



Serguei Aily Franco de Camargo
Vilmar Antônio da Silva
Thaísa Rodrigues Lustosa de Camargo

1ª Edição - 2020.

Guia

de Referência Rápida em

Direito de Família

Serguei Aily Franco de Camargo
Vilmar Antônio da Silva
Tháisa Rodrigues Lustosa de Camargo

Guia de Referência Rápida em **Direito de** **Família**

1ª Edição - 2020.



Guia de referência rápida em direito de família. Copyright © 2020 by Serguei Aily Franco de Camargo, Vilmar Antônio da Silva, Thaísa Rodrigues Lustosa de Camargo. Esta obra está licenciada sob a Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional CC BY.



Esta obra pode ser reproduzida, adaptada ou copiada, desde que mencionada a fonte/autoria. A violação dos direitos dos autores é crime estabelecido pelas leis penais brasileiras (Lei N. 9.610/98 e Código Penal Brasileiro). As opiniões e conceitos expressados nesta obra são de responsabilidade exclusiva dos autores, não implicando, necessariamente, na concordância do Conselho Editorial da UERR Edições.

UERR Edições

Universidade Estadual de Roraima
Rua 7 de Setembro, N. 231.
Bairro Canarinho. CEP. 69306-530.
Tel. (95) 2121-0944
CNPJ: 08.240.695/0001-90
contato@edicoes.uerr.edu.br

Conselho Editorial

Isabella Coutinho Costa
Márcia Teixeira Falcão
Mário Maciel de Lima Júnior
Rafael Parente Ferreira Dias
Rodrigo Leonardo Costa de Oliveira

Equipe Editorial

Carlos Eduardo Ferreira Rocha
Cláudio Souza da Silva Júnior
Josiane Gabriel Teixeira da Cruz

Universidade Estadual de Roraima

Regys Odlare Lima de Freitas, Reitor.
Cláudio Travassos Delicato, Vice-Reitor.
Karine de Alcântara Figueiredo, Pró-Reitora de Ensino e Graduação.
Vinícius Denardin Cardoso, Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação.
André Faria Russo, Pró-Reitor de Extensão e Cultura.
Alvim Bandeira Neto, Pró-Reitor de Planejamento e Administração.
Ana Lídia de Souza Mendes, Pró-Reitora de Orçamento e Finanças.
Glória Maria Souto Maior Costa Lima, Pró-Reitora de Gestão de Pessoas.

Projeto, capa e diagramação: Cláudio Souza Jr. <claudio@uerr.edu.br>.

Ilustrações : Designed by Freepik from Flaticon.

Revisão: Thaísa Rodrigues Lustosa de Camargo, Josiane Gabriel Teixeira da Cruz.

1ª edição

Ebook pdf (2020).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

| | |
|----------|--|
| C172g | Camargo, Serguei Aily Franco de. Guia de referência rápida em direito de família. / Serguei Aily Franco de Camargo, Vilmar Antônio da Silva e Thaísa Rodrigues Lustosa de Camargo. – Boa Vista – RR : UERR Edições, 2020. |
| | 112 p. : il. |
| | ISBN: 978-65-990458-6-8 |
| | 1. Direito Civil 2. Direito de Família I. Silva, Vilmar Antônio da II. Camargo, Thaísa Rodrigues Lustosa de |
| 2020-008 | CDD – 346.013 (21. ed.) |

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária
Sônia Raimunda de Freitas Gaspar – CRB-11/273 – RR.

2ª Edição, 2020.



Sumário

| | |
|---|-----------|
| Capítulo 1 - Família: Introdução..... | 8 |
| 1 Considerações gerais..... | 8 |
| 1.1 Conceito de Família..... | 8 |
| 1.2 Histórico..... | 11 |
| 1.3 Personalidade Jurídica e Família..... | 13 |
| Capítulo 2 - Princípios do Direito de Família..... | 14 |
| 2 Introdução..... | 14 |
| 2.1 Princípios Gerais de Direito..... | 15 |
| 2.1.1 Dignidade da pessoa humana..... | 15 |
| 2.1.2 Igualdade..... | 16 |
| 2.1.2.1 Igualdade jurídica entre cônjuges ou companheiros..... | 16 |
| 2.1.2.2 Igualdade jurídica entre os filhos..... | 18 |
| 2.1.3 Vedação ao retrocesso social..... | 19 |
| 2.2 Princípios do Direito de Família..... | 19 |
| 2.2.1 Afetividade..... | 19 |
| 2.2.2 Solidariedade familiar..... | 21 |
| 2.2.3 Proteção ao idoso..... | 22 |
| 2.2.4 Função social da família..... | 22 |
| 2.2.5 Proteção das crianças e adolescentes..... | 23 |
| 2.2.6 Convivência familiar..... | 24 |
| 2.2.7 Intervenção mínima do Estado no Direito de Família..... | 24 |
| Capítulo 3 - Considerações sobre o casamento..... | 28 |
| 3 Breve histórico e aspectos legais..... | 28 |
| Capítulo 4 - Promessa de casamento: Esponsais..... | 33 |
| 4 Considerações doutrinárias e legais..... | 33 |
| Capítulo 5 - Formas especiais de casamento..... | 39 |
| 5 Introdução..... | 39 |
| 5.1 Casamento por procuração..... | 39 |
| 5.2 Casamento nuncupativo..... | 40 |
| 5.3 Casamento em caso de moléstia grave..... | 42 |
| 5.4 Casamento celebrado fora do país, perante autoridade diplomática..... | 43 |
| 5.5 Casamento celebrado fora do país, perante autoridade estrangeira..... | 44 |

| | |
|--|------------|
| Capítulo 6 - Capacidade para o casamento: Habilitação e celebração matrimonial..... | 47 |
| 6 Introdução..... | 47 |
| 6.2 Habilitação para o casamento..... | 54 |
| Capítulo 7 - Prova e plano de existência do casamento..... | 58 |
| 7 Introdução..... | 58 |
| 7.1 Posse do estado de casados..... | 59 |
| 7.2 Posse do estado de filiação..... | 61 |
| 7.3 Plano de existência do casamento..... | 62 |
| Capítulo 8 - Casamento nulo, anulável e putativo..... | 66 |
| 8 Introdução..... | 66 |
| 8.1 Casamento anulável..... | 70 |
| 8.2 Prazo e legitimação para anulação do casamento..... | 72 |
| 8.3 Efeitos jurídicos do casamento anulável..... | 73 |
| 8.4 Casamento putativo..... | 74 |
| Capítulo 9 - Das causas suspensivas..... | 79 |
| 9 Casamento irregular..... | 79 |
| Capítulo 10 - Deveres matrimoniais: Generalidades..... | 84 |
| 10 Introdução..... | 84 |
| 10.1 Nome de casado..... | 85 |
| 10.2 Planejamento familiar..... | 85 |
| 10.3 Deveres matrimoniais típicos..... | 87 |
| Capítulo 11 - Regime de bens no Direito Civil Brasileiro..... | 92 |
| 11 Introdução..... | 92 |
| 11.1 Comunhão parcial de bens..... | 98 |
| 11.2 Comunhão universal de bens..... | 104 |
| 11.3 Separação convencional de bens..... | 107 |
| 11.4 Participação final nos aquestos..... | 108 |
| 11.4.1 Outorga uxória e outorga marital..... | 110 |
| Capítulo 12 - Bem de família..... | 114 |
| 12 Breve histórico, legislação e doutrina..... | 114 |
| Capítulo 13 - União Estável..... | 118 |
| 13 Considerações..... | 118 |

| | |
|--|------------|
| Capítulo 14 - Enunciados do IBDFAM..... | 122 |
| 14 Considerações..... | 122 |
| Capítulo 15 - Divórcio..... | 126 |
| 15 Considerações..... | 126 |
| Capítulo 16 - Guarda de Filhos..... | 132 |
| 16 Sobre a guarda de filhos..... | 132 |
| Capítulo 17 - Filiação..... | 141 |
| 17 Introdução..... | 141 |
| 17.1 Reconhecimento Judicial..... | 144 |
| 17.2 Paternidade Socioafetiva..... | 145 |
| 17.3 Paternidade Alimentar..... | 146 |
| 17.4 Direito à Ascendência Genética..... | 146 |
| 17.5 Multiparentalidade..... | 147 |
| 17.6 Parto Anônimo..... | 148 |
| Capítulo 18 - Adoção..... | 150 |
| 18 Considerações sobre adoção..... | 150 |
| Capítulo 19 - Alimentos..... | 156 |
| 19 Introdução..... | 156 |
| 19.1 Alimentos e o Código de Processo Civil de 2015..... | 161 |
| Referências..... | 163 |

Apresentação

A obra em mãos não tem a pretensão de ser uma referência doutrinária exaustiva, tampouco um manual de atualizações para concursos públicos. Este pequeno livro destina-se aos que desejam entender e exercitar a forma de pensar o direito de família.

Diferente de outros ramos do direito civil, o direito de família atual é casuístico e principiológico. Abundam decisões jurisprudenciais contrárias a lei ou mesmo aplicando diretamente princípios constitucionais ao vácuo da legislação. As famílias homoafetivas são vívido exemplo desse ativismo judiciário.

Justamente por essa razão, o direito de família não pode ser ensinado como os demais livros do Código Civil. Ele demanda sensibilidade, empatia e vontade de entender e praticar a tutela do afeto sob todas as suas formas. Mais que o conteúdo normativo, permeado por princípios constitucionais, o direito de família traduz o oposto da discriminação, pressupondo um caminhar constante e ciente da dignidade humana, efetivada pelos costumes afetivos sociais.

Assim, esperamos que este livro, fruto de alguns anos de prática profissional dos autores no Ministério Público do Estado de Roraima, na Defensoria Pública do mesmo Estado e no Parquet Amazonense, além da docência na disciplina (em faculdades públicas e privadas), traga para o leitor um ar de renovação.

Um alerta: O livro coloca alguns exercícios para reflexão. As orientações e respostas podem ser acessadas online, o que permite aos autores a constante atualização do conteúdo e a interação com os leitores.

Esperamos que a leitura agrade, e mais, que as discussões sejam frutíferas.

Os autores,

Manaus e Boa Vista, abril de 2020.

CAPÍTULO 1

Família: Introdução.



1 Considerações Gerais

O estudo do Direito é dividido em áreas, seja para uma melhor organização didático-pedagógica, seja para se estabelecerem ramos de atuação dos operadores do direito. Assim, o Direito Civil é um dos ramos dessa divisão que se faz necessária para uma melhor organização do estudo. O Direito Civil brasileiro tem no Código Civil de 2002 sua fonte principal, sendo tal Código dividido em Parte Geral e Parte Especial. Esta última, por sua vez, se subdivide em Livros, tendo como vantagem principal a divisão do próprio Código em partes específicas, ou seja, “especializações” nas quais os operadores do direito se debruçarão.

O Livro IV trata do Direito de Família, sendo subdividido em títulos, subtítulos, capítulos e seções, devido à grande extensão de assuntos tratados no Código Civil sobre esta área do Direito. Esta obra aborda especificamente o Direito de Família e procura trazer uma visão holística e atual do assunto, apresentando as interpretações dos doutrinadores, as possibilidades de aplicação da legislação e a jurisprudência atualizada sobre cada tema.

1.1 Conceito de Família

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014), o conceito de família é bastante discutido na literatura. Segundo Rodrigo da Cunha Pereira, citado pelos referidos autores, a família deixou de ser o núcleo econômico e de

reprodução para ser o espaço de afeto e do amor, a partir do momento em que surgiram novas e várias representações sociais para ela.

Para Caio Mário da Silva Pereira (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 39), a definição de família não é unicamente jurídica, pois é “uma categoria de relações sociais reconhecidas e, portanto, institucionais”.

O artigo 226 da Constituição Federal de 1988 – CF/88 situa a família como a base da sociedade. No âmbito constitucional, podem-se considerar três categorias de instituição da família: o casamento, a união estável e o núcleo monoparental (nenhuma melhor ou mais importante que a outra). Em virtude do *status* alcançado pela união estável, o Estado e a Igreja deixaram de ser necessárias instâncias legitimadoras da família. Dessa forma, se valoriza a liberdade afetiva do casal na formação do seu núcleo familiar. Mas resta uma pergunta: esse rol de famílias é exemplificativo ou taxativo?

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), o rol apresentado na CF/88 é exemplificativo, deixando abertas outras possibilidades de conformação familiar (e.g. famílias poliafetivas¹). No Brasil, a doutrina se divide quanto à possibilidade jurídica de um casamento poliafetivo, mas nada opõe em relação ao divórcio e sucessão conjugal (monogâmias em série). Essa sucessão dá origem ao que se denomina “famílias recombinadas” (*blended families* nos

1 Noticiou-se em 21/08/2012 que foi lavrada uma escritura de união estável poliafetiva entre um homem e duas mulheres na cidade de Tupã/SP, na qual a Tabeliã asseverou a ausência de proibição legal e a influência dos princípios constitucionais da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da liberdade para justificar a juridicidade de tal escritura (cf. VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. União estável poliafetiva: constitucionalidade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3395, 17out.2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22830>>. Acesso em: 19 maio 2016.). Em 24 de abril de 2018, o Conselho Nacional de

Estados Unidos).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), “[...] família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes”, conferindo efetividade ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – PDPH, e o caráter eudemonista da família moderna.

Como não poderia deixar de ser, a família se constituindo objeto do Direito de Família. Assim, para Monteiro e Silva (2012) “O entrelaçamento das múltiplas relações, estabelecidas entre os componentes da referida entidade, origina um complexo de disposições, pessoais e patrimoniais, que formam o objeto do direito de família”. Já segundo Gonçalves (2011, p. 18) o direito de família é, de todos os ramos do direito, “o mais intimamente ligado a própria vida, uma vez que, de modo geral, as pessoas provêm de um organismo familiar e a ele conservam-se vinculadas durante a sua existência, mesmo que venham a constituir nova família pelo casamento ou pela união estável”.

Entretanto, a própria ideia de família vem evoluindo, conforme observado na realidade social brasileira e segundo interpretações doutrinárias e jurisprudenciais. Nesse sentido, importante entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF deve ser levado em conta:

Justiça – CNJ retomou o julgamento do pedido de providência nº 1459-08.2016.2.00.0000, que requer a proibição das lavraturas de escrituras públicas de “uniões poliafetivas” pelas serventias extrajudiciais do Brasil. O Ministério Público posicionou-se contra a proibição, mas ainda não há uma definição sobre o assunto. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6600/CNJ+come%C3%A7a+a+debater+a+possibilidade+das+escrituras+p%C3%BAblicas+de+uni%C3%A3o+est%C3%A1vel+poliafetiva>>. Acessado aos 02 de maio de 2018.

União civil entre pessoas do mesmo sexo - alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força(sic) que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil - o art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão - a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no estado democrático de direito - a proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - o dever constitucional do Estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI)- a força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - recurso de agravo improvido. (STF - RE: 477554 MG, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 16/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-164. Divulg 25-08-2011. Public 26-08-2011 Ement Vol-02574-02).

1.2 Histórico

No Direito Romano (principal base do Código Civil de 1916 e ainda importante para o Código Civil de 2002), havia diversos tipos de família. De acordo com Moreira Alves (1986), os romanos conheciam cinco tipos: a *gens* (antepassado comum – *gentiles* – parentesco pelo nome), a família *comuniure* (*agnados* sujeitos a *potestas* de um *pater familias*), o conjunto de cognados em sentido restrito (parentesco pelo sangue), a família *proprioire* (complexo de pessoas sob a *potestas* de um *pater familias*) e a família

natural (denominação mais moderna – apenas os cônjuges e filhos, independente do marido ser *pater familias*). O Direito de Família Romano se preocupava apenas com a família *proprio iure* e a natural. Ressalte-se, entretanto, que, em todos os casos, as famílias eram organizadas sob o princípio da autoridade do pai, que exercia sobre os filhos o direito de vida e de morte, sendo a esposa tida como subordinada à autoridade do marido (GONÇALVES, 2011).

Ainda segundo Moreira Alves (1986), o concubinato em Roma era definido como a união sem o *affectio maritalis* e não tinha conotação pejorativa. O ritual do casamento simulava um rapto (consensual), reforçando a exogamia em pequenos grupos humanos. No Brasil, alguns indígenas possuem costumes para proporcionar o mesmo efeito, como por exemplo, os Tucano na Amazônia).

De acordo com Teruya (2000), os primeiros estudos sobre a família brasileira datam da década de 1930, que descreviam uma família patriarcal extensa, de origem rural. Mais tarde, já nos meados do Século XX, essa família patriarcal, quando transplantada para o meio urbano e moderno, se reduziu à família nuclear. A família patriarcal compreendia o núcleo conjugal e sua prole legítima, incorporando parentes, afilhados, agregados, concubinas e bastardos, todos sob a autoridade do patriarca, dono da terra, das riquezas, dos escravos e do poder político. Na família nuclear, observa-se a perda da importância do parentesco extenso, a independência econômica dos filhos (o que acarretou a diminuição da autoridade paterna), o aumento da participação da mulher no sistema produtivo e a natalidade planejada e reduzida. As funções da família moderna, segundo referida autora, se restringiriam à

socialização da criança e estabilização das personalidades adultas. Assim, a família nuclear perde a função produtiva, característica da patriarcal rural, e ao mesmo tempo passa a se caracterizar pelo afeto e não mais pelos antigos laços de parentesco extenso.

1.3 Personalidade Jurídica e Família

Qual a natureza jurídica da família? O que significa a família para o Direito? Há diversas correntes doutrinárias que tentam responder a essas indagações. A posição predominante atualmente, conforme Gagliano e Pamplona Filho (2014), é que a família é uma instituição regida por um estatuto de normas (Livro de Direito de Família do CC/2002), mas não possui personalidade jurídica própria.

CAPÍTULO 2

Princípios do Direito de Família.



2 Introdução

Os princípios de direito são diretrizes, alicerces de valor genérico que embasam, condicionam e orientam o ordenamento jurídico, ou seja, são o seu fundamento. Os princípios possuem conexões entre si, assim como com todas as demais normas, formando um conjunto harmônico que impede que o ordenamento seja uma série de fragmentos desconexos. De acordo com Alexy (2008, pp. 90-91):

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes[...]. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige[...] Toda norma ou é uma regra ou é um princípio.

Dessa forma, verifica-se que os princípios jurídicos desempenham papel importante, podendo auxiliar na interpretação de outras normas jurídicas, possibilitar a integração de lacunas, e servir de padrão para se verificar a validade de leis.

Atualmente, o Direito de Família deve ser interpretado sob a óptica constitucional. Sendo assim, pode-se falar em dois níveis de princípios aplicáveis à matéria: a) os princípios gerais aplicáveis ao Direito de Família (dignidade da pessoa humana; igualdade e vedação ao retrocesso) e; b) princípios do Direito de Família (afetividade, solidariedade familiar, proteção ao idoso,

função social da família, proteção às crianças e adolescentes, convivência familiar e intervenção mínima do Estado).

2.1 Princípios Gerais de Direito

2.1.1 Dignidade da pessoa humana

Maior conquista do direito brasileiro nos últimos anos, a dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. A dignidade da pessoa humana é indisponível e pode ser oposta contra o próprio indivíduo, como no caso do arremesso de anão (França – 1990/91²). Por este princípio, a dimensão existencial do indivíduo deve ser respeitada no âmbito de suas relações sociais.

Para Tepedino (1997, p. 48-49), no âmbito do direito de família, “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”.

Dessa forma, tem-se que a aplicação do princípio da

2 O caso ocorreu numa danceteria francesa, onde acontecia uma brincadeira chamada “arremesso de anões”. Os participantes competiam para arremessar os anões na maior distancia possível. Essa brincadeira rendia ao arremessador um prêmio. Aparentemente, a brincadeira não ofendia a integridade física do anão e este recebia salário para participar da atividade, se prestando voluntariamente a ela. Entretanto, o prefeito da cidade Francesa interditou o espetáculo, alegando que atentava contra a dignidade do anão. A empresa entrou com uma ação e o próprio anão, por sua vez, alegou estar amparado pela autonomia da vontade, que recebia salário condizente e que devido a sua condição de anão era discriminado em empregos normais. Argumentou ainda, que a falta do emprego é que atentaria contra sua dignidade pessoal, pois não teria como se sustentar. (cf. <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-arremesso-de-anoes-a-luz-do-direito-brasileiro,53566.html>. Acessado aos: 10/06/2016).

dignidade da pessoa humana consagra um sistema aberto de família (diversos arranjos), ou seja, o direito a dignidade a todas as entidades familiares, independente do seu tipo de constituição.

2.1.2 Igualdade

Como demonstra Maria Berenice Dias (2016, p. 50), o princípio da igualdade é conhecido pela célebre frase de Rui Barbosa: “tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade”.

O princípio da igualdade busca o tratamento isonômico e protetivo a todos os cidadãos. Na perspectiva do direito de família, ele tem dois vieses: a igualdade jurídica entre os cônjuges ou companheiros e a igualdade jurídica entre os filhos.

2.1.2.1 Igualdade jurídica entre cônjuges ou companheiros

A Constituição Federal estabelece a igualdade entre os cônjuges formalmente no art. 226, §5º, ao dispor que a família, enquanto base da sociedade, tem especial proteção do Estado, sendo os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. Dessa forma, o texto constitucional evidencia a evolução de direitos rumo à igualdade entre cônjuges ou companheiros, independente do sexo. Se outrora havia direitos de dirigir e determinar os rumos da família apenas ao marido, companheiro ou pai, com o ordenamento constitucional atual essa diferenciação não tem mais espaço.

Os arts. 3º e 7º da CF/88 também estabelecem que o

sexo não pode ser fator de discriminação. De igual modo, o Código Civil de 2002 dispõe que o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (art. 1511) e que, pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes (art. 1565).

Para Gonçalves (2010, p. 23), essa relação de igualdade é fruto de uma nova visão de mundo que superou o encapsulamento social da mulher.

A regulamentação instituída no aludido dispositivo acaba com o poder marital e com o sistema de encapsulamento da mulher, restrita a tarefas domésticas e à procriação. O patriarcalismo não mais se coaduna, efetivamente, com a época atual, em que grande parte dos avanços tecnológicos e sociais estão diretamente vinculados às funções da mulher na família e referendam a evolução moderna, confirmando verdadeira revolução no campo social.

Tal princípio também se alinha à possibilidade da família formada pela união homoafetiva, como uma família igual a qualquer outra. Recente decisão do STF sendimenta o princípio da igualdade entre conviventes numa união homoafetiva como princípio basilar no direito de família, nos seguintes termos:

Vistos. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado, assim do: “UNIÃO HOMOAFETIVA. POSSIBILIDADE JURÍDICA. Observância dos princípios da igualdade e dignidade da pessoa humana. Pela dissolução da união havida, caberá a cada convivente a meação dos bens onerosamente amealhados durante a convivência. Falecendo a companheira sem deixar ascendentes ou descendentes caberá à sobrevivente a totalidade da herança. Aplicação analógica das leis nº 8.871/94 e 9.278/96. POR MAIORIA, NEGARAM PROVIMENTO, VENCIDO O REVISOR” (fl. 379). (STF - RE: 609039 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/02/2015, Data de Publicação: DJe-028 DIVULG 10/02/2015 PUBLIC 11/02/2015). (grifos nossos).

De igual modo, o princípio da igualdade se aplica ao instituto da guarda, de forma que nenhum dos genitores tem a sua preferência, nos termos dos art. 1.583 e 1.584 do CC/2002. Ao contrário, a guarda compartilhada³ é tida como regra quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho e ambos os genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (§2º do art. 1.584 do CC/2002).

2.1.2.2 Igualdade jurídica entre os filhos

Assim como há a igualdade jurídica entre cônjuges ou companheiros, observa-se também a igualdade jurídica entre os filhos como uma garantia constitucional. O art. 227, §6º da CF/88 dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, **terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas** quaisquer designações **discriminatórias** relativas à filiação” (grifos nossos). Tal texto também se repete no art. 1596 do CC/2002.

Para Gonçalves (2010, p 23), “o dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não”.

Em julgado de 2012, o STF, com base no princípio da igualdade jurídica entre os filhos, posicionou-se favorável a concessão do benefício do salário-maternidade à mãe adotante, nos seguintes termos:

³ A Lei 13.058/2014 modificou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 do Código Civil/2002, para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação.

Instituto Nacional do Seguro Social INSS interpõe recurso extraordinário (fls. 140 a 151) contra acórdão proferido pela Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado: 'PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. MÃE ADOTANTE. PRAZO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. LEI 8.213/91, ART. 71. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 6º, 7º, XVIII, 201, II, 227, § 6º. JUROS DE MORA A CONTAR DA CITAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVOGAÇÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ART. 6º E 7º DA LEI 1.060/50. NÃO CONHECIMENTO. 1. **A mãe adotante faz jus ao salário-maternidade, porquanto a norma deve ser interpretada em observância aos princípios constitucionais que protegem a família e asseguram tratamento igualitário aos filhos. [...](STF. RE 582.219, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 13/11/2012). (grifos nossos).**

2.1.3 Vedação ao retrocesso social

Nos dizeres de Canotilho (1998), o princípio da vedação ao retrocesso social traz a ideia de que um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrados não pode ser neutralizado ou minimizado por uma lei posterior. Maria Berenice Dias (2016, p. 54) vai além, destacando que “a partir do momento em que o Estado, em sede constitucional, garante direitos sociais, a realização desses direitos não se constitui somente em uma obrigação positiva à sua satisfação. Há também uma obrigação negativa de não se abster de atuar de modo a assegurar sua realização.”

Em outras palavras, o princípio da vedação ao retrocesso social significa que as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas.

2.2 Princípios de Direito de Família

2.2.1 Afetividade

O termo afetividade pode ser compreendido, em sentido comum, como o caráter ou efeito de quem é

afetivo, ou seja, de quem demonstra afeto. Já para a psicologia, significa o “conjunto de fenômenos psíquicos que se revelam na forma de emoções e de sentimentos”, ou ainda a “capacidade do ser humano de reagir prontamente às emoções e aos sentimentos”⁴.

Para o direito, a afetividade importa em razão dos laços socioafetivos que são aplicáveis às relações de parentesco e, principalmente, à filiação, hoje desbiologizada. Sua importância é tamanha que a afetividade se tornou um princípio basilar do Direito de Família, sendo a pedra angular de todas as relações familiares, independente dos seus diferentes arranjos (ex.: uniões *homoafetivas*, *poliafetivas* e *poliamoristas*).

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou jurisprudência no sentido de reconhecer os laços socioafetivos para configurar a filiação, sem a necessidade de convergência com os laços biológicos, como no exemplo abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. OFENSA AO ART. 557 DO CPC. INEXISTÊNCIA. NEGATIVA DE PATERNIDADE. PRESUNÇÃO PATER IS EST. AUSÊNCIA DE ERRO OU COAÇÃO NO MOMENTO DO REGISTRO. **PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONFIGURADA.** ACÓRDÃO A QUO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Em relação à apontada ofensa ao art. 557 do CPC, esta Corte tem jurisprudência firmada no sentido de que "(...) é possível ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente ou prejudicado não ofendendo, assim, o princípio da colegialidade. Ademais, com a interposição do agravo regimental, fica superada a alegação de nulidade pela violação ao referido princípio, ante a devolução da matéria à apreciação pelo Órgão

4 Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=afetividade>>. Acessado em 27/08/2019.

Julgador." (AgRg no REsp 1.113.982/PB, Relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 29/8/2014).

2. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. **A simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro.** Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos dos arts. 1.601 c/c o 1.604 do Código Civil, o que foi afastado na presente hipótese.

3. **O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido juridicamente como tal, tendo sido este o caso dos autos, pois apesar de ter mantido relação superficial e esporádica com a mãe da criança, sem qualquer compromisso de fidelidade, surgindo daí fundadas dúvidas acerca do liame biológico, ainda assim registrou a criança como seu filho.** Acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula 83/STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1413483/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 13/11/2015) (grifos nossos)

A afetividade influencia ainda na guarda dos filhos menores, apesar da orientação legal de priorizar a guarda compartilhada.

2.2.2 Solidariedade familiar

Este princípio concretiza uma especial forma de responsabilidade social aplicada à relação familiar, estabelecendo deveres recíprocos entre os integrantes da família. Ele perpassa pela ideia de assistência mútua entre os membros de uma família, o que justifica inclusive o pagamento de alimentos à filhos e até a ex-cônjuges (art. 1694 do CC/2002).

Maria Berenice Dias (2005) destaca que o princípio da solidariedade familiar exime o Estado do encargo de prover uma gama de direitos que são assegurados constitucionalmente aos cidadãos. A título exemplificativo, a autora destaca que o dever de cuidados das crianças e adolescente é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, nos termos do art. 227 da CF/88.

2.2.3 Proteção ao idoso

O envelhecimento da sociedade tem colocado os idosos cada vez mais em posição de destaque no seio familiar. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE (2010), em 2010, 8,6% da população tinha 60 ou mais anos, sendo que as mulheres vivem cerca de 8 anos a mais que os homens. Desses, 62,4% eram responsáveis pelos domicílios. Espera-se que, nos próximos 20 anos, esse percentual aumente para 13% da população.

Pode-se afirmar que o princípio de proteção ao idoso decorre do princípio da solidariedade familiar, pois, o dever de assistência mútua dentro do seio familiar inclui o dever de proteção do idoso pelos demais membros da família.

A Lei 10.741/2003, conhecida como o Estatuto do idoso, estabelece o dever de prestação de alimentos aos idosos, nos moldes da lei civil, podendo o idoso optar entre os prestadores (cf. arts. 11 e 12 da referida Lei).

2.2.4 Função social da família

A principal função da família é propiciar a realização dos projetos de vida e de felicidade de seus membros, pois

a felicidade seria o objetivo maior da vida humana. Para o Direito, a proteção da família deve se dar para que ela possa atender a sua função social, enquanto lugar de realização dos anseios e das pretensões de seus integrantes. Tão forte é essa dimensão social da família, que o Juiz pode suspender o poder familiar dos pais para proteger os filhos menores e/ou seu patrimônio (arts. 1.637 e 1.638 CC/2002).

A Constituição Federal tutela a função social da família em seu art. 226, ao estabelecer que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”. Gonçalves (2008, p. 19) destaca que “as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do CC de 2002, demonstram e ressaltam a função social da família no direito brasileiro [...]”, principalmente com a igualdade entre os cônjuges e os filhos.

2.2.5 Proteção das crianças e adolescentes

Assim como o princípio da proteção ao idoso, o princípio da proteção das crianças e adolescente decorre da solidariedade familiar e do caráter mais dependente e vulnerável desses perante todas as formas de violência. Nesse sentido, o art. 227 da Constituição Federal dispõe que:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

Os deveres estabelecidos no citado texto

constitucional foram esmiuçados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990) e pelo Código Civil/2002.

Dessa forma, tem-se que a família deve propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes que convivem em seu meio, cabendo ao Estado atuar de forma substitutiva face a impossibilidade daquela.

2.2.6 Convivência familiar

O princípio da convivência familiar estabelece o direito de crianças e adolescentes permanecerem (convierem) com a sua própria família e, na impossibilidade desta, com uma família substituta. Nesse contexto, o art. 23 do ECA dispõe que a mera falta de recursos materiais não é justificativa para perda ou suspensão do poder familiar. Entendimento contrário implicaria na criminalização da pobreza.

2.2.7 Intervenção mínima do Estado no Direito de Família

O Direito de Família, enquanto ramo do Direito Privado, deve ter a intervenção mínima do Estado, cabendo as pessoas decidirem sobre suas próprias vidas, desde que observem aos ditames legais. Pode-se afirmar que o princípio da intervenção mínima do Estado decorre do princípio da legalidade, na perspectiva que determina que aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

O art. do 1513 CC/2002 dispõe que “é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na

comunhão de vida instituída pela família”. Dessa forma, considerando ainda que a vida familiar se pauta pela afetividade, não há espaço legal à intervenção do Estado no seio familiar (dirigismo Estatal). A título exemplificativo, a jurisprudência já se manifestou, dispondo sobre o planejamento familiar como um direito do cidadão que não pode sofrer interferência estatal:

Ação de reparação por danos materiais e morais - Negligência da empresa fabricante do anticoncepcional "MICROVLAR" - Responsabilidade Objetiva - Responsabilidade de terceiro - Descabimento - Gravidez, nexos e prova existentes - Sentença Mantida - Apelo adesivo conhecido em parte - Prejudicialidade do mesmo. **1. O planejamento familiar é direito de cidadania, não podendo ser imposto, no Estado Democrático de Direito, por outrem que não a própria família.** [...] (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Primeira Câmara Cível do Tribunal de Alçada/ Apelação Cível 2.0000.00.372750-0/000/ Relator: Desembargador Nepomuceno Silva/ Julgamento em 29.04.2003/ Publicado no DJe em 24.05.2003). (grifos nossos).



Atividade

Caro leitor. Ao final de cada assunto novo abordado nesta obra, será apresentada uma página de “Atividades” com exercícios para que você possa aprofundar seu estudo. As respostas dos exercícios poderão ser acessadas por meio de um QR-Code, localizado na própria página da atividade a ser realizada.

Contudo, buscando otimizar seu tempo, você também pode acessar o QR-Code abaixo, que é atalho para todas as perguntas/respostas do livro.

Boa sorte.





Atividade

Item 2.3

Responda às seguintes perguntas:

1. **Pode-se considerar a monogamia como um princípio de Direito de Família? Por quê?**
2. **Pode-se dizer que existe uma hierarquia entre os princípios mencionados no capítulo 2? Como ponderar entre a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana e o da função social da família? Explique.**

Para acessar as respostas desta atividade utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 3

Considerações sobre o casamento



3 Breve histórico e aspectos legais

Em Roma, o casamento era destinado aos homens livres. Era um ato de natureza privada que produzia efeitos jurídicos (patrimoniais, sucessórios e políticos) e era realizado na presença de testemunhas (úteis em caso de contestação).

Na Idade Média, entre os nobres, o casamento não tinha qualquer conotação afetiva. O casamento sagrado era dogma da religião doméstica. A mulher tinha que dar filhos homens ao marido (continuação do culto ao pai). O primogênito era o responsável por manter unido o patrimônio em favor da unidade religioso-familiar.

No Brasil, o casamento se manteve unicamente religioso até o advento da República em 1889. Como demonstra Maria Berenice Dias (2016), o casamento civil só surgiu em 1891, mas ainda arraigado do caráter sagrado e indissolúvel que foi absorvido pelo direito da época. O Código Civil de 1916 continuou apresentando o casamento como indissolúvel e, a única forma de constituição da família, a qual mantinha seu viés extremamente patriarcal.

A evolução do casamento na legislação pátria foi gradual e lenta, passando pela Lei do Divórcio de 1977 (Lei nº 6.515), pela Constituição Federal de 1988 e pelo novo Código Civil de 2002. Nesse processo, o conceito de família

foi alargado para além do casamento, acompanhando as profundas modificações sociais vivenciadas.

Na literatura jurídica atual, podem-se encontrar diversos posicionamentos sobre a natureza jurídica do casamento, quais sejam: i) ato-condição; ii) negócio jurídico complexo; iii) acordo de vontades e; iv) instituição (estatuto de normas). Entretanto, tais discussões restaram, aparentemente, superadas pela natureza contratualista (de direito de família) do matrimônio.

Para Diniz (2014), o casamento é “vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa ao auxílio mútuo material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família.”

Para Gagliano e Pamplona Filho (2014) “[...] o casamento é um contrato especial de Direito de Família, por meio do qual os cônjuges formam uma comunidade de afeto e existência, mediante a instituição de direitos e deveres, recíprocos em face dos filhos, permitindo assim, a realização dos seus projetos de vida.” (cf. art. 1511 do CC/2002). Dessa forma, o casamento seria um contrato especial de Direito de Família, que depende do consentimento das partes, mas possui um regramento peculiar. Nos termos do art.1.514 do CC/2002, a autoridade celebrante apenas declara o casamento, que já se consumou no momento do “sim”.

Para Barbosa (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014), “[...] o casamento, devido à liberdade conferida aos nubentes, inclusive no que concerne a sua dissolução pela separação e divórcio, possui hoje características que o

aproximam mais do negócio jurídico, do que de uma instituição.”

Há duas modalidades de casamento no Brasil: o casamento civil e o casamento religioso com efeitos civis. O casamento civil é aquele celebrado perante a autoridade oficial do Estado (juiz de direito ou juiz de paz⁵). O casamento apenas religioso é “união informal”, que pode eventualmente, caracterizar união estável.

O casamento religioso com efeitos civis está previsto entre os artigos 1.515 e 1.516 do CC/2002. É aquele realizado apenas “na igreja”, mas que atende às exigências da lei para validade, sendo registrado em livro próprio e produzindo efeitos desde sua celebração. Se houve habilitação dos cônjuges, o registro tem prazo de 90 dias para ser realizado, se não houve habilitação prévia, o registro pode se dar a qualquer tempo, depois de concluído o procedimento.

Quanto ao casamento religioso, resta uma dúvida: o casamento realizado em outras igrejas e/ou religiões, por exemplo, o casamento espírita, pode ter efeitos civis?

Deve-se perquirir o que é religião? É uma questão difícil de responder, mas há alguns elementos que a caracterizam, quais sejam o dogma, a doutrina, a liturgia e a autoridade eclesiástica. O dogma não pode professar prática ilegal. Em último caso, o judiciário decide o que é religião.

⁵ De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, a criação da justiça de paz pelos tribunais estaduais deve ocorrer até 2016. Os juízes de paz serão eleitos na mesma oportunidade e formato das eleições municipais (cf. Cartilha do Tribunal Superior Eleitoral do Amapá, disponível no site institucional).

De acordo com o IBGE (2015)⁶, em 2013, foram celebrados 1.052.477 casamentos em todo o território nacional. Destes, 1.048.777, foram contraídos entre pessoas de sexos diferentes e o restante homoafetivos (sendo 1.774 entre cônjuges do sexo masculino e; 1.926 entre cônjuges do sexo feminino). No mesmo ano, no Brasil inteiro, houve 492 processos de separação judicial encerrados em 1ª instância. Os divórcios encerrados em 1ª instância somaram 254.251.

Em 2014, segundo o IBGE (2016)⁷, foram celebrados 1.106.440 casamentos em todo o território nacional. Destes, 1.101.586, foram contraídos entre pessoas de sexos diferentes e o restante homoafetivos (sendo 2.414 entre cônjuges do sexo masculino – 1 casamento realizado na Região de Boa Vista e; 2.440 entre cônjuges do sexo feminino – 2 casamentos realizados na Região de Boa Vista). No mesmo ano, no Brasil inteiro, houve 266.976 divórcios encerrados em 1ª instância (852 na Região de Boa Vista). Os divórcios extrajudiciais no mesmo ano, totalizaram 78.849 (93 na Região de Boa Vista).

⁶ Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2013/default_xls.shtm. Acessado aos 23 de julho de 2015.

⁷ Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2014/default_xls.shtm. Acessado aos 14 de junho de 2016.



Atividade

Item 3.1

Responda às seguintes perguntas:

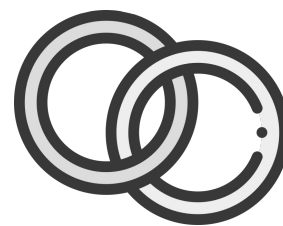
1. Caso uma religião professe a poligamia, por exemplo de um homem com várias mulheres, e considerando que a CF/88 garante a liberdade religiosa e ao mesmo tempo não restringe os tipos de família que podem se formar na sociedade, seria possível o casamento nesse modelo para adeptos dessa religião? Justifique.
2. Pode-se considerar como religioso e apto a produzir efeitos civis, o casamento realizado em um centro espírita? Explique

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 4

Promessa de casamento: Esponsais



4 Considerações doutrinárias e legais

Conforme mencionado, o Direito de Família é regido pelos princípios da dignidade da pessoa humana e afetividade (principalmente). Nesse sentido, deve-se considerar o momento, a partir do qual, as relações afetivas entre duas (ou mais) pessoas passam a interessar ao Direito de Família. Nesse caso, é importante diferenciarmos a “ficada”, o namoro e o noivado.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014), a “ficada” é uma forma de união fugaz, sumária, passageira, de cunho afetivo ou meramente sexual. Parte da doutrina e jurisprudência aceita a “ficada” como indício de presunção de paternidade, aplicando-se a Súmula 301 do STJ, que estabelece que, em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum*⁸ de paternidade. Neste caso, entretanto, para que se dê a inversão do ônus da prova faz-se necessária uma contextualização com as demais provas produzidas nos autos.

O namoro é relação mais séria que a “ficada”, não consistindo em simples relacionamento casual. Há envolvimento afetivo e não meramente sexual. Tal aspecto, no entanto, não serve para conferir-lhe roupagem jurídica

⁸ A expressão presunção “juris tantum” é usada para uma presunção relativa, ou seja, tida como verdadeira até que se prove o contrário.

familiar, dada sua tessitura instável, mais pertinente à moral que ao direito (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). Os Tribunais brasileiros construíram jurisprudência sobre indenização em casos de rompimento de namoro, considerando que são indenizáveis danos materiais e morais apenas em situação onde ocorre ato ilícito grave, independente do contexto afetivo.

Há notícias de que algumas pessoas estão registrando “contratos de namoro”. Trata-se de negócio jurídico realizado por duas pessoas que mantêm relacionamento amoroso (namoro) e pretendem, por meio da assinatura de documento a ser arquivado em cartório, afastar os efeitos da união estável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). Pergunta-se: este contrato é capaz de inibir os efeitos da união estável?

Existe também o chamado “namoro qualificado”, sobre o qual a jurisprudência ainda está em construção. Em um julgado do STJ, o Ministro Marco Aurélio Bellizze discorre sobre a questão ao decidir que convivência com expectativa de formar família no futuro não configura união estável⁹, nos seguintes termos:

[...]não houve união estável, “mas sim namoro qualificado, em que, em virtude do estreitamento do relacionamento, projetaram, para o futuro – e não para o presente –, o propósito de constituir entidade familiar”. De acordo com o ministro, a formação do núcleo familiar – em que há o “compartilhamento de vidas, com irrestrito apoio moral e material” – tem de ser concretizada, não somente planejada, para que se configure a união estável.

“Tampouco a coabitação evidencia a constituição de união estável, visto que as partes, por contingências e interesses particulares (ele, a trabalho; ela, por estudo), foram, em momentos distintos, para o exterior e, como namorados que eram, não hesitaram em residir

⁹ JUSBRASIL. Convivência com expectativa de formar família no futuro não configura união estável. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/173362891/convivencia-com-expectativa-de-formar-familia-no-futuro-nao-configura-uni;ao-estavel>>. Acessado aos 14 de junho de 2016.

conjuntamente”, afirmou o ministro no voto.

Por fim, o relator considerou que, caso os dois entendessem ter vivido em união estável naquele período anterior, teriam escolhido outro regime de casamento, que abarcasse o único imóvel de que o casal dispunha, ou mesmo convertido em casamento a alegada união estável.

O namoro qualificado representa uma relação mais estreita que o simples namoro, mas não se trata de união estável e não produz seus efeitos jurídicos peculiares. Ainda de acordo com o STJ (2016)¹⁰: “Para que um relacionamento amoroso se caracterize como união estável, não basta ser duradouro e público, ainda que o casal venha, circunstancialmente, a habitar a mesma residência; é fundamental, para essa caracterização, que haja um elemento subjetivo: a vontade ou o compromisso pessoal e mútuo de constituir família.”

O noivado (ou sponsais) acontece quando homem e mulher firmam a promessa recíproca de unirem-se por meio do casamento, formando uma comunhão familiar de vida. O rompimento do noivado, em algumas situações, pode subsidiar indenizações por danos materiais e morais. Noivado não é contrato, o que não impede a configuração de ato ilícito, quando o noivo desistente viola a legítima expectativa de casamento, impondo ao outro, prejuízo material e/ou moral (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). Há inúmeros exemplos jurisprudenciais no Tribunal de Justiça de São Paulo, como se observa nas transcrições abaixo:

10 Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%3%a7%3%a3o/Not%3%adcias/Not%3%adcias/Conviv%3%aancia-com-expectativa-de-formar-fam%3%adlia-no-futuro-n%3%a3o-configura-uni%3%a3o-est%3%a1vel?utm_source=dlvr.it&utm_medium=tumblr. Acessado aos 14 de junho de 2016.

AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAS E MORAIS. Rompimento de noivado em data próxima ao do casamento. Sentença de improcedência. Apela a autora, alegando que o rompimento unilateral de promessa de casamento enseja a indenização por danos morais; conteúdo probatório demonstra a responsabilidade do réu pelo evento; teve despesas com contratações para a preparação da cerimonia e da festa. Descabimento. Ausência de ilícito a motivar danos materiais ou morais. Desgaste e rompimento do relacionamento é risco do matrimônio. O rompimento não ofende a dignidade da pessoa e não gera ofensa ou situação vexatória. Recurso improvido.

(Relator(a): James Siano; Comarca: Serrana; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 23/02/2016) (grifos nossos)

APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – Pedido de indenização por danos morais em virtude do encaminhamento não autorizado de histórico telefônico do autor a sua noiva, o que haveria ensejado o término do relacionamento – Falha na prestação do serviço devidamente demonstrada – Violação ao direito de intimidade do requerente – Agressão a direito da personalidade que, por si só, dá ensejo a danos morais – Indenização no valor de R\$ 10.000,00 que se mostra apta a sanar de forma justa a lide – Inversão das verbas de sucumbência – Recurso provido.

(Relator(a): Hugo Crepaldi; Comarca: Diadema; Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/11/2015; Data de registro: 19/11/2015).

Nessa perspectiva, um noivado pode ser desfeito? Sim, mas tem que se evitar abusos de direito e o enriquecimento sem causa da parte adversa, em situações onde se caracteriza a quebra da boa-fé objetiva pré-contratual. As doações realizadas em vista do casamento futuro (aprestos - presentes de casamento) devem ser devolvidas, caso o noivado seja rompido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa dos ex-noivos (art. 546 do CC/2002), uma vez que a doação só se aperfeiçoa com o casamento. Se este não existir, aquela não se completa. Após o casamento, não pode o doador impugnar a doação (injustificadamente).

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), a

diferença entre noivado e união estável é que a união estável é pública, contínua e duradoura (entre duas pessoas), com o objetivo de constituição de família. Na união estável, os partícipes agem como se casados fossem, se submetendo aos deveres do casamento (art. 1724 do CC/2002), regime de bens (art. 1725 do CC/2002) e sucessão patrimonial (art. 1790 do CC/2002). Promessa de casamento não implica, necessariamente, em união estável, pois não há o animus imediato em formar família (é futuro).



Atividade Item 4.1

Responda às seguintes perguntas:

1. João e Maria se conheceram em um show sertanejo. Dançaram, beberam e foram para um motel, onde fizeram sexo. Na manhã seguinte, Maria pegou um taxi e foi para casa. Ela e João não mais se viram. Meses depois, Maria descobriu que estava grávida. Pela estimativa do médico, acreditou que o pai fosse João. Com a ajuda de alguns conhecidos, descobriu que João era militar e havia sido transferido para Belém. Os meses passaram e o filho de Maria nasceu. Como Maria estava desempregada, decidiu entrar judicialmente com ação de investigação de paternidade em desfavor de João, pedindo a concessão liminar de alimentos provisionais. O Juiz, ao receber a ação, entendeu que a relação entre João e Maria foi muito rápida e eventual, havendo grande possibilidade de que o pai fosse uma terceira pessoa, razão pela qual negou os alimentos provisionais. Ao mesmo tempo, determinou que João realizasse exame de DNA. Diante da recusa de João, o que deve o Magistrado fazer? Fundamente.

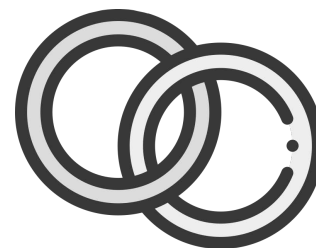
2. João e Maria eram noivos. Durante o período do noivado, João adquiriu um terreno com recursos próprios. Casaram-se. Anos depois, em sede de divórcio, Maria pede a divisão desse mesmo terreno, alegando ser um bem comum. Maria tem razão em seu pleito? Fundamente.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 5

Formas especiais de casamento



5 Introdução

Conforme mencionado, há duas modalidades básicas de casamento: civil e religioso com efeitos civis. Há, entretanto, formas especiais, a saber: i) casamento por procuração; ii) casamento nuncupativo ou em iminente risco de morte (*in articulo mortis* ou *in extremis*); iii) casamento em caso de moléstia grave; iv) casamento perante autoridade diplomática e; v) casamento celebrado no estrangeiro.

5.1 Casamento por Procuração

Alguns atos jurídicos possuem a característica da pessoalidade, não admitindo representação, como, por exemplo, do direito de voto e a adoção. O casamento escapa a essa regra. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), o casamento por procuração, na verdade, é um casamento realizado por meio de um **mandato** (a representação é voluntária – o mandatário não é um mero portador de consentimento, é um procurador). A procuração apenas delimita os poderes do procurador ou mandatário (cf. art. 1542 CC/02 –deve ser procuração pública com poderes especiais).

Podem existir dois procuradores (um para cada nubente) ou apenas um procurador, sendo o outro nubente. O procurador pode se recusar a casar por motivo justificado

ou em situação na qual o próprio nubente se recusaria ao matrimônio, por exemplo, em caso de doença grave (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A procuração pode ser revogada, desde que exista um motivo justificável. A revogação deve ser feita por instrumento público e não necessita chegar ao conhecimento do mandatário. No entanto, se o casamento for celebrado, o mandante responderá por perdas e danos, com base no princípio da boa fé objetiva. O art. 683 CC/02 ainda estabelece expressamente que *“quando o mandato contiver a cláusula de irrevogabilidade e o mandante o revogar, pagará por perdas e danos”*.

Para Maria Berenice Dias (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014), o casamento se consuma com o encontro sexual entre os cônjuges (e coabitação). Deve-se evitar o uso malicioso desse tipo de casamento (com a procuração revogada) para obter favores sexuais do outro. Para Gagliano e Pamplona Filho (2014), o casamento deveria ser considerado nulo, pois não houve manifestação válida de vontade do mandante, já que não houve representação regular por meio do mandato/procuração.

5.2 Casamento Nuncupativo

Existem dois tipos de casamento realizados em casos de urgência: o nuncupativo e o em caso de moléstia grave. O casamento nuncupativo está previsto nos arts. 1.540-1.541 do Código Civil de 2002. Essa modalidade é possível apenas em casos de urgência, decorrente do iminente risco de vida de um ou de ambos os contraentes, como em situações de catástrofes, acidentes, crimes contra a vida e outras hipóteses em que um dos nubentes esteja

agonizante e pretenda se casar antes de falecer.

Nesta forma de casamento, são dispensadas as formalidades do casamento civil, como prévio processo de habilitação e a presença de um Juiz de paz, requerendo-se apenas a presença de seis testemunhas que não possuam parentesco natural, civil e/ou por afinidade com os nubentes.

O art. 1.540 do CC/2002 assim dispõe:

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

Para Fachin (2003), o casamento nuncupativo ou *in extremis vitae momentis*, previsto no artigo 1.540 do CC/02, é aquele que se realiza quando um dos contraentes se acha em iminente perigo de vida, não havendo tempo para que sejam cumpridas as formalidades preliminares exigidas para a celebração do casamento, dispensando, inclusive, a presença do celebrante e a do oficial do registro civil.

Segundo o art. do 1541 CC/2002, celebrado o casamento, deverão as testemunhas comparecer perante a autoridade judicial mais próxima, no prazo de dez dias, para informar o casamento¹¹. Forma-se, então, o processo de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, no qual o Juiz verifica a viabilidade e a inexistência de fraude. Em caso de depoimentos contraditórios, o Juiz

11 CASAMENTO NUNCÜPATIVO - PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO - INDEFERIMENTO. Requisitos legais não preenchidos. Art 1 540 e 1 541 do CC. Urgência não constatada. Ausência de todas as testemunhas no ato. Assinaturas não coincidentes de duas testemunhas. Declarações posteriores e fora do prazo. Recurso improvido. (Relator(a): Silvio Marques Neto; Comarca: São Vicente (SP); Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/11/2008; Data de registro: 14/11/2008; Outros números: 5041554600).

deve negar o registro.

Casamento nuncupativo. Pedido de homologação. Indeferimento. Requisitos legais não preenchidos. Arts. 1.540 e 1.541 do CC. Urgência não constatada. Ausência de todas as testemunhas no ato. Assinaturas não coincidentes de duas testemunhas. Declarações posteriores fora do prazo. Recurso improvido. (TJSP, Ap. com revisão n. 504.155.4/6-00/São Vicente, 8a Cam. de Direito Privado, rel. Silvio Marques Neto, j. 05.11.2008, DJESP 14.11.2008)

Sem este registro, haverá a nulidade absoluta do matrimônio. Por outro lado, se estiver tudo em ordem, determina-se o registro do matrimônio, o qual surtirá efeitos *ex tunc* (a partir da data do casamento). O processo tramita na Vara de Família (e não na de registros públicos).

Estão dispensadas as formalidades da lei, se o enfermo convalescer e puder ratificar pessoalmente o casamento perante as autoridades competentes.

5.3 Casamento em Caso de Moléstia Grave

Neste tipo de casamento, há procedimento prévio de habilitação, mas em virtude do estado de saúde do nubente, ele não pode comparecer à cerimônia, devendo a autoridade competente ir até o enfermo para realizar o casamento, conforme disposto no art. 1539 do CC/2002.

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

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

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

Segundo Fachin (2003), o casamento nessa hipótese pressupõe o cumprimento das formalidades preliminares, com a expedição do respectivo certificado de habilitação, e exige que seja celebrado na presença de duas testemunhas que saibam ler e escrever. A urgência para a celebração, em razão da gravidade da enfermidade, será analisada pela autoridade celebrante competente, que poderá dispensar a prova técnica da gravidade diante do perceptível estado de doença do nubente.

Moléstia grave deve ser reputada aquela que inviabilize a locomoção ou remoção do paciente, sem risco de agravamento de seu quadro, e que é capaz de levá-lo a morte em tempo breve. Não significa, necessariamente, morte iminente, ou seja, aquela que pode ter lugar a qualquer instante. O que se exige é o risco efetivo de morte em virtude de doença, aliada à impossibilidade de locomoção sem riscos. Se a doença do nubente vier a se prolongar no tempo, ou se ele vier a convalescer, tal fato não invalida o casamento celebrado na circunstância descrita no artigo em tela, nem exige a ulterior prática de formalidades adicionais.

