposição, etc.. É um reforço de deveres previstos em seguida.

#### 3.2) **Direito de acréscimo do patronímico: art. 57 §2º da Lei n. 6015, com a redação dada pela Lei n. 6.216/75.**

Art. 57. § 2º *A mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, e excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro, sem prejuízo dos apelidos próprios, de família, desde que haja impedimento legal para o casamento, decorrente do estado civil de qualquer das partes ou de ambas. [\(Incluído pela Lei nº 6.216, de 1975\).](#)*

Não é uma previsão nova: vem desde 75. Foi acrescentado dispositivo à Lei de Registros Públicos, reconhecendo direito de caráter não patrimonial aos companheiros. A mulher solteira/divorciada/viúva/separada poderia acrescentar ao seu sobrenome o patronímico do companheiro, com a anuência deste. O que suscitava perplexidade é a ressalva: desde que houvesse impedimento ao casamento, decorrente do estado civil. Isto é, só poderia ocorrer o acréscimo se ao menos um dos companheiros fosse casado. Não se admi



tia o divórcio no direito brasileiro e o casamento era indissolúvel: o dispositivo veio reequilibrar a situação, promovendo uma certa legalização.

§3º - o legislador atrela a configuração da convivência a um parâmetro mínimo temporal, ou à existência de prole comum.

O dispositivo não foi expressamente revogado. A previsão era muito tópica e extremamente contextualizada; excluía-se os casos de concubinato puro, abarcando apenas uma forma específica do impuro. Hoje se entende que esse direito, muito embora sem previsão no CC, se estende a todos os casos de UE, independente da ressalva ao fim do dispositivo (*se reconhecido a entidade de menor valor – concubinato – deve ser reconhecido à união estável*). Deve-se estender ao varão, ao homem, não só a mulher. O direito deve ser exercido por meio de ação de retificação de registro civil. Para que ela tenha êxito, contudo, deve-se cumulá-la com uma declaratória de reconhecimento de união estável, nos quais serão provados seus elementos constituintes.

### 3.3) Estado civil (?)

A união estável não gera um novo Estado Civil àqueles conviventes. Ele não interessa apenas à pessoa em si, mas a toda a sociedade Ex.: 1647 acerca do regime de bens e necessidade de autorização do outro cônjuge para a prática de determinados atos.

Ela acontece *ao largo* do estado, sem uma chancela de publicidade estatal; não há ato formal que defina claramente a existência ou não de união estável.

### 3.4) Regime de bens: art. 1725.

*Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.*

Na ausência de estipulação em contrário, o regime que irá reger a relação é o regime da comunhão parcial de bens. Anteriormente a partilha dos bens era prevista apenas se comprovada a concorrência patrimonial do convivente para a aquisição do patrimônio. (Para evitar o enriquecimento sem causa). O próprio tribunal passou a presumir o esforço comum de ambos os conviventes na aquisição onerosa dos bens: era desnecessário prová-la, podendo a presunção ser derrubada por prova em contrário. A legislação adotou também essa presunção relativa.

O CC atual traz a presunção absoluta de que todos os bens adquiridos de forma onerosa durante a união estável – independentemente da prova de esforço comum – serão partilhados ao final.

A necessidade de outorga conjugal estabelecido pelo legislador para todos os regimes – exceto .

O STJ tem jurisprudências no sentido de exigir a outorga nesses casos; há problema per

ante 3º. Não há como ele saber que o convivente está vivendo em união estável. Complicado especialmente porque determinados atos praticados sem a outorga podem ser anulados.

#### 4. Contrato de convivência: art. 1725.

Escritura/pacto/contrato de união estável. Negócio jurídico por meio do qual os conviventes estabelecem uma série de direitos e deveres e, especialmente, regime de bens, que não pautar a união estável. O instrumento para a eleição do regime de bens e afastamento do regime geral, é esse contrato. O regime de bens é o principal, mas não é o único conteúdo desse contrato: pode dispor sobre aspectos não patrimoniais. O artigo exige a forma escrita, não a escritura pública. Se feito de forma particular, o contrato será rigidamente válido.

