

**UNIFEOB**

**CURSO DE DIREITO SÃO JOÃO DA BOA VISTA/SP**

***GUTTA CAVAT LAPIDEM NON VI SED SAEPE CADENDO!***

(Verso de Ovídio, poeta latino, que se traduz: A gota escava a pedra não pela força, mas caindo sempre. Equivale a um ditado nosso que diz “água mole em pedra dura tanto bate até que fura”. Quer dizer: deve-se persistir sempre.)

**Ano letivo de 2011**

**DIREITO CIVIL - 2º ANO**

**DIREITO DE FAMÍLIA**

***(Roteiro para estudo)***

**ACADÊMICO(A):** \_\_\_\_\_

**RA:** \_\_\_\_\_

**Nº** \_\_\_\_\_ **/SÉRIE E TURMA:** \_\_\_\_\_ **/PERÍODO:** \_\_\_\_\_

**Endereço:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ **/Fone:** \_\_\_\_\_

**DOCTRINA RESUMIDA**

**IMPORTANTE:** Este caderno não substitui o estudo das fontes referidas na bibliografia relacionada neste caderno. É imprescindível consultar as fontes. **RECOMENDÁVEL A CONSULTA DA ÚLTIMA EDIÇÃO DAS SEGUINTE OBRAS:**

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. 5.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, v. VI. (OBRA BÁSICA)

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 2.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, v. 6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, v. VI.

***Só conheço uma forma eficaz de saber Direito: estudar, estudar e estudar.***

***Prof. José Luiz Molina***

DIREITO CIVIL -DIREITO DE FAMÍLIA - PROF. JOSÉ LUIZ MOLINA

TEXTOS DE APOIO PARA USO DIDÁTICO PELOS ALUNOS COM O OBJETIVO PRECÍPUO DE FACILITAR A COMPREENSÃO DE TEXTOS MAIS ELABORADOS E COMPLEXOS PRODUZIDOS POR DOUTRINADORES CONSAGRADOS, SERVINDO MAIS COMO ORIENTAÇÃO E ESTÍMULO PARA TRABALHOS DE PESQUISA.

### *ILUSTRES UNIVERSITÁRIAS E UNIVERSITÁRIOS:*

*Bem-vindos ao **segundo ano** de Direito, especificamente, às aulas de Direito de Família e Sucessões. Um ano já se passou. Sem que percebam, logo estarão concluindo o Curso e deverão enfrentar outra sorte de dificuldades porque a vida sem dificuldades não teria a menor graça. Passar em brancas nuvens, conforme diz o poeta, não é viver.*

*Façam deste caderno bom proveito. Que ele sirva de ponte entre vocês e os livros jurídicos. O caderno não é, por si só, suficiente. Deve haver pesquisas em obras de autores consagrados, assim como a jurisprudência deve ser sempre procurada. É o direito ao vivo, do dia a dia, sendo aplicado.*

*Não deixem para estudar apenas nas provas. Estudem desde já. Não se arrisquem a amargar uma segunda época ou, o que é pior, uma dependência. Só deixem de vir às aulas por motivo inarredável. Sejam assíduos e, acima de tudo, atenciosos. Meu desejo é que tirem o máximo proveito do que for ensinado e que sejam futuros **OPERADORES DO DIREITO** com absoluto sucesso. Cada vitória de vocês será para mim motivo de júbilo e orgulho. Silenciosamente, estarei torcendo por todos. Não tenham a menor dúvida.*

***Que DEUS me ilumine para ser capaz de ensiná-los! Que DEUS os ilumine para que não encontrem dificuldades para aprender!***