5.4 Casamento celebrado fora do país, perante autoridade diplomática

O brasileiro no exterior pode contrair matrimônio com outro brasileiro, ou mesmo estrangeiro, consoante as leis nacionais (cf. art. 18 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Dec. Lei 4657/1942¹²). De acordo com

¹² Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§1º As autoridades consulares brasileiras também poderão celebrar a separação consensual e o divórcio

o art. 1544 do CC/2002, o casamento deverá ser registrado em 180 dias a contar da volta definitiva de um ou ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou na falta deste, no 1º Ofício da Capital do Estado. O prazo é decadencial.

5.5 Casamento celebrado fora do país, perante autoridade estrangeira

É o domicílio do casal que determinará as regras de existência e validade do casamento. Toda pessoa pode deter um “estatuto pessoal”, que é a situação jurídica onde a norma de um Estado acompanha seu nacional para regular seus interesses em outro país. Por exemplo: se um casal Árabe, casado na Arábia Saudita e de acordo com a lei saudita, vem residir no Brasil, aplica-se ao matrimônio desse casal a lei estrangeira.

Por outro lado, se um dos cônjuges for brasileiro, para que o matrimônio produza efeitos no Brasil, deverá ser feito o registro do matrimônio, consoante o art. 32 da Lei de Registros Públicos. No entanto, o registro desse matrimônio só será possível se for compatível com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Resolução nº 843/54 da ONU).

APELAÇÃO. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. CASAMENTO CELEBRADO NO EXTERIOR, JÁ DEVIDAMENTE TRASLADADO. INCLUSÃO DO SOBRENOME DO MARIDO. POSSIBILIDADE. Caso de casamento de pessoa brasileira, celebrado no exterior, com pessoa estrangeira, e já trasladado ao Brasil. Hipótese em que o casamento celebrado no exterior já está apto a produzir efeitos no Brasil. Inteligência do artigo 1.544, do CCB, e do artigo 32, § 1º,

consensual de brasileiros, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, devendo constar da respectiva escritura pública as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. (Incluído pela Lei nº 12.874, de 2013)

da Lei n.º 6.015/73. Um dos efeitos do casamento é justamente conferir o direito a qualquer dos cônjuges, de acrescer ao seu nome o sobrenome do outro. Inteligência do artigo 1.565, § 1º, do CCB. Logo, estando o casamento que a apelante celebrou no exterior apto a produzir efeitos no Brasil, é viável acolher a pretensão dela, de retificar o seu registro civil, para acrescer ao nome dela o sobrenome do marido. DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70049052566, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 13/12/2012)



Atividade

Item 5.6

Responda às seguintes perguntas:

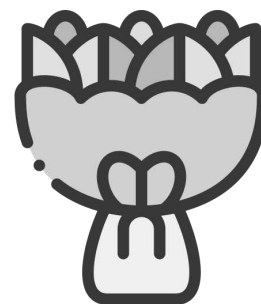
- 1. É possível manejar ação de registro e cumprimento de testamento, através da qual a autora pretende especialmente seja registrado seu casamento com o falecido, tendo em vista a prévia habilitação e o falecimento antes da celebração? Fundamente.**
- 2. Um casal de chineses, casados na China, vem para o Brasil. A mulher engravida e, sabendo tratar-se o nascituro de uma menina, o marido, segundo as tradições chinesas, obriga a mulher a abortar. Quais as implicações jurídicas de tal ato no Brasil?**

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 6

Capacidade para o casamento: Habilitação e celebração matrimonial.



6 Introdução

Capacidade Jurídica é a aptidão de ser titular de uma situação jurídica. Nos dizeres de Bernardes de Mello (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014), é a aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, em particular, para serem titulares de uma situação jurídica.

Tal conceito representa a chamada capacidade jurídica de fato (a titularidade de uma situação jurídica), que não se confunde com a capacidade jurídica de exercício, ou seja, a possibilidade de exercer pessoalmente seus direitos (capacidade jurídica de fato). Quando uma pessoa possui simultaneamente capacidade jurídica de fato e de exercício, significa que ela possui capacidade civil plena.

No ordenamento jurídico brasileiro, a capacidade civil plena se dá apenas com a maioridade civil, aos 18 anos. Entre os 16 e 18 anos, tem-se a capacidade civil relativa. Com 16 anos, tem-se a idade núbil, ou seja, é a partir de quando se permite o casamento, conforme se observa no art. 1517 do CC/2002. Ressalva-se apenas que, entre 16 e 18 anos, o nubente precisa de autorização dos genitores (ou responsáveis) ou do Juiz. A autorização parental é conjunta e, até a celebração do casamento, pode ser revogada (art. 1518 do CC/2002). Se necessária ao

matrimônio, essa autorização será transcrita na escritura do casamento. É um direito potestativo, ou seja, que não admite contestações.

A capacidade civil plena pode ser antecipada dos 18 para os 16 anos pela emancipação. Emancipação significa declaração de maioridade, podendo ser: i) voluntária (concedida pelos pais para filhos maiores de 16 anos, por meio de instrumento público, conforme o art. 5º, § único, I, CC/2002); ii) judicial¹³ e; iii) legal.

A emancipação é ato irrevogável, mas os pais respondem solidariamente pelos danos causados pelos filhos menores de 18 anos. A emancipação judicial é aquela concedida pelo juiz, ouvido o tutor (o juiz deve informar o oficial de registro em 8 dias, pois a emancipação só produz efeitos após o registro). A emancipação legal ocorre com o casamento. Havendo a dissolução do casamento, a emancipação permanece. Em casos de nulidade ou anulação do casamento, a emancipação estaria prejudicada.

O novo Código Civil havia trazido a possibilidade de antecipação da idade núbil. O art. 1.520 (**revogado em 2019**) possibilitava o casamento de quem não havia alcançado a idade núbil (16 anos), em casos excepcionais, para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez, para mulheres menores de 16

13 §2º É indispensável a assistência de advogado, devidamente constituído, que se dará mediante a subscrição de petição, juntamente com ambas as partes, ou com apenas uma delas, caso a outra constitua advogado próprio, não se fazendo necessário que a assinatura do advogado conste da escritura pública. (Incluído pela Lei nº 12.874, de 2013). 9052501-75.2000.8.26.0000 - Apelação Com Revisão/ SUPRIMENTO DE IDADE. O Estado-juiz quando convocado para suprir a idade nupcial de menor de dezesseis anos, deve guiar-se pela equidade, evitando que o rigor da norma proibitiva crie o embrião da relação concubinária, quando o casamento, mesmo precoce, apresenta-se como solução vantajosa ao interesse de todos os envolvidos, especialmente a própria menor (art. 2º do Dec. 66.605/70, 214 do Código Civil/1916 e 5º da LICC) - Provimento do recurso para deferir o pedido. Relator(a): ENIO ZULIANI; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo); Data de registro: 14/11/2000; Outros números: 1639844400.

anos. Apesar da lei não prever, a mesma disposição aplicava-se ao caso do noivo menor de 16 anos, que engravidou mulher maior de 18 (isonomia).

Quanto a hipótese de se evitar pena criminal, tem-se que, em casos de crimes de ação penal privada, há possibilidade de extinção da punibilidade pela renúncia do direito de queixa, ou pelo perdão do ofendido, a teor do art. 107, V, do CP. Nesse contexto, o casamento civil, teria o condão de extinguir a punibilidade.

Resta dúvida se a união estável também operaria os mesmos efeitos da antecipação da idade núbil, no caso de réu maior e vítima menor? Para Gagliano e Pamplona Filho (2014) e em uma perspectiva constitucional, sim. Entretanto, essa posição é controvertida. Parte da literatura¹⁴ entende que apenas o casamento civil teria o condão de extinguir a punibilidade.

Regionalmente, há exemplos de casamentos indígenas (com menores púberes), que apesar da proteção do art. 231 da CF/88, levaram à condenação criminal e ao encarceramento de diversos índios na Penitenciária Agrícola Monte Cristo em Boa Vista - Roraima¹⁵. Considerou-se que no caso de relacionamento sexual com pessoa menor de 14 anos, o estupro (de vulnerável) é presumido, nos termos da Lei nº 12.015/2009 e art. 217-A do CP).

Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerando estupro de

14 Ver LIMA JR., F.C.A. O Suprimento de Idade para Matrimônio Frente à Modificação Penal. Revista Direito e Liberdade, Mossoró, v. 3, n. 2, p. 335 – 350, set. 2006.

15 Informação pessoal de Edson Damas da Silveira, Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Roraima.

vulnerável, a prática de relações sexuais com menores de 14 anos, ainda que consentida e sem violência física, conforme se observa na transcrição abaixo:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, "a", do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuisse voluntariamente ao ato sexual (REsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo "seu grau de discernimento", como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que "nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade".

Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo "discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento", não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro - "beijos e abraços" - com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais - e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro - demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos

sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados.

No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

(REsp 1480881/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 10/09/2015)

No entanto, repise-se que essa discussão sobre as consequências da realização do casamento civil antes da idade núbil se perdeu recentemente, com a modificação do art. 1520 do CC/2002 pela Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019, que acabou com a possibilidade de antecipação da idade núbil. A nova redação do artigo agora é taxativa ao dispor que “não será permitido, em qualquer caso o casamento de quem não atingiu a idade núbil [...]”.



Atividade

Item 6.1

Responda às seguintes perguntas:

1. Maria (15 anos) e João (25 anos) decidiram se casar. Do ponto de vista legal, o que é necessário para que exista a habilitação e o posterior casamento entre João e Maria?
2. Pode ser considerado estupro de vulnerável a casamento entre dois indígenas macuxi, um homem de 25 anos e uma menina de 13, realizado consoante suas tradições, dentro de terra indígena, reconhecido pela comunidade e com consentimento dos envolvidos e de suas famílias? Justifique com base no artigo 231 da Constituição Federal e demais princípios aplicáveis.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



6.2 Habilitação para o casamento

A habilitação para o casamento é um procedimento administrativo, regido pelo CC/2002 e pela Lei de Registros Públicos, por meio do qual o oficial do registro civil afere a ocorrência dos pressupostos de existência e validade do ato matrimonial, expedindo ao fim, a habilitação necessária à concretização do enlace.

Nos termos do art. 1525 do CC/02, o requerimento de habilitação deve ser feito pelos próprios nubentes ou por procurador, apresentando-se os documentos elencados nos incisos do artigo. Dessa forma, o casamento cível não pode ser registrado, sem o devido processo de habilitação prévio, salvo as hipóteses expressamente previstas em Lei. Nesse sentido, se manifesta a jurisprudência:

REGISTRO CIVIL - Pedido do autor de registro, no ofício competente, do casamento religioso de seus avós paternos, já falecidos - Inadmissibilidade - Ato religioso que não foi precedido de processo legal de habilitação - Efeitos civis, com o necessário registro, que dependeria, destarte, da livre expressão da vontade uniforme dos nubentes, de que desejam assumir os direitos e obrigações conseqüentes - Exegese que se extrai da evolução legislativa a contar de 1934 (Lei nº 1.110/50, Lei nº 6.015/73, arts. 1.516, § 2º e 1.525 do CC vigente) - Apelo não provido.

(Relator(a): Paulo Dimas Mascaretti; Comarca: Comarca não informada; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data de registro: 05/05/2004; Outros números: 3180304500)

Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou a Resolução nº 175, que proíbe que os cartórios se recusem a proceder a habilitação e a conversão de união estável em casamento para pessoas do mesmo sexo. Tal Resolução tornou possível o casamento civil homoafetivo no Brasil.

O casamento tem por finalidade a constituição da

família e, para assegurar a sua regular formação, o Estado, por meio de normas de ordem pública, cerca a celebração do casamento de uma série de formalidades - o que o torna um ato solene e formal -, a fim de constatar a capacidade dos nubentes, apurar a inexistência de impedimentos matrimoniais e dar publicidade ao ato (PELUSO *et al.* 2010, p. 1642).

Ressalte-se que o procedimento de habilitação tem o rito estabelecido na Lei de Registros Públicos e no Código Civil, conforme a sequência abaixo:

- **REQUERIMENTO DE HABILITAÇÃO:** de acordo com o art. 1525 do CC/2002 e art. 67 da Lei de Registros Públicos, o requerimento deverá ser dirigido ao Oficial da comarca de residência de um dos nubentes. Não havendo mais a necessidade de tramitar perante o juiz de direito, o procedimento fica no cartório.
- **EDITAL DE PROCLAMAS:** É o ato administrativo que anuncia o casamento para a sociedade. Se a documentação estiver em ordem, o oficial extrai os proclamas, que deverão ser fixados por 15 dias na sede do cartório e publicados na imprensa local. Quando os nubentes residentes em diferentes comarcas, deve haver a divulgação dos proclamas nos dois lugares.
- **OPOSIÇÕES DE IMPEDIMENTOS:** momento mais oportuno é durante a habilitação (art. 1522 e 1529 CC/2002). É garantido aos nubentes o devido processo legal e o contraditório (art. 1530 CC/2002).

- **CERTIFICAÇÃO DE HABILITAÇÃO:** (arts. 1531 e 1532 CC/2002). Estando tudo em ordem, é expedida a certidão de habilitação, válida por 90 dias. O Oficial do registro deve esclarecer os nubentes previamente sobre as causas de invalidade e os regimes de bens do casamento, para se evitar futuras alegações de nulidade do casamento (medida extrema).

CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO: É ato solene, sob pena de nulidade. Deve ser presidido por juiz de direito ou de paz, ou ainda por autoridade religiosa. **Havendo falta de competência legal para o ato, o casamento é inexistente.** Nos termos do art. 1533 e seguintes do CC/2002, o casamento deve ser previamente marcado, público e ter no mínimo de duas testemunhas, ou quatro, caso um dos nubentes seja analfabeto. Não há número máximo de testemunhas, apenas o mínimo. A cerimônia deve ser realizada a portas abertas para facilitar a oposição de impedimentos, ou será nula (art. 166, V do CC/2002). Deve haver manifestação positiva dos nubentes (art. 1535 do CC/2002). **A concretização do casamento se dá no momento do sim!** Ao assinar o termo de casamento, já se deve usar o patronímico de casado. De acordo com o art. 1538 do CC/2002, ocorrendo a suspensão da cerimônia (por brincadeiras, dúvidas, etc.) o casamento não pode ser retomado no mesmo dia. Realizado o casamento, deve ser procedido o assento no livro de registro (art. 1536 do CC/2002)¹⁶.

¹⁶ O art. 1.512 do CC/2002 prevê a isenção de custas para registro e 1ª certidão de casamento para pessoas de baixa renda.



Atividade

Item 6.3

Responda às seguintes perguntas:

- a) O que fará o oficial se, decorridos 15 dias da afixação dos proclamas, ninguém se apresentar para opor impedimento à celebração do casamento?
- b) É possível dispensar a habilitação para o casamento? Explique.
- c) Como procederá o oficial do Registro civil se alguém opuser impedimentos à celebração do casamento?
- d) Como poderão proceder os nubentes após receber a notificação?

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 7

Prova e plano de existência do casamento.



7 Introdução

A existência do casamento é assunto de interesse processual em ações de divórcio e inventário. De acordo com o art. 1543 do CC/2002, o casamento é provado pela certidão, sendo que, em caso de falta ou perda dessa certidão (devidamente justificada), cabe dilação probatória e são aceitos documentos subsidiários.

O casamento é um ato solene e formal, por isso a sua prova também é formal. A comprovação do casamento pode ser objeto de processo próprio ou ser matéria incidental. Segundo Gonçalves (2010, p. 112):

É o sistema da prova pré-constituída, [...] adotado pela maioria das legislações estrangeiras e inspirado no art. 194 do Código Napoleão, verbis: “Nul ne peut réclamer le titre d’époux et les effets civils du mariage, s’il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l’état civil”.¹⁷

Se a prova do casamento for uma sentença judicial, ela deverá ser levada a registro no livro próprio e produzirá todos os efeitos civis desde a data do casamento (art. 1546 do CC/2002). A sentença de retificação do registro produz o mesmo efeito. A certidão de casamento serve ainda como prova idônea para comprovar a profissão do declarante para efeitos previdenciários, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁸.

¹⁷ “Ninguém pode reclamar o título de esposo e os efeitos civis do casamento, se não apresentar o ato da celebração, inscrito no registro civil.”

¹⁸ PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. APOSENTADORIA POR IDADE RURAL. COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL NO PERÍODO IMEDIATAMENTE ANTERIOR AO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. REGRA DE TRANSIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 143 DA LEI 8.213/1991.

- **Lembrete:** o casamento de brasileiro realizado no exterior deve ser registrado no Brasil, no prazo decadencial de 180 dias a contar do regresso (ou ingresso) definitivo ao País, nos termos do art. 1544 do CC/2002. Se não houver registro, o casamento não produzirá efeitos no Brasil, ainda que mantenha eficácia no exterior. Perdido o prazo, o casal deverá realizar processo de habilitação no País e então pedir novamente o registro. Esse prazo é de 90 dias, conforme certidão de habilitação.

7.1 Posse do estado de casados

Segundo Gonçalves (2010, p. 113), a posse do estado de casados “é a situação de duas pessoas que vivem como casadas (*more uxorio*) e assim são consideradas por todos. É, em suma, a situação de duas pessoas que vivem publicamente como marido e mulher e assim são reconhecidas pela sociedade”.

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014), em decorrência da boa-fé e segurança jurídica, admite-se prova do casamento de pessoas que, tendo convivido na posse

RECURSOESPECIAL REPETITIVO 1.354.908/SP. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O Tribunal de origem entendeu que o conjunto probatório não comprovou o exercício da atividade rural pela parte autora por ocasião do implemento do requisito etário. 2. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem acerca do que seja período imediatamente anterior ao requerimento administrativo, está em harmonia com a conclusão do recurso representativo da controvérsia, de que o segurado especial tem que estar laborando no campo, quando completar a idade mínima para se aposentar por idade rural, momento em que poderá requerer seu benefício. 3. Se, ao alcançar a faixa etária exigida no artigo 48, § 1º, da Lei 8.213/1991, o segurado especial deixar de exercer atividade rural, sem ter atendido a regra transitória da carência, não fará jus à aposentadoria por idade rural pelo descumprimento de um dos dois únicos critérios legalmente previstos para a aquisição do direito. Ressalvada a hipótese do direito adquirido em que o segurado especial preencheu ambos os requisitos de forma concomitante, mas não requereu o benefício. 4. Por fim, importante asseverar que quanto à eficácia do início de prova material para a comprovação da atividade rural, a jurisprudência do STJ admite como início de prova material, certidões de casamento e nascimento dos filhos, nas quais conste a qualificação do cônjuge da segurada como lavrador e, ainda, contrato de parceria agrícola em nome da segurada, desde que o exercício da atividade rural seja corroborada por idônea e robusta prova testemunhal. 5. Agravo interno não provido. (grifos nossos) (AgInt no AREsp 888.289/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2016, DJe 31/05/2016)

do estado de casadas e constituído prole, não possam mais manifestar vontade, por morte ou outra circunstância impeditiva. A posse do estado de casado por si só, não equivale a casamento, é uma situação de fato, de vivência, que serve como prova de casamento que tenha sido efetivamente celebrado; caso contrário configuraria uma união estável, que poderia converter-se em casamento a pedido das partes¹⁹ (*animus* de consortes, cf. art. 1545 do CC/2002).

Na posse do estado de casados, a presunção do casamento é relativa e deve ser circunstanciada por outros meios de prova. Três elementos devem concorrer: a mulher (ou homem) deve ter o sobrenome do marido (ou mulher), o casal deve se tratar como se casados fossem e, devem ser reconhecidos socialmente como casados. O art. 1547 do CC/2002 encerra o princípio *in dubio pro matrimonio*.

Importante: a posse do estado de casados não se aplica à união estável. Esta é diferente do casamento, caracterizando-se precipuamente pela informalidade. A terminologia, entretanto, é confusa²⁰ na própria jurisprudência, que equipara a “posse do estado de casadas” ao *animus* de contrair e/ou viver em família, como requisito caracterizador da união estável.

19 Disponível em: <http://directusway.blogspot.com.br/2013/06/da-prova-do-casamento-arts-1543-1547-cc.html>. Acessado aos: 06/07/2016.

20 RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL- Convivência que pressupõe vida comum - Caracterização que exige certos requisitos, bem delineados pela doutrina - Necessidade da existência da posse de estado de casado, consistente de relacionamento público, notório, duradouro, que configure um núcleo familiar - Artigo 1.723 do novo Código Civil - Exigência de vida em comum, *more uxório*, não necessariamente sob o mesmo teto, mas com sinais claros e indubitáveis de que aquele relacionamento é uma família, cercada de afeto e de uso comum do patrimônio - Inexistência de prova nos autos nesse sentido - Improcedência mantida - Recurso não provido. (Relator(a): Moreira Viegas; Comarca: Mirassol; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/04/2016; Data de registro: 13/04/2016).

7.2 Posse do estado de filiação

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), constitui-se a posse do estado de filiação quando alguém assume o papel de filho em face daquele(s) que se reveste(m) do papel de pai(s), tendo ou não entre si vínculos biológicos. É o famoso filho de criação.

Para Zeno Veloso (1997, p. 33-34) “a posse de estado é a expressão mais exuberante do parentesco psicológico, da filiação afetiva”, e emenda “Aliás, que modo mais expressivo de reconhecimento haverá do que um pai tratar o seu filho como tal, publicamente, sendo o filho assim reputado pelos que convivem com ele?”

A jurisprudência pátria reconhece o presente fenômeno jurídico, conforme decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA POST MORTEM. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA POST MORTEM. FILHA DE CRIAÇÃO. EXISTÊNCIA DE PAI E MÃE REGISTRAL/BIOLÓGICO. POSSE DO ESTADO DE FILHO. EXISTÊNCIA. NATURAL TRATAMENTO DA AUTORA COMO FILHA. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Pretende a parte apelante a modificação da r. sentença da instância a quo para que se reforme a declaração da existência de paternidade socioafetiva entre a apelada e os falecidos genitores dos apelantes, e determinação de supressão da paternidade biológica e registral, bem como a alteração do nome da apelada para contemplar o patronímico dos pretendidos pais afetivos, com o que poderia habilitar-se como herdeira dos de cujus; 2. Diz respeito a quaestio juris aqui debatida à chamada paternidade socioafetiva, conceito relativamente recente na doutrina e jurisprudência pátrias, segundo o qual, apartando-se da filiação meramente biológica ou natural, e mesmo da filiação civil, pela adoção regular, tem-se o desenvolvimento da relação parental de filiação pelos laços afetivos que se podem estabelecer entre pessoas que, entre si e socialmente, se apresentem e se comportem como pai/mãe e filho; 3. A jurisprudência, mormente na Corte

Superior de Justiça, já consagrou o entendimento quanto à plena possibilidade e validade do estabelecimento de paternidade/maternidade socioafetiva. 4. A consagração da chamada paternidade socioafetiva, na doutrina e na jurisprudência, não pode representar a transformação do afeto e do amor desinteressado em fundamento para a banalização da relação parental de filiação não-biológica, porque a efetiva existência desta, antes de tudo, há de decorrer de um ato de vontade, de uma manifesta intenção de estabelecimento da paternidade ancorada na densidade do sentimento de afeição e de amor pelo outro ente humano. 5. À semelhança do que ocorre com a adoção regular, a nosso juízo, há possibilidade de vir a ser reconhecido esse vínculo de paternidade afetiva post mortem, mas, de toda sorte, deve-se provar que, quando em vida, o pretense pai não-biológico tivesse manifestado o inequívoco desejo de assim ser reconhecido, em aplicação analógica do disposto no art. 42, § 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente; 6. “A posse do estado de filho, condição que caracteriza a filiação socioafetiva, reclama, para o seu reconhecimento, de sólida comprovação que a distinga de outras situações de mero auxílio econômico, ou mesmo psicológico. Rolf Madaleno cita o nomen, a tractatio e a fama como fatores caracterizadores da posse do estado de filho” (REsp 1189663/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 15/09/2011); 7. O que se comprovou nos autos foi o laço sentimental socioafetivo entre a apelada e os de cujus de forma declarada e pública. Segundo se extrai dos depoimentos das testemunhas, a apelada era tratada publicamente como filha de casal, e os chamava de mãe e pai. É dizer que havia, quer na relação privada, quer socialmente, a caracterização de uma verdadeira relação paterno-filial; 8. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida integralmente.

(TJ-DF - APC: 20150510068078, Relator: ROMULO DE ARAUJO MENDES, Data de Julgamento: 02/09/2015, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 11/09/2015. Pág.: 103)

7.3 Plano de existência do casamento

O casamento possui natureza de negócio jurídico complexo (natureza negocial) e, como tal, sujeita-se aos requisitos de existência, validade e eficácia. Gagliano e Pamplona Filho (2014) discorrem sobre cada um desses requisitos:

- **EXISTÊNCIA:** o casamento deve atender a certos requisitos mínimos para realmente existir. O requisito

da existência implica saber se o suporte fático que o compôs implica em sua consubstanciação. Um exemplo de casamento inexistente seria o celebrado por autoridade incompetente (Inexistência = não ser). É importante ainda destacar que qualquer pessoa pode alegar a inexistência do casamento.

- **VALIDADE:** o casamento pode existir, mas não ser válido (perfeito), ou seja, apto a produzir efeitos. Dessa forma, válido é o casamento apto a produzir efeitos jurídicos.
- **EFICÁCIA:** ainda que existente e válido, o casamento pode não produzir efeitos imediatos.

Segundo os mesmos autores, o casamento possui elementos existenciais, a saber: a) manifestação recíproca de vontade (consentimento) e; b) celebração por autoridade materialmente competente. Diniz (2014) coloca ainda um terceiro elemento - *a diversidade de sexos*.

De maneira geral, a manifestação de vontade pode ser expressa ou tácita. Há exteriorizações de vontade que, para produzirem efeitos, necessitam chegar à esfera de conhecimento da outra parte. Nesse caso, diz-se **declaração reptícia de vontade**. O emprego de meios que neutralizem a manifestação volitiva (violência, uso de drogas ou hipnose) tornam inexistente o negócio jurídico. **No casamento, a manifestação de vontade deve ser expressa e recíproca.**

Quanto ao segundo elemento existencial, permanece o requisito da autoridade competente. Apesar de não ser definido pelo CC/2002, trata-se do juiz de direito ou de paz

e/ou autoridade religiosa. Se o juiz (de paz ou de direito) celebrar o casamento fora de sua jurisdição, o casamento será anulável e não nulo (art. 1550, VI do CC/2002). No caso, aplica-se a teoria da aparência ao ato de celebração, nos termos do art. 1554 do CC/2002 (teoria do funcionário de fato, proveniente do direito administrativo - proteção à boa-fé de interessados e terceiros).

Por fim, para Diniz (2014), a diversidade de sexos ainda seria um dos elementos existenciais do casamento. Até 2013, a diversidade de sexos era efetivamente uma das condições de existência do casamento, entretanto, com a Resolução no 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, o assunto foi pacificado no sentido contrário.

Naquele período discutia-se a possibilidade do transexual cirurgiado se casar, uma vez que a falta de informação poderia conduzir a erro quanto à pessoa. Sem adentrarmos ao mérito, o STF decidiu aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana a união estável, permitindo, como forma de realização pessoal (felicidade) a união entre pessoas do mesmo sexo. O CNJ avançou e permitiu o próprio casamento civil. Contudo, para a Autora, as relações homoafetivas não constituem casamento e a Resolução do CNJ seria inconstitucional.