A questão é oponibilidade do contrato perante 3º. Via de regra, o instrumento deve ser registrado no cartório de títulos e documentos, dando publicidade ao ato, e tornando-o oponível perante terceiros. Contudo, a lei de registros públicos não prevê os pactos de convivência entre os atos de cujo registro decorre a oponibilidade perante terceiros. O rol da lei de registros públicos é considerado taxativo. Ademais, a relatividade dos negócios jurídicos prevê que o contrato produz efeitos interpartes, que interessam apenas as partes que os firmaram (regula a convivência daquelas partes). Assim, não dispõe esse contrato de oponibilidade perante terceiros.

É um elemento, um indício de prova da convivência, mas não faz com que nasça a UE e gere a obrigação de que para a prática de determinados atos seja necessária a outorga do convivente.

**5. Conversão da união estável em casamento: CF/88 art. 226, §3º; art. 1.726 – A lei facilitará a conversão da união estável em casamento.** Suscitado pela doutrina para argumentar que o legislador entende que apenas o concubinato puro pode configurar união estável. O impuro não pode ser convertido em casamento.

De fato, com Lei 9278/96, o legislador previu a possibilidade de conversão da União Estável em casamento, consolidando a previsão constitucional. A conversão seria realizada em âmbito administrativo; por meio da habilitação e declaração de casamento no cartório. A vontade de se casar estaria configurada pela própria união estável.

O CC trouxe novidade a esse contexto: a conversão passou a ser feita em âmbito judicial e administrativo. Reconhecimento e conversão da UE pelo juiz → sentença para o cartório de pessoas naturais → Habilitação e conversão. Trouxe a necessidade de que a conversão fosse precedida de um pedido judicial, fazendo-se necessária ainda a habilitação para verificação de se as pessoas podem ou não se casar.

Criou um requisito a mais → Há quem defenda a inconstitucionalidade do dispositivo, porque a conversão foi dificultada. Na prática, é mais fácil e mais barato se casar do que e converter a união estável em casamento. A conversão é completamente desestimulada pelo legislador, portanto. Uniões homoafetivas, que antes se utilizavam do instituto, foram protegidas por dispositivo do CNJ que impõe a obrigação para os cartórios que realizem os casamentos.

22/05/2014

## Parentesco

### FILIAÇÃO

Como o Direito estipula quem é filho de quem.

A filiação é uma modalidade de parentesco, que estabelece um elo jurídico entre pessoas que descendem uma das outras e serão parentes em linha reta.

O Direito parte da definição de quem é filho.

Da paternidade/maternidade decorrem vários deveres, como a assistência econômica e moral.

#### **1. Critérios para determinação: "genético" (ou "biológico") e "sócio-afetivo"**

Dois critérios básicos. Evoluíram no Direito e, a partir do exame de DNA, o critério biológico evoluiu e ganhou importância. Mas, ao contrário do que se pensa, a evolução do critério genético foi acompanhada por uma evolução do critério sócio-afetivo - muito considerado para a determinação da filiação.

Hoje, o DNA também é fundamental - entende-se que a recusa do sujeito em fazer o teste e configura uma confissão ficta. Subverte-se as regras de processo, vez que, por se tratar de direito indisponível não admite confissão.

Fenômeno da relativização da coisa julgada nas investigações de paternidade: muitas das investigações propostas durante o CC de 16 foram julgadas improcedentes porque o teste de DNA não era tão seguro. Passou-se o tempo da rescisória - formou-se coisa soberanamente julgada. Contudo, muitas pessoas que não conseguiram provar que fulano era seu pai, ajuizaram nova ação de investigação de paternidade afirmando que agora seria possível realizar o teste de DNA. STF entendeu que isso seria possível se à época da investigação julgada improcedente o suposto pai não realizou o teste de DNA.

