

DIREITO CIVIL VI

Prof.^a Lúcia Massara

Bibliografia utilizada:

Curso de Direito Civil, Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (vol. 6), 4^a ed, 2012

Recomendação: A cidade antiga. Fustel de Coulanges

Provas: 30pts. (18.4), 40pts. (25.5), 30pts (20.6). Esp. (4.7)

0. DIVAGAÇÕES INICIAIS DE TODAS AS AULAS

Pergunta da professora: o que é casamento nuncupativo?

O que é família? Um pai e uma mãe? Não necessariamente. Família reconstituída: novas famílias de pai e mãe separados. Art. 226, CR e art. 1.726, CC: família é homem e mulher. Mas o STF em 2010 julgou que a união estável pode ser entre pessoas do mesmo gênero. Os casais passaram a pedir a transformação da união estável em casamento, o que era impensável até 2010, mas a partir do julgado do STF, a jurisprudência tende a aceitar o casamento entre homossexuais. Entretanto, os cartórios ainda não estão preparados para isso.

Julgado recente do STF: permite a alteração do regime de casamento se o cônjuge escolher meio de vida que ponha em risco o patrimônio do casal.

Pater is est: presunção de que o cônjuge da mulher que dá a luz é o pai da criança. É relativa.

Usucapião conjugal: ver caderno de Civil V. É de dois anos.

Ação de indenização por abandono afetivo: prof.^a não concorda de jeito nenhum.

A família (instituição social) atual é fundada no afeto, ética, solidariedade recíproca entre os membros. Família é o regime de relações interpessoais e sociais mantido com vistas à realização – felicidade – das pessoas humanas que compõem o grupo. Pode se apresentar em múltiplas formas (Rosenvald).

Imãos germanos ou bilaterais: filhos do mesmo pai e mesma mãe. Imãos unilaterais: filhos apenas da mãe ou do pai; se da mãe, são uterinos; se do pai, são consanguíneos. Gera diferenças na sucessão: irmãos germanos levam o dobro da herança dos irmãos unilaterais.

Ato de eficácia contida: não produz efeitos até um acontecimento determinado, termo. ex.: testamento.

Termo e condição. Termo é o prazo dentro do qual, ou no fim do qual, algum ato jurídico produz determinados efeitos. Se o fato é certo que vai acontecer, mas a data é incerta, ainda será termo. Condição é acessório do negócio jurídico, que condiciona os efeitos a evento futuro e incerto. Termo de data incerta pode ser transformado em condição. ex.: se fulano morrer até o fim do ano, tal coisa acontece.

AULA 7.3

O filho que descobriu que a pessoa registrada como pai não o é pode pedir a alteração. O pai que descobre que não é pai pode pedir desconstituição. Pai não biológico que registra filho de outrem por livre e espontânea vontade não pode pedir desconstituição.

Ação de divórcio com pedido de partilha de bens é causa impeditiva do direito à usucapião conjugal. Interrompe o prazo de 2 anos.

Confarreatio (farra de casamento; celebração com alimentos); coemptio (“venda” da noiva à família do noivo); usus (convivência dos noivos por 3 dias, um adquire a “posse” do outro).

CC'16 foi apresentado em 1899; o CC'02 é de 1975. O código atual ainda é retrógrado, então os pedidos que contrariam o CC são fundamentados na Constituição.

Lei n. 4.121/62, “estatuto da mulher casada”: a chefia da sociedade conjugal é do marido com a colaboração da mulher. A CF proíbe qualquer preponderância. Os princípios variam e modernizam. Antes a família não era valorizada pelos membros, mas o acervo patrimonial. Era preponderante a comunhão universal. O desquite não terminava o casamento, nem permitia novo casamento: punha fim à vida em comum e cessava a comunicabilidade dos bens. “Bens reservados”: categoria estabelecida pela Lei n. 4.121, mulher casada que tenha profissão diferente do marido poderia adquirir bens que não se comunicariam com os do marido, mesmo se o regime fosse comunhão universal.

Princípio societário: utilizado para dar efeitos patrimoniais aos casais que não podiam casar (algum era desquitado, era concubinato), com base na ideia de sociedade: pessoas que se juntam para buscar interesses comuns.

CF: é princípio fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º). ainda que o art. 226, §3º, CF diga que a união estável é entre homem e mulher, prevalece o princípio fundamental. A CF traz o

pluralismo familiar. Art. 266, §4º, família monoparental. Lei n. 8.009/90: lei da impenhorabilidade dos bens de família. É impenhorável o imóvel mesmo que tenha apenas uma pessoa, pois a pessoa não é obrigada a ter familiares para ser protegida. Emenda n. 9/77 permitiu a dissolução do casamento a ser previsto em lei. 1977, Lei do Divórcio: permitiu segundo casamento. Art. 38 da lei do divórcio permitia o divórcio apenas uma vez, mas nunca funcionou até ser revogado.

Princípio da igualdade da filiação. Antes havia os legítimos e ilegítimos (estes eram aqueles gerados sem casamento). Os ilegítimos se dividiam em naturais (quando o casal poderia ter se casado) e adulterinos (fruto de relacionamento extraconjugal).

Filho de mãe solteira: antes, filho de pai casado com outra mulher não podia requerer o registro do pai via ação de investigação de paternidade. Hoje não há mais esse impedimento.

AULA DIA 14.3

Comunhão parcial: um montante exclusivo do marido (o que já tinha antes de casar e o que foi adquirido por doação ou sucessão), um da mulher (o que já tinha antes de casar e o que foi adquirido por doação ou sucessão) e um comum (a renda obtida por um durante o casamento é do casal). Ex.: homem que paga pensão a ex-mulher passa a receber menos no emprego (consequentemente, a pensão diminuiria). Se a atual esposa do homem recebe alguma renda considerável (aluguel de imóveis de propriedade dela), essa renda é comum, podendo justificar o aumento percentual da pensão paga pelo marido. ex.2: a patente de um invento é personalíssima, é só do inventor, mas os royalties podem ser divididos.

Art. 1694. não há um limite legal de idade para pagamento de pensão. A jurisprudência considera que filhos menores gozam de presunção relativa de dependência. Após os 18, se houver necessidade e provas disso, pode continuar com a pensão. O limite é a necessidade de quem pede e a possibilidade de quem paga.

Alimentos provisórios são definidos em cognição sumária; podem ser corrigidos posteriormente para mais ou para menos (se os alimentos definitivos forem fixados a menor, o que foi pago além é irrepetível; se os definitivos forem maiores, a diferença deverá ser paga).

Pessoa jurídica pode ser ré em ação investigatória de paternidade : *se o pai morre sem deixar sucessores e deixa seus bens em legado para outras pessoas jurídicas, estas serão rés (litisconsórcio necessário). Se o testamentário não ignora a existência de filho, o juiz reduz as disposições do testamento à metade. Se o pai não sabia, o testamento será anulado e todos os bens irão para o filho. Todos os filhos são iguais para todos os efeitos.*

Divórcio pode ser feito por escritura pública, desde que o casal não tenha filhos.

AULA 19.3

Tutor serve apenas para pessoa menor de 18 anos;

qualquer outro impedimento demanda curador.

AULA 21.3

A cobrança de pensão sob pena de prisão só pode recair sobre os três últimos meses.

Conflito entre ex-cônjuges sobre pensão ao filho não paga completamente pelo pai. A pensão era de dois salários e o pai passou a pagar um. A mãe continuou a pagar tudo para o filho, aumentando as próprias despesas. Na verdade, a dívida que o pai teve que pagar não era exatamente a pensão, mas o que a mãe pagou a mais.

AULA 2.4

TJ-RS não reconhece casamento entre mulher e “ex-sogro”; união estável também não pode. Uso de má-fé do vínculo de afeto entre sogro e nora para pedir benefício previdenciário.

Comoriência afasta sucessão por representação. Comorientes não são herdeiros entre si. Sucessão por representação: os filhos irão receber a herança do avô que caberia ao pai falecido antes do avô. ex.: A era pai de B, C e D, que era pai de E e F.

É possível conferir à união estável proteção maior do que a conferida ao casamento? Em julgamento, foi feito isso...

AULA 4.4

STJ permite alteração dos novos nomes dos pais no registro de nascimento dos filhos (na certidão de nascimento estava o nome do pai e da mãe, esta com o sobrenome do primeiro. Se separarem e voltar ao nome de batismo, pode mudar o registro dos filhos).

STJ: Se a vara de família trata de união estável, deve tratar de união estável homoafetiva.

AULA 11.4

Bebê de mais de 28 semanas que nasce morto deve ser registrado em cartório de registro civil e tem direitos da personalidade, recebe nome etc. (jurisprudência).

Acórdão em apelação de ação em que mãe disputava guarda de filho foi desconstituído pelo fato da mulher ser hipossuficiente e estar sem advogado dativo na audiência.

Lei n. 4.121 (estatuto da mulher casada) estabelecia que mulher casada que trabalhasse e adquirisse patrimônio com seu esforço, este não se comunicaria com o patrimônio do casal, seria bem reservado (o regime era sempre comunhão universal). Para bens adquiridos dessa forma até a CRFB'88 (que impede a incomunicabilidade), é possível o reconhecimento da

incomunicabilidade do patrimônio.

Acessão física (construir uma casa num lote) adere ao imóvel. Quem constrói em terreno alheio de boa-fé tem direito à indenização, mas não adquire a propriedade do bem, a não ser que tenha acrescido o valor em muitas vezes, havendo a acessão inversa (o proprietário faz jus à indenização pelo lote e perde a propriedade). O direito à indenização prescreve em 3 anos.

AULA 25.4

Enunciado 570: filho de fertilização in vitro (com marido concordando), o homem será pai, desde a gravidez. 571: Divórcio por escritura pública não pode ser feito se há filho menor ou maior incapaz. Mas não havendo pendências na justiça que envolvam o filho, poderia ser feito. 572: conta do FGTS podem ser penhorada para pagamento de alimentos. Pena de prisão civil para quem não pagou os últimos 3 meses. Os três últimos serão executados pelo art. 733 (rito de prisão); os demais serão em execução distinta, para penhora. Art. 290: no caso de prestações periódicas, as prestações vencidas durante o curso da ação estarão incluídas no pedido, mesmo que o autor não tenha pedido. 573: na apuração da responsabilidade do alimentante, serão analisados os sinais exteriores de riqueza (se a declaração de IR demonstra pouco, mas a pessoa ostenta muito, o juiz tem que ver isso aí). 574: decisão de interdição deve fixar os limites da curatela do curador (o curatelado pode manter condições para exercer alguma atividade, para que lhe seja preservado os direitos fundamentais) (ultimamente, o patrimônio de interditados está sendo convertido em títulos da dívida, problema). 575: ninguém sucede herdeiro renunciante (se um irmão renuncia, os filhos dele não receberão nada).

Ação de divórcio dissolve casamento válido; pode haver reconvenção com pedido de anulação do casamento, se há ilícito.

Recebida a inicial, o juízo pode designar audiência de tentativa de conciliação, da qual correrá o prazo de contestação (para tentar um divórcio consensual).

AULA 30.4

Quando há co-devedores em um obrigação e nenhuma disposição a respeito, a prestação é dividida igualmente entre eles. A divisão não será igualitária quando houver lei ou convenção das partes em contrário. A lei pode estabelecer a solidariedade, em que uma pessoa pode ser cobrada da integralidade. Dívida de alimentos não é dividida igualmente entre pai e mãe, mas de acordo com a renda de cada um. Quem ganha mais paga mais.

1. DEFINIÇÃO (entendimento conjunto entre CC'02 e CF88)

Direito das Famílias é ramo do direito civil que disciplina as relações entre familiares, unidos pelo

casamento, parentesco sanguíneo ou outras formas previstas em lei, desde a formação até a extinção. Direito protetivo (crianças, adolescentes e idosos).

“Em sentido amplo, o Direito das Famílias é o ramo que disciplina as relações que se formam na esfera da vida familiar (vínculos afetivos), não apenas no seu conceito nupcial”. As relações familiares geram efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais.

Dois irmãos são família; mãe e filhos são família; quase tudo é família.

É interessante que o pedido de reconhecimento de paternidade seja primeiro discutido extrajudicialmente. O reconhecimento é concretizado via escritura pública de reconhecimento.

1.1. Afeto

Diferentemente dos demais ramos do direito, no direito de família há sempre (ou se espera) laços afetivos entre as pessoas para além dos contratos. Valor imaterial.

O afeto é elemento intrínseco ao Direito das Famílias, mas não é valor jurídico exigível; é espontâneo. Exigi-lo vai contra a própria essência do afeto. Se o afeto fosse um princípio, como qualquer norma, seria exigível (Rosenvald).

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DO DIREITO DAS FAMÍLIAS

Os princípios constitucionais orientam a interpretação, integração e aplicação das regras e princípios do Direito das Famílias, sobrepondo-se a estes se forem contrariados.

2.1. Família plural (art. 226, CF)

Várias formas de família são abarcadas pela Constituição. Não só a formada por pai, mãe e filhos. Apenas mãe e filhos são família; irmãos são família. Família monoparental.

Todas as entidades formadas por pessoas humanas vinculadas pelo afeto são tuteladas pelo Estado, independentemente do modelo adotado, se formal (como o casamento) ou informal.

Família é entidade de afeto e solidariedade, fundada em relações de índole pessoal, voltadas para o desenvolvimento da pessoa humana. Família deixou de ser ente de cunho predominantemente patrimonial para ser socioafetivo.

O afeto é valor considerado pelo Judiciário para preservar laços de convivência. Se o homem registra criança sabendo que não era dele não pode pedir para “desconhecer” a paternidade, conforme a jurisprudência.

a) Famílias homoafetivas

Famílias homoafetivas, como todo núcleo familiar, são (devem ser) protegidas pelo Estado, pois decorrem do princípio da pluralidades das famílias. Negar a tutela estatal às famílias homoafetivas é negar os direitos fundamentais. Com o reconhecimento das relações homoafetivas, decorrem todas as consequências comuns às demais relações familiares, em todos os ramos do direito.

b) *Famílias monoparentais e anaparentais*

Formada por ascendentes/descendentes sem a presença de parceiro afetivo. Ex.: mãe e filhos; pai idoso e filho maior etc. Famílias formada por irmãos (sem ascendentes/descendentes) são chamadas de anaparentais.

c) *Famílias reconstituídas*

Prevenientes de recomposição afetiva, criando novos vínculos de afinidade. Ex.: mãe solteira que casa com pai solteiro e vivem juntos com os filhos (que passam a ser irmãos por afinidade).

2.2. *Igualdade entre os filhos*

Todos os filhos são iguais (não há filho bastardo, ilegítimos, diferença entre filho biológico e adotivo etc.). Deve-se prezar pela igualdade substancial, material, entre os filhos.

2.3. *Proteção do melhor interesse da criança*

Proteção do melhor interesse da criança. Todos devem agir para a melhor satisfação dos interesses da criança. Se há conflito envolvendo menores, o principal critério de resolução é o interesse deles, e não mais os dos pais.