Ressalte-se que o sistema positivo brasileiro não proibia o casamento entre pessoas do mesmo sexo, tratava-se mais de uma tradição, formalismo. O CC/2002, de igual modo, refere-se apenas a homem e mulher, mas não proíbe o casamento homossexual.



Atividade

Item 7.4

Responda às seguintes perguntas:

1. João, casado com Maria saiu para comprar guaraná e desapareceu por 15 anos. Neste interim, foi declarado morto. Sua esposa Maria contraiu novas núpcias com José. Numa bela manhã ensolarada, João retorna ao lar com uma garrafa de tubaína(dizendo que não encontrou guaraná) e reclamando sua vida de volta: patrimônio e família. Neste caso, pergunta-se: o que acontece com o segundo casamento de Maria? Explique.
2. Qual a diferença entre o reconhecimento da posse do estado de casadas e união estável post mortem? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 8

Casamento nulo, anulável e putativo.



8 Introdução

De acordo com Diniz (2014), o sistema de nulidades do casamento contém normas próprias, diferentes, em alguns aspectos, dos princípios e critérios do regime geral das nulidades dos negócios jurídicos (consentimento, objeto lícito, sujeito capaz e forma prevista em lei, conforme os artigos 166 e 167 CC/2002). Por exemplo, o casamento nulo, mesmo sem ser putativo, produz efeitos, a saber: a) comprovação da filiação; b) matrimonialidade dos filhos com o reconhecimento da maternidade e paternidade; c) manutenção do impedimento de afinidade; d) dissuasão de casamento da mulher nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade e do vínculo conjugal pela sentença que decreta a nulidade e; e) alimentos provisionais ao cônjuge que deles precisar enquanto aguarda a decisão judicial.

Ainda de acordo com Diniz (2014), há no casamento dois tipos de nulidades, as absolutas e as relativas. A absoluta é decretada de ofício se o juiz tiver em mãos qualquer documento que evidencie a falta dos elementos essenciais (art. 177 CC/2002). Entretanto, o juiz não decide de ofício sobre a nulidade absoluta. Tal decisão depende de processo judicial ordinário²¹ com a obrigatória intervenção

21 Assim se posiciona a jurisprudência: Partilha. Ação que busca a sua anulação diante da anulação do casamento. Bem adquirido na constância de casamento nulo que, quando da separação judicial, foi atribuído integralmente à virago. Sentença que julgou improcedente o pedido por reconhecer existência de sociedade de fato e inexistente o vício de vontade. Vontade do varão que foi viciada, desde o início, diante da falsa declaração da virago quanto ao seu estado civil. Partilha que se anula. Recurso provido nesse ponto. Reintegração de posse. Ação movida em face dos ocupantes do bem imóvel em litígio. Via eleita inadequada.

do Ministério Público. A nulidade relativa é decretada no interesse privado da vítima ou de um grupo de pessoas. A absoluta é decretada no interesse da coletividade.

Existente o casamento, ou seja, celebrado por autoridade competente e com consentimento expresso e recíproco dos nubentes, cabe verificar se o mesmo é nulo (nulidade absoluta) ou anulável (nulidade relativa), nos termos dos artigos 1521 e 1550 do CC/2002. O casamento irregular encontra-se previsto no artigo 1523 do CC/2002, onde as situações descritas ensejam efeitos meramente patrimoniais, sobre o regime de bens e usufruto.

Os impedimentos matrimoniais estão elencados no artigo 1521 CC/2002, conforme se observa abaixo:

Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

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

- **Ascendentes e descendentes:** proibição comum em quase todo o mundo (e.g. Portugal e Alemanha que contém disposições legais expressas). Motivos morais e biológicos.

Extinção da ação sem resolução do mérito. Decisão mantida. Recurso improvido nesse ponto. (Relator(a): Fábio Quadros; Comarca: São Sebastião; Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/10/2013; Data de registro: 08/10/2013)

- **Parentes afins em linha reta:** parentesco adquirido pelo casamento. Não se pode casar com sogra, sogro, padrasto, madrasta, mesmo que o casamento ou união estável do pretendente esteja dissolvido.
- **Adotante/adotado:** imposição análoga a anterior. Critério moral e psicológico. Permanece mesmo após a dissolução do casamento ou da união estável, em virtude da isonomia da tutela constitucional, que não cria hierarquia entre os diferentes tipos de famílias.
- **Irmãos (colaterais):** derivam do mesmo tronco comum. O incesto é a união sexual entre parentes consanguíneos, afins ou adotivos. Não é crime, mas apresenta restrições éticas, morais e biológicas. Se resultar em filhos, estes são iguais a todos os outros (isonomia constitucional e dignidade humana). De acordo com o Dec. Lei 3.200/1941, o juiz pode autorizar o casamento entre colaterais de 3º grau (tio ou tia) em casos especiais, se houver parecer médico favorável (é o chamado casamento avuncular).
- **Adotado e filho do adotante:** são irmãos, por parentesco civil.
- **Pessoas casadas:** implicaria no crime de bigamia²², previsto no art. 235 do Código Penal. A monogamia não pode ser imposta coercitivamente

22 Exemplo de jurisprudência: RESPONSABILIDADE CIVIL – REGISTRADOR – FALHA NA REALIZAÇÃO DE PROCESSO DE HABILITAÇÃO DE CASAMENTO – UTORA QUE SE CASOU COM PESSOA JÁ CASADA NO MESMO CARTÓRIO ONDE REGISTRADO O SEGUNDO CASAMENTO – BIGAMIA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – É inegável a negligência do requerido que havia de ter, ao menos, pesquisado os próprios registros de casamento a fim de verificar se não havia impedimento ao novo casamento. Ao deixar de fazê-lo contribuiu para que a requerente se visse casada com sujeito que ostentava essa condição, daí derivando o constrangimento a que se reporta a autora, que ainda não conseguiu se desvencilhar do casamento indevidamente realizado. (Relator(a): Ronnie Herbert Barros Soares; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 20/04/2016; Data de registro: 20/04/2016).

pelo Estado, mas é um valor juridicamente tutelado. Em tese, não podem existir duas relações paralelas de afeto. Ressalte-se neste ponto a discordância de M. B. Dias (2016), que menciona que apesar da infidelidade prejudicar o convívio familiar, as famílias simultâneas mereceriam reconhecimento, quando presente a boa-fé objetiva no relacionamento entre as pessoas/familiares.

- **Cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio:** deve haver sentença penal condenatória transitada em julgado para provocar a incidência dessa norma. A sentença posterior ao casamento produz o mesmo efeito, ou seja, a nulidade do casamento, pois os cônjuges não agiram de boa-fé. O impedimento não vale para homicídio culposo.
- **Casamento entre adúlteros:** pode existir, desde que dissolvidos seus respectivos casamentos.

Todos os impedimentos elencados no artigo 1.521 do CC/2002 podem ser opostos até o momento da celebração do casamento, por qualquer pessoa capaz. Se o juiz, ou o oficial de registro, tiver conhecimento da existência de algum impedimento, será obrigado a declará-lo, por se tratar de **matéria de ordem pública** (cf. art. 1.522 CC/2002). Na mesma esteira, o artigo 1.548 CC/2002 dispõe que é nulo o casamento contraído por infringência de impedimento (artigo 1.521 CC/2002).

A nulidade absoluta pode ser arguida por qualquer interessado ou mesmo pelo Ministério Público. A ação é imprescritível e a sentença declaratória de nulidade tem

efeitos *extunc.* Não se prejudicam direitos de terceiros de boa-fé. Anulado o casamento, retorna-se ao *status quo ante* (solteiros).

8.1 Casamento anulável

Conforme mencionado acima e de acordo com Diniz (2014), o casamento anulável carrega um tipo de nulidade relativa e pode ser decretado no interesse privado da vítima ou grupo de pessoas.

Para Gonçalves (2010, p. 157), “na maioria dos casos há um consentimento defeituoso, uma manifestação volitiva imperfeita, seja por se tratar de pessoa que se casou inspirada no erro, seja por se tratar de quem, pela sua imaturidade ou defeito mental, não podia consentir desassistido de seu representante”.

As causas de anulabilidade do casamento encontram-se previstas no artigo 1.550 CC/2002, são elas:

Art. 1.550. É anulável o casamento:

- I - de quem não completou a idade mínima para casar;
- II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal;
- III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558²³;
- IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento;
- V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevivendo coabitação

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

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

- I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;
- II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;
- III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)
- IV - (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015)

entre os cônjuges;

VI - por incompetência da autoridade celebrante.

Parágrafo único. Equipara-se à revogação a invalidade do mandato judicialmente decretada.

Esmiussando o texto da lei, verifica-se a nulidade relativas nos seguintes casos: (I) o nubente de ambos os sexos que não completou a idade mínima de 16 anos para se casar (idade núbil); (II) o menor em idade núbil (entre 16 e 18 anos) não autorizado por seu representante legal (genitores ou tutores), nos termos dos art. 1517 a 1519 do CC/2002; (III) por vício de vontade em decorrência do erro essencial quanto à pessoa do cônjuge; (IV) por incapacidade momentânea ou temporária de consentir, como por embriaguez, toxicomania ou coação²⁴; (V) no casamento por procuração, quando houver a revogação da procuração²⁵; (VI) incompetência territorial ou relativa da autoridade celebrante²⁶.

O vício de vontade em decorrência do erro essencial quanto à pessoa do cônjuge ocorre quando um dos nubentes age de modo diverso de sua vontade, por ter uma falsa percepção da realidade, ou seja, uma falsa percepção da pessoa do outro, e tal descoberta torna insuportável a vida em comum²⁷. O art. 1.557 CC/2002 elenca o que é

24 O art. 1550 fala ainda do vício de consentimento decorrente de coação, o qual está previsto no art. 1558 do CC/2002. Coação significa ameaçar ou constranger alguém à prática de ato jurídico, podendo se dar de forma física ou moral.

25 Entretanto, não há previsão legal para tal efeito. Trata-se de falha do legislador, mas deve ser observada, posto que lei (art. 1550, V).

26 Se a incompetência fosse absoluta, o casamento seria inválido ou inexistente.

27 Jurisprudência: ANULAÇÃO DE CASAMENTO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. APELO DA AUTORA.

DESACOLHIMENTO DAS RAZÕES RECURSAIS. Para configuração de erro essencial quanto à pessoa do outro cônjuge, elemento necessário à decretação de anulação do casamento, devem ser observados certos requisitos (preexistência da condição prejudicial ao matrimônio, desconhecimento pelo cônjuge lesado e insuportabilidade pela vida comum). Inobservância do critério de ignorância de situação preexistente ao casamento. Autora ciente das atitudes possessivas e ciumentas do requerido, quando da contração do matrimônio. Interesse processual, na modalidade adequação, não configurado. Pertinência temática à ação de separação judicial litigiosa. Recurso desprovido. (Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: Peruíbe; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/10/2009; Data de registro: 09/11/2009; Outros números: 6431124500)

considerado como erro essencial, qual seja, aquilo que diz respeito: (I) a sua identidade pessoal (e.g. uso de documento falso ou redesignação de sexo sem o conhecimento do outro), honra e boa-fama (referem-se à moral pessoal e social da pessoa, que podem ser manchadas pelo alcoolismo, prostituição, etc.); (II) a ignorância de prática de crime anterior ao casamento²⁸; (III) defeito físico irremediável que não caracterize deficiência, ou moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (e.g. AIDS ou doenças transmissíveis geneticamente, como hemofilia, anemia falciforme, alguns tipos de câncer, etc.).

Cabe destacar que o desconhecimento de doença mental grave anterior ao casamento, como esquizofrenia e epilepsia, não se constitui em causa de anulação de casamento e sim de divórcio. Em qualquer das hipóteses, o cônjuge enganado deve provar o equívoco.

8.2 Prazo e legitimação para anulação do casamento

Destaque-se de início que tais prazos são decadenciais. Os artigos 1560, 1552 e 1559 do CC/2002, disciplinam a matéria.

Destaque-se que, conforme o artigo 1.552 CC/2002, a anulação do casamento dos menores de dezesseis anos pode ser requerida pelo próprio cônjuge menor, por seus representantes legais ou por seus ascendentes. Repise-se entretanto, que o artigo 1.520 CC/2002 foi revogado, valendo tal disposição apenas para casamentos ocorridos antes da revogação.

²⁸ A hipótese da prática de crime é subjetiva, pois depende da ofensa sentida pelo outro cônjuge.

O artigo 1.559 CC/2002 dispõe que “Somente o cônjuge que incidiu em erro, ou sofreu coação, pode demandar a anulação do casamento; mas a coabitação, havendo ciência do vício, valida o ato, ressalvadas as hipóteses dos incisos III e IV do art. 1.557.” Referido inciso IV do artigo 1557 CC/2002 foi revogado pela Lei no 13.146/2015, e mencionava a hipótese da ignorância de doença mental grave anterior ao casamento de um dos cônjuges pelo outro.

| PRAZOS | PREVISÕES |
|--|--|
| Art. 1.560. O prazo para ser intentada a ação de anulação do casamento, a contar da data da celebração, é de: | Art. 1.550. É anulável o casamento: IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; |
| I - cento e oitenta dias, no caso do inciso IV do art. 1.550; | |
| II - dois anos, se incompetente a autoridade celebrante; | |
| III - três anos, nos casos dos incisos I a IV do art. 1.557; | Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: |
| IV - quatro anos, se houver coação. | I - o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado; |
| | II - a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal; |
| | III - a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) |
| | IV - (Revogado) . (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) |
| § 1º Extingue-se, em cento e oitenta dias, o direito de anular o casamento dos menores de dezesseis anos, contado o prazo para o menor do dia em que fez essa idade; e da data do casamento, para seus representantes legais ou ascendentes. | |
| § 2º Na hipótese do inciso V do art. 1.550, o prazo para anulação do casamento é de cento e oitenta dias, a partir da data em que o mandante tiver conhecimento da celebração. | Art. 1.550. É anulável o casamento: V - realizado pelo mandatário, sem que ele ou o outro contraente soubesse da revogação do mandato, e não sobrevindo coabitação entre os cônjuges; |

8.3 Efeitos jurídicos do casamento anulável

O casamento anulável é existente e produz efeitos. O Direito de Família, entretanto, incentiva e proporciona meios legais para que o núcleo familiar se perpetue. Em virtude disso, de acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014), tem-se que:

1. **Convalescimento:** nos termos do art. 1553 CC, “o menor que não atingiu a idade núbil poderá, depois de completa-la, confirmar seu casamento, com a autorização de seus representantes legais”. Destaque-se novamente, que o artigo 1.520 CC/2002 foi revogado, valendo tal disposição apenas para situações ocorridas antes da revogação.
2. A sentença de anulação produz efeitos desde o início (eficácia extunc).
3. Quando o casamento é anulado por culpa de um dos cônjuges, este incorrerá na perda de todas as vantagens havidas do outro, tendo ainda que cumprir tudo o que foi prometido no contrato antenupcial.

8.4 Casamento putativo

Diz-se casamento putativo, quando é aparentemente válido, mas incide em causa de nulidade ou anulabilidade. Pode ser contraído de boa ou má-fé. A boa-fé é um princípio moral que ganhou contorno de natureza jurídica cogente. A boa-fé subjetiva é um estado de ânimo (ingenuidade). A boa-fé objetiva é uma regra ética de comportamento exigível juridicamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A origem do casamento putativo é canônica. Surgiu entre os séculos XI e XV para proteger a pessoa que contraiu o matrimônio de boa-fé. No Código Civil de 2002, está previsto no artigo 1.561, transcrito abaixo.

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

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

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

O casamento putativo pode ser considerado inválido, nulo ou anulável, mas não inexistente. Ele tem seus efeitos preservados em face de quem atuou segundo o princípio da confiança. A coação também pode ensejar a declaração de putatividade do casamento em favor da pessoa prejudicada.

Ressalte-se que, no bojo de processo de nulidade ou anulação do casamento, a putatividade pode ser reconhecida de ofício pelo Juiz. Este não precisa ser provocado. Entretanto, devem ser preservados os efeitos do matrimônio inválido. A sentença que reconhece o casamento putativo é declaratória (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Sinteticamente, pode-se relacionar os seguintes efeitos do casamento putativo, quando ambos os nubentes agiram de boa-fé:

- a) **alimentos:** em função da solidariedade, se necessário podem ser fixados para ambos.
- b) **direito à herança:** extinto, pois o casamento é nulo e após a sentença, retorna-se ao *status quo ante*.
- c) **massa patrimonial do casal:** impõe-se a partilha, semelhante ao divórcio e respeitando-se eventuais pactos antenupciais.
- d) **nome (em caso de alteração):** retorna-se ao nome

de solteiro(a).

e) emancipação de cônjuge menor: mantida em virtude da boa-fé.

Efeitos quando apenas um dos nubentes agiu de boa-fé^{29 30}:

a) alimentos: só para aquele que agiu de boa-fé.

b) direito à herança: extinto, mas pode ser aproveitado ao cônjuge de boa-fé.

c) massa patrimonial do casal: impõe-se a partilha, semelhante ao divórcio.

d) nome (em caso de alteração): retorna-se ao nome de solteiro(a), salvo a hipótese de o cônjuge de boa-fé precisar manter o patronímico adquirido em virtude do exercício do direito de personalidade ou

29 INVENTÁRIO. Primeiras declarações. Rejeição. Existência de bens do acervo que não foram declarados. Juízo que entendeu não se comunicarem com o falecido, tendo em vista o recebimento por herança, por parte da cônjuge. Casamento sob o regime de comunhão total de bens. Casamento declarado nulo, mas não reconhecida boa-fé de qualquer dos cônjuges ou, pelo contrário, sua má-fé. Efeitos da putatividade do casamento que só beneficiam os filhos, nos termos do artigo 1.561, § 2º, do Código Civil de 2002, com correspondência no artigo 221 do Código Civil de 1916. Meação, portanto, dos bens havidos por herança, que devem constar das primeiras declarações. Expedição de ofícios ao Bacen e à Receita Federal, ante a inexistência de declaração das contas bancárias e investimentos do falecido. VALOR DOS BENS. Diferenças apontadas entre os declarados e o constante de avaliação ofertada pelo agravante. Questão a ser dirimida em primeiro grau, posto ainda lá não enfrentada, porque afastados os bens do inventário. COMPANHEIRA DO DE CUJUS. Intimação dela para comparecer ao feito. Intervenção que depende de iniciativa dela. Falta, ademais, de prova, mesmo indiciária, de sua existência. Indeferimento. REMOÇÃO da inventariante. Pedido não acolhido. Previsão de procedimento próprio. Ausência, de todo modo, de intenção de sonegar bens por parte dela. Decisão reformada. Agravo parcialmente provido. (Relator(a): João Carlos Saletti; Comarca: Nova Odessa; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 07/04/2015; Data de registro: 08/04/2015)

30 ANULATÓRIA DE DOAÇÃO, USUFRUTO VITALÍCIO E ALIENAÇÃO DE BENS IMÓVEIS. Casamento Putativo. Nulidade declarada que não atinge terceiro de boa fé. Apelação objetivando a nulidade da doação feita aos filhos do segundo casamento (anulado por bigamia), ao fundamento de ofensa aos direitos sucessórios. Inadmissibilidade. Doação de ascendente para descendente que não implica em nulidade, mas em possível adiantamento da legítima – Fato que enseja apenas em necessidade de levar o bem à colação a fim de igualar as legítimas de todos os herdeiros necessários. Ação improcedente. Sentença incensurável. RECURSO DESPROVIDO. (Relator(a): Miguel Brandi; Comarca: Porto Ferreira; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/06/2014; Data de registro: 03/06/2014)

identificação com a prole.

e) emancipação: mantida apenas para o cônjuge que agiu de boa-fé.

Ressalte-se por fim, que é cabível a responsabilização civil (por danos morais e materiais) daquele que agiu de má-fé.



Atividade

Item 8.5

Responda à seguinte pergunta:

João era casado com Maria, mas abandonou o lar com o intuito de não mais retornar. Dois anos após o rompimento, conheceu Ana Lúcia. Namoraram e o relacionamento evoluiu para uma união estável. Ana Lúcia entretanto, sonhava com o casamento. João, que nunca se divorciou de Maria, deu entrada na habilitação, que transcorreu sem que o cartório notasse tal fato. O casamento entre João e Ana Lúcia ocorreu sem qualquer problema. Três anos depois, nasceram os gêmeos Francisco e Frangélico. Com o passar do tempo, o casal amealhou patrimônio comum considerável. Um dia, Maria descobre o segundo casamento de João e decide pedir o divórcio, pleiteando ainda a partilha de todos os bens que João adquiriu até aquela data. Pergunta-se: qual a solução para o caso?

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 9

Das causas suspensivas.



9 Casamento irregular³¹

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), causa suspensiva significa suspensão da prerrogativa de escolha do estatuto patrimonial. Não repercute sobre a validade do matrimônio, mas apenas no seu regime patrimonial, tornando obrigatória a separação de bens (artigo 1641, I do CC/2002). São hipóteses estabelecidas no interesse da prole (preexistente ou eventual) ou de relacionamentos anteriores, evitando a confusão patrimonial, ou preservando a idoneidade da manifestação de vontade de pessoas que se encontrem sob a autoridade de outras. O artigo 1523 CC/2002, transcrito abaixo, preceitua que:

Art. 1.523. Não devem casar:

I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros;

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;

III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal;

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

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

1. Casamento do viúvo: protege os interesses

³¹ Para maiores detalhes ver item 12.

patrimoniais do filho do cônjuge falecido. O inventário e a partilha devem estar concluídos. Esse procedimento vale apenas quando há patrimônio a ser partilhado.

2. Viúva, casamento nulo ou anulado: busca evitar a *confusio sanguinis*. Presunção de paternidade. Hoje existem exames precisos para evitar a confusão, mas o dispositivo ainda vale.

3. Casamento do divorciado: idem ao inciso I, deve ser feita a partilha dos bens.

4. Tutoria: medida de proteção patrimonial, pois o tutelado está sob a autoridade do tutor. Deve cessar a tutela e a aprovação das contas finais, aprovada.

O momento ideal para a arguição das causas suspensivas é durante o processo de habilitação. Deve haver contraditório. Se a causa suspensiva for afastada, vale o regime de bens pactuado entre os nubentes, caso contrário, deve ser imposta a separação legal. Se a arguição ocorrer após o casamento, se a causa for aceita, a sentença produzirá efeitos *ex tunc*, preservados os direitos de terceiros de boa-fé. Nesse sentido, observe-se o artigo 1524 CC/2002, transcrito abaixo.

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

A teor do disposto no artigo acima, percebe-se que as causas suspensivas da **celebração do casamento** podem ser arguidas por pessoas legitimadas, quais sejam, parentes (consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral). Oposta

a causa suspensiva, instala-se o contraditório. Conforme mencionado, o matrimônio poderá ser realizado normalmente se a causa suspensiva cessar, ou então, impõe-se o regime de separação legal de bens.

As causas suspensivas do casamento, conforme o art. 1523 do CC/2002, quando constatadas antes ou após o casamento, não desfazem o matrimônio, pois não ensejam nulidade ou anulabilidade. Implicam apenas na adoção das sanções previstas em lei, por exemplo, a mudança do regime de bens vigente para o da separação legal de bens (entre o casal). De acordo com Diniz (2014), essas causas suspensivas são estabelecidas em favor dos filhos do leito anterior, a fim de evitar a confusão patrimonial e sanguínea, na hipótese de segundas núpcias; ou mesmo no interesse do nubente, presumivelmente influenciado pelo outro³².

Gonçalves (2010, p. 179) se manifesta no mesmo sentido, afirmando que “O casamento contraído com inobservância das causas suspensivas (CC, art. 1.523,1 a IV) não é nulo nem anulável, acarretando ao infrator apenas uma sanção: o casamento será considerado realizado no regime da separação de bens (CC, art. 1.641,1)”. O autor acrescenta ainda que “a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal [estabelece que] ‘No regime de separação legal de

32 CESSÃO DE DIREITOS DE BEM IMÓVEL ENTRE CÔNJUGES DURANTE A VIGÊNCIA DO MATRIMÔNIO, POR VALOR SIMBÓLICO, COM RESERVA DE USUFRUTO VITALÍCIO AO CÔNJUGE DOADOR. CÔNJUGES CASADOS SOB REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. CÔNJUGE VARÃO PEDE RESCISÃO DO CONTRATO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA, DECLARADA, DE OFÍCIO, NULIDADE ABSOLUTA DO NEGÓCIO JURÍDICO, UMA DOAÇÃO SIMULADA VEDADA PELA LEI. INCONFORMISMO DA RÉ. PROVIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Partes, cônjuges, celebraram doação simulada de direitos de aquisição de bem imóvel, oriundos de compromisso de compra e venda. O artigo 1.641, inciso I, do Código Civil de 2002, que estabelece o regime de separação obrigatória de bens para o casamento em tela [“desobediência a impedimento proibitivo”], não tem o condão de proibir que doações possam ser realizadas inter vivos entre os cônjuges casados sob esse regime. Inconformismo do autor, ao objetivar a rescisão/anulação da doação, se vincula a supostas condutas desonrosas praticadas pela ré e, inócurrentes estas últimas, resta julgar improcedente tanto revogação como anulação de doação. 2. Recurso da ré provido. (Relator(a): Piva Rodrigues; Comarca: Praia Grande; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/06/2016; Data de registro: 28/06/2016)

bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento'. Consagra tal súmula, portanto, a comunicação dos aquestos”.

Assim, existente o casamento, ou seja celebrado por autoridade competente e com consentimento expresso e recíproco dos nubentes, cabe verificar se o mesmo é nulo ou anulável, nos termos dos artigos 1521 e 1550 do CC/2002, vez que o casamento irregular, conforme visto, encontra-se previsto no artigo 1523 do CC/2002, ensejando principalmente sanções de ordem patrimonial aos nubentes.



Atividade

Item 9.1

Responda às seguintes perguntas:

- a. Um casal vivia em regime de união estável. Decidiram se casar, mas ao entrarem com o pedido de habilitação, foram instruídos a realizarem o matrimônio no regime de separação legal de bens, pois o nubente varão era viúvo e pai e ainda não havia feito o inventário de sua falecida esposa. Após o casamento, ainda com o inventário pendente, o casal pleiteou judicialmente a alteração do regime de separação legal de bens para o de comunhão parcial de bens, alegando que tal medida seria justa, pois o casal já vivia em união estável antes do casamento. Pergunta-se: qual a solução para o caso?
- b. Oposta uma causa suspensiva durante o procedimento de habilitação dos nubentes, o que acontece? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 10

Deveres matrimoniais: Generalidades.



10 Introdução

No Direito Romano, todos (inclusive a esposa) se submetiam à autoridade do *pater*. Ele tinha o direito de vida e morte sobre a esposa, podendo também castigá-la e repudiá-la quando assim desejasse. Essa verticalização (hierarquia) dos direitos e deveres conjugais, historicamente, foi cedendo espaço para uma horizontalização. A mulher não é mais subordinada, mas colaboradora e corresponsável pela condução da vida matrimonial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A isonomia entre os cônjuges está prevista no art. 226, §5º da CF/88. Na sociedade conjugal, os direitos e deveres são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (cf. artigo 1565 do CC/2002). Homem e mulher (mutuamente) assumem a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Marido e mulher são colaboradores, em auxílio mútuo, não há mais desigualdade ou “chefia” da família, como no regime do CC/1916, conforme se observa no artigo 1567 do CC/2002, que dispõe que “A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.” No mesmo sentido, o artigo 1570 do CC/2002 menciona que se um dos cônjuges estiver impossibilitado de administrar a sociedade conjugal, caberá ao outro o exercício.