Multiparentalidade: há quem defenda a possibilidade de uma criança ter dois pais: um biológico e um sócio-afetivo. Ex.: A é pai biológico de B, mas não tem contato com ele. B vive com a mãe C e o padrasto D. Pode-se criar, aí, uma paternidade sócio-afetiva entre B e D.

Professora crítica, acha que aí não se terá mais nenhum critério e que a doutrina da sócio-afetividade, tal como ela surgiu, não levaria a isso.

O marco dessa teoria aqui no Brasil é um texto do Prof. Vilela de 1979 que se chama "A desbiologização da paternidade". Argumentava-se que **a paternidade, para o Direito, poderia se configurar pelo afeto e pelo serviço**; dava exemplos de situações em que o direito o pouco se importava com a questão biológica, mas apontava determinava pessoa como pai de uma criança.

Desde que o Prof. Vilela lançou esse texto, discute-se a **filiação sócio-afetiva: como esse e critério conviverá com as presunções do CC e com o critério biológico.**

**O afeto e o serviço podem compor o "tipo legal" da filiação e da paternidade. Para a professora, houve uma banalização do critério "afeto" dentro do Direito de Família.** Não se sabe ao certo o que configura esse afeto (questão doutrinária e jurisprudencial).

Quando o Prof. Vilela escreveu o texto, o que ele propunha era que havia uma tendência a se valorizar a questão do afeto e do serviço. Isso porque o CC de 1965 tendia a dar valor ao critério genético - o CC/2002 tb, de certa forma - ex.: presunção de paternidade dos filhos concebidos durante o casamento - monopólio da relação sexual - primazia do critério biológico, pouco importa se o marido da mulher é um bom pai. Ainda, essa presunção é afastada com a realização do exame de DNA. Vê-se, portanto, que as presunções do CC tem como pano de fundo o critério genético, apesar de não declarar isso expressamente.

**Dificuldade de colocar os critérios biológico e sócio-afetivo na balança: ações em que o marido alega que não é pai, faz o teste de DNA e prova que, de fato, biologicamente não é. Contudo, a ação é julgada improcedente em razão de se ter criado um vínculo de paternidade sócio-afetivo. Esse critério é muito ligado ao melhor interesse da criança.**

Dois critérios que **caminham paralelamente**. A lei e o critério biológico é preto no branco: ou é ou não é. Lógica temperada pelo critério sócio-afetivo, que deve ser aplicado com muito rigor - não necessariamente o sujeito que era casado com a mãe e tinha um carinho pelo filho dela deve ser declarado pai dela.

Paternidade não é um conceito biológico ou jurídico, mas um conceito cultural.

## **2. Critérios adotados pelo Código Civil: a filiação matrimonial**

As presunções do CC existem na filiação matrimonial - verificada na constância do casamento.

**"Pater est quem": art. 1597, 1598, 1600, 1602**

Art. 1597:

*Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:*

*I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;*

*II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;*

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

**Presunção de que o pai é aquele cujas justas núpcias demonstram - i.e., o marido da mulher casada.**

Art. 1598:

Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer a pós esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

**A mulher casada pode registrar a criança sozinha, munida somente da certidão de casamento.** Desnecessária a manifestação do marido. A mulher não-casada, para registrar o filho no nome de um homem fora do casamento, é necessária a manifestação da vontade desse homem. Se ele se recusar - investigação de paternidade.

**A presunção não vigora na união estável.**

03/06/2014 (aula copiada do caderno da Júlia)

Há uma drama em tentar equilibrar os dois critérios paralelos, escolhidos para definir a paternidade. No Código Civil, as regras cuidam da filiação e, por conseguinte, da paternidade). Apesar de a doutrina e jurisprudência destacarem a importância do teste do DNA na fixação da paternidade, ao ponto que se o sujeito se negar a se submeter, ele será considerado pai. Ainda assim, há grande valorização do critério sócio-afetivo. Em nome dele, algumas decisões vão contrariamente ao que preceitua a própria lei. Ex.: contestação da paternidade para demonstrar, por meio de teste de DNA, que o marido da mulher não é o pai da criança. O TJ, por vezes, mantém o vínculo com base na paternidade sócio-afetiva, mesmo que o DNA prove o contrário: **o filho reconhece o marido da mulher como o pai, e este sempre tratou a criança como filho.** Essa relação obstaria que se contestasse a paternidade, não obstante o resultado do teste de DNA. Há decisões que redundam ainda no reconhecimento de mais de um pai para a mesma pessoa. Tudo depende do tipo de relação entre a criança e o homem bem como o teste de DNA. Deve-se descobrir o que sobreleva, qual dos critérios, para fixar a paternidade: não há respostas prontas na lei.