• *Alienação parental (Lei n. 12.318/10)*

Síndrome das falsas memórias ou síndrome de Medeia: falsas memórias infundidas na mente das crianças pelos pais, avós etc para afastá-los de um ente familiar. Interferência na formação psicológica do menor causada por quem tenha a sua guarda para repudiar um genitor ou causar prejuízo ao vínculo afetivo existente entre eles.

2.4. *Proteção do idoso*

Estatuto do idoso. Prioridade no andamento de processos, locais reservados; (fator previdenciário: reduz a correção da aposentadoria, achatando os benefícios).

2.5. *Igualdade e isonomia entre homem e mulher*

A igualdade substancial, ou material, afasta qualquer tipo de discriminação decorrente do estado sexual. Entretanto, é necessário o tratamento desigual entre os desiguais.

Os cônjuges, hétero ou homoafetivos, têm direitos e deveres iguais em relação aos filhos. Em

razão do casamento/união estável/homoafetiva os cônjuges podem adotar os apelidos de família uns dos outros.

a) *Lei Maria da Penha*

A Lei n. 11.340/06 é ação afirmativa que visa a cumprir a igualdade substancial entre homem e mulher. Historicamente esta esteve em posição inferior, ensejando o tratamento desigual.

A Lei Maria da Penha não protege apenas a mulher casada, mas também quem vive em união estável (jurisprudência).

A lei traz uma série de medidas (cautelares) protetivas. Com a lei, alguns juízes entendem que é desnecessária a medida cautelar de separação de corpos. Lei Maria da Penha é matéria civil, penal ou ambas?

CASAMENTO

1. HISTÓRICO

Era a fórmula básica de constituição de uma família. A importância do casamento vem sendo reduzida, mas de forma muito lenta. O casamento, desde a antiguidade, era ato solene, com publicidade etc.

2. CONCEITO

É um vínculo jurídico que se celebra entre agentes capazes, como objeto a vida em comum, conforme o modelo da lei (forma solene), sob pena de nulidade. É uma das formas de se constituir família. Duplicidade do casamento (civil e religioso) é amplamente aceito na doutrina. Se um casal se casa em ambos, considera-se o dia do casamento o do civil. Mas o casamento religioso também gera efeitos jurídicos.

3. NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

O casamento é contrato? (se presentes os requisitos, forma-se um ato jurídico perfeito) Ou o casamento é além de um contrato? (pois transcende a esfera do direito; afeto entre as partes é fundamental). Ex.: um contrato de locação pode ser celebrado entre partes que nunca se viram; a personalidade é dispensável. Já em outras relações a personalidade é indispensável, como na prestação de serviços advocatícios. No casamento, além da personalidade, há o elemento afetivo, que supera os vínculos contratuais. O vínculo conjugal pode se dissolver trazendo dor às partes. Pode ser dissolvido por vontade das partes. Não se discute culpa em divórcio litigioso. As correntes do casamento como contrato e como instituição se completam, não se chocam.

4. CARACTERÍSTICAS DO CASAMENTO

Tem caráter personalíssimo e livre da escolha dos nubentes; solenidade da celebração; inexistência de diversidade de sexos; inadmissibilidade de submissão a termo, condição ou encargo; estabelecimento de uma comunhão de vida; natureza cogente das normas que o regulamentam; estrutura monogâmica; dissolubilidade de acordo com a vontade das partes.

5. PROVA DO CASAMENTO

A prova do casamento, para qualquer fim necessário, é feita pela certidão do registro civil (prova direta; primária), que aceita prova em contrário; ou por testemunhas, documentos, fotos (provas indiretas; supletórias). Estas são úteis quando o registro civil não se estiver presente e se submete ao procedimento de jurisdição voluntária de justificação judicial de casamento, promovido em vara de família, para provar o casamento.

6. ESPONSAIS

Promessa de casamento ou noivado. Ato que indica a intenção futura do casamento. Não tem forma prescrita nem tempo limite. Não gera efeitos do direito das famílias, pessoais ou patrimoniais. Não gera parentesco por afinidade. Da ruptura da promessa, a qualquer momento, não nasce o dever de indenizar, salvo se comprovado o ato ilícito (ex.: deixar o noivo esperando no altar é um caso).

Esponsais. Direito de família não começa com o casamento, mas desde que começam as relações afetivas. Promessa de casamento; não cumprimento; hipóteses de cabimento de indenização. Inadimplemento culposo de uma das partes gera responsabilidade (?).

7. MODALIDADES DE CASAMENTO

Pelo mundo há diversos sistemas jurídicos matrimoniais: i) países que só aceitam o casamento civil (facultando a cerimônia religiosa); ii) países onde o casamento religioso tem o mesmo valor do civil; iii) demais países nos quais predomina, com maior ou menor força, o matrimônio religioso.

Art. 1.512. O Brasil está no primeiro grupo: o casamento é civil e para ter validade e eficácia deve cumprir os requisitos legais. O casamento religioso representa, normalmente, união estável. Os procedimentos legais consistem na prévia habilitação e registro em cartório, para então haver a celebração do casamento, que pode ter cerimônia civil ou religiosa (art. 226, §2º, CF).

O casamento religioso não muda o estado civil do casal, a não ser se tiver os efeitos civis. O casamento nuncupativo dispensa a presença da autoridade, desde que celebrado em frente a seis testemunhas que não podem ser parentes do casal. Depois da morte de um cônjuge, o casamento será registrado pelo judiciário. É forma de casamento em desuso. Há casamento consular, celebrado fora do país para depois ser registrado no Brasil (em 180 dias a contar do retorno definitivo de um dos cônjuges). O casamento religioso pode ser celebrado após noivo e noiva terem passado pelo processo de habilitação em cartório, depois vão à igreja, onde o padre, pastor etc. certifica que houve o casamento e leva novamente ao cartório para registrar o casamento. Se não se habilitarem (casarem no religioso sem providências cartorárias) e casarem no religioso, o casal pode pedir a retroação da data do casamento para a data da cerimônia, provando que nesta data não havia impedimento legal para se casarem.

8. HABILITAÇÃO (arts. 1.525 a 1.532)

Como negócio jurídico formal e solene, o casamento deve seguir os requisitos legais para ter validade e produzir os efeitos regulares. A habilitação para o casamento é um procedimento

administrativo que tramita perante o Oficial do Cartório do Registro Civil de Pessoas Naturais do domicílio de um dos nubentes. O processo de habilitação tem como objetivo a demonstração pública do preenchimento dos requisitos para o casamento (e descobrir se há algum impedimento para tanto). O comunicado público chama-se “proclamas”.

Serve para demonstrar a capacidade para casar e a inexistência de impedimentos e causas suspensivas. Os requisitos são:

8.1. Capacidade para o casamento (idade núbil): art. 1.517

É capacidade jurídica específica para determinado ato, o casamento. A incapacidade matrimonial inabilita a pessoa ao casamento com quem quer que seja.

Idade mínima necessária (núbil) para o casamento é 16 anos. Além da idade, o nubente precisa da capacidade psíquica de compreensão e entendimento.

É anulável o casamento celebrado entre nubente incapaz (capacidade núbil), por provocação tando dos pais, quanto do nubente, ao completar 18 anos.

Art. 1.517. Entre 16 e 18 o nubente não emancipado deve ter autorização de ambos os pais para o casamento. Se não tem pai registrado, só precisa da autorização da mãe. A certidão de nascimento deve ser apresentada no início do processo de casamento para averiguar essa necessidade. Se um dos genitores estiver morto, judicialmente declarado ausente ou destituído do poder familiar só é necessária a autorização unilateral. Se o menor não tem pais vivos nem tutor estabelecido, deverá pedir curador especial para o ato (ad hoc). Apesar de ser menor de 18, deverá ter um curador (não tutor) para esse caso. Art. 1.518. Os pais podem retirar (retratar) o consentimento do casamento até o momento da celebração. Aos dezoito anos qualquer pessoa capaz pode casar, independente de autorização.

O casamento do menor de 18 anos o toma emancipado.

a) suprimimento judicial do consentimento dos assistentes

O pedido ao juízo (de infância e juventude) para suprir consentimento de um ou ambos os pais (que não concordam com o casamento) para o casamento de menor púbere chama-se suprimimento. É de jurisdição voluntária, iniciado por um dos nubentes ou o MP. Petição com valor da causa. O menor deve ter curador especial para entrar em juízo (sendo que tem interesse contraposto aos pais: art. 9º, CPC), geralmente o próprio advogado. Primeiro o juízo ouvirá os pais, sobre suas razões pelo não consentimento, e o Ministério Público, pois trata-se de interesse de pessoa menor. Deferido o pedido, será expedido alvará autorizando o casamento a ser juntado aos autos da habilitação. Se o juízo denega, cabe apelação. Se o menor completa os 18 anos durante o processo, perde-se o objeto.

b) *suprimento judicial de idade*

Art. 1.520. O juiz pode autorizar o casamento de menor de 16, desde que i) para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal (*o que não existe mais*) ou ii) em caso de gravidez (*suprimento de idade, não suprimento de consentimento*). Se o menor de 16 não tiver consentimento dos pais para casamento, poderá haver pedido cumulado de suprimento de idade e consentimento. Art. 1.641, II. O regime de bens aplicado em razão de casamento com suprimento judicial (de idade ou consentimento) é o da separação obrigatória, que pode ser alterado ao completarem 18 anos.

Os pais podem pedir o afastamento do filho menor autorizado ao casamento (art. 888, IV, CPC). Para Rosenvald, não mais, pois o CC'02 não tem a mesma previsão do antigo CC nesse sentido.

8.2. *(Inexistência de) impedimentos: art. 1.521*

Impedimentos matrimoniais são "proibições de casar dirigida a uma pessoa em relação a outra predeterminada". Impedimentos são circunstanciais, enquanto a incapacidade núbil é genérica. Situações fáticas consideradas graves e que impedem a celebração do casamento.

a) *Classificação de impedimentos*

O CC'16 fazia a seguinte distinção: há hipóteses impedientes (hipóteses que não permitem o casamento; se casarem, é anulável) e dirimentes (se casarem, haverá consequências outras que não a nulidade) (Rosenvald inverte essa nomenclatura). O CC'02 não faz essa distinção; todos os impedimentos são de ordem pública e implicam na anulabilidade do casamento. Os impedimentos podem ser divididos em decorrência i) do parentesco (sanguíneo ou adotivo); ii) de casamento anterior; iii) da prática de crime.

b) *Oposição de impedimentos*

Qualquer pessoa pode alegar um impedimento, nos termos do art. 1.529, pois são de ordem pública e causam a nulidade do casamento. O impedimento pode ser oposto até a celebração, provocando a *sustação imediata da realização do casamento enquanto a oposição é julgada*. Os impedimentos devem ser arguidos após a proclamação do proclamas. O oficial suspenderá o processo, chamará os noivos para falarem. Após a celebração do casamento, impedimentos podem ser suscitados por ação declaratória de nulidade (art. 1.549), que é imprescritível.

c) *Os impedimentos*

Resultantes do parentesco:

- ascendentes com descendentes (parentesco natural ou civil): art. 1.521, I

Proibição do incesto. Entre quaisquer parentes em linha reta: pai com filha; bisavó com bisneto etc. O parentesco civil é a adoção.

- *afins em linha reta: art. 1.521, II*

*Art. 1.595. Afinidade é o vínculo que se estabelece entre um cônjuge e parentes do outro cônjuge. São afins em linha reta sogro e genro, padrasto e enteada etc. **Decorre do casamento ou união estável. Parentesco por afinidade em linha reta nunca se dissolve!** Sogros são para sempre. Cunhadio é parentesco afim colateral (não é impedimento, portanto), que desaparece com o fim do casamento.*

- *adotante com quem foi cônjuge do adotado; adotado com quem foi cônjuge do adotante: art. 1.521, III*
- *irmãos e parentes de até 3º grau: art. 1.521, IV*

Extensão da proibição do incesto. Não podem se casar: irmãos, que são colaterais de segundo grau; tios e sobrinhos, colaterais de terceiro; etc.

- *Decreto-lei n. 3.200/41*

*Tal decreto permite (ou permitia?) o casamento de parentes em linha colateral de 3º grau se o casal fizer exame sanguíneo (**exame pré-nupcial de compatibilidade sanguínea**) que comprove a compatibilidade genética. O CC'02 não revogou expressamente o Del n. 3.200, mas trata inteiramente do assunto, não abrindo a possibilidade de casamento entre tio e sobrinho, sob nenhuma hipótese. Há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a vigência do decreto até hoje. O Enunciado n. 98 da Jornada de Direito Civil orienta que o Del n. 3.200 não foi revogado. Outro entendimento (Maria Berenice) ignora os requisitos do Código Civil e do Del para união estável.*

- *adotado com o filho do adotante: art. 1.521, V*

*Pelo princípio da isonomia, o filho do adotante é irmão do adotado. **Proibição do inciso IV.***

Resultante de casamento anterior:

- *peças casadas: art. 1.521, VI*

Veda a bigamia.** A separação de fato (peças casadas que não vivem juntas) afasta o impedimento matrimonial. Súm. 382, STF diz que viver sob o mesmo teto é requisito dispensável para a união estável. **O casamento meramente religioso anterior também não obsta o casamento civil com outro companheiro.

Resultante da prática de crime:

- o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio (ou tentativa) contra o seu consorte: art. 1.521, VII

Não importa se o companheiro foi coautor no homicídio (ou tentativa) do outro para se casar com o homicida. Impedimento apenas para o caso de crime doloso. Também não pode haver união estável nessa hipótese.

8.3. *(Inexistência de) causas suspensivas (art. 1.523)*

*Não representam proibição ao casamento, mas inibem o casamento. Por não serem causas proibitivas, não há interesse público e o casamento será válido. **A consequência, em tese, é a imposição do regime de separação obrigatória de bens.** Não se aplicam à união estável.*

O art. 1.523, § único: provada a inexistência de prejuízo, o juízo pode afastar as causas suspensivas. O pedido de dispensa das causas deve ser feito durante a habilitação.

Após o fim da causa suspensiva, o casal poderá requerer a mudança do regime de casamento.

a) *Oposição das causas suspensivas (art. 1.524)*

Por não serem de interesse público, não podem ser suscitadas de ofício. Só parentes em linha reta e colaterais em 2º grau (consanguíneos ou afins) podem. MP também não. Entretanto, aqueles que tiverem interesse legítimo (afetados pelo art. 1.523) poderiam, em interpretação extensiva.

Se opostas dentro do prazo dos proclamas, suspendem a habilitação até julgamento. Podem ser opostas depois, em outra ação.

b) *As causas suspensivas*

Fundadas na confusão patrimonial:

- *viúv@ com filho, antes do inventário e partilha: art. 1.523, I*

*Para proteger os bens dos filhos. O viúvo ou a viúva que tiver filho com o cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros. **Se não teve filho ou não deixou patrimônio, não há causa suspensiva.***

- *Divorciado, até a partilha do casamento anterior: art. 1.523, III*

O divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal.