10.1 Nome de casado

Segundo o §1º do artigo 1565 do CC/2002, qualquer dos nubentes poderá acrescentar o patronímico do outro. Essa regra não é imperativa. Os nubentes podem permanecer com seus nomes de solteiro(s). A própria CF/88 já abria essa possibilidade, em virtude da isonomia. A pessoa que desejar, pode mudar o nome mesmo após o casamento (ação de retificação de registro).

De acordo com Washinton de Barros Monteiro (2012), com o Código Civil de 2002, “Qualquer dos nubentes, querendo, poderá acrescentar ao seu o sobrenome do outro” (art. 1.565, § 1º). Desse modo, tanto a mulher quanto o homem podem, no casamento, adotar o sobrenome conjugal, em acatamento ao princípio da absoluta igualdade”.

Nesse contexto, parte da doutrina (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014) recomenda que as alterações de nome de família não impliquem em completa discrepância na identificação de parentes próximos.

O cônjuge casado anteriormente pode permanecer com o nome do outro (art. 1578 do CC/2002). Nesse caso, poderia transmitir esse nome a um segundo cônjuge, se viesse a se casar novamente.

10.2 Planejamento familiar

O Planejamento familiar é um conjunto de ações que auxiliam homens e mulheres a planejar a chegada dos filhos e também a prevenir gravidez indesejada. Segundo o art. 1565, § 2º do CC/2002, o planejamento familiar é de livre

decisão do casal. O Estado não interfere na decisão da família (princípio da intervenção mínima do Direito de Família). Para mais detalhes sobre o planejamento familiar, ver artigos 3º e 4º da Lei 9263/1996, que regula o §7º do artigo 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, transcritos abaixo.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

II - o atendimento pré-natal;

III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;

IV - o controle das doenças sexualmente transmissíveis;

V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis. (Redação dada pela Lei nº 13.045, de 2014)

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Parágrafo único - O Sistema Único de Saúde promoverá o treinamento de recursos humanos, com ênfase na capacitação do pessoal técnico, visando a promoção de ações de atendimento à saúde reprodutiva.

Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 37) discorre sobre a previsão constitucional do planejamento familiar, *in verbis*:

A nova Carta abriu ainda outros horizontes ao instituto jurídico da família, dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família (art. 226, §§7e 8). No tocante ao planejamento familiar, o constituinte enfrentou o problema da limitação da natalidade, fundando-se nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, proclamando competir ao

Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Não desconsiderando o crescimento populacional desordenado, entendeu, todavia, que cabe ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir, “vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou particulares” (art. 226, § 7).

10.3 Deveres matrimoniais típicos

O casamento traz aos cônjuges direitos e deveres. Ao contrário do antigo Código Civil, onde o homem era considerado o chefe do casal, o atual Código estabelece direitos e deveres recíprocos, ou seja, devem ser exercidos em igualdade de condições por ambos os cônjuges. Esclareça-se que o artigo 1566 do CC/2002 traz um rol exemplificativo e sem qualquer ordem hierárquica entre os deveres:

1) Fidelidade recíproca: Fidelidade é diferente de lealdade. Lealdade é profundo, ético, moral. Busca-se a verdade intersubjetiva entre o casal. Fidelidade é física ou sexual (no art. 1724 do CC/2002 da união estável, o legislador utiliza a expressão lealdade ao invés de fidelidade, como se fossem sinônimos, mas a terminologia deveria ser padronizada). A fidelidade é recíproca e não é requisito para o divórcio, podendo ensejar efeitos jurídicos, como a reponsabilização por danos morais, por exemplo. Para Gonçalves (2010), o dever de fidelidade recíproca é uma decorrência do caráter monogâmico do casamento. A infração a esse dever, imposto a ambos os cônjuges, configura o adultério, causa para a separação judicial litigiosa³³,

33 Apesar da EC 66/2010, ainda é dúbia a vigência do instituto da separação judicial no Brasil. Há inúmeros posicionamentos. O Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, por exemplo, entende que referida EC revogou a separação judicial, existindo atualmente apenas o divórcio direto como direito potestativo. Há quem entenda que a Emenda necessite de regulamentação, não possuindo eficácia plena, mantendo-

indicando a falência da moral familiar, além de agravar a honra do outro cônjuge.

1.1) Ressalte-se de início que o adultério deixou de ser crime em 2005, restando previsto apenas como ilícito civil. O adultério típico é a *introductiopenisintravas*. Considera-se, entretanto, uma tipologia mais ampla para o adultério, podendo ser: i) quase adultério (carícias, afagos, etc., sem conjunção carnal); ii) adultério casto ou de seringa (inseminação artificial heteróloga sem o consentimento do cônjuge); iii) adultério precoce (quando um cônjuge abandona o outro logo após o casamento por uma terceira pessoa); iv) adultério virtual (praticado por meio de redes sociais, e-mail, etc., **não há contato físico entre os amantes**, é o mais comum, numericamente falando).

2) Vida em comum: a convivência sob o mesmo teto é relativa, o casal pode viver em casas separadas (por motivos de trabalho, por exemplo). O que caracteriza o casamento é a comunhão de vida. Gonçalves (2010, p. 191) segue a mesma linha, mencionando que: “A vida em comum, no domicílio conjugal, ou dever de coabitação, obriga os cônjuges a viver sob o mesmo teto e a ter uma comunhão de vidas. Essa obrigação não deve ser encarada como absoluta, pois uma impossibilidade física ou mesmo moral pode justificar o seu não cumprimento.” O abandono do lar depende

se, portanto, inalteradas as disposições do Código Civil sobre o assunto. Há por fim, quem entenda que a EC apenas extinguiu o prazo que existia entre a separação judicial e o divórcio, podendo a parte livremente optar por ambos os institutos e converter a separação em divórcio imediatamente após o trânsito em julgado da sentença, não havendo a necessidade de aguardar a “quarentena” prevista.

do *animus*. (cf. jurisprudência tribunais superiores³⁴). Caso um cônjuge seja violento pode existir medida cautelar de separação de corpos, para que o mesmo deixe o lar. No sistema do CC/1916, os cônjuges deviam viver sob o mesmo teto para procriar e para a mulher poder satisfazer sexualmente o marido. Era o chamado “débito conjugal”. E atualmente, como ficaria o débito conjugal diante do novo sistema civil-constitucional? Para Diniz (2014), a coabitação implica em convívio sexual. Para Dias (*apud* GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014), não, pois há situações em que o casal pode se abster do sexo. Fora isso, a prática sexual é uma consequência fundamental, um dever jurídico do casamento. A abstenção sexual injustificada pode ensejar o divórcio ou até mesmo a anulação do casamento³⁵.

3) Mútua assistência: não é apenas material, é espiritual e moral. Suporte emocional para o companheiro(a) para que cresça como indivíduo em toda a sua potencialidade. Material significa prestações de fazer e alimentar (princípio da solidariedade). Moral significa espiritual, psicológica (dever de respeito). Segundo o artigo 1568 do CC/2002, ambos os cônjuges concorrem para o sustento da família e educação dos filhos, em qualquer regime

34 AÇÃO DE DIVÓRCIO CUMULADA COM DE ALIMENTOS E DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Discussão da culpa que não acarreta consequências jurídicas para o fim da sociedade conjugal. Emenda Constitucional 66/2010. Abandono do lar e fim do vínculo conjugal, ademais, que não ensejam, por si só, indenização por danos morais. Pedido de arbitramento de alimentos em favor da autora. Ex-esposa que é pessoa capaz, saudável e que se qualificou como industrial. Dependência econômica que não restou comprovada. Fixação de obrigação alimentar que se mostra inadequada na hipótese. Recurso desprovido. (Relator(a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Comarca: Panorama (SP); Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/10/2015; Data de registro: 23/10/2015).

35 CASAMENTO. ANULAÇÃO. DEFEITO FÍSICO IRREMEDIÁVEL. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. M.V. (Relator(a): Alexandre Lazzarini; Comarca: Mirassol (SP); Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 12/05/2015; Data de registro: 18/05/2015)

patrimonial. Segundo Gonçalves (2010, p. 193), “o dever de mútua assistência obriga os cônjuges a se auxiliarem reciprocamente, em todos os níveis. Assim, inclui a recíproca prestação de socorro material, como também a assistência moral e espiritual”.

4) Sustento, guarda e educação dos filhos: os deveres para com os filhos existem em função da filiação e não do casamento. O dispositivo está no lugar errado. Isso decorre do poder familiar. (cf. arts. 244, 245 e 246 do Código Penal e arts. 19 a 24 e 155 a 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente; art. 226 da Constituição Federal de 1988; arts. 1.568, 1.583 a 1.590, 1.630 a 1.638, 1.634, I e II, 1.635, V, 1.694 a 1.710 do Código Civil).

5) Respeito e consideração mútuos: conteúdo vago, mas a ideia é que independente do amor, o respeito sempre deve existir. (cf. Código Civil, art. 1.573, III e 1.724).



Atividade

Item 10.4

Responda à seguinte pergunta:

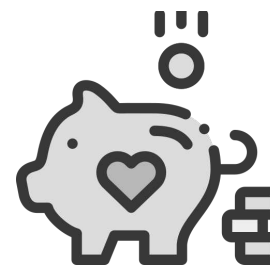
Considerando que atualmente é possível o registro de uniões estáveis entre três pessoas, pergunta-se: no casamento, os deveres conjugais são passíveis de pactuação pré-nupcial?

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 11

Regime de bens no Direito Civil Brasileiro.



11 Introdução

O regime de bens do casamento é o conjunto de normas que disciplina a relação jurídico-patrimonial entre os cônjuges, ou seja, é o estatuto patrimonial do casamento. Conforme Diniz (2014), é o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. O direito brasileiro prevê quatro tipos básicos de regimes de bens. São eles: i) comunhão parcial de bens; ii) comunhão universal de bens; iii) separação de bens (que pode ser convencional ou obrigatória) e; iv) participação final nos aquestos.

Segundo Diniz (2014), há quatro princípios fundamentais do regime de bens entre marido e mulher, são eles: i) variedade do regime de bens, pois a norma estabelece quatro tipos diferentes de regimes, conforme relacionado acima; ii) liberdade dos pactos antenupciais, que decorre do primeiro, pois o casal é livre para escolher o regime que lhe aprouver, formando até mesmo um regime misto; iii) mutabilidade justificada do regime adotado, conforme o artigo 1639 CC/2002 e; iv) da imediata vigência do regime de bens, na data da celebração do casamento.

Gagliano e Pamplona Filho (2014) listam apenas três princípios orientadores, excluindo a vigência imediata, apontada por Diniz (2014) como sendo um quarto princípio. Nesse sentido, os três mais importantes seriam:

i) a liberdade de escolha; ii) a variabilidade e; iii) a mutabilidade.

A escolha do regime de bens opera-se por meio do pacto antenupcial (negócio jurídico especial e solene). O pacto é condicionado ao casamento³⁶, fundamentando-se no princípio da autonomia privada³⁷. Exige a observância de forma prevista em lei. Pode existir um estatuto patrimonial híbrido. **O regime de bens interfere no divórcio e nos direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente.**

Segundo Gonçalves (2011, p. 461-462), a escolha do regime de bens é feita no pacto antenupcial. Se este não foi feito, ou for nulo ou ineficaz, “vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial” (CC, art. 1.640, caput), por isso chamado também de regime legal ou

36 APELAÇÃO CÍVEL – Divórcio – Partilha – Pacto Antenupcial - Eficácia. 01- Decadência - Preliminar de mérito. 02- Impugnação ao valor da causa - Deferido o pagamento das custas para o final, em execução, deverá o incidente ser analisado nessa fase, como forma de evitar a supressão de um grau de jurisdição. 03- A lei exige o casamento como condição suspensiva da eficácia do pacto, que só produz efeitos a partir da realização do matrimônio – Trata-se de negócio jurídico acessório ao casamento e dele depende para surtir efeitos - Não há previsão legal de prazos, máximo ou mínimo, entre a assinatura do pacto e a celebração do casamento, capaz de implicar na declaração de sua caducidade (Inteligência dos artigos 256, parágrafo único, incisos I e II do CC/1916 c/c 1.653 do CC/2002) - Por sua própria natureza não se confunde com o prazo de 90 dias previsto especificamente para a eficácia do certificado de habitação para o casamento, que tem o condão de gerar tão-somente presunção de inexistência contra os nubentes de causa suspensiva ou de impedimento para o matrimônio – Eficácia do pacto antenupcial reconhecida – Hígido o pacto não há que se falar em início do prazo decadencial - Inviabilidade da partilha de bens em razão da adoção do regime da separação total - Honorários advocatícios arbitrados por equidade em R\$ 1.500,00, na forma do art. 20, § 4º do CPC. Decisão mantida. Recurso Improvido, com determinação. (Relator(a): EgidioGiacoaia; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 26/05/2015; Data de registro: 27/05/2015).

37 APELAÇÃO – Ação de Reconhecimento de União Estável – Alegações de Casamento Religioso, relacionamento anterior pelo período de 4 anos, Pacto Antenupcial não levado a registro, e separação depois de 6 meses - Sentença de improcedência – Inconformismo da autora, que alega a validade do pacto antenupcial, embora o casamento religioso realizado não tenha sido registrado em cartório, que presentes todos os requisitos da união estável e a existência de relacionamento público, com o intuito de constituir família – Descabimento - Não restaram cumpridos os requisitos legais necessários para a produção de efeitos civis do casamento religioso celebrado, posto que não houve a habilitação, tampouco o registro no Cartório de Registro Civil, nos termos do artigo 1.516, do CC – Reconhecida a união estável pelo período de 6 meses, regrada pelo regime da comunhão parcial de bens, "ex vi" do artigo 1.725, do CC – O pacto antenupcial não pode ser considerado para reger a união estável, pois tem sua validade condicionada à realização de casamento civil – Recurso provido em parte, para reconhecer a união estável entre as partes no período de 28 de maio de 2012 até meados de fevereiro de 2013. (Relator(a): José Aparício Coelho Prado Neto; Comarca: Birigüi; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/02/2016; Data de registro: 01/03/2016).

supletivo, tendo em vista que a lei supre o silêncio das partes.

O pacto antenupcial encontra-se previsto nos artigos 1653 ao 1657³⁸, todos do Código Civil de 2002. Conforme mencionado acima, trata-se de negócio solene e formal, portanto depende escritura pública, sendo a celebração do casamento condição suspensiva para eficácia e vigência do pacto. Não há norma estabelecendo prazo de caducidade do pacto, considerando-se o prazo entre a celebração do acordo e a realização do matrimônio.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (2014), o requisito civilista formal de pactuação tem de ser observado estritamente. Revestido desta forma instrumental (instrumento público), o regime de bens a ele se subordina (normas do pacto), podendo ser a separação absoluta, a comunhão universal ou a participação final nos aquestos. Será ineficaz o pacto realizado pelos nubentes incursos nas hipóteses de regime de separação obrigatória de bens, previstas no art. 1.641.

Como negócio jurídico, depende da capacidade das partes e, portanto, se firmado por menor, condiciona-se à aprovação de seu representante legal, salvo os casos em que se impõe o regime de separação legal de bens (por exemplo, na antecipação da idade núbil). O conteúdo do pacto é livre, encontrando obstáculo apenas na lei, ou seja, é nula cláusula contrária à lei, no mais, rege-se pelo

36 Art. 1.653. É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento. Art. 1.654. A eficácia do pacto antenupcial, realizado por menor, fica condicionada à aprovação de seu representante legal, salvo as hipóteses de regime obrigatório de separação de bens. Art. 1.655. É nula a convenção ou cláusula dela que contravenha disposição absoluta de lei. Art. 1.656. No pacto antenupcial, que adotar o regime de participação final nos aquestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares. Art. 1.657. As convenções antenupciais não terão efeito perante terceiros senão depois de registradas, em livro especial, pelo oficial do Registro de Imóveis do domicílio dos cônjuges.

princípio da autonomia privada.

Se o pacto for firmado sobre o regime de participação final nos aquestos, pode ser convencionalizada a livre administração dos bens imóveis particulares e pessoais. Dispensa-se neste caso a outorga uxória ou marital para disposição desses bens. Essa dispensa só ocorre neste caso e no regime da separação convencional (ou absoluta) de bens.

Por fim, o pacto deve ser levado a registro (no cartório de registro de imóveis) para que produza efeitos contra terceiros.

Ressalte-se que no direito pátrio os nubentes não são obrigados a escolher um regime de bens. Neste caso, a lei escolhe, impondo o que se denomina regime legal supletivo. O regime legal supletivo é aquele previsto em lei, caso os nubentes silenciem a respeito e não firmem pacto antenupcial. Até o advento da Lei do Divórcio (Lei 6515/1977), o regime supletivo era o da comunhão universal de bens. A partir de então, adotou-se o regime da comunhão parcial de bens, mantido pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 1640, transcrito abaixo.

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

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

O regime legal obrigatório de separação de bens vale apenas para o casamento e não para a união estável. Isto acontece quando a lei impõe o regime de separação de

bens para proteger os filhos do leito anterior em caso de segundas núpcias, para evitar a confusão de sangue (colocando em dúvida a paternidade presumida em lei) ou para proteger o nubente em caso de hipossuficiência ou incapacidade civil plena. Nesse sentido, observe-se o artigo 1641 do CC/2002 e a Súmula nº 377 do STF, que visa precipuamente evitar o enriquecimento ilícito de um dos consortes em caso de eventual divórcio, ambos transcritos na sequência.

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

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

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

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

Súmula 377 STF: No regime de separação legal, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

O casal pode mudar o regime de bens do casamento³⁹, conforme o artigo 1639 do CC/2002.

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

§1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

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

Observe que: i) a alteração deve ser judicial; ii) é um procedimento de jurisdição voluntária; iii) o pedido deverá

39 CASAMENTO. REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA. MODIFICAÇÃO PARA COMUNHÃO UNIVERSAL. 1- Pretensão de modificação do regime de bens do casamento de "separação obrigatória" para "comunhão universal" deferida pelo juízo de primeiro grau. Cabimento. 2- A separação obrigatória de bens imposta no casamento se deveu a idade da então nubente (16 anos). O pedido é formulado depois de 47 anos de casamento, quando o cônjuge varão já tem mais de 70 anos de idade. Possibilidade, pois a causa que justifica o regime da separação obrigatória, ou seja, evitar casamento por interesse, não subsiste, pois já são casados há muitos anos. 3- Apelação não provida. (Relator(a): Alexandre Lazzarini; Comarca: Osasco; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 01/04/2014; Data de registro: 02/04/2014)

ser motivado⁴⁰; o STJ em 2015 denegou a mudança do regime de bens por não haver justificativa plausível do casal⁴¹; iv) preservam-se os direitos de terceiros, por esta razão, o procedimento deve ser público, com editais publicados até em jornais de grande circulação e; v) a vara de família possui competência para apreciar e julgar a matéria e a sentença que declara a alteração do regime de bens é retroativa.

A administração dos bens no casamento está prevista nos artigos 1642 e 1643 do CC/2002 (aplica-se à matéria o princípio constitucional da isonomia entre os sexos, já consagrado entre marido e mulher).

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

I - praticar todos os atos de disposição e de administração

40 CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. POSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. EXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. O Código Civil de 2002 alterou o ordenamento jurídico brasileiro, modificando o sistema em relação ao princípio da imutabilidade absoluta de regime de bens permitindo a sua alteração justificada ou motivada e desde que demonstrado em procedimento de jurisdição voluntária a procedência da pretensão que deve ser manifestada por ambos os cônjuges, observados os direitos de terceiros. 2. Presente o interesse processual, apto a possibilitar a pretendida alteração de regime conjugal já que a paz conjugal precisa e deve ser preservada. 3. Recurso especial provido. (REsp 1446330/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 27/03/2015).

41 DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CELEBRADO NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. REGIME DE BENS. ALTERAÇÃO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. JUSTIFICATIVA DO PEDIDO. ENUNCIADO Nº 113 (CJF). PREJUÍZO COMPROVADO. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. À luz da melhor interpretação do art. 1.639, § 2º, do CC/2002, são exigíveis justificativas plausíveis e provas concretas de que a alteração do regime de bens eleito para reger o matrimônio não prejudicará nenhum dos cônjuges, nem terceiros interessados. 2. Incidência do enunciado nº 113 na I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "É admissível a alteração do regime de bens entre os cônjuges, quando então o pedido, devidamente motivado e assinado por ambos os cônjuges, será objeto de autorização judicial, com a ressalva dos direitos de terceiros, inclusive dos entes públicos, após perquirição de inexistência de dívida de qualquer natureza, exigida ampla publicidade". 3. No caso em exame, a alteração patrimonial foi pleiteada consensualmente por ambos os cônjuges ora recorrentes com base na justificativa genérica de independência financeira e patrimonial do casal, demonstrando a ausência de violação de direitos de terceiros. 4. As instâncias ordinárias, todavia, negaram a alteração do regime patrimonial por reputarem que a mera vontade de preservação e individualização dos patrimônios dos cônjuges não configura justo motivo, requisito legal indispensável. 5. Ademais, o Tribunal de origem, visando a proteção de um dos cônjuges, assentou que a modificação "equivaleria à doação do patrimônio a um dos interessados, exclusivamente, mascarando desta forma, uma divisão que poderia prejudicar, sim, e inclusive, a eventual prole". 6. Rever tais conclusões demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula nº 7/STJ. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1427639/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015, DJe 16/03/2015).

necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647;

II - administrar os bens próprios;

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

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

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

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

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

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

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

Uma vez traçados os aspectos gerais dos regimes de bens do casamento, passa-se agora ao estudo de suas espécies, quais sejam: i) comunhão parcial de bens; ii) comunhão universal de bens; iii) separação de bens (que pode ser convencional ou obrigatória) e; iv) participação final nos aquestos.

11.1 Comunhão parcial de bens

É o regime mais comum e importante socialmente no Brasil. É o regime supletivo, caso não haja a escolha de outro por meio de pacto antenupcial. Também vale para a união estável (conforme artigo 1725 do CC/2002). Implica na comunicabilidade dos bens adquiridos onerosamente por um ou ambos os cônjuges na constância do casamento. Preserva-se o patrimônio anterior ao casamento como pessoal e exclusivo, assim como o patrimônio recebido a

título gratuito (a qualquer tempo). Entretanto, há exceções, às regras gerais estabelecidas, assim, conforme os artigos 1659 e 1661 do CC/2002, exclui-se da comunhão parcial: i) os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar; ii) os bens adquiridos com valores exclusivamente pertencentes a um dos cônjuges em sub-rogação dos bens particulares; iii) as obrigações anteriores ao casamento; iv) as obrigações provenientes de atos ilícitos, salvo reversão em proveito do casal; v) os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão; vi) os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge e; vii) as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas semelhantes. Também são incomunicáveis os bens cuja aquisição tiver por título uma causa anterior ao casamento.

Conforme a dicção dos referidos artigos, entende-se que bens sub-rogados são aqueles adquiridos em substituição de um bem particular e incomunicável, guardando, portanto, essas mesmas características. O patrimônio pessoal de cada cônjuge continua respondendo isoladamente pelas obrigações adquiridas antes do casamento e que não revertam em benefício do casal. Da mesma forma, as obrigações decorrentes da prática de atos ilícitos anteriores ao matrimônio. Se o ato beneficiou apenas um dos cônjuges, somente o seu patrimônio pessoal responderá pela obrigação.

Para Gonçalves (2011, p. 469), “O regime da comunhão parcial é o que prevalece se os consortes não fizerem pacto antenupcial, ou, se o fizerem, for nulo ou ineficaz (CC, art.1.640, caput). Por essa razão, é chamado

também de regime legal ou supletivo, como já mencionado”. Nota-se, pois a necessidade do pacto para que as vontades dos contraentes esteja clara e seja respeitada. Completa Gonçalves ao explicar que o pacto “caracteriza-se por estabelecer a separação quanto ao passado (bens que cada cônjuge possuía antes do casamento) e comunhão quanto ao futuro (bens adquiridos na constância do casamento), gerando três massas de bens: os do marido, os da mulher e os comuns”.

No mesmo entendimento, preleciona Silvio Rodrigues (2004, p. 178): “Regime de comunhão parcial é aquele em que basicamente se excluem da comunhão os bens que os cônjuges possuem ao casar ou que venham a adquirir por causa anterior e alheia ao casamento, como as doações e sucessões; e em que entram na comunhão os bens adquiridos posteriormente, em regra, a título oneroso”.

Os instrumentos de profissão merecem um comentário mais detido. Instrumentos, equipamentos e demais objetos de uso profissional podem ser bastante valiosos, dependendo da profissão do consorte. Por exemplo, todos os equipamentos de um consultório de odontologia são considerados de uso profissional e, portanto, excluídos da massa patrimonial comum. Entretanto, em caso de divórcio, considerando-se o esforço comum do casal na aquisição de tais bens, ainda que incomunicáveis, pode se fazer justa a indenização em favor do outro cônjuge, evitando-se assim o enriquecimento ilícito do primeiro.

Esclareça-se que o salário não integra meação, é um direito pessoal e exclusivo. A pensão alimentícia funda-se

em outras bases e principalmente na solidariedade familiar. O STJ admite a meação de crédito trabalhista⁴². Por outro lado, os bens incluídos na comunhão, de acordo com o artigo 1660 do CC/2002, são: i) os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges; ii) os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior; iii) os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges; iv) as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge e; v) os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

42 DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. DIVÓRCIO DIRETO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA PREVISTA NO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC, AFASTADA. PARTILHA DE BENS. CRÉDITO RESULTANTE DE EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. EVENTUAIS CRÉDITOS DECORRENTES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS PROPOSTA POR UM DOS CÔNJUGES EM FACE DE TERCEIRO. INCOMUNICABILIDADE. CRÉDITOS TRABALHISTAS. COMUNICABILIDADE. FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO. COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DE QUEM OS PLEITEIA E DA POSSIBILIDADE DE QUEM OS PRESTA.

- A multa imposta à recorrente em face da interposição de embargos de declaração deve ser afastada, porquanto neste aspecto destoou o acórdão impugnado do quanto vem decidindo esta Corte, que possibilita, para fins de prequestionamento, o manejo dos embargos declaratórios, que, em tais hipóteses, não apresentam intuito protelatório.

- Quanto à partilha do crédito resultante da execução, da qual consta registro de penhora sobre imóvel em favor do recorrido, carece a recorrente de interesse recursal, porquanto ficou decidido que fará ela jus à meação da importância dali advinda, destacando-se que os fatos e provas do processo são tomados, na via especial, conforme delineados no acórdão impugnado, de modo que a discussão acerca da ocorrência ou não de adjudicação do imóvel, tal como deduzida pela recorrente, nesta via não pode ser tratada, quando do acórdão consta expressamente que "ausente prova de que o bem tenha sido adjudicado pela parte credora".

- No que concerne aos créditos decorrentes de ação de reparação civil movida pelo ex-cônjuge em face de terceiro, considerando que não há, no acórdão impugnado, qualquer elucidação a respeito do que teria gerado a pretensão reparatória fazendo apenas alusão a "eventuais valores provenientes de ações de dano moral e patrimonial" (fl. 389), deve ser mantida a incomunicabilidade de possíveis valores advindos do julgamento da referida ação, porque, conforme declarado no acórdão recorrido, os prováveis danos sofridos unicamente pelo ex-cônjuge revestem-se de caráter "personalíssimo".