**2. Critério jurídico adotado pelo Código Civil de 2002: a filiação matrimonial** – Há basicamente dois tipos de filiação, dois sistemas: matrimonial e extra-matrimonial. Começa tratando daquele filho que nasce num âmbito de um casamento: esse sistema é todo baseado em presunções. Jogo de presunções baseado na filiação que se verifica na constância do casamento: regras fundamentais para determinar a filiação no CC 2002, que já existiam no CC 16. O código irá se preocupar ainda em estabelecer como aquelas pessoa

s que nasceram fora do casamento terão a paternidade determinada: se baseia no reconhecimento voluntário e na ação de investigação de paternidade.

### **2.1) *Pater est quem justae nuptiae declarant*: art. 1597/1598/1600/1602**

Baseado na presunção do *pater est*: o pai é aquele cujas justas núpcias demonstram (o marido da mulher casada). São muito importantes porque, na hora de registrar a criança, a mulher pode ir até o cartório munida apenas da certidão de casamento: as presunções dispensam uma manifestação de vontade do marido (a paternidade já é presumida). Se a mulher não for casada, contudo, não havendo a presunção, é necessário um ato de reconhecimento de paternidade (documento, declaração no cartório, etc.) Presume-se concebidos na constância do casamento, os filhos da mulher casada: esses são presumidamente filhos do marido da mulher. Não é uma regra nova, mas decorre do direito romano. Se houve um casamento justo, regular para o direito, presume-se que os filhos concebidos são filhos não apenas da mãe, como de seu marido. É uma presunção relativa que admite prova em contrário: o marido da mulher pode, por meio da ação de contestação de paternidade, contestar a presunção, provando, hoje pelo teste do DNA, que ele não é pai da criança. Isso não ocorre com a presunção de maternidade, que não pode ser afastada.

Art. 1597 – I, Nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal.

São uma conjugação do dever de coabitação e o dever de fidelidade recíproca; implica o monopólio da relação sexual entre os cônjuges. Não significa que os deveres serão cumpridos.

II – Até 300 dias depois da dissolução da sociedade conjugal (até 10 meses depois).

As presunções são importantes, para facilitar a registrabilidade: basta o termo de nascimento dada pelo hospital e a certidão de casamento, para que a criança seja registrada em nome do marido e da mulher. Não é necessário ato de declaração de vontade. +

III – Fecundação homologa (o material genético utilizado para conceber a criança será do marido e da mulher), mesmo que falecido o marido.

**En. 106 da 1ª Jornada de Direito Civil** → Pressuposto fundamental para que incida a presunção. Será obrigatório que a mulher esteja na condição de viúva, bem como que haja autorização escrita do marido que autorize a utilização do material genético após a morte. Limita a presunção.

IV – Embriões excedentários; os laboratórios fazem mais de um embrião do que aqueles que seriam desejo do casal, porque o risco de aborto é muito alto. Estes podem ser utilizados a qualquer tempo, para que seja formado um outro ser. É uma previsão muito vaga, sem maiores detalhes (a qualquer tempo).

**En. 107 da 1ª Jornada de Direito Civil** → Limita a incidência da presunção. A presunção só poderá ser aplicada se houver autorização previa por escrito dos cônjuges. O consentimento pode ser livremente revogado até o início do procedimento.