Fundada em confusão se sangue:

- *Viúva etc, até 10 meses depois: art. 1.523, 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. Para evitar a turbatio sanguinis: não haver confusão de paternidade sobre filho, que poderia ser do primeiro casamento ou segundo. Para evitar o impedimento é só fazer um exame de gravidez antes, para demonstrar que não está grávida. Ou um exame de DNA depois do nascimento da criança.

Fundada em tutela ou curatela:

- *tutor ou curador (mais seus parentes em linha reta e colaterais até 3º grau) com o tutelado ou curatelado, até saldadas as contas: art. 1.523, IV*

Para proteger o patrimônio do tutelado ou curatelado. Enquanto estiverem nessa condição e não prestarem contas. Quando o tutelado fizer 18 anos e as contas estiverem encerradas, poderão.

8.4. *As quatro fases da habilitação*

- a) *Fase de requerimento e apresentação da documentação: art. 1.525*

Art. 1.565, §1º. Um ou ambos os cônjuges podem pedir a alteração dos sobrenomes nessa fase.

Se a documentação estiver irregular ou insuficiente (ou houver algum impedimento), o oficial do registro civil suspenderá o procedimento.

- *Certidão de nascimento ou outro documento equivalente: art. 1.525, I*

Serve para comprovar a idade núbil (item 8.2). O estrangeiro pode exhibir o passaporte. A certidão de nascimento deve ser atual.

- *Autorização dos pais ou ato judicial equivalente: art. 1.525, II*

Deverão ser apresentados nos casos em que é necessário o suprimento judicial e/ou consentimento dos pais.

- *Duas testemunhas: art. 1.525, III*

Pessoas capazes, parentes ou não dos contraentes, que desconhecem impedimentos.

- *D Declaração de estado civil, residência, dos contraentes e pais: art. 1.525, IV*

Para facilitar a aferição das condições objetivas exigidas e firmar a circunscrição da habilitação.

- *Certidão de óbito do cônjuge falecido, sentença de divórcio ou dissolução de casamento: art. 1.525, V*

Se há um divorciado ou viúvo, deve ser comprovada a dissolução do casamento anterior.

b) Fase dos editais de proclamas

Feito o requerimento e apresentados todos os documentos necessários, serão expedidos os editais de proclamas, publicados por 15 dias no próprio cartório (professora disse em jomal), permitindo a oposição de impedimentos. Art. 1.527, § único. Em caso de urgência, o juiz pode dispensar a publicação do proclamas.

Decorrido o prazo, com ou sem oposição, o procedimento vai ao Ministério Público, que atua como fiscal da lei. O promotor de justiça verificará o cumprimento de todos os requisitos.

c) Registro

Se houver alguma impugnação, o juiz decidirá se homologa o procedimento. Se ninguém impugnar o procedimento, o oficial do cartório efetivará o registro, expedindo a certidão habilitatória.

d) Expedição da certidão

Expedida a certidão de aptidão para o casamento, os noivos têm 90 dias para se casarem. O prazo é decadencial. Passado o prazo, o processo deve ser iniciado novamente.

9. CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO (arts. 1.533 e ss.)

9.1. Noções gerais

Com a certidão de habilitação, os noivos estão aptos a celebrar o casamento. O prazo máximo entre a expedição da certidão (habilitação) e a celebração é de 90 dias, decadencial.

Art. 1.533. O casamento será celebrado no dia, hora e local previamente designados (pode ser em qualquer dia da semana ou horário, se a autoridade estiver disponível). Dentro do prazo, os nubentes devem peticionar à autoridade competente (juiz de paz ou juiz da comarca, dependendo do Estado) requerendo a designação do dia, hora e local. Na prática, a petição de casamento é preenchida com a data e hora disponíveis no cartório; não precisa de advogado.

Art. 1.534. Diz que a celebração é feita no cartório, com portas abertas e duas testemunhas, parentes ou não. Se a autoridade celebrante permitir, pode ser feita em prédio particular. Se feito

em prédio particular, as portas devem estar abertas na hora do ato (art. 1.534, § 1º). Nos casos em que o nubente não puder ou souber assinar *ou celebração for em prédio particular* deve haver quatro testemunhas.

9.2. Formalidades

A celebração do casamento, com a troca livre e espontânea de consentimentos, será feita nos termos exatos do art. 1.535. Além da lei estabelecer quem é o celebrante, estabelece as palavras a serem ditas na solenidade. *A violação de formalidade pode acarretar a inexistência do ato.*

Art. 1.538. Quem cala na hora do casamento não consente. *Cada nubente deve expressar concordância (“sim”, “claro”, “lógico” etc). Surdo não precisa falar.* Se um dos nubentes fizer alguma brincadeira na hora da resposta, *titubear, arrepender-se etc*, será suspensa a cerimônia, que poderá ser retomada apenas no dia seguinte. O nubente que der causa à suspensão não pode se retratar no mesmo dia. Obs.: cabe pedido de indenização pelas despesas com o casamento não celebrado?

O casamento se completa com a declaração do juiz; no caso de casamento religioso, ainda é necessário a lavratura do assento dentro de 90 dias, sob pena de ser necessária nova habilitação.

9.3. Celebração

A cerimônia civil, se realizada em cartório de registro civil, demanda, pelo menos: os nubentes, as duas testemunhas, a autoridade celebrante (juiz de paz, em MG) e o oficial do cartório (que lavrará o registro no assento). E a cerimônia civil realizada fora do cartório, além das quatro testemunhas, precisa do oficial? A cerimônia religiosa demanda as 4 testemunhas (logicamente, pois fora do cartório) e dispensa o oficial (o registro será feito pelos cônjuges, ou outro interessado, em até 90 dias da data da celebração, sob pena de inexistência, trazendo a ata da celebração assinada pelo celebrante, testemunhas e casal).

Art. 1.536. A certidão *(de casamento)* se extrai do assento do registro. Mesmo se o casamento religioso com efeitos civis teve um monte de testemunhas, serão apenas duas (ou quatro, se for o caso) as assinaturas no assento de registro civil.

9.4. Procuração para o casamento

Art. 1.542. O casamento pode ser celebrado por procuração com poderes especiais, na qual conste o nome da pessoa com quem irá se casar, e que será transcrita no assento de casamento. *Os dois nubentes podem se casar por procuração, mas com procuradores diferentes.* Se a procuração já estava revogada no momento da celebração (ex.: má-fé do mandatário que compareceu ao ato), mas o casal vive junto normalmente, a revogação é ineficaz. A procuração para casamento é de eficácia limitada por lei (é extinta em 90 dias) e é sempre por instrumento

público, sob pena de nulidade do ato. Logo, o mandato só pode ser revogado por instrumento público. Se fora do país, o mandante pode declarar sua vontade (de revogação do mandato) na embaixada e obter o instrumento público.

9.5. *Casamento nuncupativo: arts. 1.540 a 1.541*

Art. 1.540. Flexibilização máxima das solenidades. Celebrado sem habilitação prévia. Exige-se a presença concomitante de seis testemunhas que não podem ser parentes em linha reta ou colateral até segundo grau dos nubentes. Deve ser percebida a concordância expressa do consentimento na celebração. Art. 1.541. Procedimento: em até 10 dias após a celebração, as testemunhas devem requerer a homologação judicial, provando a emergência da situação, a livre manifestação das vontades e que foram chamados a presenciar a celebração. Realizado o casamento nuncupativo em comarca sem juiz, como cumprir o prazo de 10 dias (art. 1.541)? Peticione em outra comarca. Se não há como produzir prova da enfermidade necessária para casamento nuncupativo por ausência de juiz na comarca, registrar o depoimento de testemunhas em cartório de notas ou chamar o oficial no hospital etc.

Casamento em iminente risco de vida (art. 1.539): menos flexível do que o nuncupativo. Pressupõe habilitação prévia, mas impossibilidade de se aguardar a data designada para celebração. O juiz e o oficial do cartório irão até o nubente impossibilitado.

9.6. *Casamento religioso com efeitos civis*

O casamento religioso, para surtir efeitos civis, deve ser precedido da habilitação. Art. 1.516. Se tiver sido celebrado sem as exigências habilitatórias, é possível o casamento religioso com efeitos civis posteriores (habilitação posterior). Os interessados farão pedido de habilitação para o casamento oficial, comprovando o casamento religioso e requerendo dispensa de nova celebração e a retroação dos efeitos do casamento. Não há prazo para esse pedido, nem se exige, nesse caso, as formalidades legais da celebração religiosa. Para retroatividade de efeitos é necessário que não houvessem impedimentos à época da celebração.

9.7. *Casamento consular*

Art. 1.544. Casamento de brasileiros fora do país será realizado perante cônsul brasileiro, sendo registrado em até 180 dias a partir da volta de um cônjuge ao Brasil.

10. *EFEITOS DO CASAMENTO*

Consequências do casamento que se projetam entre os cônjuges, para terceiros e para a sociedade.

10.1. *Ordem pessoal*

i) Os nubentes, que entram no cartório solteiros, viúvos ou divorciados saem com estado civil “casado”. Para que o casamento civil esteja perfeito basta a manifestação de vontade. Passam a desfrutar de direitos e deveres específicos (ex.: dividir as tarefas de casa). A lei ainda diz que se presume filho do casal aqueles nascidos pelo menos 180 dias depois do casamento. Se nascesse antes desse prazo seria considerado filho “legitimado”, não legítimo. São preocupações morais que ainda estão no CC.

ii) Cria-se o parentesco por afinidade. Enteados passam a ter padrasto e madrasta. Parentesco colateral também.

iii) Comunicabilidade patrimonial. Jurisprudência: a separação de fato faz cessar a comunicabilidade patrimonial. Se os cônjuges separam de fato na constância do casamento, e o pai da mulher morre, e.g., os bens herdados pela mulher não se comunicarão com o do marido, mesmo se ele voltar à vida em casal depois. Quando se queria proteger os bens de genros aproveitadores, colocava-se no testamento cláusula de incomunicabilidade dos bens. Testamento cerrado: ninguém vê o conteúdo (nem testemunhas, nem o tabelião). Com a morte do testador, os herdeiros solicitam judicialmente a abertura do testamento, com intimação dos familiares para comparecerem. A mesma coisa acontece se o testamento estava em poder do advogado de confiança. O juiz fará o testamento ser visto por todos os presentes para comprovar a não violação do lacre (aspectos formais) e então o lerá. O MP terá vista e será cumprido. Cabe discutir o teor do testamento em ação autônoma (ex.: dizer que o testador não tinha plena capacidade no momento). Cláusulas ilegais são consideradas não escritas. Incomunicabilidade de bens protege o patrimônio do herdeiro, independente do regime de casamento deste. Não se pode gravar incomunicabilidade, senão por motivo relevante, a legítima do herdeiro. Os restante (o bem e os frutos, se estiverem expressos) pode ser comunicável. Cláusula de incomunicabilidade pode ser questionada judicialmente. Súm. STF: a inalienabilidade pressupõe incomunicabilidade.

10.2. *Ordem social*

Nomes: sr. e sra. Administrativo: servidor passa a ter direito à licença, remoção etc.

10.3. *Ordem pública*

Esposa de prefeito não pode se candidatar ao próximo mandato, nem pode ser contratada por ele. Embora não haja previsão legal, os impedimentos ao cônjuge se aplicam ao companheiro reconhecido.

11. EFEITOS DO CASAMENTO (Sistematização de Rosenvald)

11.1. *Efeitos sociais*

1) O casamento constitui uma entidade familiar protegida pelo Estado.

II) *Emancipação do cônjuge incapaz (art. 5º, parágrafo único, II, CC). O fim do casamento não faz retomar o ex-cônjuge menor à incapacidade.*

III) *Estabelece vínculo de parentesco por afinidade entre cada um dos cônjuges e os parentes do outro (art. 1.595), o mesmo acontece na união estável.*

IV) *Atribui o status de casado, modificando o estado anterior.*

V) *Estabelece a presunção de paternidade dos filhos nascidos durante o casamento (art. 1.597); o que não ocorre na união estável, mas deveria, considerando a CRFB.*

11.2. *Efeitos pessoais*

I) *Acréscimo de sobrenome. Qualquer um pode acrescentar o sobrenome do outro. Depois de casados, a alteração pode ser feita via ação de retificação de registro civil.*

II) *Fixação do domicílio conjugal. A vida em comum no domicílio (coabitação) é dever dos cônjuges (art. 1.566,II), o que não significa presença em tempo integral (art. 1.569).*

III) *Direitos e deveres recíprocos. Art. 1.566. fidelidade recíproca (monogamia), respeito e consideração mútuos, coabitação (sexo é demonstração de afeto, não é dever, logo, não pode ser exigido), mútua assistência e guarda, sustento e educação dos filhos.*

11.3. *Efeitos patrimoniais*

A plena comunhão de vida implica em comunhão de interesses econômicos, de acordo com o regime de bens adotado.

12. **EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA**

São planos autônomos e distintos. No plano da existência estão os elementos básicos, fundamentais, para se admitir o casamento. Na validade é verificado se o casamento como foi feito se ajusta às prescrições legais. No plano da eficácia está a possibilidade do casamento produzir efeitos jurídicos, imediatamente ou não.

12.1. **Existência**

O casamento existe quando preenchidas as condições mínimas para ser relevante juridicamente. Frustrados os elementos, há um “nada jurídico”. O CC não trata desse plano, pois o que sequer existe não será disciplinado pelo direito. O casamento inexistente não é putativo. Os elementos de existência são: I) manifestação da vontade dos nubentes e II) celebração feita pela autoridade.

Por muito tempo, o casamento de pessoas do mesmo sexo era inexistente. Era requisito a diversidade de gênero para o casamento. Hoje a situação mudou, ainda que na legislação não haja previsão e dependa de decisão judicial. Inexistência hoje é um casamento que não foi

celebrado.

Silêncio, manifestação negativa, ou positiva sob coação física (absoluta) tomam o casamento inexistente. O presidente do ato será um juiz de direito, de paz, cônsul ou algum religioso. Fora esses, será inexistente. Obs.: a falta de autoridade acarreta inexistência, a presença de autoridade incompetente gera invalidade relativa. Ex.: se no estado quem celebra é o juiz de direito de vara de família, casamento feito por juiz da vara de feitos tributários será anulável, não inexistente (Rosenvald). Falta das formalidades dos art. 1.535 e 1.536 também seria inexistência (será?).

12.2. *Validade*

O casamento pode ser celebrado, mas por vícios e defeitos ser nulo ou anulado. Depois de existente, verifica-se a validade, i.e., os requisitos expressos em lei. Invalidade é gênero; nulidade e anulabilidade são espécies. Quem foi casado e separou é divorciado; só voltará a ser solteiro se o casamento for anulado.

a) *Nulidade ou invalidade absoluta (art. 1.548)*

A nulidade é de interesse público; é infringência grave à lei. A legitimação para levantar é de qualquer interessado ou MP; pode ser reconhecida de ofício pelo juiz. A anulação gera efeitos ex tunc. A possibilidade de arguir nulidades não decai nunca, mesmo após o divórcio ou morte de um dos cônjuges, e.g.