- Segue mantido, portanto, o acórdão impugnado, quanto à incomunicabilidade de créditos oriundos de ação de reparação civil ajuizada pelo recorrido, porque expressamente declarado pelo TJ/RS que se cuida de dano de "cunho personalíssimo" (fl. 389).

- Ressalve-se, apenas como esclarecimento "a latere", eventual condenação de pagamento de lucros cessantes e de danos que hipoteticamente teriam o condão de atingir o patrimônio comum, circunstâncias em que haveria resultado de acréscimo patrimonial ao casal ou mera reposição do patrimônio existente à época do dano.

- O ser humano vive da retribuição pecuniária que auferir com o seu trabalho. Não é diferente quando ele contrai matrimônio, hipótese em que marido e mulher retiram de seus proventos o necessário para seu sustento, contribuindo, proporcionalmente, para a manutenção da entidade familiar.

Fato eventual significa loteria. Benfeitoria é a obra realizada na estrutura da coisa principal, com o propósito de conservá-la, melhorá-la ou embelezá-la. Existem as benfeitorias necessária, útil ou voluptuária. Note-se que benfeitoria é diferente de acessão (que é a união física com aumento de volume e podem ser até naturais, como por exemplo a aluvião). Ela tem disciplina própria (cf. arts. 1253 a 1259 CC/2002). Frutos são utilidades que a coisa principal periodicamente produz, cuja percepção não diminui sua substância. Podem ser naturais, industriais ou civis (utilidades).

Conforme mencionado acima, qualquer dos cônjuges pode administrar os bens comuns do casal, a teor do disposto nos artigos 1663, 1664, 1665 e 1666 do CC/2002.

- Se é do labor de cada cônjuge, casado sob o regime da comunhão parcial de bens, que invariavelmente advêm os recursos necessários à aquisição e conservação do patrimônio comum, ainda que em determinados momentos, na constância do casamento, apenas um dos consortes desenvolva atividade remunerada, a colaboração e o esforço comum são presumidos, servindo, o regime matrimonial de bens, de lastro para a manutenção da família.

- Em consideração à disparidade de proventos entre marido e mulher, comum a muitas famílias, ou, ainda, frente à opção do casal no sentido de que um deles permaneça em casa cuidando dos filhos, muito embora seja facultado a cada cônjuge guardar, como particulares, os proventos do seu trabalho pessoal, na forma do art. 1.659, inc. VI, do CC/02, deve-se entender que, uma vez recebida a contraprestação do labor de cada um, ela se comunica.

- Amplia-se, dessa forma, o conceito de participação na economia familiar, para que não sejam cometidas distorções que favoreçam, em frontal desproporção, aquele cônjuge que mantém em aplicação financeira sua remuneração, em detrimento daquele que se vê obrigado a satisfazer as necessidades inerentes ao casamento, tais como aquelas decorrentes da manutenção da habitação comum, da educação dos filhos ou da conservação dos bens.

- Desse modo, se um dos consortes suporta carga maior de contas, enquanto o outro apenas trata de acumular suas reservas pessoais, advindas da remuneração a que faz jus pelo seu trabalho, deve haver um equilíbrio para que, no momento da dissolução da sociedade conjugal, não sejam consagradas e referendadas pelo Poder Judiciário as distorções surgidas e perpetradas ao longo da união conjugal.

- A tônica sob a qual se erige o regime matrimonial da comunhão parcial de bens, de que entram no patrimônio do casal os acréscimos advindos da vida em comum, por constituírem frutos da estreita colaboração que se estabelece entre marido e mulher, encontra sua essência definida no art. 1.660, incs. IV e V, do CC/02.

- A interpretação harmônica dos arts. 1.659, inc. VI, e 1.660, inc. V, do CC/02, permite concluir que, os valores obtidos por qualquer um dos cônjuges, a título de retribuição pelo trabalho que desenvolvem, integram o patrimônio do casal tão logo percebidos. Isto é, tratando-se de percepção de salário, este ingressa mensalmente no patrimônio comum, prestigiando-se, dessa forma, o esforço comum.

- "É difícil precisar o momento exato em que os valores deixam de ser proventos do trabalho e passam a ser bens comuns, volatizados para atender às necessidades do lar conjugal." - Por tudo isso, o entendimento que melhor se coaduna com a essência do regime da comunhão parcial de bens, no que se refere aos direitos trabalhistas perseguidos por um dos cônjuges em ação judicial, é aquele que estabelece sua

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

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

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

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

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

Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

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

comunicabilidade, desde o momento em que pleiteados. Assim o é porque o "fato gerador" de tais créditos ocorre no momento em que se dá o desrespeito, pelo empregador, aos direitos do empregado, fazendo surgir uma pretensão resistida.

- Sob esse contexto, se os acréscimos laborais tivessem sido pagos à época em que nascidos os respectivos direitos, não haveria dúvida acerca da sua comunicação entre os cônjuges, não se justificando tratamento desigual apenas por uma questão temporal imposta pelos trâmites legais a que está sujeito um processo perante o Poder Judiciário.

- Para que o ganho salarial insira-se no monte-partível é necessário, portanto, que o cônjuge tenha exercido determinada atividade laborativa e adquirido direito de retribuição pelo trabalho desenvolvido, na constância do casamento. Se um dos cônjuges efetivamente a exerceu e, pleiteando os direitos dela decorrentes, não lhe foram reconhecidas as vantagens daí advindas, tendo que buscar a via judicial, a sentença que as reconhece é declaratória, fazendo retroagir, seus efeitos, à época em que proposta a ação. O direito, por conseguinte, já lhe pertencia, ou seja, já havia ingressado na esfera de seu patrimônio, e, portanto, integrado os bens comuns do casal.

- Consequentemente, ao cônjuge que durante a constância do casamento arcou com o ônus da defasagem salarial de seu consorte, o que presumivelmente demandou-lhe maior colaboração no sustento da família, não se pode negar o direito à partilha das verbas trabalhistas nascidas e pleiteadas na constância do casamento, ainda que percebidas após a ruptura da vida conjugal.

- No que se refere aos alimentos arbitrados em favor da recorrente, ao analisar a prova e definir como ocorreram os fatos, que se tornam imutáveis nesta sede especial, constou do acórdão a conclusão, pautada no binômio necessidades da alimentanda e possibilidades do alimentante, bem como esquadrihando residual capacidade para o trabalho da recorrente, que o percentual de 25% sobre os proventos auferidos pelo recorrido junto ao INSS coaduna-se com a realidade social vivenciada pelas partes, de modo que não merece reparo, nesse aspecto, o julgado.

Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1024169/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 28/04/2010)

11.2 Comunhão universal de bens

É um regime que tende à unicidade patrimonial. Salvo as exceções legais, todos os bens de ambos os cônjuges se comunicam, formando apenas uma massa patrimonial, conforme se observa no art. 1667 e seguintes do CC/2002, transcritos abaixo.

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

Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

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

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

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

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

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

Art. 1.669. A incomunicabilidade dos bens enumerados no artigo antecedente não se estende aos frutos, quando se percebam ou vençam durante o casamento.

Art. 1.670. Aplica-se ao regime da comunhão universal o disposto no Capítulo antecedente, quanto à administração dos bens.

Art. 1.671. Extinta a comunhão, e efetuada a divisão do ativo e do passivo, cessará a responsabilidade de cada um dos cônjuges para com os credores do outro.

Segundo Gonçalves (2011, p. 479), o regime de comunhão universal de bens é aquele em que se comunicam todos os bens, atuais e futuros, dos cônjuges, ainda que adquiridos em nome de um só deles, bem como as dívidas posteriores ao casamento, salvo os expressamente excluídos pela lei ou pela vontade dos nubentes, expressa em convenção antenupcial (CC, art. 1.667). Por se tratar de regime convencional, deve ser estipulado em pacto antenupcial.

Observe que a incomunicabilidade e inalienabilidade podem vir isoladamente. O fideicomisso⁴³ (cf. art. 1951 e segs. do CC/2002) é a instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de transmitir os bens a uma outra pessoa a certo tempo, por morte, ou sob condição pré-estabelecida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário.

Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Art. 1.953. O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Parágrafo único. O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário.

Art. 1.954. Salvo disposição em contrário do testador, se o fiduciário renunciar a herança ou o legado, defere-se ao fideicomissário o poder de aceitar.

Art. 1.955. O fideicomissário pode renunciar a herança ou o legado,

43 DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FIDEICOMISSO. FIDEICOMISSÁRIO PREMORIENTE. CLÁUSULA DO TESTAMENTO ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO DO FIDEICOMISSÁRIO. VALIDADE. COMPATIBILIDADE ENTRE A INSTITUIÇÃO FIDUCIÁRIA E A SUBSTITUIÇÃO VULGAR. CONDENAÇÃO DE TERCEIRO AFASTADA. EFEITOS NATURAIS DA SENTENÇA. 1. Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas pelo tribunal de origem de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser rejeitada a alegação de contrariedade do art. 535 do Código de Processo Civil. 2. A sentença não prejudica direitos de pessoa jurídica que não foi citada para integrar a relação processual (CPC, art. 472). Como ato estatal imperativo produz, todavia, efeitos naturais que não podem ser ignorados por terceiros. 3. O recurso de apelação e a ação cautelar são instrumentos processuais distintos e visam a diferentes objetivos. O ajuizamento de ambos para questionar diferentes aspectos do mesmo ato judicial não configura preclusão consumativa a obstar o conhecimento da apelação. 4. De acordo com o art. 1959 do Código Civil, "são nulos os fideicomissos além do segundo grau". A lei veda a substituição fiduciária além do segundo grau. O fideicomissário, porém, pode ter substituto, que terá posição idêntica a do substituído, pois o que se proíbe é a sequência de fiduciários, não a substituição vulgar do fiduciário ou do fideicomissário. 5. A substituição fideicomissária é compatível com a substituição vulgar e ambas podem ser estipuladas na mesma cláusula testamentária. Dá-se o que a doutrina denomina substituição compendiosa. Assim, é válida a cláusula testamentária pela qual o testador pode dar substituto ao fideicomissário para o caso deste vir a falecer antes do fiduciário ou de se realizar a condição resolutiva, com o que se impede a caducidade do fideicomisso. É o que se depreende do art. 1958 c.c. 1955, parte final, do Código Civil. 6. Recurso especial de Nova Pirajuí Administração S.A. NOPASA a que se dá parcial provimento. 7. Recurso especial de Anita Louise Regina Harley a que se dá parcial provimento. (REsp 1221817/PE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013).

e, neste caso, o fideicomisso caduca, deixando de ser resolúvel a propriedade do fiduciário, se não houver disposição contrária do testador.

Art. 1.956. Se o fideicomissário aceitar a herança ou o legado, terá direito à parte que, ao fiduciário, em qualquer tempo acrescer.

Art. 1.957. Ao sobrevir a sucessão, o fideicomissário responde pelos encargos da herança que ainda restarem.

Art. 1.958. Caduca o fideicomisso se o fideicomissário morrer antes do fiduciário, ou antes de realizar-se a condição resolutória do direito deste último; nesse caso, a propriedade consolida-se no fiduciário, nos termos do art. 1.955.

Art. 1.959. São nulos os fideicomissos além do segundo grau.

Art. 1.960. A nulidade da substituição ilegal não prejudica a instituição, que valerá sem o encargo resolutório.

Conforme mencionado, os frutos são utilidades que a coisa principal periodicamente produz, cuja percepção não diminui sua substância. Podem ser naturais, industriais ou civis (utilidades). No presente regime de bens, a administração do patrimônio comum do casal encontra-se prevista no art. 1663 do CC/2002.

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

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

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

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

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

Art. 1.665. A administração e a disposição dos bens constitutivos do patrimônio particular competem ao cônjuge proprietário, salvo convenção diversa em pacto antenupcial.

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

Segundo entendimento de Caio Mário Pereira (2014), o que caracteriza o regime da comunhão universal é a comunicação de todos os valores, móveis ou imóveis, de que cada um dos cônjuges é titular ao tempo das núpcias, e bem assim os que forem adquiridos na constância do matrimônio, posto que adquiridos por um deles apenas. Comunicam-se igualmente as dívidas, anteriores e posteriores. Além de outras exceções, legais ou convencionais, eventualmente estabelecidas, o artigo seguinte exclui de comunicação os bens e dívidas que menciona.

É vedado a um ou outro se apossar de qualquer delas, privando o consorte de sua utilização. A ambos, entretanto, compete defender a coisa possuída contra as vias de fato ou pretensões de terceiros. Somente com a cessação da sociedade conjugal, e liquidação da comunhão, é que vem a caber a cada um dos consortes (ou respectivos herdeiros) os bens que se comportam na sua meação.

11.3 Separação convencional de bens

A separação convencional de bens (artigo 1687 CC/2002⁴⁴) é conexas ao princípio da autonomia privada. Neste regime, o afeto não se confunde com o patrimônio. Há a incomunicabilidade dos bens anteriores e posteriores ao casamento. Exige expressa manifestação das partes e não se confunde com o regime da separação legal de bens (artigo 1641 do CC/2002). O regime da separação legal é imposto pela lei, por exemplo, na ocorrência das causas

44 Art. 1.687. Estipulada a separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real.

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

suspensivas e não é pactuado. Também se aplica a vedação ao enriquecimento ilícito de um dos cônjuges, se o outro comprovar que contribuiu para aquisição de um determinado bem (é uma espécie de condomínio).

Para Gonçalves (2011) e Pereira (2014):

Quando se convencionava o aludido regime, o casamento não repercutia na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolvia todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. Cada consorte conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como os que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial (GONÇALVES, 2011, p. 491).

É importante mencionar que o cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes na sucessão (cf. art. 1829 do CC/2002), no caso do regime de separação convencional de bens. Isso não vale para o regime de separação legal. O STJ apresenta oscilação jurisprudencial, tendo chegado a conceder decisões contra a lei, excluindo o cônjuge sobrevivente da sucessão, mas recentemente voltou a observar o código.

11.4 Participação final nos aquestos

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), é o regime de bens que veio para substituir o antigo regime **dotal** do Código Civil de 1916. Possui inspiração no direito da Costa Rica (que o adota desde 1888). Apesar de outros países ainda usarem esse regime (Alemanha e França, com adaptações), ele é pouco adotado na prática e tende ao desaparecimento. É complicado e pressupõe que ambos os cônjuges tenham patrimônio próprio e fontes de renda independentes. Abre diversas possibilidades para fraudes

patrimoniais por cônjuges de má-fé.

Neste regime, cada cônjuge tem patrimônio próprio antes e depois do casamento. Só se comunica aquilo que for adquirido após o casamento em conjunto, por ambos os cônjuges (pelo casal). Difere, portanto, do regime da comunhão parcial, onde se comunicam os bens que sobrevierem onerosamente por um ou ambos, após o casamento. No caso de herança, o cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes (cf. art. 1829 do CC/2002).

Neste regime, há cinco massas patrimoniais (duas anteriores ao casamento e três posteriores, sendo duas individuais e uma comum). Aplica-se a vedação ao enriquecimento sem causa. Não entram nos aquestos:

Art. 1.674. Sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal, apurar-se-á o montante dos aquestos, excluindo-se da soma dos patrimônios próprios:

I - os bens anteriores ao casamento e os que em seu lugar se subrogaram;

II - os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade;

III - as dívidas relativas a esses bens.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

O sistema todo funciona com compensações para que um cônjuge não se locuplete às custas do outro. Na dissolução do casamento, divide-se o patrimônio adquirido pelo casal onerosamente. Quando isso não for possível, indeniza-se em dinheiro. As dívidas contraídas por um dos cônjuges não incidem sobre os aquestos, exceto se beneficiarem a ambos os cônjuges. Se a dívida de um dos cônjuges ultrapassar seu patrimônio, o outro cônjuge não será prejudicado. Nos termos do art. 1683 do CC/2002,

será considerada, para efeitos de partilha do patrimônio comum do casal, não a data da sentença de divórcio, mas a data da cessação da convivência comum. O casamento acaba quando o amor acaba.

11.4.1 Outorga uxória e outorga marital

“Outorga uxória” e “outorga marital” é a autorização dada por um cônjuge ao outro na relação conjugal. O primeiro termo era usado para outorga dada pela mulher para a prática de determinados atos da vida cível que se perfaziam na vida do casal, enquanto a marital se destinava ao mesmo assentimento, mas o dado pelo marido à mulher.

A expressão é antiga e não mais usada, apesar de tradicional. A autorização é conjugal devido à isonomia entre os cônjuges. É o consentimento de um dos cônjuges ao outro, para a prática de determinados atos, sob pena de invalidade (cf. art. 1647 do CC/2002, transcrito abaixo).

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

I - alienar⁴⁵ ou gravar de ônus real os bens imóveis;

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

45 AÇÃO DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. Ação proposta pela viúva e pela filha do compromitente vendedor contra os compromissários compradores, por ausência de outorga uxória. Sentença de procedência. Apela os réus sustentando não caber pedido de reintegração por quem nunca teve a posse; ilegitimidade ativa, porque o imóvel foi adquirido antes do casamento; e existência de indicativos de que o falecido quando vendeu o imóvel já era separado de fato da coautora. Descabimento. Denominação de reintegração de posse se vincula à pretensão de nulificar instrumento de venda e compra e assim obter a posse, conforme emenda da inicial. Nomenclatura não altera a substância do ato. Apelantes na condição de compromissários compradores e marido da autora, já falecido, como compromitente vendedor. Instrumento firmado em 2002. Aplicação do previgente Código Civil. Marido não poderia prometer alienar imóvel sem a concordância da mulher, independente do regime de bens. Inteligência do art. 235, I, CC/16. Irrelevância se o imóvel foi adquirido antes do casamento celebrado sob o regime da comunhão parcial. Invalidade do negócio jurídico por ausência de outorga uxória somente poderia ser demandada pela esposa preterida ou por seus herdeiros. Inteligência do art. 239 do CC/16. Circunstância que caracteriza a legitimidade ativa. Falta de prova cabal de que a autora estava separada de fato do seu marido à época do compromisso. Uma das testemunhas afirmou que a venda foi antes da separação. Falecido se qualificou no instrumento como "casado". Recurso improvido. (Relator(a): James Siano; Comarca: Carapicuíba; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/12/2014; Data de registro: 17/12/2014)

III - prestar fiança⁴⁶ ou aval;

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

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

Observe que os termos “separação absoluta” e “separação convencional de bens” são sinônimos. De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014), não é necessária a outorga nos seguintes casos: i) separação absoluta (convencional) de bens e; ii) quando previamente acordado no regime de participação final nos aquestos. De resto, sempre será obrigatória a outorga, mesmo no regime de comunhão parcial para a venda de bens individuais próprios. O consentimento relaciona-se ao regime de bens e não à origem do bem. Ressalte-se que é necessária a autorização (outorga) apenas para a alienação e gravames (ônus reais – hipoteca, por exemplo), mas não para a aquisição de bens imóveis.

Nos termos do artigo 1648 CC/2002, cabe ao juiz suprir a outorga quando qualquer dos cônjuges a negue sem motivo justo, ou então em casos onde o cônjuge não pode concedê-la (por exemplo, se for ausente). A falta de suprimento judicial da outorga, quando necessária, torna anulável o ato praticado, podendo o cônjuge prejudicado pleitear a anulação do negócio em até dois anos após dissolvido o matrimônio (pelo divórcio ou morte). A

46 LOCAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE IMÓVEL RESIDENCIAL DO EXECUTADO. COMPANHEIRA QUE ALEGA OFENSA AO BEM DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL PROVADA NOS AUTOS E ANTERIOR À AQUISIÇÃO DO IMÓVEL CONSTRITO. OUTORGA DA COMPANHEIRA NÃO EXIGÍVEL PARA VALIDADE DA FIANÇA. IMÓVEL DO FIADOR NÃO É ATINGIDO PELA EXCEÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM, NOS TERMOS DO ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90 E ART. 82 DA LEI DO INQUILINATO. PECULIARIDADES QUE AFASTAM A PENHORA SOBRE A INTEGRALIDADE DO IMÓVEL ANTE O INSTITUTO DO BEM DE FAMÍLIA EM RELAÇÃO À COMPANHEIRA DO FIADOR. PENHORA AFASTADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA REFORMADA. Apelação provida. (Relator(a): Cristina Zucchi; Comarca: Jaú; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/10/2015; Data de registro: 21/10/2015)

aprovação do negócio, por outro lado, válida o ato e pode ser feita por instrumento público ou particular autenticado. De acordo com o artigo 1650 CC/2002, só podem pleitear a invalidade dos atos praticados sem outorga, o cônjuge a quem cabia concedê-la ou seus herdeiros.



Atividade

Item 11.5

a. Considerando o enunciado abaixo, elabore um pacto antenupcial para o casal, que concordou em contrair matrimônio no regime de participação final nos aquestos.

João conheceu Maria em 2010. À época, João tinha 25 anos e Maria 22. João era comerciante e tinha um patrimônio constituído por imóveis comerciais no valor de R\$ 1 Milhão, todos alugados, além de uma frota de veículos de transporte avaliada em R\$ 800 Mil. Possuía também um apartamento residencial, no valor de R\$ 700 Mil, veículo particular e aplicações diversas, no valor de R\$ 500 Mil. Maria por seu turno, era estudante de Direito e não possuía imóveis próprios e nem emprego. Tinha aplicações financeiras recebidas de seu pai (um rico pecuarista), no valor de R\$ 1 Milhão e veículo particular.

b. É necessária a outorga uxória para alienação de bem imóvel adquirido durante convívio em união estável? Explique.

c. É necessária a outorga uxória para alienação de bem móvel adquirido durante o casamento? Explique.

d. É necessária a outorga uxória para alienação de bem imóvel e particular de um dos cônjuges adquirido antes do casamento, celebrado sob o regime da comunhão parcial de bens? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 12

Bem de família.



12 Breve histórico, legislação e doutrina

Historicamente, o instituto do bem de família teve origem no Texas, em uma lei de 1839, que em meio a grave crise econômica protegeu a pequena propriedade como forma de reaquecer a economia. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), é o bem jurídico cuja titularidade se protege em benefício do devedor – por si ou como integrante de um núcleo existencial, visando a preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna. Efetiva o direito constitucional à moradia. Protege bens acessórios ao imóvel em conjunto. Existem dois tipos: i) o bem de família voluntário (segue o procedimento da Lei de Registros Públicos – Lei 6.015/1973) e; ii) bem de família legal (Lei 8.009/90⁴⁷).

O bem de família também pode beneficiar uma pessoa (devedor) solteira (Sumula 364 STJ). A viuvez não importa em extinção automática do bem de família, o

47 Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 2º Excluem-se da impenhorabilidade os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos.

Parágrafo único. No caso de imóvel locado, a impenhorabilidade aplica-se aos bens móveis quitados que guarnecem a residência e que sejam de propriedade do locatário, observado o disposto neste artigo.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (Revogado pela Lei Complementar nº 150, de 2015)

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

cônjuge sobrevivente deve pedir a extinção.

Nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo, “o bem de família é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde ela se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (2003, p. 11)

O bem de família voluntário deve ser instituído mediante registro público e a pessoa tem que possuir patrimônio suficiente para tanto. Tem que ser solvente, pois, se não for, o negócio é inválido, podendo caracterizar fraude contra credores. Via de regra, o bem de família é impenhorável e inalienável. Não pode ultrapassar 1/3 do patrimônio líquido do casal. A dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família.

O bem de família legal traduz a impenhorabilidade do imóvel residencial do próprio casal (há exceções). Entretanto, a lei não fala de inalienabilidade. O bem de família legal não depende de registro em cartório. Exceções que recaem sobre o bem de família: crédito para construção

III -- pelo credor de pensão alimentícia;

III - pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015)

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.

§ 1º Neste caso, poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.

§ 2º Quando a residência familiar constituir-se em imóvel rural, a impenhorabilidade restringir-se-á à sede de moradia, com os respectivos bens móveis, e, nos casos do art. 5º, inciso XXVI, da Constituição, à área limitada como pequena propriedade rural.

ou aquisição do imóvel; pensão alimentícia; impostos do próprio imóvel; hipoteca; se for produto de crime; fiança (o fiador responde pela dívida com o próprio bem de família, mas essa obrigação não existe para o próprio locatário/inquilino – possibilidade pacificada pelo STF).

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do art. 70 do Código Civil.

Art. 6º São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória nº 143, de 8 de março de 1990, que deu origem a esta lei.

Art. 7º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 8º Revogam-se as disposições em contrário.



Atividade Item 12.1

Responda à seguinte questão:

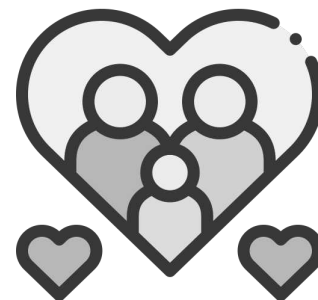
João era casado com Maria. Um dia José, irmão de Maria, pediu que ela fosse sua fiadora em um contrato de aluguel comercial. Maria assim o fez, entretanto, sem a devida outorga marital. Meses depois de estabelecida a fiança, José, que havia alugado um barracão para montar uma papelaria, faliu. Assim, acumulou uma vultuosa dívida de alugueis. Foi executado pelo locador, mas diante de sua insolvência, Maria foi instada a cumprir seu papel de fiadora e pagar a dívida. Por não ter recursos para tanto, o credor pediu a penhora da residência de João e Maria (único bem imóvel do casal). Desesperado, João procura um advogado para solucionar o caso. Na qualidade de advogado(a) de João, qual seria seu argumento? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 13

União estável.



13 Considerações

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), o casamento é tão natural ao homem, que nem mesmo o regime socialista da antiga União Soviética conseguiu restringir o número de matrimônios no Bloco. No Brasil, a união estável passou por algumas fases: entre 1916 e 1964, não era tolerada; entre 1964 e 1988, era admitida, mas em condições inferiores, onde a concubina poderia receber indenização trabalhista em caso de dissolução da sociedade ou como sociedade de fato e; em 1988, quando a CF a erigiu a condição de família (cf. art 1723 do CC/2002).

Segundo Silvio Rodrigues, ao comparar o atual Código com o de 1916:

A única referência à mancebia feita pelo Código Civil revogado, sem total hostilidade a tal situação de fato, tenha sido a do art. 363, I, que permitia ao investigante da paternidade a vitória na demanda se provasse que ao tempo de sua concepção sua mãe estava concubina com o pretendido pai. Nesse caso, já entendia o legislador que o conceito de concubinato pressupunha a fidelidade da mulher ao seu companheiro e, por isso, presumia, *juris tantum*, que o filho havido por ela tinha sido engendrado pelo concubino (2004, p. 256).

No casamento, existe a prova da certidão, o que facilita para obtenção de alimentos provisórios e permite ainda a presunção relativa de paternidade, por exemplo. Na união estável, primeiro deve ser reconhecida a relação e depois avaliados os alimentos. O mesmo vale para a presunção relativa de paternidade.

No casamento, o cônjuge sobrevivente é meeiro e herdeiro do morto, concorrendo em igualdade e até mesmo superioridade de quinhão com os filhos, além de ter direito real de habitação do imóvel residencial, desde que seja o único daquela natureza a inventariar (arts. 1831, 1832 e 1845 do CC/2002). Na união estável, era diferente. O sobrevivente era herdeiro apenas dos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, mas possuía direito real de habitação⁴⁸. Para a literatura, isso é inconstitucional, pois a Carta Magna não traz uma hierarquia entre tipos de família (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). Recentemente, o STF reconheceu tal inconstitucionalidade, equiparando os direitos sucessórios (RE 878.694, julgado em maio de 2017).