V – Inseminação artificial heteróloga: o ovulo é da mulher, mas o esperma é de terceiro; ocorre no caso de infertilidade do marido. Exige autorização do marido, que não poderá contestar posteriormente a paternidade, uma vez que consentiu com as técnicas utilizadas. Se for o óvulo que é de outra pessoa, a mulher será presumida mãe, porque ela quem deu a luz.

**Art. 1598** → Conflito de presunções (*turbatio sanguinis*): presume-se do primeiro marido. Na prática, recorre-se a um teste de DNA.

**2.2) Afastamento da presunção de paternidade: art. 1599, 1600, 1601** – As presunções serão afastadas sobretudo pela ação específica de contestação de paternidade. Nesta, o homem deseja apenas afastar a presunção, provando que não é o pai biológico da criança. Paralelamente, há a ação de impugnação de paternidade na qual não se irá questionar a incidência da presunção; contesta o fato de que a criança não é filha da mulher, a mulher não deu a luz, etc., portanto, não poderia incidir a presunção.

A ação de contestação é imprescritível, não está submetida a nenhum prazo decadencial. Contudo, quanto mais passa o tempo, mais se aprofundam os vínculos entre “filho→pai”. Por vezes o tribunal barra a ação, quando entende que há uma relação consolidada de paternidade sócio-afetiva. Busca-se temperar a imprescritibilidade da ação.

É uma ação personalíssima, mas admite-se sucessão processual, se o marido da mulher falecer.

O CC estabelece limites a possibilidade de contestar a paternidade: se o homem conseguir provar que ele era impotente para gerar uma criança à época. (não ocorre na prática). O adultério confessado da mãe não elide a presunção.

**2.3) Mater semper cert est: Art. 1608** – A mãe é sempre certa: é aquela que dá a luz a criança. É uma presunção absoluta, inafastável e inconstestável. No caso da barriga de aluguel faz-se uma exceção a regra, pelo consentimento das mulheres envolvidas, que afasta a presunção. Essa não é regulamentada pelo direito positivo brasileiro. Alguns ordenamentos relativizam essa presunção, para que crianças não fossem abandonadas; há o instituto do parto anônimo. Faculta-se que a mãe dê a criança a adoção, e no registro não conste quem dá a luz à criança. Pode-se proceder uma impugnação da maternidade (ex. no caso de troca de bebês), por exemplo, mas não pode-se contestar a maternidade para afastar a presunção. Não pode questionar a falta de identidade genética entre ela e a criança a que deu a luz; pode apenas impugnar o termo de nascimento, porque não deu a luz, porque sua filha não é aquela, etc.

### **3. Filiação e nulidade do casamento: art. 1617**

Se uma mulher dá a luz a uma criança durante a constância do casamento, que depois é declarado nulo. → O fato de o casamento ter sido declarado nulo ou não, não influencia em nada as presunções.



**4. Prova do estado de filiação: art. 1.603; 1604; 1605.** // prova do casamento pela certidão. → Importante para provar a participação na sucessão, incidir os impedimentos matrimoniais, etc. A prova é pré-constituída, sendo dada pela certidão de nascimento, no registro civil. O CC busca suprir, porventura, eventual ausência da certidão por impossibilidade de obtê-la. Se for possível buscar uma nova no cartório, os mecanismos não se aplicam.

O que vale é a informação que consta do registro, em termos jurídicos. Só deixa de valer se alterado após contestado juridicamente.

Não há termo de nascimento, nem do hospital nem do cartório, não restando memória do ato → Pode ser provado por qualquer meio de prova em direito admitido; prova por escrito proveniente dos pais; presunção resultante de fatos já certos.

**5. Reconhecimento voluntário de paternidade: art. 1607; 1609; 1610; 1613; 1614**→

O sujeito, por um ato de vontade, reconhece a paternidade de determinada criança. É fundamental essa manifestação de vontade, que pode acontecer de diversas formas. A partir daí derivam os deveres decorrentes do reconhecimento.

*Pode ser reconhecido pelos pais conjunta ou separadamente. O reconhecimento é irrevogável e será feito:*

No registro de casamento

Escritura pública ou escrito particular registradas em cartório

Testamento, ainda que incidentalmente.