Características do casamento nulo (Rosenvald): I) é de pleno direito. Obs.: Massara diz que não existe isso, pois só será nulo quando o juiz disser, sendo aparentemente válido até isso. II) pode ser levantada por qualquer pessoa ou MP. III) não é convalidável. IV) é imprescritível. V) pode ser reconhecida de ofício pelo juiz.

Nas ações declaratórias de nulidade movidas pelo MP ou terceiros haverá litisconsórcio passivo unitário entre os cônjuges.

Art. 1.548. As duas hipóteses de nulidade: I) quando um dos cônjuges não tinha condições de manifestar sua vontade (é absolutamente incapaz; “louco de todo gênero” etc) ou II) quando o casamento foi contraído violando um impedimento do art. 1.521 (incesto etc). Enfermo (não curatelado); impedidos.

Apesar de inválido, o casamento será existente, podendo gerar efeitos perante terceiros (presunção de paternidade dos filhos, e.g.) e entre os consortes (comunhão dos bens adquiridos durante o “casamento”).

b) *Anulabilidade ou invalidade relativa (art. 1.550)*

Atingem interesses privados. Anulabilidade é infringência leve à lei. A legitimação postulatória é restrita. Só o interessado pode suscitar a invalidade relativa. Também gera efeitos ex tunc. Pode ser convalidada, expressa ou tacitamente, pelos cônjuges, desde que não afete terceiros.

Características: I) o casamento gera efeitos até a declaração de invalidade. II) só a pessoa juridicamente interessada pode promover a anulação (cônjuge ou filhos). III) é convalidável. IV) para a postulação da demanda anulatória há prazos decadenciais variáveis de acordo com as hipóteses do art. 1.560. V) não pode ser reconhecida de ofício, nem o MP suscitá-la.

São fatos anteriores à celebração do casamento; fatos posteriores dão azo ao divórcio.

Nas ações anulatórias de casamento promovida pelos filhos, também há litisconsórcio passivo necessário e unitário.

O reconhecimento da anulabilidade gera efeitos ex tunc, pois se determina a volta ao estado anterior, protegendo terceiros de boa-fé.

| <i>HIPÓTESE DE ANULAÇÃO</i> | <i>PRAZO DECADENCIAL</i> |
|---|--------------------------|
| <i>Defeito de idade; falta de consentimento; incapacidade relativa por causa psíquica; casamento com mandato revogado</i> | <i>180 dias</i> |
| <i>Incompetência da autoridade celebrante</i> | <i>2 anos</i> |
| <i>Erro essencial</i> | <i>3 anos</i> |
| <i>Coação</i> | <i>4 anos</i> |

Art. 1.550. Hipóteses de anulabilidade. Em síntese: I) defeito de idade (o tutor não tem poder parental, mas o exercício dos poderes inerentes a tutela; NÃO SEI POR QUE ISSO ESTÁ AQUI); II) falta de consentimento dos assistentes; III) erro essencial ou coação; IV) incapacidade relativa psíquica comprometendo a declaração de vontade de modo inequívoco; V) revogação de mandato; VI) incompetência da autoridade celebrante (em MG é o juiz de paz).

Casamento putativo.

Análise das hipóteses de anulabilidade:

- Defeito da idade núbil*

Não se aplica quando há suprimento judicial de idade. Também não se aplica se do casamento resultou gravidez (art. 1.551). Depois de completada a idade núbil, o ato pode ser ratificado, pois não é nulo. Ação anulatória decai em 180 dias a partir: de atingida a capacidade (para o cônjuge menor); da celebração (para os demais).

- *Falta de autorização*

Art. 1.555, § 2º. Se os pais comparecem à celebração e não interpuseram esse impedimento, não poderão arguir depois. Decadência: idem tópico acima.

- *Erro essencial*

Erro é vício de vontade. Falsa representação da realidade. Erro pode se dar sobre qualquer dos elementos do ato jurídico. Elementos acidentais são condição, termo, encargo, prazo. Elementos naturais decorrem da natureza do ato (ex.: compra e venda: o autor entrega o imóvel e o comprador passe a dispor dele). Erro essencial (erro sobre um dos elementos, que é o sujeito) erro acidental (se tivesse contado antes não teria feito o negócio). O ônus da prova é de quem alega. A anulação do casamento é demorada (e é pouco utilizada, pelo desgaste emocional), pode ser melhor o divórcio. Erro (falsa noção da realidade) ou ignorância (desconhecimento dela) sobre alguma característica ou condição que faz a pessoa se casar. Se soubesse, não casaria: erro essencial. O erro é espontâneo, engano próprio; não há dolo, não foi levado a se equivocar.

Acontece o erro quando a condição era anterior ao casamento, mas a descoberta só aconteceu depois, tornando o casamento insuportável.

Art. 1.557. Hipóteses de erro: I) Honra e boa fama podem parecer, mas não são. Mudança de sexo é motivo para invalidade. Rosenvald discorda, mas jurisprudencialmente considera-se vícios em geral, homossexualidade, recusa de sexo etc.; II) crimes variados (abuso sexual, e.g.); não se exige prévia condenação criminal; III) doenças transmissíveis e impossibilidade de prática sexual irremediável; IV) doença grave a ponto de tornar insuportável o casamento, incurável ou não.

- *Coação*

É coação moral, psicológica. Quando o agente sofre intimidação moral para realizar o ato. A coação moral é caracterizada por ameaça I) grave (dano considerável); II) séria (que realmente assusta a vítima); III) iminente ou atual; IV) que tem nexos causal com o ato do casamento (só se casou em virtude da ameaça); e V) injusta, concomitantemente. A coação moral é subjetiva, depende da pessoa. Art. 1.559. A coabitação convalida tacitamente a invalidade. Só a pessoa ameaçada pode promover a anulatória. Art. 1.560. O prazo decadencial de 4 anos inicia-se com a celebração, não após cessada a coação, o que é discutível.

- *Incapacidade relativa à declaração de vontade*

Para pessoas relativamente incapazes por causa psicológica. Decadência (180 dias) a partir da celebração, e não do fim da incapacidade relativa; novamente, discutível.

- *Realizado por mandatário após revogação do mandato*

Mandatário de boa-fé, que não sabia da revogação. Invalidade reconhecida por decisão judicial equivale à revogação. A coabitação convalida tacitamente a invalidade relativa. Decadência a partir do conhecimento da celebração pelo mandante.

- *Autoridade incompetente*

É autoridade que pode celebrar o casamento, mas a quem a lei de organização judiciária do local não conferiu tal tarefa (?). Ex.: a autoridade é o juiz de direito, mas aquele da vara de família. Os juizes de direito das demais varas são incompetentes para a celebração. Juiz federal, promotor etc não é autoridade para a celebração; acarreta inexistência.

12.3. *Eficácia*

Sendo existente e válido, será automaticamente eficaz. A eficácia, no casamento, não pode se sujeitar à condição, termo ou encargo.

12.4. *Casamento putativo: art. 1.561*

É o casamento inválido (por nulidade ou anulabilidade), contraído de boa-fé por um ou ambos os cônjuges que incorreram em erro (de fato ou também de direito). Nesse caso, é permitido, por via judicial, aproveitar os efeitos jurídicos do casamento. O casamento não será convalidado, mas terá eficácia para algumas finalidades específicas e em benefício do cônjuge de boa-fé. Ex.: irmãos que se casaram sem saber do vínculo sanguíneo (ambos de boa-fé); pessoa que se casa com outra casada (só a primeira estava de boa-fé).

O reconhecimento da putatividade demanda: I) invalidade do casamento; II) boa-fé; III) erro desculpável; e IV) declaração judicial.

Presume-se a boa-fé sobre erro de fato; erro de direito não.

Dedaração da putatividade: pode ser feita na ação que invalida o casamento ou em ação autônoma, a qualquer tempo; é possível reconhecimento de ofício. Exemplo de efeito decorrente da putatividade: fixação de alimentos em favor do cônjuge de boa-fé. Partilha: homem casado contrai segundo casamento (em comunhão universal de bens) para ficar com o patrimônio da segunda esposa. O reconhecimento da putatividade (boa-fé da mulher) faz com que os bens que ele levou ao segundo casamento sejam partilhados com a esposa, mas os bens desta não serão partilhados com o cônjuge de má-fé.

Se o cônjuge de boa-fé casou por ter sido enganado pelo outro, há ato ilícito e responsabilidade pela indenização.

DIVÓRCIO

1. DISSOLUÇÃO DO CASAMENTO

Quando o casamento é celebrado em obediência à lei, o vínculo será válido. Será dissolvido pela morte de um dos cônjuges e pelo divórcio.

1.1. Morte

Altera estado civil para viúvo (permitindo novo casamento), determina a abertura da sucessão. Morte extingue todas as relações jurídicas do falecido. Põe fim ao vínculo matrimonial e à sociedade conjugal. As obrigações deixadas pelo falecido poderão ou não ser exigidas do espólio. As obrigações personalíssimas não podem ser exigidas; estas se resolvem. As obrigações de dar e as de fazer que possam ser transformadas em perdas e danos serão liquidadas pelo espólio. Prestação alimentícia pode ser pedida de colaterais em segundo grau, mesmo que o de cujus não tenha deixado herança.

Causa suspensiva do casamento do art. 1.523, II: viúva só pode casar após 10 meses do falecimento do marido. Isso porque filhos nascidos dentro desse tempo se presumem do morto (art. 1.597). Se houver casamento, será sob separação obrigatória de bens; Provando não estar grávida na época do novo casamento, afasta-se a causa suspensiva.

O que permanece após a morte: parentesco por afinidade em linha reta; e direito de utilizar o sobrenome do falecido.

1.2. Divórcio

Fim do dever de fidelidade; de viverem sobre mesmo teto. Restabelece a capacidade para novo casamento.

2. HISTÓRICO DO DIVÓRCIO

No CC'16, a morte era a única forma de extinguir um casamento válido. O desquite punha fim à vida conjugal, comunicabilidade patrimonial etc., mas mantinha o vínculo. EC n. 9 à Constituição de 67 retirou a previsão de indissolubilidade do casamento do texto constitucional (dissolução possível apenas pela morte). Em 1977 surgiu a Lei do Divórcio, Lei n. 6.515. Até então só havia o desquite, que extinguiu a sociedade conjugal, mas não o vínculo. O divórcio não substituiu o desquite; surgiram dois novos: a separação e o divórcio. A separação é semelhante ao desquite e o substituiu (para retirar a mácula do termo); só depois se pedia o divórcio. As pessoas tinham

duas alternativas: divórcio por convenção (pediam a separação, aguardavam 3 anos e pediam o divórcio) ou divórcio litigioso (também tinham que esperar 3 anos). O casal poderia se separar de fato por mais de 5 anos, depois poderiam pedir diretamente o divórcio, consensual ou litigioso. As obrigações criadas e homologadas na separação deveriam ser cumpridas até o divórcio. De qualquer maneira, a decisão de separação e divórcio eram judiciais. A Lei do Divórcio previa que o divórcio só poderia ser decretado uma vez (previsão que foi revogada em 89). A separação de fato não alterava o estado civil.

Art. 1.572, § 1º. Separação judicial pode ser requerida em decorrência da ruptura de vida em comum (separação de fato) há mais de 1 ano (chamada de “separação falência”: o afeto faliu).

Art. 1.572, § 2º. Separação judicial de cônjuge com doença mental grave manifestada após o casamento e de cura improvável após 2 anos (“separação remédio”).

O CC'02 repetiu o que estava da Lei do Divórcio. Art. 1.580. Um ano após a separação, poderia ser pedida a conversão para o divórcio direto. Mas em 2010 foi editada a EC n. 66: alterou o § 6º, do art. 226, CF, retirando-lhe o período mínimo para conversão de separação em divórcio; retirou o período mínimo de 1 ano após a celebração para pedir o divórcio direto. Mas o CC ainda mantém a previsão antiga. Ainda há separação e divórcio? Para a professora sim, pois há utilidade na separação. Se a convivência não tem mais volta, requeira o divórcio; se há dúvidas, requeira a separação. Casal divorciado tem que se casar novamente; se estão separados, uma simples petição ao juízo da separação é suficiente para restabelecer a sociedade conjugal (a retomada da sociedade conjugal por casais separados é pouco comum, segundo Rosenthal, que é contra a manutenção da separação após a EC n. 66). Outra utilidade da separação é não afetar o patrimônio. Não é necessário provar culpa para o divórcio.

Antes de EC 66/10, havia o divórcio por conversão e o direto. A conversão seria a passagem do rompimento das obrigações conjugais (sociedade conjugal), obtida com a separação, para o rompimento do próprio vínculo do casamento, com o divórcio. Após a EC ainda há casais separados (que mantêm o vínculo) que pedem a conversão para o divórcio, mas alguns juízes não aceitam, dizendo que o divórcio pode ser requerido diretamente. Os casais separados (é ato jurídico perfeito a separação realizada antes da EC n. 66; continuam com status de “separado”) Para a professora, a EC n. 66 não acabou com a separação, que serve para se afastar do casamento, mas sem acabar com o vínculo conjugal. Mas para parte da doutrina e jurisprudência (Rosenthal, Maria Berenice, e.g.), a EC n. 66 extinguiu a medida intermediária da separação: quem quer o fim do casamento deve pedir o divórcio direto. Os processos de separação ainda ativos deveriam ser convertidos em divórcio, a requerimento das partes, ou serem extintos por impossibilidade jurídica do pedido (Rosenthal). Antes, para que houvesse o divórcio direto, o casal deveria estar separado de fato há mais de 5 anos, hoje não há nenhum requisito, nem motivação fática (conduta dos cônjuges etc.), nem prazo; apenas a comprovação do casamento e

o pedido de um dos cônjuges. Para a retomada da vida conjugal de cônjuges separados é necessário apenas um pedido nos próprios autos da separação (*reconciliação: art. 1.577*).

Sociedade conjugal x vínculo matrimonial

Causas terminativas extinguem apenas a sociedade conjugal, ou seja, os deveres recíprocos do art. 1.566. Não permitem celebração de novo casamento, pois o vínculo resistia. Causas dissolutivas extinguem, além da sociedade conjugal, o vínculo entre os consortes (altera o estado civil). Causas dissolutivas são, também, terminativas. São dissolutivas a morte e o divórcio. Terminativas: separação e anulação do casamento (não haverá novo casamento, pois não existiu um casamento preexistente para ser dissolvido). Pode ser pleiteada a anulação como pedido principal e divórcio como alternativo.

3. DIVÓRCIO

Divórcio é uma medida jurídica requerida pelas partes, isolada ou conjuntamente, que dissolve o casamento válido, extinguindo a sociedade conjugal e o vínculo matrimonial. Pode ser obtido judicial ou administrativamente, quando não houver interesse de incapaz. O requisito para o divórcio é haver pelo menos um cônjuge com vontade de dissolver o casamento. Não é necessário decurso de tempo ou aferição de culpa. O comportamento dos cônjuges só é levado em consideração para definir a guarda dos filhos. Não havendo filhos, o pedido de divórcio é praticamente como a “denúncia vazia” das locações, pois o cônjuge que pede não precisa motivar seu pedido. O autor pode se omitir sobre o real motivo que o levou a pedir o rompimento do vínculo conjugal.