A diversidade de sexos não é mais pressuposto existencial da união estável (nem mesmo do casamento) e, atualmente, já existem uniões estáveis poliafetivas. Há alguns projetos de lei em discussão na Câmara dos Deputados objetivando impedir tal prática, como por exemplo, o Projeto de Lei 4302/16, do Deputado Federal Vinicius Carvalho (PRB/SP).

A regulamentação inicial sobre a união estável, após o advento da Constituição Federal de 1988, encontrava-se na Lei 8971/1994. Esta estabelecia critérios objetivos para

48 POSSESSÓRIA – Ação de Interdito proibitório e ação de Reintegração ajuizadas por ambos os litigantes em face da respectiva parte adversa – Julgamento em conjunto – Reconhecimento pela r. sentença de situação de comosse - Ambas as partes são compossuidoras, com igual direito à posse do imóvel, nenhuma delas pode impedir igual direito a outra. Posse da apelada advinda de união estável mantida com o de cujus e, após, o óbito, decorrente do direito real de habitação – Inteligência dos artigos 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 e 1.831 do Código Civil de 2002 – Comosse, em tese, admitida. Portanto, nem houve esbulho por parte de Silva Venturini Soares nem ameaça por parte de Maria da Conceição Martin, na tentativa de ingressar na posse do imóvel, que também lhe pertence. Enquanto não houver divisão da coisa comum, ambas têm direito à posse. Não sendo viável, porventura, que ambas residam juntas, a parte prejudicada poderá requerer a extinção do condomínio – Sentença mantida, pelos seus próprios fundamentos. RECURSO NÃO PROVIDO. (Relator(a): Roberto Mac Cracken; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 07/07/2016; Data de registro: 11/07/2016)

se reconhecer a união estável (tempo de união ou existência de prole). A regulamentação mudou com o Código Civil de 2002. Atualmente, suas principais características são: i) a publicidade;ii) a continuidade;iii) a estabilidade e;iv) o objetivo de constituição de família.

Há também elementos acidentais: tempo, prole e coabitação. Estes não são essenciais para a caracterização da união estável, mas facilitam sua eventual comprovação judicial. No entanto, há impedimentos para caracterização da união estável, conforme o art. 1521 do CC/2002. As causas suspensivas do art. 1523 não impedem a união estável. Destaca-se ainda que **pessoa separada de fato pode constituir união estável.**

Os direitos e deveres dos companheiros (cf. art. 1724 do CC/2002) são os mesmos do casamento, assim como os efeitos patrimoniais . O trato de união estável é feito através do contrato de convivência.

Na conversão da união estável em casamento, se dispensa a formalidade da celebração do ato. Após a habilitação, há o simples registro do casamento, sem a cerimônia.



Atividade Item 13.1

Responda à seguinte questão:

João conheceu Maria na faculdade. Começaram a namorar logo em seguida. Poucos meses depois, alugaram uma casa juntos. Sob a alegação de que possuía compromissos profissionais, João viajava com frequência e pouco ficava na casa alugada com Maria. O tempo passou, João e Maria tiveram um filho, Antônio. Quando Antônio fez 3 anos, foi diagnosticado com leucemia. Como Antônio precisava de um transplante de medula, João decidiu dizer a verdade a Maria, informando-lhe que era casado e que todas as viagens que disse ter feito, na verdade, eram para permanecer em casa com a esposa e seus outros cinco filhos. Disse também que iria pedir que todos os filhos realizassem exames para verificar a compatibilidade com João, a fim de doarem medula para o transplante. Chocada, Maria decide entrar na justiça com uma ação de reconhecimento e dissolução de união estável, cumulada com partilha de bens, visando obter sua parte em todos os bens adquiridos em conjunto com ela própria, por João. Na qualidade de advogado(a) de João, qual seria sua linha de defesa? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 14

Enunciados do IBDFAM.



14 Considerações

De acordo com o site⁵⁰ do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), em outubro de 2015, durante a realização do X Congresso Brasileiro de Direito de Família, foram aprovados os Enunciados Programáticos do IBDFAM. Esses Enunciados servem de orientação para a criação da nova doutrina e jurisprudência em Direito de Família no Brasil.

Interessante observar que vários temas polêmicos até recentemente, encontraram repercussão em tais enunciados, conforme se observa na transcrição abaixo.

Enunciado 01. A Emenda Constitucional 66/2010, ao extinguir o instituto da separação judicial, afastou a perquirição da culpa na DISSOLUÇÃO do casamento e na quantificação dos alimentos.

Enunciado 02. A separação de fato põe fim ao regime de bens e importa extinção dos deveres entre cônjuges e entre companheiros.

Enunciado 03. Em face do princípio da igualdade das entidades familiares, é inconstitucional o tratamento discriminatório conferido ao cônjuge e ao companheiro.

Enunciado 04. A constituição de entidade familiar paralela pode gerar efeito jurídico.

Enunciado 05. Na adoção, o princípio do superior interesse da criança e do adolescente deve prevalecer sobre a família extensa.

Enunciado 6. Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental.

Enunciado 07. A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade.

⁵⁰ Disponível em: <http://ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+divulga+Enunciados+++>. Acessado aos: 21/07/2016.

Enunciado 08. O abandono afetivo pode gerar direito à reparação pelo dano causado.

Enunciado 09. A multiparentalidade gera efeitos jurídicos.

Enunciado 10. É cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos.

Enunciado 11. Na ação destinada a dissolver o casamento ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal.

Enunciado 12. É possível o registro de nascimento dos filhos de casais homoafetivos, havidos de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil.

Enunciado 13. Na hipótese de adoção intuitu personae de criança e de adolescente, os pais biológicos podem eleger os adotantes.

Enunciado 14. Salvo expressa disposição em contrário, os alimentos fixados ad valorem incidem sobre todos os rendimentos percebidos pelo alimentante que possua natureza remuneratória, inclusive terço constitucional de férias, 13º salário, participação nos lucros e horas extras.

Enunciado 15. Ainda que casado sob o regime da separação convencional de bens, o cônjuge sobrevivente é herdeiro necessário e concorre com os descendentes.

Enunciado 16. Mesmo quando houver testamento, sendo todos os interessados capazes e concordes com os seus termos, não havendo conflito de interesses, é possível que se faça o inventário extrajudicial.

Enunciado 17. A técnica de ponderação, adotada expressamente pelo art. 489, § 2º, do Novo CPC, é meio adequado para a solução de problemas práticos atinentes ao Direito das Famílias e das Sucessões.

Enunciado 18. Nas ações de divórcio e de dissolução da união estável, a regra deve ser o julgamento parcial do mérito (art. 356 do Novo CPC), para que seja decretado o fim da conjugalidade, seguindo a demanda com a discussão de outros temas.

Enunciado 19. O rol do art. 693 do Novo CPC é meramente exemplificativo, e não taxativo.

Enunciado 20. O alimentante que, dispondo de recursos econômicos, adota subterfúgios para não pagar ou para retardar o pagamento de verba alimentar, incorre na conduta descrita no art. 7º, inc. IV da Lei nº 11.340/2006 (violência patrimonial).

De maneira sintética, percebe-se nitidamente que os enunciados acima primam pela aplicação concreta do princípio da afetividade, como pedra angular do Direito de

Família. Nesse sentido, observem-se os todos o Enunciados do 2 ao 13. De fato, a separação ainda que não judicializada põe termo ao regime de bens e aos deveres conjugais, possibilitando que a pessoa adquira união estável. Problema recorrente no meio judicial brasileiro, eram as uniões paralelas, ou o poliamorismo (cf. Enunciado 4). Muitos eram os casos onde uma pessoa mantinha duas famílias concomitantes, uma formada pelo casamento e outra pela união estável, que quando em choque de direitos, sempre acabava sendo prejudicada, em direta afronta à Constituição. Até mesmo a guarda de animais de estimação foi abordada pelo IBDFAM.

Dentre todos os enunciados, merece destaque o Enunciado 18, que faz remissão ao Novo Código de Processo Civil. Neste enunciado, observa-se a junção do comando constitucional inserido pela EC no 66/2010, que instituiu o divórcio como direito potestativo. Interessante observar que o comando constitucional encontra eco no Novel CPC, ao permitir que o magistrado realize julgamento parcial de mérito, extinguindo o matrimônio (após a audiência de conciliação), para que o processo continue em relação aos demais aspectos atinentes ao divórcio, tais como: patrimônio, guarda de filhos e alimentos.



Atividade

Item 14.1

Responda à seguinte questão:

Escolha livremente três enunciados acima e realize uma interpretação doutrinária e jurisprudencial dos mesmos.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 15

Divórcio.



15 Considerações

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2014), há três formas de extinção do vínculo conjugal: divórcio, morte e invalidade do casamento. O **divórcio** é a medida dissolutória do vínculo matrimonial válido, importando na extinção dos deveres conjugais. Sobre a **morte**, a discussão doutrinária refere-se sobre à possibilidade de se aplicar o estado civil da viuvez na união estável, o que é defendido por Gagliano e Pamplona Filho (2014). Por fim, a inviabilidade do casamento se concretiza pela ausência ou morte presumida de um dos cônjuges (artigos 6º e 7º do CC/2002).

De acordo com a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/1977), havia quatro formas de divórcio:

- a) indissolubilidade absoluta – era o chamado desquite do CC/1916, seja, era a separação com permanência do vínculo matrimonial, cuja a origem remota ao direito canônico;
- b) divórcio precedido obrigatoriamente da separação – pela Lei do Divórcio, a separação era requisito para o divórcio e havia prazo de três anos para permitir a reconciliação;
- c) divórcio direto (e conversão da separação em divórcio) - Ressalte-se que a CF/1988, antes da EC 66/2010, havia reduzido o prazo para um ano de

separação judicial ou dois anos de separação de fato, e;

d) divórcio como direito potestativo – com a PEC do Amor (Emenda Constitucional nº 66/2010), a separação judicial deixou de ser contemplada na Constituição, desapareceu o requisito temporal e o divórcio passa a ser exclusivamente direto.

Até recentemente (18 de março de 2016) e de acordo com Tartuce (2012), a Lei do Divórcio (nº 6.015 de 1977) continuava vigente em sua parte processual. Entretanto, com o início da vigência do Novo Código de Processo Civil, infere-se que, apesar de não constar revogação expressa, a Lei do Divórcio não mais vigora em nosso sistema jurídico. Tal compreensão possibilita dirimir uma série de dúvidas sobre a aplicabilidade do artigo 226 da Constituição Federal⁵¹, especificamente: se ainda existe rito previsto para a separação judicial, *in casu*, destinado à conversão da separação em divórcio⁵² e; a necessidade de triangulação processual com a citação, ainda que ficta, do outro consorte

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

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

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

52 Apelação. Recursos tirados contra sentenças proferidas em ação com pedido de conversão de separação em divórcio e impugnação à assistência judiciária gratuita. Acordo entre as partes. Perda de interesse superveniente. Recursos prejudicados e processo declarado extinto. (Relator(a): Araldo Telles; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 31/05/2016; Data de registro: 02/06/2016)

no processo de divórcio (para realização de audiência de conciliação).

O Capítulo X do Novo CPC, que trata das Ações de Família, assim dispõe:

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

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

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

§1º O mandado de citação conterá apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhado de cópia da petição inicial, assegurado ao réu o direito de examinar seu conteúdo a qualquer tempo.

§2º A citação ocorrerá com antecedência mínima de 15 (quinze) dias da data designada para a audiência.

§3º A citação será feita na pessoa do réu.

§4º Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas de seus advogados ou de defensores públicos.

Art. 696. A audiência de mediação e conciliação poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual, sem prejuízo de providências jurisdicionais para evitar o perecimento do direito.

Art. 697. Não realizado o acordo, passarão a incidir, a partir de então, as normas do procedimento comum, observado o art. 335.

Art. 698. Nas ações de família, o Ministério Público somente intervirá quando houver interesse de incapaz e deverá ser ouvido previamente à homologação de acordo.

Art. 699. Quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista.

Conforme se vê na transcrição acima, o Magistrado deve primar pela conciliação, podendo desdobrar a audiência em quantas forem necessárias ao entendimento dos consortes. Outro aspecto interessante é que o CPC agora é explícito quanto à atuação do Ministério Público, impondo sua intervenção, somente nos casos em que houver interesse de incapaz.

Também regulamentam a matéria, o Código Civil de 2002 e a Constituição Federal, alterados pela EC 66/2010, conhecida como PEC do Amor ou PEC do Divórcio, que alterou o art. 226, §6º da CF/88, passando a apresentar a seguinte redação: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. Antes, o mesmo dispositivo falava que o divórcio poderia ser requerido após 1 ano de separação judicial ou dois anos de separação de fato. A partir da referida alteração constitucional, proporcionada pela EC 66/2010, transformando o divórcio em direito potestativo, surgiu um intenso debate sobre a revogação do instituto da separação no Brasil. Há vários tipos (conceituais) de separação:

- 1) Separação de fato:** quando um dos cônjuges deixa o lar sem o ânimo de retornar. Esta modalidade continua existindo.
- 2) Separação judicial:** aquela que precedia o divórcio, realizado em duas fases (bifásico). Há autores que defendem sua revogação tais como Gagliano e Pamplona Filho (2014) entre outros, mas

há autores que dizem que esta revogação dependeria de normatização infraconstitucional (Delgado, Brasil Santos, etc.), o que até hoje não aconteceu, restando, pois, a separação judicial ainda em vigência. Para esta corrente, o art. 226, §6º da CF/88 não é autoaplicável. Há jurisprudências em favor desta tese. No TJSP, por exemplo, há inúmeros julgados recentes (2014/15) sobre conversão de separação judicial em divórcio.

2.1) A separação judicial podia ser: separação sanção (por culpa); separação falência (por abandono do lar) e; separação remédio (por doença mental grave).

2.2) A culpa em matéria de separação e/ou divórcio: para Gagliano e Pamplona Filho (2014) e Tartuce (2012), não há sentido em se discutir culpa em sede de divórcio, com repercussões apenas familiaristas. A culpa, entretanto, pode ensejar responsabilidade civil dando origem a reparação por danos morais.

3) Separação extrajudicial (instituída pela lei nº 11.441 de 2007): ainda não foi revogada expressamente. O CNJ se recusou a proibir que os cartórios continuassem fazendo esse tipo de separação.

Cabe ainda destacar que, de acordo com o art. 1571 do CC/2002, a separação dissolve a sociedade conjugal (fidelidade, coabitação e regime de bens), mas só o divórcio põe fim ao casamento.



Atividade

Item 15.2

Responda à seguinte pergunta:

João era casado com Maria há dez anos. Um dia saiu de casa para comprar cigarros e não mais retornou. Três anos após sua partida, Maria conhece Joaquim. Começam a namorar e dois anos após, decidem se casar. Entretanto, como Maria ainda era casada com João, desaparecido, ela decide procurar um advogado(a) para ajudá-la a solucionar o caso com a maior rapidez possível. Na qualidade de advogado(a) de Maria, que medidas tomaria? Justifique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 16

Guarda de Filhos



16 Sobre a guarda de filhos

A guarda dos filhos decorre do exercício do poder familiar. O Poder familiar, previsto no artigo 1631 do CC/2002 (no Código Civil de 1916, era o denominado pátrio poder) é o conjunto de direitos e obrigações reconhecidos aos pais, em razão e nos limites da autoridade parental que exercem em face dos seus filhos, enquanto menores e incapazes (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Na vigência do casamento ou da união estável, compete o exercício do poder familiar aos pais. Na falta ou impedimento de um, cabe ao outro. Não há superioridade do homem neste caso, conforme se observa no artigo 1634 CC/2002.

De acordo com o Código Civil (artigo 1630), os filhos menores estão sujeitos ao poder familiar, que durante o casamento e a união estável, é exercido por ambos os genitores (salvo por impossibilidade ou impedimento). O Código também é claro ao mencionar que a dissolução do casamento ou da união estável não alteram as relações entre pais e filhos (artigo 1632). Caso o filho não tenha sido reconhecido pelo pai, ficará sob o poder familiar exclusivo da mãe, que eventualmente pode ser substituída por tutor (artigo 1633).

O artigo 1634, transcrito abaixo, relaciona as obrigações dos pais em relação aos filhos, no exercício do

poder familiar.

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Conforme se observa no artigo acima, os pais devem acima de tudo, participar ativamente da vida e da formação do menor, proporcionando-lhe todos os meios necessários para que atinjam pleno desenvolvimento pessoal, físico e cognitivo. Todas essas obrigações, mais uma vez, pautam-se no afeto e na responsabilidade de dirigir a vida do menor, orientados pela observância e efetivação dos melhores interesses da criança e do adolescente.

O poder familiar pode ser suspenso ou extinto, seja

pela burla aos melhores interesses da criança e do adolescente ou simplesmente, por causas naturais, como a morte do genitor ou do menor, a emancipação, o advento da maioridade, pela adoção ou por decisão judicial (artigo 1635). Mesmo a convolação de novas núpcias ou união estável não altera o status do genitor em relação aos filhos do primeiro leito (artigo 1636).

Cabe destacar a Lei da Palmada (Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014), que visa impedir que os filhos menores sejam sujeitos a castigos físicos, degradações, etc. Não impede, contudo, a educação, mas sim a violência em qualquer de suas formas.

O bem-estar e a segurança dos filhos menores é tão importante, que os pais que negligenciarem com seus deveres, abusarem de sua autoridade ou arruinando os bens dos filhos, podem ser suspensos de seu poder familiar (artigo 1637). Este é um exemplo concreto do caráter eudemonista da família a ensejar a tutela estatal sobre um de seus membros. No mesmo sentido, perderá por ato judicial o poder familiar, o genitor que castigar demasiadamente o filho, abandoná-lo, praticar atos contrários à moral e aos bons costumes ou for reincidente nas práticas do artigo 1637 (cf. artigo 1638 CC/2002).

A administração dos bens dos menores, via de regra, é realizada pelos pais, no exercício do poder familiar. Nesse caso, os pais detêm o usufruto desses bens (artigo 1689), devendo ambos, zelarem pela manutenção do patrimônio. O artigo 1691 dispõe que os pais não podem alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da

simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização judicial.

Compete também aos pais representar ou assistir aos filhos menores, nos termos do artigo 1690 CC/2002. Os artigos 1692 e 1693 tratam do conflito de interesses entre pais e filhos na gestão do patrimônio dos menores, conflito este a ser dirimido pelo juiz e por meio de curador, excluindo-se da administração e usufruto dos pais os bens adquiridos pelo filho havido fora do casamento, antes do reconhecimento; os valores auferidos pelo filho maior de dezesseis anos, no exercício de atividade profissional e os bens com tais recursos adquiridos; os bens deixados ou doados ao filho, sob a condição de não serem usufruídos, ou administrados, pelos pais e; os bens que aos filhos couberem na herança, quando os pais forem excluídos da sucessão.

O CC/2002 também trata da guarda de filhos. Nesse sentido, é importante ressaltar que se a culpa deixou de ser relevante para o divórcio, também o é para a determinação da guarda. No CC/2002, há previsão de apenas dois tipos de guarda: **i) guarda unilateral ou exclusiva**⁵³; **ii) guarda compartilhada, *in verbis*:**

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

§1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, §5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

53 MANDADO DE SEGURANÇA. Pretensão de imposição de medida protetiva consistente em suspensão do direito de visitas pelo genitor. Não demonstração de necessidade dessa medida. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada, portanto. (Relator(a): EncinasManfré; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Data do julgamento: 10/03/2016; Data de registro: 23/03/2016)

§2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - (revogado). (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§4º (VETADO). (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar; (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

§6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.585. Em sede de medida cautelar de separação de corpos, em sede de medida cautelar de guarda ou em outra sede de fixação liminar de guarda, a decisão sobre guarda de filhos, mesmo que provisória, será proferida preferencialmente após a oitiva de ambas as partes perante o juiz, salvo se a proteção aos interesses dos filhos exigir a concessão de liminar sem a oitiva da outra parte, aplicando-se as disposições do art. 1.584. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

Art. 1.586. Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

Art. 1.587. No caso de invalidade do casamento, havendo filhos comuns, observar-se-á o disposto nos arts. 1.584 e 1.586.

Art. 1.588. O pai ou a mãe que contrair novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provado que não são tratados convenientemente.

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)

Art. 1.590. As disposições relativas à guarda e prestação de alimentos aos filhos menores estendem-se aos maiores incapazes.

A literatura (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014), entretanto, reconhece mais dois tipos: iii) nidação ou

aninhamento e; iv) guarda alternada.

Recentemente houve uma série de modificações no regime de guarda, instituídas pela Lei nº 13058/2014, que alterou os artigos 1583 e seguintes do Código Civil. Dessa forma, atualmente, ter-se-ia 3 tipos de guarda: unilateral, alternada e compartilhada. Sendo este último tipo a obrigatória⁵⁴, exceto em casos onde um dos genitores abra mão da guarda. No entanto, resta a questão: qual seria o ambiente familiar ideal para implementação desse tipo de guarda?

Quando se fala de guarda de filhos, é importante mencionar a síndrome da alienação parental (SAP), prevista na Lei nº 12.318/2010, que é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Envolve a campanha denegritória de um dos genitores em face do outro, lavagem cerebral, programação, doutrinação. A própria criança acaba caluniando o genitor-alvo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Importante destacar que a SAP é diferente do ambiente familiar hostil. Este é mais amplo que a alienação parental e envolve situações de discórdia sobre a educação dos filhos, por exemplo. Não está necessariamente

54 RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. DESNECESSIDADE. LIMITES GEOGRÁFICOS. IMPLEMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DOS MENORES. SÚMULA Nº 7/STJ.1. A implementação da guarda compartilhada não se sujeita à transigência dos genitores. 2. As peculiaridades do caso concreto inviabilizam a implementação da guarda compartilhada, tais como a dificuldade geográfica e a realização do princípio do melhor interesse dos menores, que obstaculizam, a princípio, sua efetivação. 3. Às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao exercício da guarda compartilhada, como por exemplo, limites geográficos. Precedentes. 4. A verificação da procedência dos argumentos expendidos no recurso especial exigiria, por parte desta Corte, o reexame de matéria fática, o que é vedado pela Súmula nº 7 deste Tribunal. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1605477/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 27/06/2016).

relacionada ao divórcio. Deve-se mencionar por fim, que ao se constatar em um processo de guarda, suspeitas de que esteja ocorrendo práticas de alienação parental, o Magistrado deve seguir a lei específica, alterando o rito do processo e tomando as medidas cabíveis para evitar danos à criança ou adolescente.



Atividade

Item 16.1

Responda à seguinte pergunta:

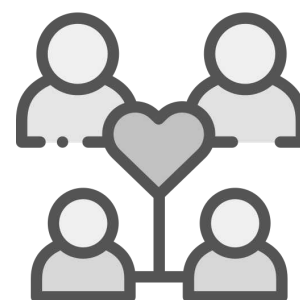
Existem alimentos na guarda compartilhada? Como ou quais os parâmetros utilizados para sua fixação? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 17

Filiação



17 Introdução

Filiação é a situação de descendência direta em primeiro grau (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). O art. 227, §6º da CF/88 e o art. 1596 do CC/2002 trazem o princípio da igualdade dos filhos, de modo que todos os filhos, havidos ou não no casamento e adotados, são iguais.

Sobre o assunto, Washington de Barros Monteiro (apud Gonçalves, 2011, p. 319) assim dispõe:

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, todavia, às vezes “se designa por paternidade, num sentido amplo, tanto a paternidade propriamente dita como a maternidade. É assim, por exemplo, que deve ser entendida a expressão “paternidade responsável” consagrada na Constituição Federal de 1988, art. 226, §7º.

A noção de veracidade da filiação significa que o ordenamento não deve criar óbices para se reconhecer a verdadeira vinculação entre pais e filhos (ex. art. 1601 do CC/2002 – ação negatória de paternidade).

O reconhecimento voluntário da filiação normalmente é extrajudicial e aplicam-se especialmente aos filhos havidos fora do casamento, pois os matrimoniais são presumidamente filhos do cônjuge, nos termos do art. 1597 do CC/2002.

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

- I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Por outro lado, tem-se a presunção relativa de paternidade nos seguintes casos:

Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

Art. 1.600. Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção legal da paternidade.

Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Art. 1.602. Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.

Sobre a impotência, preceitua Regina Beatriz Tavares da Silva que “O novo diploma, todavia, não considera mais necessário que seja absoluta, ‘o que reflete o avanço das provas técnicas existentes para a demonstração da filiação, dentre as quais se destaca o exame de DNA’ (2002, p. 1410).

Para Gonçalves (2011, p. 329), no sistema do Código Civil de 1916, a presunção *pater is est* mostrava-se rigorosa, pois se o casal vivia sob o mesmo teto e o marido não se achava fisicamente impossibilitado de manter relação sexual com a mulher, não teria como ilidi-la, mesmo provando o adultério por ela praticado.

O marido só podia contestar a paternidade do filho nascido de sua mulher se provasse que, no período em que esta engravidou (de seis a dez meses antes do nascimento), encontrava-se fisicamente impossibilitado de coabitar com ela ou já estavam legalmente separados (art. 340).

Dentre as hipóteses de impossibilidade física de coabitação a jurisprudência incluía a impotência generandi (esterilidade), desde que absoluta, e a separação de fato. O Código Civil de 2002, contudo, suprimiu todas as limitações à contestação da paternidade e declarou imprescritível a ação negatória (art. 1.601), levando em conta o desenvolvimento da ciência e a possibilidade de se apurar o “pai biológico” com a desejada certeza científica, em razão da evolução dos exames hematológicos

O reconhecimento voluntário da paternidade é ato formal, de livre vontade, irretratável, incondicional e personalíssimo, praticado ordinariamente pelo pai (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

O filho maior deve consentir no reconhecimento e os menores poderão impugná-lo, conforme o art. 1614 do CC/2002. O filho havido fora do casamento, ainda que voluntariamente reconhecido, só poderá residir no lar conjugal com a anuência do outro cônjuge (art. 1611 do CC/

2002). Discute-se se essa norma seria razoável.

17.1 Reconhecimento Judicial

A Lei nº 8.560/1992 regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, sendo a Ação investigatória de paternidade um procedimento judicial comum. Esta Lei foi alterada pela Lei nº 12.004/2009, que passou a estabelecer a presunção de paternidade em caso de recusa do réu em se submeter ao exame de código genético – DNA.

Há ainda a ação investigatória de maternidade⁵⁵, quando ocorre a troca de bebês em hospital, a teor do art. 1608 do CC/2002: “Quando a maternidade constar do termo do nascimento do filho, a mãe só poderá contestá-la, provando a falsidade do termo, ou das declarações nele contidas”.

Quanto à ação investigatória de paternidade, tem-se que: i) sua postulação é imprescritível; ii) a legitimidade ativa é do o alegado filho ou, extraordinariamente, do Ministério Público; iii) a legitimidade passiva é do suposto pai ou de seus herdeiros, em caso de investigação de paternidade *post mortem*; iv) a causa de pedir é a existência de relação sexual; v) o foro competente é o do réu, no entanto, se houver cumulação com pedido de alimentos, desloca-se a competência para o domicílio do autor.