Manifestação perante o juiz.

Flexibiliza-se os requisitos formais para proceder o reconhecimento voluntário

P.U. → Pode ser anterior ao nascimento ou posterior a morte.

A partir do momento que alguém, por livre e espontânea vontade decide reconhecer a paternidade, ao que não é obrigado, deve saber que o reconhecimento é irrevogável. Mesmo que o testamento seja revogado, a disposição testamentária se mantém.

Não pode ser feito nem por termo, nem por condição. É um ato jurídico – decorre de uma manifestação de vontade – que começa desde logo a produzir efeitos (ato de filiação).

**O filho menor, nos quatro anos após a maioridade ou emancipação, pode impugnar a paternidade.** O maior deve consentir ao reconhecimento para que ele produza seus efeitos.

A impugnação é judicial, para desconstituir o registro. A impugnação não precisa ser acompanhada de qualquer motivo específico; o consentimento do maior, por exemplo, não está submetido a qualquer motivo.

**6. Reconhecimento, guarda e domicílio do menor: art. 1611; 1612.** Regras desnecessárias, diante daquilo que é autonomia do casal para gerir sua vida. Reconhecimento feito

por um dos cônjuges, quando ele está casado com outra pessoa: o Código deveria deixar que a questão fosse resolvida pelos cônjuges (ninguém recorrerá ao juiz para discutir essa questão). **Menor: ficará sob a guarda daquele que o reconheceu, ou sendo reconheci**



do pelos dois, daquele que melhor corresponda aos interesses do menor.

**7. Ação de investigação de paternidade: art. 1606; 1615. Lei 8560/92.** → Há decisão judicial que reconhece o estado de paternidade de uma pessoa, fixando esta. Não existe aqui um ato de vontade, mas uma imposição judicial. Será manejada no caso em que não incide presunção, nem há reconhecimento voluntário da paternidade.

Ela se pauta basicamente pelo teste de DNA, se ele comprova que o investigante é filho do investigado, a paternidade é reconhecida (e eventuais alimentos são fixados). Caso contrário, a paternidade será negada.

Hoje, há uma presunção, consignada na **Súmula 301 do STJ** bem como no ECA, diante da recusa do investigado a se submeter ao teste de DNA. **Se há recusa, conclui-se pela paternidade. É uma visão que inverte o ônus da prova baseada numa confissão ficta, que não é admitida em termos de direitos indisponíveis.** Acaba sendo um campo muito fértil para fraudes. A recusa sozinha pode levar a situações de flagrante injustiça. Via de regra, contudo, estabelece-se a presunção relativa de paternidade.

Ler a lei → *ah tá que vai dar tempo.*

Investigação oficiosa da paternidade: o oficial do registro tem a obrigação de notificar o juiz quando registrada uma criança sem pai. Este deve ouvir a mãe para que ela decline quem seria o pai da criança, que seria notificado para manifestar-se a respeito da paternidade. Caso esse não se manifeste, os autos seriam enviados para o MP que tem o dever de propor a investigação, independentemente da vontade da mãe. Só leva em conta o interesse do estado em determinar a paternidade do indivíduo. Ela vem sendo criticada pela doutrina, pois invade a intimidade sexual da mulher, e ocorre ao alvedrio da vontade de todos os envolvidos. A matéria é essencialmente privada.

A investigação de paternidade em regra é pessoalíssima e imprescritível. Contudo, se o investigante (a pessoa cujo estado de filiação se busque determinar) morrer menor ou deixar herdeiros, a ação pode ser proposta por outra pessoa.

Qualquer pessoa interessada – como por exemplo o verdadeiro pai – tem legitimidade para contestar a investigação de paternidade e eventualmente ser reconhecido, se aceito/não impugnado pelo filho.

Eventual pai pode pedir a anulação do ato de reconhecimento de paternidade de outro, por ter partido das premissas erradas. Deve-se observar, contudo, a paternidade sócio afetiva, e o melhor interesse da criança.