O divórcio pode ser consensual ou litigioso. O primeiro será de jurisdição voluntária ou em cartório (se não houver interesse de incapaz); o litigioso segue o rito procedimental ordinário.

Na ação de divórcio, além do pedido de dissolução do vínculo, pode ser discutida prestação de alimentos, partilha do patrimônio, guarda e visitação dos filhos etc.

4. QUESTÕES PROVENIENTES DO DIVÓRCIO

Com o fim do matrimônio, várias pendências surgem entre os divorciandos. Essas questões serão solucionadas pelas cláusulas do divórcio consensual ou pela decisão judicial, dependendo do caso. Porém, questões referentes a direitos indisponíveis (de incapazes, e.g.) só podem ser decididas em juízo (consensual ou litigiosamente). Não é obrigatório que todas as questões sejam resolvidas em um único ato, ao mesmo tempo.

4.1. *Guarda dos filhos menores*

Significa que ainda há filhos sob poder parental, que é um conjunto de direitos e deveres em relação aos filhos, que é exercido pelos dois, sem prevalência. Guarda é apenas um dos elementos do poder parental. A guarda por um não retira o poder parental do outro, apenas retira um dos elementos do poder parental. A guarda unilateral é tradicionalmente exercida pela mãe. Mas antes a culpa pelo desquite dava ao cônjuge isento a guarda dos filhos. Na guarda unilateral, o pai não-guardião tem o direito de ficar com o filho durante 48 horas, quinzenalmente. Não sendo possível a guarda compartilhada, o juízo decretará a guarda unilateral ao pai (ou terceiro) que tiver melhores condições. Na petição deve constar um regulamento mínimo de visita.

- *Guarda compartilhada (ou conjunta)*

Art. 1.584. A regra (preferência) hoje é a guarda compartilhada (ou guarda conjunta) entre pai e mãe, na qual estes ficam em iguais condições, exercendo a autoridade parental igualmente na prática. É diferente de guarda alternada, na qual os filhos ficam uns dias com a mãe, outros com o pai. A guarda compartilhada observa o melhor interesse da criança, e não dos pais, mas só será deferida se ambos quiserem cuidar dos filhos. Os termos em que será concedida dependem do caso concreto, sendo ouvidos psicólogos e assistentes sociais. É cabível mesmo no divórcio litigioso.

4.2. *Visitas*

Férias se consideram em dezembro/janeiro e julho. Professora soma os dias efetivos de férias e divide por dois. Cada um passa os dias corridos com cada cônjuge, no outro ano inverte a ordem. Mas pode ser dividido por semana, dependendo do interesse dos pais e das crianças. A modificação das cláusulas de visitas pode ser objeto de revisão judicial.

4.3. *Pensão alimentícia*

O cálculo da pensão alimentícia deve considerar a totalidade dos gastos pessoais da criança. Gastos com a manutenção da casa (na parte relativa à criança) também devem ser considerados (ex.: se a casa é alugada, uma parte do aluguel deve ser considerada). Mas a pensão será paga de acordo com a possibilidade do alimentante. A folha de pagamento do alimentante é considerada na totalidade, descontadas a contribuição para a previdência e imposto de renda, apenas. Empréstimos descontados em folha etc. não afetam a capacidade do alimentante. Os alimentos podem ser recalculados futuramente, provado o fato que ensejou a alteração. É bom estabelecer que a pensão aos filhos menores se estendam até um ano depois da formatura em curso superior (professora faz assim). Podem ser propostas duas alternativas para término: até a 1 ano depois da formatura ou até ter um emprego, e.g.. O alimentante pode pedir extinção ou redução dos alimentos antes do prazo. Pensão alimentícia se deduz integralmente do IR.

Não há “guarda” de filho maior. Pode haver pensão para eles, mas não será estabelecida no mesmo acordo feito em razão do divórcio. Por ser maior, o acordo deve ser diretamente entre o filho maior e o cônjuge em momento posterior, pois a mãe não o representa nem o assiste. A extinção dessa pensão pode ocorrer por acordo entre o filho e o pai.

4.4. *Pensão ao ex-cônjuge*

Relacionar os gastos exclusivos dos filhos e gastos comuns da casa, para fixar os alimentos de forma adequada. Melhor não renunciar ao direito de pensão, mas “dispensar”, pois quem dispensa pode pedir depois, quando precisar e satisfazer os requisitos. Antigamente a pensão não era dada a mulher se ela tivesse culpa na separação. A pensão pode ser concedida por tempo determinado *ou sob condição resolutiva (alimentos transitórios)*. Pode continuar depois? Pode pedir, mas a pessoa deve provar a impossibilidade de prover o próprio sustento.

Hoje, se for necessário, o marido pode ser pensionado pela mulher, apesar de o CPC dizer que a pensão é paga pelo homem à mulher. Se quem vai pagar tem vínculo empregatício é melhor se estabelecer um percentual sobre o salário e descontar em folha de pagamento. A correção da pensão sempre acompanhará os aumentos de salário do alimentante. Se fixar com o salário mínimo pode ser que este aumente mais do que o salário do alimentante, desequilibrando a relação e evitando futuras ações revisionais. Fixa-se com base no salário mínimo se o alimentante não é empregado, mas sim profissional liberal.

4.5. *Partilha de bens*

O pedido de divórcio hoje não depende da partilha de bens (art. 1.581, CC; súm. 197, STJ); não é preciso homologar ou decretar a partilha junto com o divórcio. Obs.: homologação é consensual; decretação é imposição do juízo. O melhor é partilhar os bens junto com o divórcio, pois, feita a partilha, menos um problema para o futuro. Por exemplo: pode ser que o conjunto de bens (ou certo patrimônio) nunca foi administrado pelos dois cônjuges; depois de findo o casamento (sem partilha), é de se esperar que os dois entrem em atrito constante e prejudicial, ao invés de virarem “sócios” na empresa, cuidarem juntos do patrimônio etc. A administração do patrimônio ficará com quem? Será bem feita? Pode ser preciso uma ação de prestação de contas. Dividir patrimônio de sociedade é um problema: o que será feito com as cotas do cônjuge divorciado? Metade seria dada ao outro cônjuge? Não se pode impor sócio... É necessário cuidado e conhecimento na hora de analisar o patrimônio e contas da sociedade.

A futura partilha demanda de procedimento de liquidação, de rito ordinário, para elencar o patrimônio conjugal, se na petição de divórcio não foi previamente elencado e acordado o patrimônio do casal. Ou seja, se a partilha for ficar para depois, é melhor que o casal chegue a um acordo sobre o patrimônio em comum e deixe registrado no procedimento de divórcio para agilizar a ação de partilha posterior. Se faltar alguma coisa para partilhar, no futuro haverá sobrepartilha.

Se a partilha dos bens não for rigorosamente igualitária é legítima a cobrança de tributos (normalmente ITCD, ou até ITBI) sobre a diferença transmitida.

Procedimento de partilha é feito quando o elenco de bens comuns é conhecido e inquestionável. Se há discussão sobre o fato de determinado bem integrar ou não o patrimônio comum o juiz do divórcio pode mandar as partes realizarem ação de inventário (procedimento ordinário), para depois decidir a partilha em liquidação e divisão posterior. O divórcio pode ser consensual, mas a partilha ser litigiosa, e vice-versa. Alienação judicial de bem indivisível: para vender apartamento, e.g., em condomínio pelos ex-cônjuges. Preço vil é aquele abaixo de 60% do valor avaliado do bem. Bem de família não é oponible quando o crédito cobrado é de alimentos. Se a pessoa tem só um imóvel e deve alimentos, o bem pode ser penhorado e leiloado (Lei n. 8.009, art. 3º).

Não havendo disposição expressa sobre a partilha no acordo de vontades ou em deliberação judicial, presume-se que os bens em comum permanecem em condomínio, até que seja feita partilha por escritura pública ou em procedimento judicial de partilha.

4.6. Cláusulas protetivas

São cláusulas estabelecidas para protegerem os cônjuges de negócios feitos pelo outro. Não estão previstas em lei (ex.: marido faz a esposa avalizar um título, tomando-a devedora solidária da dívida). Acordo entre os cônjuges vinculam as partes, mas não terceiros, a não ser que estes aceitem (ex.: cláusula que proíbe aval da esposa à empresa do marido não afeta o credor). O que fazer então? Estabelecer cláusula que obrigue o cônjuge (marido que fez a esposa avalizar título de crédito, e.g.) a ressarcir o outro (esposa que assinou, e.g.) se este for atingido por execução. Não afeta terceiros, mas faz o cônjuge lesado ter direito à reparação.

Outra cláusula: valor que se atribui ao patrimônio. Valor das cotas de uma empresa pode não ser o valor real dela. Melhor falar que cada um tem X% de todo o patrimônio a falar que cada um tem R\$ X. Equívocos como esse ensejam ação de nulidade de partilha e equiparação financeira.

5. PROCEDIMENTO DO DIVÓRCIO CONSENSUAL

O divórcio consensual (ou amigável) é a dissolução do casamento (vínculo e sociedade) por acordo recíproco entre os cônjuges (negócio jurídico bilateral). O divórcio serve para romper o vínculo matrimonial (só a separação não rompe o vínculo). O divórcio consensual pode ser realizado em juízo ou em cartório. Para ter validade e eficácia o divórcio deve ser homologado judicialmente ou registrado em cartório, dependendo do meio utilizado.

5.1. Divórcio consensual em juízo

Arts. 1.120 a 1.124, do CPC. O procedimento, que hoje disciplina o divórcio, é o mesmo que era

utilizado para desquite e depois passou a ser utilizado para separação. É procedimento de jurisdição voluntária. O ajuizamento do divórcio põe fim à comunicabilidade dos bens, se os cônjuges já estiverem separados. *Demonstra a vontade de se divorciarem e as cláusulas que irão orientar o divórcio*.

a) *Petição inicial*

O divórcio consensual demanda uma petição inicial *com pedido expresso de divórcio*, assinada pelos cônjuges e seus advogados. A assinatura dos cônjuges pode ser feita perante o juiz durante a audiência. No divórcio consensual os cônjuges podem ser representados por um advogado só. Porém, se um deles é advogado, é recomendável que atue apenas em seu próprio favor (nunca se constituir como advogado, juntando procuração em próprio nome etc!!! Só juntar cópia da carteira da OAB).

- *Quais documentos juntar?*

Art. 1.121, caput. Certidão de casamento e pacto antenupcial (*se houver*) são requisitos indispensáveis. Não existe certidão nova ou velha; certidão mostra uma realidade naquele momento exato. Dica da professora: é melhor juntar o cópia da identidade e CPF dos cônjuges, para evitar problemas (caso do homem que levou mulher que não era sua esposa para fingir o divórcio consensual com a verdadeira).

b) *Cláusulas do acordo de divórcio*

As cláusulas estão previstas no art. 1.121 (partilha de bens, guarda e visitação dos filhos, alimentos devidos entre si e aos filhos). Na petição inicial, a professora sempre começa falando dos filhos para terminar com a partilha. A falta das cláusulas não impede futura ação específica para esses fins, desde que não haja renúncia no acordo (cônjuge renuncia aos alimentos, e.g.).

Pedido de alteração dos sobrenomes: se não for feito, presume-se que não serão alterados; mas poderão ser posteriormente.

Inúmeras outras cláusulas podem constar no acordo, criando obrigações e direitos diversos.

c) *Audiência de ratificação e sentença*

Art. 1.122. Ajuizada a inicial, será designada audiência de ratificação da vontade e das cláusulas. Partes irão se identificar e ratificar a vontade expressa documentalmente. O Ministério Público será ouvido como fiscal da lei se houver interesse individual indisponível.

Hoje, o juízo não intervém nos motivos que levaram à separação. A CF preserva a intimidade das pessoas; o juiz não deve indagar sobre motivos íntimos. Juiz só pergunta se entenderam e concordam com todas as cláusulas do acordo. Ouvidas as partes e o MP, o juízo homologa e

expede o mandado de averbação ao cartório que celebrou o casamento. Se há pensão com desconto em folha, expede ofício ao empregador. Se há partilha, o juízo pede certidão de quitação de tributos (ITCD, ITBI). Pois isso é melhor o divórcio consensual judicial do que o divórcio por escritura pública, para evitar que a demora na certidão de quitação atrase a separação do casal.

Transitado em julgado, a sentença deverá ser registrada no cartório de registro civil de pessoas naturais (onde estava assentado o casamento) para produzir os efeitos perante terceiros. Se for o caso, será levada ao cartório de imóveis, de empresas mercantis etc. para as devidas averbações.

5.2. Divórcio consensual por escritura pública

Art. 1.124-A, CPC. Divórcio e separação podem ser feitos por escritura pública em cartório de notas. O divórcio ou separação escritura pública é a melhor opção. É forma ágil. Quando não há partilha a ser feita, é barata (baixos emolumentos cartorários).

a) Requisitos

Os requisitos são a capacidade dos cônjuges e inexistência de filhos incapazes. É obrigatória a assistência de advogado (*comum ou não; defensor público, se for o caso*), assim como no divórcio consensual em juízo. É melhor que também não haja bens a partilhar, mas isso não é impeditivo.

b) Minuta da escritura

Conforme o art. 1.124-A, CPC, a escritura pública conterà o acordo sobre i) a partilha de bens, ii) o uso do sobrenome e iii) o dever de prestar alimentos. Mesmo que o acordo seja omissivo sobre essas questões, a escritura do divórcio poderá ser lavrada. A partilha pode ser feita depois (até em outra escritura pública); os sobrenomes presumem-se inalterados; presume-se que os cônjuges não precisam dos alimentos, por hora.

A minuta da escritura é simples: é o resumo dos elementos essenciais e acidentais. Os essenciais são a qualificação dos divorciantes e do advogado que os assiste; do objeto, que é o fim do casamento (dar a localização do assento do registro, com a identificação da serventia onde está registrado, livro, página etc.). Indicar o regime de bens e juntar cópia do pacto antenupcial, se houver. Cláusulas: dispensa ou não de alimentos entre os cônjuges; uso ou não dos nomes; partilha convencionada dos bens, se houver (ou dizer que a partilha será posterior).

Cabe colocar as salvaguardas colocadas na petição de divórcio para casos complexos. *A minuta de escritura só pode ser recusada se contiver violar dispositivo de ordem pública, no mais, tudo é válido. Por exemplo, quando há participação societária em empresa de grande valor com apenas um dos cônjuges na condição de sócio (sendo que este entrou na sociedade na constância do casamento em regime comunhão parcial) melhor deixar as cotas com quem sabe trabalhar com isso: em compensação, deixar com o outro cônjuge renda mensal a ser paga pelo cônjuge que*

ficou com as cotas, vitalícia, corrigida por um índice oficial (esse pagamento não depende da necessidade de quem pede e da capacidade de quem paga; não é pensão alimentícia).

c) *Procedimento*

Com a minuta, enviar um exemplar da certidão de casamento e cópia do RG e CPF de cada um. Não se peticiona em cartório (Exmo. Sr. Tabelião...); não tem que pedir deferimento. Leva a minuta ao cartório, o tabelião chama para assinar. Assinado, recebe um traslado, que deve ser levado ao cartório de registro civil que celebrou o casamento para averbação. Quando não há bens a partilhar, a escritura será lavrada em 48 horas.