55 Conflito negativo de competência. Ação com escopo de investigação de maternidade com negatória de paternidade e maternidade, anulação de certidão de nascimento e petição de herança. Hipótese na qual incumbe à 1ª Vara da Família e das Sucessões conhecer e julgar a matéria, haja vista o respectivo processamento de inventário. Possibilidade de se reconhecer a competência de Juiz de Direito não integrante deste conflito. Observância aos princípios de celeridade e economia processual, dado com a presente indicação evitar-se posterior arguição de incidente da espécie. Remessa dos autos ao digno Juiz de Direito da 1ª Vara da Família e das Sucessões do Foro Regional do Tatuapé da Comarca de São Paulo. (Relator(a): EncinasManfré; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Câmara Especial; Data do julgamento: 25/06/2012; Data de registro: 28/06/2012).

Qualquer pessoa que tenha legítimo interesse pode contestar a ação de investigação de paternidade ou maternidade (art. 1615 do CC/2002). O documento básico para se comprovar a filiação é a certidão de nascimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Nessas ações, a defesa mais comum do suposto pai é a alegação de adultério praticado pela mãe. Esta defesa deve ser realizada com cuidado, pois pode ensejar litigância de má-fé e danos morais em favor da genitora.

Se o exame de DNA confirmar a paternidade, dispensam-se outras provas. O investigado não pode ser conduzido coercitivamente para fazer o exame, mas a recusa implica na presunção relativa de paternidade.

Na sentença, reconhecida a paternidade, operam-se os mesmos efeitos do reconhecimento voluntário. Caso a sentença tenha sido proferida sem laudo de DNA, ela não transita materialmente em julgado, admitindo-se rediscussão (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

17.2 Paternidade Socioafetiva

Pela paternidade socioafetiva, tem-se que a verdade afetiva prevalece sobre a biológica⁵⁶. Trata-se da recente desbiologização da paternidade e maternidade, ocorrida devido a avanços da medicina reprodutiva e da valorização dos laços de afeto. A doutrina já admite, inclusive, a investigação de paternidade socioafetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

56 PARENTALIDADE SOCIOAFETIVA - Estado de fato que, ainda que existente, não é suficiente a desconstituir a paternidade registral, calcada em vincula genético e nunca questionada - Pedido juridicamente impossível - Processo extinto, sem resolução de mérito, de ofício, prejudicado o recurso. (Relator(a): Rui Cascardi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/09/2012; Data de registro: 06/11/2012).

A posse do estado de filho⁵⁷ indica o filho de criação, quando a pessoa é tratada como filho, mas não é formalmente adotada, o que pode ensejar vínculos socioafetivos. Outro caso relevante é o denominado “adoção à brasileira”, que apesar de constituir crime, em benefício do adotado, os Tribunais não têm rompido os vínculos afetivos estabelecidos (cf. jurisprudência STJ).

17.3 Paternidade Alimentar

Ocorre quando o pai biológico, sem manter relação afetiva com o filho, que estabelece relação socioafetiva com terceiro, lhe presta alimentos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014). Sobre o tema, vejamos decisão do TJRS:

ACÇÃO DE ALIMENTOS. FILIACAO ILEGITIMA. PRESUNCAO DE PATERNIDADE ALIMENTAR. "A JURISPRUDENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM ADMITIDO, PARA FINS DE ALIMENTOS, A INVESTIGACAO DE PATERNIDADE DE FILHO ADULTERINO EM SEGREDO DE JUSTIÇA -(ART-4 DA LEI N-883, DE 21.10.1949), INCIDENTES TANTUM". PARA ESSE FIM, TAO-SOMENTE, VALE O RECONHECIMENTO FEITO (RTJ 85/281). (Agravado de Instrumento Nº 34767, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: BonorinoButtelli, Julgado em 16/04/1980) (TJ-RS - AG: 34767 RS, Relator: BonorinoButtelli, Data de Julgamento: 16/04/1980, Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia).

17.4 Direito à Ascendência Genética

O direito à ascendência genética é uma forma de exercício do direito de personalidade, onde o reconhecimento da verdade biológica não traz consequências patrimoniais, mas sim, por exemplo, reflexos

57 Ação declaratória. Reconhecimento de filiação socioafetiva. Indeferimento da inicial. Irresignação. Acolhimento. Pretensão que encontra fundamento no alcance do artigo 1.593 do Código Civil. Pedido, em tese, juridicamente possível, inobstante o falecimento dos pais socioafetivos. Posse do estado de filho. Vínculo da afetividade que deve ser prestigiado e tutelado juridicamente. Extinção afastada. Recurso provido. (Relator(a): Rômolo Russo; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 16/12/2015; Data de registro: 16/12/2015).

diretos na saúde. Como exemplo, tem-se os casos de adoção (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A Jurisprudência tem se mostrado firme neste direito:

Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade. Admitir-se o reconhecimento do vínculo biológico de paternidade não envolve qualquer desconsideração ao disposto no artigo 48 da Lei 8.069/90. A adoção subsiste inalterada. A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecer os verdadeiros pais. Inexistência, em nosso direito, de norma proibitiva, prevalecendo o disposto no artigo 27 do ECA. (STJ, REsp n. 127.541, 3ª Turma, Rel. Min., julg.) Data do julgamento: 10 de abril de 2000.

Nesse mesmo sentido, no Informativo do STJ acerca do REsp 220.623 – SP asseverou-se que “vale ressaltar que este Superior Tribunal já firmou, numa interpretação sistemática e teleológica dos arts. 27, 41 e 48 do ECA, que o adotado pode, a qualquer tempo, ver reconhecida a verdade biológica referente à sua filiação”.

17.5 Multiparentalidade

A multiparentalidade se dá com a cumulação da parentalidade biológica e afetiva, o que é possível segundo a jurisprudência e doutrina. Sobre o assunto, o IBDFAM publicou em 06.05.2015, em seu sítio eletrônico:

Em decisão inédita no Estado, a 3ª Vara da Infância e Juventude de Fortaleza acatou o pedido incidental da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará (DPGE) em processo de adoção e reconheceu o direito de uma criança ser registrada em nome de um pai e duas mães.

No caso, após o falecimento de sua mãe biológica a criança passou aos cuidados do casal adotante, que há quatro anos criava a mesma como se fosse filha e desejava regularizar a situação. A criança manifestou desejo de manter o nome da mãe biológica no registro, mesmo com a adoção. A DPGE requereu que os nomes dos pais adotivos passassem a constar da certidão de nascimento da adotanda sem a exclusão do nome de sua mãe biológica (IBDFAM, 2015).

Ressalte-se por fim, que no campo da reprodução

assistida, há a recente técnica do transplante mitocondrial, onde dois óvulos de mães diferentes são combinados (núcleo de um e mitocôndrias do outro), possibilitando que a criança venha a ter duas mães biológicas e um pai.

17.6 Parto Anônimo

O Projeto de Lei 3.220 de 2008 trata da possibilidade da mãe não assumir a maternidade da criança que gerou, logo após o parto. Medida que visa evitar o abandono de recém-nascidos e o aborto. A mulher pode optar pelo segredo da maternidade, escolhendo o prenome da criança. O recém-nascido é entregue ao Estado que o concederá a adoção (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).



Atividade

Item 17.7

Responda à seguinte pergunta:

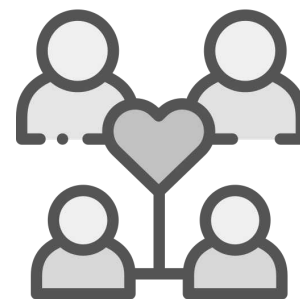
Como o afeto mudou as relações de parentesco? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 18

Adoção



18 Considerações sobre adoção

Define-se adoção como sendo ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo, que firma a relação paterno ou materno-filial com o adotando, em perspectiva constitucional isonômica em face da filiação biológica (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Dessa forma, ocorre a desconstituição de um vínculo biológico anterior e a constituição de um novo vínculo com os adotantes, passando o adotado a possuir os mesmos direitos que os demais filhos. A sentença que decreta a adoção é constitutiva. Essa sentença é inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão (art. 47 ECA).

Até 2009 havia dois tipos de adoção: para menores (conforme o ECA⁵⁸) e; para maiores (conforme o CC/2002).

58 CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. UNIÃO HOMOAFETIVA. PEDIDO DE ADOÇÃO UNILATERAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DE VANTAGENS PARA A ADOTANDA. I. Recurso especial calcado em pedido de adoção unilateral de menor, deduzido pela companheira da mãe biológica da adotanda, no qual se afirma que a criança é fruto de planejamento do casal, que já vivia em união estável, e acordaram na inseminação artificial heteróloga, por doador desconhecido, em C.C.V. II. Debate que tem raiz em pedido de adoção unilateral - que ocorre dentro de uma relação familiar qualquer, onde preexistia um vínculo biológico, e o adotante quer se somar ao ascendente biológico nos cuidados com a criança -, mas que se aplica também à adoção conjunta - onde não existe nenhum vínculo biológico entre os adotantes e o adotado. III. A plena equiparação das uniões estáveis homoafetivas, às uniões estáveis heteroafetivas, afirmada pelo STF (ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto), trouxe como corolário, a extensão automática àquelas, das prerrogativas já outorgadas aos companheiros dentro de uma união estável tradicional, o que torna o pedido de adoção por casal homoafetivo, legalmente viável. IV. Se determinada situação é possível ao extrato heterossexual da população brasileira, também o é à fração homossexual, assexual ou transexual, e todos os demais grupos representativos de minorias de qualquer natureza que são abraçados, em igualdade de condições, pelos mesmos direitos e se submetem, de igual forma, às restrições ou exigências da mesma lei, que deve, em homenagem ao princípio da igualdade, resguardar-se de quaisquer conteúdos discriminatórios. V. Apesar de evidente a possibilidade jurídica do pedido, o pedido de adoção ainda se

Com a Lei 12.010/2009, toda adoção passa a ser regida pelo ECA, que tem, inclusive, aplicação subsidiária no caso de maiores (arts. 1618 e 1619 do CC/2002). Também não há mais adoção em cartório, pois toda adoção depende de sentença judicial (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Art. 1.618. A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009) Vigência

Art. 1.619. A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couber, as regras gerais da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009)

A adoção de nascituro não é regulamentada pela legislação (nem pelo CC/2002, nem na CF/88 e nem no ECA, mas havia previsão no CC/1916). Atualmente, ela é impossível em virtude da necessidade do estágio prévio de convivência entre adotando(a) e adotantes (art. 46 ECA).

A adoção pode ainda ser: i) **conjunta**, quando os adotantes devem ser casados ou viverem sob união estável;

submete à norma-princípio fixada no art.43 do ECA, segundo a qual "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando". VI. Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas "(...)têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais. O ambiente familiar sustentado pelas famílias homo e heterossexuais para o bom desenvolvimento psicossocial das crianças parece ser o mesmo". (FARIAS, Mariana de Oliveira e MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi in: Adoção por homossexuais: a família homoparental sob o olhar da Psicologia jurídica. Curitiba: Juruá, 2009, pp.75/76). VII. O avanço na percepção e alcance dos direitos da personalidade, em linha inclusiva, que equipara, em status jurídico, grupos minoritários como os de orientação homoafetiva - ou aqueles que têm disforia de gênero - aos heterossexuais, traz como corolário necessário a adequação de todo o ordenamento infraconstitucional para possibilitar, de um lado, o mais amplo sistema de proteção ao menor - aqui traduzido pela ampliação do leque de possibilidades à adoção - e, de outro, a extirpação dos últimos resquícios de preconceito jurídico - tirado da conclusão de que casais homoafetivos gozam dos mesmos direitos e deveres daqueles heteroafetivos. VII. A confluência de elementos técnicos e fáticos, tirados da i) óbvia cidadania integral dos adotantes; ii) da ausência de prejuízo comprovado para os adotados e; iii) da evidente necessidade de se aumentar, e não restringir, a base daqueles que desejam adotar, em virtude da existência de milhares de crianças que longe de quererem discutir a orientação sexual de seus pais, anseiam apenas por um lar, reafirmam o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem, quanto à possibilidade jurídica e conveniência do deferimento do pleito de adoção unilateral. Recurso especial NÃO PROVIDO. (REsp 1281093/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 04/02/2013).

e ii) **post mortem (art 42, §6º ECA)**, desde que exista a manifestação prévia e inequívoca de vontade do adotante.

Os pais ou representantes do adotando devem consentir com a adoção (art. 45 ECA). Em caso de pais desconhecidos ou ausentes, deve haver citação por edital e nomeação de curador. Se o adotando tiver mais de 12 anos, também deve manifestar seu consentimento.

O cadastro de adotantes possui preferência cronológica, mas não é absoluta. Deve ser relativizada em função da afetividade e melhor interesse do menor.

Procedimento

Para dar início ao processo de adoção, o primeiro lugar a ser procurado pelos interessados é o Juizado da Infância e da Juventude da cidade ou Comarca que residem, onde farão a inscrição no cadastro de pretendentes à adoção.

Próximos Passos:

- Após a inscrição, os interessados passam por uma entrevista no Setor Interprofissional;
- São apresentados os documentos necessários;
- É feita a análise da documentação;
- Um assistente social visita o adotante em casa para conhecer sua rotina;
- É iniciado o processo de escolha da criança;
- Em alguns casos, é dada a guarda temporária da criança para o adotante, como período de experiência e de avaliação;
- Se o adotante passar pelas avaliações, é dado início ao Processo de Adoção propriamente dito na Justiça;
- A adoção é efetivada com a sentença do juiz aprovando ou não o pedido.

Documentos necessários para habilitação:

- 1 - Requerimento dirigido ao Juizado da Infância e da Juventude;
- 2 - Atestado de Antecedentes Criminais;
- 3 - Atestado de Sanidade física e Mental;
- 4 - Comprovante de Rendimentos;
- 5 - Comprovante de Residência;

- 6 - Certidão de Casamento ou Nascimento, se solteiros;
- 7 - Carteira de Identidade;
- 8 - CPF.

O STJ já se manifestou pela possibilidade do padrasto pedir a adoção de enteado(a) e a destituição do poder familiar do pai biológico; bem como concedeu a adoção aos avós de uma menina de 8 anos grávida e de seu filho.

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.
2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração.
3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade.
4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual "confusão mental e patrimonial" decorrente da "transformação" dos avós em pais.

5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva.

6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1448969/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 03/11/2014)

O art. 48 do ECA estabelece ainda o direito à ascendência genética, qual seja, o direito de o adotado de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

No caso da adoção internacional, há especificidades previstas nos arts. 51 a 52 “D” do ECA e no do Ministério da Justiça⁵⁹.

59 <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/entidades-sociais/organizacoes-estrangeiras/adocao-internacional>.



Atividade Item 18.1

Responda à seguinte pergunta:

Maria era solteira e tinha dois filhos de pais diferentes: Antônio, de 1 ano e; Marcos, de 2. Um dia, aceitou transportar uma encomenda de entorpecentes para um namorado. Deveria ir de ônibus entre São Paulo e Rio de Janeiro, entregando a droga para um intermediário a ser oportunamente identificado, na própria rodoviária do Rio de Janeiro. Após uma denúncia anônima, Maria foi presa em flagrante, no Terminal Rodoviário do Tiête, em São Paulo, com cinco quilogramas de cocaína. Foi processada e julgada (em definitivo) a 7 anos de reclusão. Por não ter familiares próximos, seus filhos foram encaminhados para um lar substituto. Após dois anos, o casal que os recebeu decidiu adotá-los. Diante da situação, o Ministério Público Estadual pediu a extinção do poder familiar de Maria sobre as crianças, opinando favoravelmente à adoção. Na qualidade de Magistrado(a), o que você faria? Fundamente.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



CAPÍTULO 19

Alimentos



19 Introdução

Alimentos é o conjunto das prestações necessárias para a vida digna do indivíduo. São fixados com base no trinômio necessidade-possibilidade-razoabilidade (ou proporcionalidade). Os alimentos não podem representar um prêmio para quem recebe e nem uma punição para quem paga. Não há qualquer determinação legal sobre um valor percentual sobre o salário de quem paga, tampouco valores mínimo ou máximo para essa prestação. Os alimentos podem ser prestados em dinheiro e/ou em natura. Os alimentos podem ser indexados ao salário mínimo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Segundo Orlando Gomes (2002, p. 427), os alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. Têm por finalidade fornecer a um parente, cônjuge ou companheiro o necessário à sua subsistência. Já para Gonçalves (2011, p. 498):

O vocábulo “alimentos” tem, todavia, conotação muito mais ampla do que na linguagem comum, não se limitando ao necessário para o sustento de uma pessoa. Nele se compreende não só a obrigação de prestá-los, como também o conteúdo da obrigação a ser prestada. A aludida expressão tem, no campo do direito, uma acepção técnica de larga abrangência, compreendendo não só o indispensável ao sustento, como também o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando.

A obrigação alimentar em Direito de Família é decorrente do parentesco (casamento, união estável, não interessando o sexo). É recíproca em linha reta e não se

estende aos colaterais (art. 1696 do CC/2002). Os alimentos possuem caráter subsidiário. **São solidários no caso do idoso, podendo ele optar entre os prestadores (art. 12 Estatuto do Idoso).** Os alimentos são transmissíveis aos herdeiros, o que significa que o credor de alimentos pode habilitar seu crédito no inventário, podendo exigir alimentos até as forças da herança, previsão essa inexistente no CC de 1916. Via de regra, o patrimônio pessoal dos herdeiros é preservado, exceto se um deles for legitimado ao pagamento dos alimentos. Os alimentos são irrepetíveis, ou seja, uma vez pagos, não podem ser devolvidos, ainda que posteriormente considerados indevidos. No entanto, existe uma certa flexibilidade para impedir a litigância de má-fé. O direito aos alimentos é imprescritível, mas as parcelas vencidas podem prescrever em dois anos (art. 206, §2º CC/2002) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Os alimentos são irrenunciáveis (art. 1707CC/2002). Admite-se a renúncia entre (ex)cônjuges, em acordo judicial de divórcio. A vedação à cessão significa que são pessoais. Não podem ser compensados por dívida, ainda que com o devedor de alimentos. Também são impenhoráveis (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A Lei 11.804/2008 disciplina especificamente o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido, de modo que a mulher gestante tem direito a alimentos para cobrir despesas adicionais durante a gravidez. O titular dos alimentos, na verdade, é o nascituro. Para fixação dos alimentos, deve haver indícios de paternidade, não se exige prova cabal pré-constituída. Se a paternidade posteriormente for verdadeiramente negada,

cabe ao pagador processar o verdadeiro genitor (por enriquecimento sem causa) (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Segundo a doutrina há 3 tipos de alimentos: i) legais de direito de família; ii) convencionais ou voluntários (decorrentes da vontade do prestador, que não é obrigado por lei ao pagamento, podendo decorrer de contrato ou legado) e; iii) legais de direito obrigacional (quando decorrentes, por exemplo, da prática de ato ilícito). No entanto, há muitas outras classificações (cf.GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

Prescreve o Código Civil que:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Art. 1.697. Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

Art. 1.702. Na separação judicial litigiosa, sendo um dos cônjuges inocente e desprovido de recursos, prestar-lhe-á o outro a pensão alimentícia que o juiz fixar, obedecidos os critérios estabelecidos no art. 1.694.

Art. 1.703. Para a manutenção dos filhos, os cônjuges separados judicialmente contribuirão na proporção de seus recursos.

Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.

Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Art. 1.705. Para obter alimentos, o filho havido fora do casamento pode acionar o genitor, sendo facultado ao juiz determinar, a pedido de qualquer das partes, que a ação se processe em segredo de justiça.

Art. 1.706. Os alimentos provisionais serão fixados pelo juiz, nos termos da lei processual.

Art. 1.707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Art. 1.708. Com o casamento, a união estável ou o concubinato do credor, cessa o dever de prestar alimentos.

Parágrafo único. Com relação ao credor cessa, também, o direito a alimentos, se tiver procedimento indigno em relação ao devedor.

Art. 1.709. O novo casamento do cônjuge devedor não extingue a obrigação constante da sentença de divórcio.

Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido.

A culpa em sede de alimentos não tem muito sentido desde a PEC do Amor. Segundo o art. 1704 do CC/ 2002, serve apenas para subsidiar a forma de cálculo nos casos de necessidade. No divórcio litigioso, o juiz fixa os alimentos. No divórcio extrajudicial ou judicial consensual, o próprio acordo define. Para menores, é sempre obrigatório, sendo esta norma cogente(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

O art. 528 o CPC prevê a prisão civil do devedor de alimentos de um a três meses. Esta só vale para alimentos decorrentes do direito de família. Pede-se a prisão em virtude das três últimas parcelas vencidas. A doutrina defende a possibilidade de o devedor idoso cumprir a medida em regime aberto ou semi-aberto(GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A Lei 5.478/1968 disciplina a ação de alimentos, estabelecendo seu rito para casados ou para quem tiver certidão de nascimento (exige prova pré-constituída de parentesco). Esse procedimento autoriza a fixação imediata (liminar) de alimentos provisórios (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A revisão, exoneração e extinção dos alimentos é possível, não havendo uma limitação temporal objetiva delineada em lei para obrigação alimentar. A obrigação persiste enquanto estiverem presentes os pressupostos de necessidade, possibilidade e razoabilidade. Dessa forma, é vedada a exoneração automática dos alimentos. Nesse sentido, dispõe o Código Civil:

Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o

interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694.

Art. 1.701. A pessoa obrigada a suprir alimentos poderá pensionar o alimentando, ou dar-lhe hospedagem e sustento, sem prejuízo do dever de prestar o necessário à sua educação, quando menor.

Parágrafo único. Compete ao juiz, se as circunstâncias o exigirem, fixar a forma do cumprimento da prestação.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2014), o comportamento indigno (genérico) ou formação de família pode provocar a exoneração dos alimentos, nos termos do art. 1708 do CC/2002.

19.1 Alimentos e o Código de Processo Civil de 2015.

O CPC deixou de evocar para si a responsabilidade referente à tramitação das ações de alimentos, permanecendo em vigor a Lei de Alimentos. Segundo Maria Berenice Dias:

A lei processual toma para si tão só a execução dos alimentos, revogando os artigos 16 a 18 da Lei de Alimentos (CPC 1.072 V). Dedicar um capítulo ao cumprimento de sentença e de decisão interlocutória (CPC 528 a 533) e outro para a execução de título executivo extrajudicial (CPC 911 a 913).

Destaque-se que há dois ritos possíveis quando da execução dos alimentos: a) pelo rito da prisão (CPC 528 e 911), este referente às últimas 3 parcelas e; da expropriação (CPC 528 § 8º e 530), referentes às demais parcelas.

Ainda, pode-se pleitear o desconto na folha de pagamento do devedor (CPC 529 e 912).



Atividade

Item 19.2

Responda à seguinte pergunta:

João prestava alimentos à sua filha Maria, cuja guarda unilateral era exercida por Gabriela, ex-esposa de João e mãe de Maria. Um dia, após se desentender com Gabriela, João decide, por conta própria parar de pagar os alimentos, e assim o fez. Por orgulho, Gabriela não reclamou as prestações vencidas e não pagas, vivendo apenas com seu salário. Passados 5 anos, Gabriela adoeceu e perdeu o emprego. Diante do momento de dificuldade, decidiu procurar um advogado(a) para regularizar o pensionamento. Na qualidade de advogado(a) de Gabriela, quais providências tomaria? Explique.

Para acessar as respostas destas atividades utilize o QR-code abaixo:



Referências Bibliográficas

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil**. v. 19. São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. Art. 4º ECA. IN: **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Munir Cury (coord.). São Paulo : Malheiros, 2010, p. 43-44.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Manual de direito das famílias**. 11ª. ed. rev., atualiz. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família (Vol.5)**. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FACHIN , Luiz Edson. **Código Civil comentado**. São Paulo, Atlas, 2003, v. XV.

GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família (Vol. 6)**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família (Vol. 6)** - 8. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. (Vol. 5)**. ed, rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. (Vol. 6)**, 7. ed, rev, atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Justiça do Ceará reconhece multiparentalidade**. ASCOM/IBDFAM. Publicado em 06 jun. 2015. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/>

5623/

Justi%C3%A7a+do+Cear%C3%A1+reconhece+multiparentalidade%22>.

IBGE. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/>. Acessado aos 28 de janeiro de 2020.

_____. **Registro Civil (2013).** Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/registrocivil/2013/default_xls.shtm. Acessado aos 23 de julho de 2015.

LIMA JR., F.C.A. O Suprimento de Idade para Matrimônio Frente à Modificação Penal. **Revista Direito e Liberdade**, Mossoró, v. 3, n. 2, p. 335 – 350, set. 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA ALVES, J. C. **Direito Romano (Vol. II).** Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PELUSO, Cezar. **Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência.** Lei n. 10.406, de 10.01.2002. coordenador Cezar Peluso. 4. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2010. Vários autores.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 24. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

_____. **Instituições de Direito Civil.** Atualização de Tania Pereira da Silva. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, Vol. 5.

_____. **Instituições de Direito Civil.** Vol. V – 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** Vol. 6. 28. ed. Atualização de Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado.** Coordenação de Ricardo Fiuza. São Paulo: Saraiva, 2002.

TARTUCE, F. **Manual de Direito Civil (Vol. Único).** 2ª. ed. São Paulo:

Método, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares. A nova família: problemas e perspectivas.** Rio de Janeiro: Renovar, p. 48, 1997.

TERUYA, Marisa Tayra. A família na historiografia brasileira. Bases e perspectivas teóricas. **Encontro Nacional de Estudos Populacionais**, v. 12, p. 23-27, 2000.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

Sobre os Autores

SERGUEI AILY FRANCO DE CAMARGO

Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992), mestrado em Conservação e Manejo de Recursos, área de concentração Gestão Integrada de Recursos, pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1998), doutorado em Aqüicultura em Águas Continentais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), pós-doutorado em Ecologia pelo NEPAM/UNICAMP (2004), pós-doutorado em Ecologia pela UNESP/IB - Rio Claro (2012) e pós-doutorado em Agroecologia pela UERR (2017). Atualmente é professor Doutor Nível I junto à Universidade Estadual de Roraima, professor Titular I, em regime de tempo parcial, do Centro Universitário Estácio Atual (antiga Faculdade Estácio Atual - Boa Vista, RR), junto ao Curso de Graduação em Direito e professor horista das Faculdades Cathedral de Boa Vista, junto aos cursos de Direito e Psicologia. É também Assessor Jurídico de Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima, atuando na área Cível. Foi Professor Visitante junto a Universidade Federal de Roraima, atuando junto ao Núcleo de Estudos Comparados da Amazônia e do Caribe (NECAR) e ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Amazônia (entre 02/2013 e 05/2014). Tem experiência nas áreas de Direito e Ecologia, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: direito ambiental, direito indígena, ecologia humana e Amazônia.



VILMAR ANTÔNIO DA SILVA

Mestre em Desenvolvimento Regional da Amazônia, Especialista em Educação e graduado em Direito. Atua como professor do curso de Direito da Faculdade Cathedral de Boa Vista-RR. É Consultor e Assessor Jurídico da Defensoria Pública do Estado de Roraima. É professor de Inglês, Intérprete e Militar do Exército (reserva). É editor dos sites "professorvilmar.com" e "Pesquisa em Pauta".



THAÍSA RODRIGUES LUSTOSA DE CAMARGO

Assessora Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas, pesquisadora, Doutora em Ciências do Ambiente e Sustentabilidade na Amazônia pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas (UEA), Especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Pesquisa Educacional. Atua principalmente na área de direito ambiental.



1ª Edição - 2020.

ISBN 978-65-990458-6-8



9 786599 045868 >