É possível o divórcio por escritura pública se houver bens a partilhar, mas a partilha feita será enviada para a fazenda pública para verificar se há necessidade de pagamento de imposto de transmissão inter vivos (é devido imposto quando a divisão dos bens comuns não é igualitária; sobre a quantia a mais que fica com um dos cônjuges se calcula o imposto); só depois de comunicado o pagamento do imposto (com a certidão de quitação fiscal) será lavrado o formal de partilha. No divórcio em juízo a partilha será homologada ou decidida pela sentença; só depende da certidão da fazenda pública para expedir o formal de partilha. Então, deve ser considerado o custo e a demora de cada meio, para se decidir entre o divórcio por escritura pública ou judicial.

O pedido em juízo serve para evitar a demora na quitação fiscal, nos casos em que há bens a partilhar. Se o patrimônio é muito grande (muitos imóveis), pode ser que o divórcio por escritura saia mais caro do que em juízo (cartórios cobram por cada imóvel, de acordo com os valores).

6. *PROCEDIMENTO DO DIVÓRCIO LITIGIOSO*

6.1. *Histórico*

Antes, na ação de divórcio era discutida culpa. Hoje não mais. Fatos ocorridos ao longo do casamento são pouco relevantes, normalmente.

6.2. *Aspectos gerais*

*É de jurisdição contenciosa, ao contrário do divórcio consensual, que é de jurisdição voluntária. Porque é litigioso? Quando o casal tem filhos e não há consenso sobre guarda, visitas e pensão. Não havendo mais afeição entre os cônjuges, um deles pode se recusar a assinar o divórcio consensual, logo, o caminho é o litigioso. A partilha também pode gerar dissenso. *A litigiosidade não pode recair sobre a dissolução do casamento, mas sobre as demais questões advindas do divórcio.**

A ação de divórcio pode ter o fim único de dissolver o vínculo, deixando para outras ações a

resolução das demais questões.

6.3. *Procedimento*

O procedimento é o comum ordinário.

Recebida a inicial, a melhor decisão é marcar uma audiência de conciliação em juízo, na qual o magistrado tentará convencer os cônjuges a se divorciarem consensualmente. A audiência é obrigatória, segundo a Lei do Divórcio, que objetivava a conciliação do casal e a continuidade do matrimônio. Melhor entendimento é o da professora: usar a audiência para convencer a divorciarem consensualmente.

Competência: *foro da residência da mulher (art. 100, I, CPC). A norma é constitucional? É discutível. De qualquer forma, é competência relativa. Mas se há filhos menores sob a guarda de qualquer dos cônjuges, lá será o foro competente (Súm. 383, STJ).*

Não havendo conciliação, abre-se o prazo de 15 dias para defesa (que no mais das vezes é puramente religiosa).

A ação de divórcio pode demorar quanto mais questões forem discutidas (partilha de bens, pedido de alimentos, guarda de filhos etc.). As demais discussões podem necessitar de dilação probatória, mas o pedido de divórcio (rompimento do vínculo) não, pois a única exigência é a vontade de uma das partes, não importando culpa ou qualquer outra coisa. Para que o divórcio em si não demore, pode haver resolução parcial do mérito da causa com base no art. 273, § 6º, do CPC. Assim, em decisão interlocutória poderá ser extinto o vínculo matrimonial.

A partilha pode ser feita posteriormente ao divórcio, mas quando feita nos autos do divórcio, primeiro o patrimônio em comum deve ser elencado: os cônjuges concordam com o elenco? Todos os bens estão lá? Próxima fase: pedido de meaça (quinhão); cada cônjuge dirá quais os bens vai querer na partilha. O mais adequado é que um dos cônjuges divida o patrimônio em dois e o outro escolha qual dos montes vai querer (quem fizer a divisão terá cuidado em equilibrá-los). Mas o juiz pode fazer a separação, o que pode desagradar mais ainda aos cônjuges.

É possível que, ao contestar a ação, o cônjuge reconvenha alegando a ocorrência de hipóteses de nulidade ou anulabilidade. Essa reconvenção não poderá ser decidida consensualmente, apenas por sentença (não aceita transação), mas é possível audiência de conciliação para convencer as partes a desistirem da ação de anulação de casamento e converterem o divórcio litigioso em consensual.

A revelia em ação de divórcio provoca apenas a desnecessidade de intimação para os atos processuais, por se tratar de direito indisponível (Rosenvald).

Normalmente em divórcios em que se discute guarda de filhos são ouvidas testemunhas, assistentes sociais e psicológicos (para ouvir o pai, a mãe e criança).

Informações sobre a renda serão solicitadas para apurar o valor da pensão. Vê o que é declarado à Receita; se tem empresa, procura informações dela. Desconsideração inversa da personalidade jurídica: quando a pessoa usa a empresa para encobrir ganhos, o patrimônio da empresa deverá ser investigado e será considerado, além do patrimônio pessoal do sócio. A aparência de riqueza também pode fazer com que a pensão seja fixada em valor maior, desde que o cônjuge que alegue a riqueza do outro e prove. Requisitar a movimentação do cartão de crédito é útil.

O art. 82 do CPC diz que o MP sempre manifesta em ação de divórcio, mas é dispositivo ultrapassado. Na verdade, o MP só deve se manifestar quando há interesse individual indisponível (ou seja, incapazes envolvidos; seja do divorciando ou dos filhos). O MP normalmente não se pronuncia nos casos em que a contestação é meramente religiosa.

Sentença decretará o divórcio. Dela cabe apelação. Serão discutidos guarda, visita, pensão e partilha. Normalmente as questões são de fato; não é normal recurso especial em divórcio.

UNIÃO ESTÁVEL

1. *DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO*

Antes, o casamento era único e indissolúvel (a não ser pela morte ou anulação, se viciado); o regime de bens era a comunhão universal. A Constituição só reconhecia a família formada pelo casamento (a proteção era mais para a família do que para as pessoas). O desquite rompia apenas a sociedade conjugal (direitos e deveres recíprocos, comunicação patrimonial). A vedação do segundo casamento fez com que pessoas desquitadas estabelecessem vínculos afetivos com outras pessoas, vivendo juntos sem que se casassem. *Concubinato era a união entre pessoas sem casamento, seja porque não podiam se casar, seja porque não queriam*. “Concubinato puro” era aquele formado por pessoas desimpedidas para casar, que resolveram viver em comum sem se casarem. *Obs.: é concubinado puro a entidade formada por pessoa casada, mas separada de fato*. “Concubinato impuro” era a união estável de pessoas impedidas para o casamento (já casados, parentes em linha reta, e.g.). *A doutrina e jurisprudência avançaram antes da lei, estendendo direitos às pessoas que viviam em união estável; primeiro direitos patrimoniais*. Uma alternativa para proteger as novas famílias (no caso de separação dessa uniões, com quem ficaria o patrimônio? Quem não trabalhava fora, mas cuidava da família, ficava com o que?) era caracterizar esses casais como sociedades de fato (porque não eram formalizados, registrados). Assim podia ser determinada a partilha dos bens obtidos pelo esforço comum. Mas como mensurar o esforço de cada um? Se não há parâmetro seria meio a meio? Quem trabalhava fora se esforçava mais, segundo o entendimento ultrapassado. A partilha podia ser desigual.

A Constituição de 1988 passou a considerar o concubinato (puro) como entidade familiar no mesmo patamar do casamento e renomeou-o como união estável.

União livre são relações que não formam entes familiares e não geram efeitos no direito das famílias, mas podem constituir uma sociedade de fato. Ex.: namoro.

1.1. *Lei n. 8.971/94 (Regula o direito dos companheiros a alimentos e à sucessão)*

Em adição à possibilidade de reconhecimento da sociedade de fato sustentados pela doutrina e jurisprudência, veio a Lei n. 8.971/94, que porcamente deu direitos às pessoas que viviam em união não matrimonial. Art. 1º. Permitia o pedido de alimentos entre pessoas unidas há pelo menos 5 anos (se não tivessem filhos; se tivessem, não havia prazo). Entendeu-se que os casais que já estavam há 5 anos unidos poderiam se beneficiar da lei, quando essa passou a vigorar. A lei criou também direitos sucessórios (arts. 2º e 3º): na falta de descendentes ou ascendentes o cônjuge sobrevivente seria herdeiro da totalidade dos bens, como se casados fossem, e.g. A lei disse que os bens adquiridos pelo esforço de ambos seriam partilhados meio a meio,

igualmente.

1.2. *Lei n. 9.278/96 (Regulamenta o reconhecimento constitucional da união estável)*

Em 1996 foi regulamentada a união estável, prevista no art. 226, § 3º, CF'88, pela Lei n. 9.278. Art. 1º. Reconheceu-se como entidade familiar a união entre homem e mulher; de convivência duradoura, mas sem tempo definido (a jurisprudência entende que é cláusula aberta para o entendimento do juiz; é o magistrado quem quantifica, de acordo com as circunstâncias fáticas, o mínimo para reconhecimento da união estável); pública (basta que a convivência não seja camuflada, escondida; não precisa de publicidade efetiva, divulgação; só não é público aquilo que é deliberadamente ocultado); contínua (inicia-se e desenvolve-se ao longo dos anos; a jurisprudência aceita até pequenas interrupções durante a convivência); o objetivo era constituir família (a vivência em conjunto deveria ser recebida como se fossem casados).

As uniões estáveis terminadas antes de maio de 1996 (antes da lei) não conferem direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Se a união foi atingida pela lei, o companheiro que ficar no imóvel não pode ser retirado por ação de reintegração de posse. Esse direito real de habitação é estabelecido em lei, não por vontade das partes. Só pode ser renunciado expressamente pela pessoa que tem o direito.

2. **CONTRATO DE CONVIVÊNCIA**

A celebração de contrato de convivência (ou de convívio conjugal) é útil até hoje, mas é pouco comum. Não é a celebração do contrato que caracteriza a união estável, pois esta é um fato jurídico. O contrato (acessório) só terá efeito a partir da existência da união estável (principal). Se não houver esse acordo, aplica-se à união estável o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.725). O contrato deve ser escrito, podendo ser particular, mas é melhor que seja público. Pode ser feito e alterado a qualquer tempo, por consentimento mútuo. O contrato versará, basicamente, sobre o patrimônio dos companheiros; novos regimes de bens podem ser criados; direitos e garantias legais não podem ser afetadas. A administração do patrimônio é comum, mas pode ser diferente se estabelecida no acordo. É bom fazer uma declaração dúplice (os dois declaram) da união estável lavrada em cartório de notas (não precisa de testemunhas, mas dão ainda mais garantia) e registrada no cartório de títulos e documentos, para facilitar a prova futura, no caso de morte de um companheiro. O registro da união estável é prova pré-constituída para reconhecimento do vínculo e vale para se obter benefício previdenciário, e.g.

Direito a pensão não é direito disponível. É regulado pela lei previdenciária. Não adianta os beneficiários disporem da pensão a terceiros (simulação de união estável para dar benefício ao falso companheiro, que iria dividir a pensão com os filhos maiores do falecido, e.g.).

3. CARACTERIZAÇÃO

O

A caracterização da união estável não depende da existência de filhos. A data de início da união estável é importante e não se confunde com namoro prolongado, que não tem objetivo de constituir família. Pedido de reconhecimento de união estável: o problema está no termo inicial da união, o que pode gerar efeitos patrimoniais relevantes. Dos companheiros não se exige fidelidade, como no casamento.

A lei criou direitos sucessórios. Presume-se que estarão em condomínio os bens adquiridos a título oneroso durante a constância da união. A meação será metade para cada lado. É presunção relativa, que se aplica a bens móveis (quem tem dinheiro tem mais posses em ações, que são bens móveis) e imóveis, pois permite prova em contrário (cláusula na doação que estabelece o condomínio, e.g.). Como excluir do partilhamento bem adquirido durante a união estável, mas pelo esforço de um só? Inserir cláusula na escritura de compra e venda declarando a não comunicabilidade, assinando o companheiro não adquirente como interveniente. Pode ser que o bem adquirido foi pelo esforço desigual (um pagou 80%): se houver partilha pela metade do valor do bem, é devido ITBI sobre a parcela a maior transferida de um para outro.

Se um dos companheiros tem bem desde antes do início da união e quer desfazer dele para comprar outro, não é seguro colocar o dinheiro na conta cotidiana. Melhor abrir outra para deixar registrado. A interpretação atual é que o dinheiro que entra na conta bancária dos companheiros vira bem comum, assim como o que for adquirido com ele.

Se durante a união estável os companheiros adquirem conjuntamente um imóvel que é registrado em nome de um só, o outro pode averbar na matrícula a certidão de casamento ou união estável.

A ação para reconhecimento de união estável não prescreve, mas depende de não haver impedimentos para o casamento.

O fim da união estável pode (e é melhor que seja) registrado publicamente. As cláusulas da dissolução são as mesmas do divórcio. Resolve a partilha de bens comuns, se houverem, para evitar problemas futuros.

A jurisprudência e doutrina estendem direitos ao parceiro de boa-fé (se houver) no concubinato impuro; é próxima ao casamento putativo. É nomenclatura anterior a constitucionalização da união

estável.

Aula 28.5

União estável é uma forma de constituição de família. Deveria estar em capítulo subsequente ao que trata do casamento no CC. Mas está fora do direito pessoal e dentro do direito patrimonial.

Art. 1.723, CC. As decisões do STF permitem a união estável entre pessoas do mesmo sexo; mas o CC ainda não foi alterado. A legislação está atrás da jurisprudência. O CNJ determinou que os cartórios de registro civil façam a conversão de uniões estáveis homoafetivas em casamento, mas já há questionamentos no STF sobre isso.

1723, § 1º: se as pessoas não podem se casar (art. 1521), não podem manter união estável. Entretanto, a separação de fato possibilita nova união estável. Pessoas separadas de fato não têm dever de fidelidade, moradia, compartilhamento de bens, mas são obrigadas a prestarem alimentos.

Marido que separa de fato e não faz partilha de bens e começa uma união estável logo depois. Os frutos e rendimentos do patrimônio comum de marido e mulher ainda serão dos dois; só a parte do marido pode ser dividida com a nova companheira.

Os frutos é acréscimo que advém da aplicação de bens. ex.: aluguel de imóvel. Produto é o bem que se extrai da natureza, exaurindo-a. ex.: minério. Rendimento é a renda que o próprio capital produz; correção monetária e juros. ex.: dinheiro aplicado.

Causas suspensivas só forçam um regime de bens, mas não impedem a união estável. Podem trazer dificuldade na divisão dos bens, o que é sanado com perícia econômica (analisar imposto de renda etc.).

efeitos da união estável

1724. traz os deveres do casamento, sem a palavra “fidelidade”, que pode ser entendida dentro de “lealdade”. Os deveres dos pais em relação aos filhos nem precisam estar previstos, pois independem de casamento ou união estável. Se nasce um filho de uma relação incestuosa, os pais terão os mesmos deveres, ainda que não possam se unir.

CONVERSÃO DA UE EM CASAMENTO

faz quem quer, não há imposição legal; não tem celebração, porque é apenas a transferência de uma situação jurídica em outra.

Companheiros vão ao cartório de registro civil de pessoas naturais, acompanhadas por testemunhas, que não há impedimentos. Se não houver contrato de convivência anterior definindo regime de bens durante a UE, presume-se que era o de comunhão parcial. Nada impede que no momento da conversão, fixe-se qualquer outro ou o mesmo regime de bens.

Conversão da união estável em casamento

É um processo similar ao processo de habilitação, mas termina com o registro no assento, mas sem a celebração. Dica da professora: é aconselhável lavrar escritura pública (pois haverá um advogado para dar segurança) constando o regime de bens a ser aplicado no casamento (e outras cláusulas que versem sobre o patrimônio). Essas cláusulas resolvem as questões patrimoniais para o passado e para o futuro. Com essa escritura, o casal vai ao cartório de registro civil de pessoas naturais, que dará entrada no pedido de conversão de união estável em casamento (e não um pedido normal de casamento). Os proclamas dirão: "saibam todos que fulana e sicrano desejam converter a união estável em casamento...". Se não tinha pacto de convivência o regime da união estável é comunhão parcial. Um novo regime estabelecido na conversão da união em casamento não irá ter efeitos retroativos. Não corre prescrição entre os cônjuges durante a constância do casamento.

Ação que versa sobre alimentos será a ajuizada no foro do representante legal do menor. Mas é possível entrar no foro do executado (execução de alimentos), pois não é competência absoluta e serve para proteger o menor, e não o executado. Se o executado está em outro município e a ação demandará expedição de muitas cartas precatórias, pode ser melhor ajuizar a ação no foro da residência do executado, no interesse da criança.

REGIME DE BENS

1. CONCEITO

Regime de bens é um conjunto de normas que regulam o patrimônio dos cônjuges e companheiros. Não há casamento ou união sobre a qual não incida um regime, mesmo sem que saibam. É a regulamentação jurídica sobre o patrimônio dos cônjuges, incidindo efeitos entre estes e entre estes e terceiros. Arts. 1.639 e ss. O regime do casamento pode misturar princípios não contrapostos de vários regimes previstos.

2. REGIMES DE BENS

2.1. Histórico

O CC'16 previa o regime dotal, detalhado e com muitas exigências. Praticamente não era utilizado. Já o CC'02 tem o regime de participação final nos aquestos, que prevê escrituração permanente dos bens do casal. Também é pouquíssimo utilizado.

2.2. Período de transição entre ordenamentos

Entre 1976 e 1977 o regime supletivo era o da comunhão universal. O regime dos casamentos celebrados nesse período, sem convenção em contrário, não foi alterado, por tratar-se de ato jurídico perfeito: ainda há casamento em comunhão universal sem pacto nesse sentido. E os casamentos celebrados logo após o início da vigência da Lei do Divórcio (que estabeleceu o regime de comunhão parcial como o supletivo), mas com habilitação feita antes de 26.12.1977? Alguns casamentos foram lavrados no assento como em comunhão universal, mas deveriam ser comunhão parcial. A jurisprudência entende que a boa-fé deve ser protegida: se o casal estava preparado para o regime de comunhão universal, ele deve ser mantido.

2.3. Os regimes

Além da separação obrigatória de bens (para os casos do art. 1.641), há quatro outros regimes preestabelecidos pelo CC'02: comunhão parcial, comunhão universal, separação convencional e participação final nos aquestos.

a) *Comunhão parcial: arts. 1.658 e ss.*

Não há casamento sobre o qual não incida regras sobre o regime de bens. Se não optarem por outro regime (preexistente ou formulado pela autonomia das partes), por meio do pacto antenupcial, o CC estabelece um regime supletivo, que é o da comunhão parcial de bens. A

esmagadora maioria dos casamentos são celebrados sob o regime de comunhão parcial, normalmente por desinteresse das pessoas, que não acham isso relevante.

Não entram em comunhão os bens adquiridos antes do casamento e aqueles adquiridos a título gratuito, ainda que durante o casamento. Esses bens pertencem ao patrimônio particular de quem os adquiriu.

Há presunção absoluta de que os bens adquiridos onerosamente durante a constância do casamento provém da ajuda mútua. A colaboração de um dos cônjuges não precisa ser econômica.

- *“Regra” da comunicabilidade*

Entram em comunhão igualitária (50% para cada) os bens adquiridos durante o casamento, a título oneroso ou eventual (ex.: prêmio de loteria). O ordenamento sempre optou pela comunicabilidade do bens (até 1977 era total; depois passou a ser parcial). Para que não haja comunicabilidade, os bens devem ser elencados como passíveis de serem excluídos da comunicabilidade. Se a regra é a comunicabilidade, tudo que não esteja expressamente excluído da comunhão será patrimônio comum.

Art. 1.658. a comunicabilidade é para o futuro; o que é passado não se altera.

- *Se comunicam: art. 1.660*

- i) Bens adquiridos a título oneroso durante a constância do casamento. Imóvel comprado durante o casamento, mesmo se constar na escritura ou registro o nome de apenas um, será dos dois.*
- ii) Os frutos de bens particulares de cada um. Por isso é necessária outorga conjugal para a alienação de bem particular.*
- iii) Benfeitorias feitas em bens particulares dos cônjuges são comunicáveis. E as acessões naturais, como uma plantação? Apesar de não ser benfeitoria, a plantação demanda trabalho ao longo do tempo etc., o que torna o bem comunicável.*
- iv) STJ: o montante do FGTS correspondente ao período de convivência conjugal constitui bem comum. Mesmo sacado após o rompimento do vínculo, o valor proporcional será da ex-esposa ou ex-marido.*
- v) Imóvel adquirido em parte na constância do casamento não será dividido meio a meio. O valor dispendido antes do casamento é somente de quem o pagou; somente o restante, por financiamento ou não, será partilhando igualmente entre os dois.*

- *Não se comunicam: art. 1.659*

São exceções à comunicabilidade (exemplos):

i) *Bens passados, bens futuros adquiridos a título gratuito ou sub-rogados. Ex.: fulano tinha uma casa antes do casamento, durante a constância vendeu o imóvel e comprou outro, de mesmo valor; por sub-rogação, o imóvel adquirido é de fulano, mas ele tem que provar a sub-rogação numa eventual partilha; deverá provar que todo o dinheiro do novo imóvel veio da venda do anterior; que não houve esforço comum para tanto etc. Ele que deve provar, pois presume-se, no momento do divórcio, que o bem é comum. Quem alega a sub-rogação deve prová-la. Melhor ter e manter todas as provas possíveis do negócio.*

ii) *Bens exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges,*

iii) *Obrigações contraídas antes do casamento. Caso haja execução apenas em face de um dos cônjuges, e.g, e ambos tenham um imóvel em conjunto, poderá haver penhora da meação do bem, provocando a alienação do bem inteiro; será devolvido 50% do valor obtido na venda judicial ao cônjuge não executado. O cônjuge não devedor acaba sendo atingido pela penhora (perde o imóvel e ainda recebe menos do que deveria, pois os valores em hasta pública são menores). O cônjuge não executado, cuja parte não foi atingida (ou foi depositada após a venda) pela penhora deve gravar como incomunicáveis seu patrimônio exclusivo, para não ser desfeito por penhoras sucessivas (a dívida era só de fulano, que tinha uma casa em comum com a esposa; foi penhorado e leilado o imóvel por \$100; \$50 são devolvidos à mulher. Esses \$50 serão patrimônio comum, sendo passíveis de nova penhora; na qual a mulher receberia \$25, que novamente seria comum e possibilitando nova penhora e assim sucessivamente). A defesa da meação que não responde pela dívida do outro cônjuge é feita por embargos de terceiro, para reservar o patrimônio particular.*

iv) *Bens de uso pessoal, livros e instrumentos de trabalho também não se comunicam. Entretanto, esses instrumentos de trabalho não podem possibilitar enriquecimento sem causa de um em detrimento do outro. Ex.: marido que tinha um laboratório, com vários instrumentos valiosos. São comunicáveis de acordo com a razoabilidade.*

v) *Os proventos são incomunicáveis enquanto não recebidos; uma vez recebidos passam a ser patrimônio em comum. É o entendimento atual do STJ. A incomunicabilidade do CC'02 é mitigada pelo STJ.*

vi) *Planos de aposentadorias e similares também são incomunicáveis.*

v) *Direitos de autoria não se comunicam, nem em comunhão universal, salvo disposição expressa nesse sentido.*

Se o fato que motiva o provento é anterior ao casamento, não há comunicabilidade. Ex.: ganhei uma causa hoje, mas o efetivo recebimentos dos honorários só será daqui a muitos anos, quando estiver casado; o valor será somente meu. Se o direito ainda não se consolidou (durante o casamento), também não será comunicável.

A comunicabilidade de algum patrimônio pode ser excluda via pacto antenupcial.

b) Comunhão universal: art. 1.677 e ss.

Há uma fusão de acervos patrimoniais: bens, créditos e dívidas de cada um serão divididas igualmente entre os dois. Não importa se o bem foi adquirido antes ou depois do casamento; se foi a título gratuito ou oneroso.

Art. 1.668. Exclui certos bens da comunhão total. São exceções à regra da comunhão. Aprestos são os preparativos para o casamento.

Os frutos de bem incomunicável são comuns (art. 1.669). Bens adquiridos durante separação de fato não se comunicarão.

c) Separação convencional ou absoluta ou total: arts. 1.687 e 1.688

Regime que impete qualquer comunhão patrimonial, não importando se o bem foi adquirido antes ou durante o casamento, nem se foi a título oneroso ou gratuito. É diferente da separação obrigatória, pois nesta há comunhão dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento (Súmula n. 377, STF). Na separação total, todos os bens são particulares, não sendo necessária outorga do cônjuge para aliená-los (incluídos imóveis, fiança e aval). Os únicos gastos em comum são para as despesas do lar, proporcionalmente aos proventos de cada um.

Se escolhido o regime pelo CC'02, a separação é total. Mas há autores que dizem que a Súmula n. 377, STF ainda vale. Para Rosenvald, a súmula vale apenas para a separação obrigatória, e não a convencional. Para a professora, com o novo CC não há mais fundamento na súmula. Para evitar dúvidas, é melhor colocar cláusula de inaplicabilidade da Súmula n. 377 no pacto antenupcial que preveja o regime de separação total.

Bens adquiridos pelo esforço comum são tidos como em condomínio. De qualquer maneira, não pode haver enriquecimento sem causa de um dos cônjuges.

d) Participação final nos aquestos: art. 1.672 e ss.

É um regime híbrido, que adota regras da separação absoluta e da comunhão parcial. Aquestos são os bens adquiridos onerosamente durante o casamento. Durante o casamento, os bens são particulares, bem como a administração deles; na dissolução do casamento (divórcio ou morte), cada cônjuge tem direito à meação do que foi adquirido a título oneroso na constância do

casamento. O cálculo dos aquestos, feito só na partilha, considera: i) o aumento patrimonial de cada cônjuge na constância do casamento (a título oneroso); ii) o saldo entre os aumentos dos cônjuges (se houver); iii) divisão igualitária desse saldo em favor do cônjuge que menos enriqueceu. Ex.: João enriqueceu \$100 e Maria \$300 durante o casamento; Maria enriqueceu \$200 a mais do que João, logo, ela deve a ele \$100 (em dinheiro ou nos próprios aquestos).

A alienação de imóveis, fiança e aval de um dos cônjuges deve ser outorgada pelo outro.

3. PACTO ANTENUPCIAL

3.1. Conceito

Art. 1.640. Serve para que o casal adote regime distinto do supletivo, que é a comunhão parcial. É negócio jurídico patrimonial, mas pode estabelecer outras regras sobre outros assuntos. É negócio acessório ao casamento, logo, segue a sorte do principal. É uma manifestação das partes, antes do casamento, sobre o regime de bens. É pouco utilizado no Brasil.

3.2. Elementos

O pacto antenupcial depende i) da capacidade dos cônjuges (podem pactuar os maiores de 16 anos, desde que assistidos pelos pais especificamente para esse ato), ii) do objeto lícito, que são os bens do casal e iii) da forma prescrita em lei (obrigatoriamente por escritura pública). Art. 1.653. A falta da formalidade legal acarreta a nulidade absoluta do contrato.

Para que seja eficaz perante terceiros, o contrato deve ainda ser registrado em cartório de imóveis do domicílio do casal (art. 1.657). O pacto antenupcial vai junto ao processo de habilitação e deve ser registrado no cartório do 1º ofício do registro civil do local de moradia dos cônjuges (?) e é melhor que também seja registrado em todos os cartórios de imóveis onde os cônjuges tenham imóvel registrado. Antes de resolver qualquer coisa, pedir certidão negativa de pacto antenupcial em todos esses cartórios.

O que dispara os efeitos do pacto é a celebração válida do casamento (condição suspensiva). Até lá será ineficaz, ainda que válido. Não há prazo decadencial para o pacto, como existe entre a habilitação e a celebração do casamento. Se o casal passa a viver em união estável ao invés de se casar, o pacto será como um contrato de convivência.

3.3. Possibilidades

Desde que não atentem contra normas de ordem pública, prevalece a autonomia privada na estipulação das cláusulas do contrato. Por exemplo: dispensa dos deveres de fidelidade e coabitação, que são unicamente privados. Entretanto, uma cláusula que renuncie aos alimentos

no caso de divórcio pode ser discutida na justiça (na verdade, todo o pacto poderá ser discutido), pois era uma renúncia a direito ainda inexistente. Também uma cláusula que preveja pensão vitalícia provavelmente será anulada. *Afastar o direito de herança é afronta ao CC. Qualquer desprezo a direitos e garantias fundamentais ou normas legais será considerado não escrito.*

É comum entre artistas o estabelecimento de sistema de indenização em alguns pactos antenupciais. Ex.: no casamento que durar mais de um ano e depois for dissolvido, a mulher fará jus a indenização de um milhão de reais. *Rosenvald diz que cláusulas que estabelecem previamente indenizações têm natureza penal e deveriam ser consideradas não escritas.*

O pacto antenupcial pode ter regras diferentes do padrão do Código Civil. Ex.: o regulamento do regime de comunhão parcial do CC prevê que o rendimento dos bens exclusivos de um cônjuge é bem comum (o imóvel continua exclusivo, mas os frutos desse bem serão comuns); o pacto antenupcial feito por advogado pode tratar melhor disso, afastando a normas legais. O pacto pode misturar princípios de regimes diferentes.

4. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CASAMENTO

Art. 1639, § 2º. O regime de casamento pode ser alterado depois do casamento ou início da convivência. *Antes do CC'02 o regime de bens era, em regra, imutável; após, passou a ser de mutabilidade motivada. Depende da comprovação de requisitos: i) pedido de ambos os cônjuges; ii) autorização judicial; iii) indicação de motivo relevante; iv) inexistência de prejuízo de terceiros e dos próprios cônjuges. É pedido de jurisdição voluntária em vara de família (não cabe ação rescisória), na qual se ouve o MP. A alteração gera efeitos retroativos? Não há certeza na doutrina e jurisprudência: uma corrente diz que a alteração não gera efeitos retroativos (pois o tempo decorrido com o regime inicial gera direito adquirido), outra diz que é possível (pois o direito é patrimonial, logo renunciável). As partes podem pedir a eficácia retroativa da alteração, resguardados os direitos de terceiros. Lembrar que uma pessoa não pode doar todo o patrimônio. Alterações de regime e pedido de efeito retroativo envolvem renúncia de direitos; se forem feitas mediante mandato, este deve ter poderes especiais. Se o juiz defere pedido de alteração feito por advogado sem procuração adequada (sem poderes especiais), o que acontece? Na hora ninguém recorrer porque não fica sabendo.*

REsp 730.546-MG: princípio da modificação do regime de bens de casamento celebrado sob o CC'16, *desde que ressalvados os direitos de terceiros.*

Retificação

Retificação do assento de casamento: casamentos que não tiveram pacto antenupcial e foram celebrados em regime diferente do de comunhão parcial, por erro. É possível entrar com ação de

invalidação do pacto por coação, se um dos cônjuges forçou moralmente o outro a aceitar um regime diferente.

5. ADMINISTRAÇÃO DOS BENS

Art. 3º, da Lei do Inquilinato: contrato de locação igual ou superior a 10 anos demanda assinatura de ambos os cônjuges locadores. Se não há concordância do outro o contrato é válido até 10 anos, depois disso o cônjuge que não assinou pode pedir o despejo do inquilino.

Art. 1.663. A administração dos bens é comum. Se apenas um administra, deve prestar contas ao outro. A administração de bens particulares cabe ao respectivo proprietário. Regra vale para comunhão parcial, universal.

No regime de separação absoluta cada cônjuge administra os seus bens.

Os efeitos de alteração societária retroagem para a data da assinatura se arquivados na junta em até 30 dias. Se demorar mais do que isso, os efeitos se iniciam com o despacho que determina o arquivamento.

PARENTESCO

1. CONCEITO

O conceito popular parece com o de Clóvis Beviláqua: relação entre pessoas que descendem do mesmo tronco parental. Ligado ao sangue, à ancestralidade. O conceito atual é mais amplo: é o vínculo jurídico, de diferentes origens, entre (membros de uma mesma família) pessoas, implicando efeitos jurídicos diversos. Por “vínculo jurídico” não há restrição de sangue. Decorre de diferentes relações humanas (casamento, união estável, família monoparental etc). Parentesco não se confunde com família: no primeiro há vínculo natural (biológico ou afetivo); nas famílias o vínculo é social.

Art. 1.593. O CC'02 adota o conceito amplo de parentesco.

2. ESPÉCIES DE PARENTESCO

O parentesco pode ser dividido em espécies distintas, mas todas com o mesmo tratamento jurídico. Seria melhor que nem houvesse classificações.

Há três tipos de parentesco: consanguíneo, por afinidade e por adoção.

2.1. Parentesco consanguíneo

Também chamado de parentesco natural. Estabelecido entre pessoas que descendem do ancestral comum ou que descendem umas das outras. O vínculo é também biológico. Corresponde ao conceito de Beviláqua.

2.2. Parentesco por afinidade

Art. 1595. Vínculo estabelecido entre um dos cônjuges e os parentes do outro cônjuge. § 1º: é limitado por lei aos ascendentes, descendentes (ilimitados) e irmãos (segundo grau, portanto). § 2º: parentesco por afinidade em linha reta não se extingue com o casamento ou união; sogra e genro são para sempre (e madrasta e enteado), cunhado não. A afinidade se estabelece com a celebração do casamento ou caracterização da união estável. Do casamento putativo não se estabelece parentesco. A contagem dos graus é feita como se o parente por afinidade fosse o próprio parente consanguíneo ou civil. Ex.: o padrasto (casado com a mãe) e enteado são parentes afins em primeiro grau; o padrasto ocupa o mesmo lugar da mãe. Concunhado (cônjuge da cunhada) não é parente por afinidade.

O principal efeito civil do parentesco por afinidade é o impedimento matrimonial; não há direito a

alimentos ou herança. É possível que enteado utilize o sobrenome do padrasto, desde que haja comum acordo e seja autorizado pelo juízo de registros públicos.

2.3. Parentesco por adoção (e outras origens)

A adoção é relação estabelecida judicialmente entre o adotante e adotado; com a adoção, os vínculos do adotado com sua família biológica se extinguem, sendo criados novos com a família adotante. É uma forma de parentesco civil (o parentesco civil abarca todas as demais hipóteses de parentesco socioafetivo). E o parentesco “por outra origem”? Podem ser pessoas que não têm vínculo biológico ou adotivo (judicialmente estabelecido); paternidade socioafetiva. Adoção à brasileira: muito comum; adoção sem os trâmites legais; família que, consensualmente, pega criança por conta própria para criá-la. Essa paternidade também prevalece sobre a paternidade biológica (não pode ser desfeita).

3. LINHAS E GRAUS

O parentesco se estabelece por linhas e se conta por graus.

3.1. Linhas

Art. 1.591. A descendência (ou ascendência) entre pessoas é ligada por linhas retas. Pai ↔ filho ↔ neto ↔ bisneto etc.

Art. 1.592. Há também as linhas colaterais (ou transversais), quando os parentes não estão na mesma linha de ascendência, mas tem um ancestral comum. Irmãos; primos; tio e sobrinho etc.

3.2. Graus

A contagem do parentesco se conta por gerações. Cada geração, um grau. Do pai para o filho há um grau: é parentesco em linha reta de 1º grau. Avô e neto são parentes em linha reta de 2º grau. Na linha colateral também é feita a contagem por graus, mas a linha deve caminhar até um ancestral comum, para depois descer até o parente. Não há parentesco em linha colateral de 1º grau. Irmão são parentes colaterais de 2º grau (de um para o pai, do pai para o irmão: dois graus). Tio e sobrinho são parentes colaterais em terceiro grau (do sobrinho para o pai, do pai para o avô, do avô para o tio: três graus). Em linha reta o parentesco é ilimitado. Para fins jurídicos, o parentesco colateral é limitado até o 4º grau (outras obrigações são limitadas ao 3º ou 2º grau).

4. EFEITOS

A lei atribui diversos efeitos jurídicos relevantes aos parentes. Exemplos:

- i) *impedimentos para o casamento;*
- ii) *vedação de nepotismo;*
- iii) *testemunhas: art. 228, V, CC → não podem testemunhar (não prestam compromisso), em sede judicial ou extrajudicial, pessoas que são parentes de até 3º grau;*
- iv) *alimentos: arts. 1.696 e 1.697. A obrigação de prestar alimentos se estende aos ascendentes ilimitadamente (mas sempre ao mais próximo) e na linha colateral é apenas ao 2º grau. É obrigação recíproca (o filho pode pedir para o pai e vice-versa). Ex.: pai adolescente que não tem conta de sustentar o filho que teve: a mãe pode pedir alimentos para os avós (chamados alimentos avoengos);*
- v) *sucessão: são parentes sucessíveis até o 4º grau. Se não tiver ninguém, a herança vai para o poder público; o direito do mais próximo exclui o do mais distante.*

5. **FILIAÇÃO**

Parentesco em linha reta descendente. É de primeiro grau. Antes era a relação entre uma pessoa e a que lhe deu origem. Hoje esse conceito está ultrapassado: a paternidade não depende de originar o filho. Não depende mais da origem do filho. A partir da CF'88 há igualdade entre os filhos, antes não era assim. Não há mais "adjetivação" dos filhos (filho incestuoso; bastardo; ilegítimo; adulterino; adotado). Quando o pai morre, todos os filhos recebem o mesmo quinhão.

5.1. **Critérios para filiação**

a) **Presunção legal**

A lei presume que o pai da criança é o marido da mãe. Há presunção só no casamento, e não na união estável (alguns doutrinadores dizem que deveria ser na união também). A presunção é relativa. Art. 1.597. A presunção é para filhos nascidos pelo menos 180 dias após os casamento ou até 300 dias após o fim dele. Há também presunção de paternidade nos casos de reprodução artificial (tanto homóloga, que utiliza material genético dos pais, quanto heteróloga, quando o material genético não é apenas dos dois). A fecundação homóloga faz presumir a paternidade, mesmo com a morte do pai. Na inseminação heteróloga, se o pai consentiu com a utilização de material genético que não era dele não há possibilidade de desfazer o vínculo.

Efeito prático da presunção: qualquer dos pais pode chegar sozinho ao cartório com a certidão de casamento e registrar o filho em nome dos dois. A presunção de paternidade é de quem gerou o filho. Mas até a presunção de maternidade é relativa. Gestação de substituição (nome jurídico brasileiro para barriga de aluguel) não é proibida (mas depende de três requisitos, estabelecidos

pelo CFM: impossibilidade de gestação da mãe; parentesco entre a mãe e a gestora; não pode haver contraprestação).

b) *Biológico*

c) *Socioafetivo*

ALIMENTOS

alimentos são utilidades econômicas, não necessariamente dinheiro em espécie.

para pedir alimentos a parentes que não os pais, o alimentário deve provar que os pais não têm condições de prestarem.

CARACTERÍSTICAS DOS ALIMENTOS

Alimentos têm característica de divisibilidade → pluralidade de sujeitos e obrigação que pode ser fracionada entre eles.

Além da divisibilidade, alimentos são proporcionais → a divisão não é necessariamente igualitária. Quem paga paga proporcionalmente à renda que tem.

Na divisão, utilidades econômicas prestadas devem ser consideradas na divisão e proporção.

A regra da divisibilidade vale para alimentos pedidos dos descendentes a ascendentes. Se é um ascendente idoso que pede de seus descendentes, a dívida é solidária, e não divisível, como manda o estatuto do idoso. O descendente requerido não pode denunciar da lide os demais possíveis devedores, pois todos são solidários. Então, nem sempre alimentos são divisíveis. O devedor solidário que paga integralmente tem direito de regresso.

São incompensáveis: o alimentante não pode compensar a dívida de alimentos com despesas outras. O alimentante não pode decidir como será gasto os alimentos.

Prescritibilidade. O direito de pedir alimentos é imprescritível (se estou precisando, posso pedir a qualquer momento). Entretanto, as parcelas vencidas prescrevem em 2 anos. A prescrição não corre durante o poder parental. A execução sob pena de prisão só recai sob os últimos 3 meses. Imóvel que é bem de família pode ser penhorado por dívida alimentícia e por não pagamento de débitos trabalhistas dos empregados da casa.

Alimentos compensatórios são valores que se fixam para equilibrar o equilíbrio financeiro entre as partes. Significa que se o casal tinha grandes gastos, os alimentos são altos, para não mudar o patamar financeiro com o fim do relacionamento. É tese nova no direito brasileiro; a jurisprudência é cautelosa quanto a ela ainda.

Na falta de parentes em linha reta ou se existem, mas não têm condições, alimentos podem requeridos de irmãos (parente colateral de 2º grau). E ninguém mais. A maioria da doutrina não aceita o requerimento de alimentos em face de parentes por afinidade ou parentes colaterais acima do 2º grau; Maria Berenice discorda.

Os filhos menores gozam de presunção de necessidade (relativa). Não é preciso fazer prova da necessidade. Após os 18 anos perde-se a presunção, mas a necessidade pode ser provada por qualquer meio, justificando a prestação de alimentos.

Se os alimentos são prestados a pessoa menor, quando esta chega à maioridade, o alimentante pode requerer o fim da prestação, por meio de ação própria e ouvindo a parte contrária. Após 25 anos a Receita presume que o filho se autossustenta, e o alimentante não conseguirá deduzir os alimentos pagos, salvo se houver acordo (?).

o cônjuge que não tem condições de se sustentar pode pedir alimentos, na medida da necessidade, da possibilidade e por um prazo determinado. Se findo o prazo estabelecido, o alimentário pode pedir novamente, mas deve provar o que a impossibilita de trabalhar. Alimentos convencionados a termo incerto

da sentença que condena ao pagamento de alimentos cabe apelação em efeitos devolutivo

AÇÃO DE ALIMENTOS

é de rito especial. Privilegia-se o alimentário em detrimento do alimentante. Art. 1.694. Pressupõe-se que as parte da ação sejam parentes, cônjuges ou companheiros, tanto no polo passivo quanto ativo. Disciplina a concessão, alteração, exoneração etc de alimentos. Quem é autor pode ser réu depois (o filho pede e depois o pai pede a redução). Ação exoneratória de alimentos → pede cancelamento dos alimentos pagos. O alimentário também pode pedir revisão dos alimentos. A jurisprudência consagra o princípio do rebus sic standibus aos alimentos: a manutenção dos valores das prestações combinadas por longo prazo pode ser abalada por mudanças que ocorreram após a fixação. Quem alega deve provar. Quando há pedido de alimentos provisórios, o juízo pode pedir a relação de ganhos da pessoa ao seu empregador ou algo semelhante; marcará audiência de conciliação, instrução e julgamento e mandará citar o réu. Fixados alimentos

provisórios, o autor deve obter ofício ao empregador para descontar o benefício em folha de pagamento. Se o réu pede prova pericial ou qualquer outra coisa que atrase o curso do processo, fatalmente o feito passará a ser de rito ordinário. Os alimentos fixados na sentença retroagem à data da citação; não é vantagem para o réu atrasar o processo sem ter economias.

Alimentos provisórios x provisionais

Alimentos provisionais são uma medida cautelar nominada, típica no CPC (possibilitam o processo). Os provisórios são antecipação de tutela, tem conteúdo de mérito (antecipam o pedido de mérito). Da decisão que fixa ou nega provisórios ou provisionais cabe agravo. Se foi fixado valor abaixo do esperado, também cabe agravo. A cautelar de alimentos provisionais pode ser cumulada com a de separação de corpos.

Verifica-se a existência de provas sobre a relação entre o alimentário e alimentante; é prova pre-constituída. Prova da necessidade: se o alimentário é menor há presunção de necessidade; nos demais casos fazer outra prova que indique a dependência econômica. Na citação já há cópia da decisão que fixou os alimentos, iniciando-se o prazo para agravo. A contestação o réu contestará os valores indicados pelo autor, a necessidade etc. sendo fixados alimentos na sentença, eventual apelação será recebida apenas no efeito devolutivo. Cabe execução, por dois modos. Se o débito cobrado é sobre prestações vencidas até 3 meses antes, a execução será feita sob pena de prisão; se o débito é anterior a 3 meses, a execução correrá sob pena de penhora, sem distinção bens de família. A súmula 309, STJ e 733, CPC tratam da execução sob pena de prisão. As prestações a vencer durante o processo estão automaticamente indusas. O alimentário pode justificar o não pagamento dentro de 3 dias a partir da citação, afasta a prisão, mas não o débito.