*(APRESENTANDO-ME: Nasci em São Sebastião da Gramma, cidade onde resido até hoje. Sou casado e tenho 4 filhos, dos quais muito me orgulho. Afastado, hoje, da política, exerci, em minha cidade, os cargos de Vereador e Vice-Prefeito. Fui Presidente da Subseção da OAB/SP por três gestões, uma na Subseção de S. J. do Rio Pardo/SP e outra na de S. S. da Gramma/SP. Sou bacharel em Letras pela F.F.C.L. de S. José do R. Pardo, Pedagogia pela F.F.C.L. de Guaxupé e Ciências Jurídicas e Sociais, aqui, pela FEOB, **com a primeira turma**. Exerço a advocacia desde 1971. Professor efetivo de Português no Estado, lecionei por 31 anos, aposentando-me por tempo de serviço. Sou concursado como Diretor de Escola. Lecionei na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São José do Rio Pardo, por cerca de 8 anos. Fui Assessor Jurídico da Prefeitura por 11 anos e da Câmara Municipal por 2 anos, em minha cidade. Tenho curso de especialização em Semiótica pela Faculdade Barão de Mauá de Ribeirão Preto e Mestrado em Direito Civil pela Universidade Paulista de Campinas. Fui Coordenador deste Curso de Direito por dois anos e sete meses. **ESTAVA ESQUECENDO-ME DE DIZER UMA COISA IMPORTANTE: SOU PALMEIRENSE!***

### **ATENÇÃO:**

**TRAZER CONSIGO SEMPRE O CÓDIGO CIVIL ATUALIZADO, DE PREFERÊNCIA O “VADE MECUM”.**

### CRITÉRIOS PARA APROVAÇÃO:

*Vamos pactuar os seguintes critérios para aprovação em nossa disciplina?*

1. Aplicaremos duas avaliações, **na forma dissertativa**, durante o semestre, com questões sobre temas que estão em estudo, sem consulta, valendo 5 pontos cada uma. Essa prova será uma das notas que comporá a média do semestre.
2. Ao final do semestre, faremos uma prova, **na forma objetiva(teste)**, com toda a matéria, permitindo-se a consulta apenas ao Código Civil “seco”, constituindo a outra nota que comporá a média semestral.
3. À média poderá ser acrescentado 1(um) ponto como PRÊMIO DE ASSIDUIDADE, desde que o aluno tenha cem por cento de presença.
4. Eventualmente, poderá avaliada a participação em sala de aula, consistente em exercícios, trabalhos e arguições orais, que será se traduzirá em pontos acrescentados à média.
5. Os acréscimos previstos nos itens 3 e 4 são sempre sem prejuízo representando um “plus”, um “bônus”, respeitando-se a média obtida pela soma das notas.
6. Haverá, ainda, acréscimo na média de um ou meio ponto para os alunos que tiverem sucesso no testão, conforme orientação do Senhor Coordenador.
7. Qualquer eventual modificação ulterior será discutida com os caros acadêmicos.

MAS LEMBREM-SE: O IMPORTANTE NÃO É A NOTA, MAS O CONTEÚDO QUE ESSA NOTA POSSA REPRESENTAR. QUEM ESTUDA, NUNCA TEM NADA A PERDER. SÓ A GANHAR. NINGUÉM VAI ARREPENDER-SE MAIS TARDE DO TEMPO QUE GASTOU ESTUDANDO, MAS, COM ABSOLUTA CERTEZA, ARREPENDER-SE-Á DO TEMPO PERDIDO NOS ...BARES, BOTECOS, BALADAS E ANTROS QUE CONTAMINAM O CORPO E COMPROMETEM, DE FORMA IRREVERSÍVEL, O ESPÍRITO E A MENTE E ETC ETC ETC... ESTAREI SEMPRE À DISPOSIÇÃO PARA RESOLVER SUAS DÚVIDAS.

<u>ÍNDICE</u>	<u>PÁG.</u>
1.FILIAÇÃO. RELAÇÕES DE PARENTESCO.....	5
2. DIREITO DE FAMÍLIA: NOÇÃO, IMPORTÂNCIA, ABRANGÊNCIA E .....	6
3.PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	10
4.NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA.....	11
5.CASAMENTO. CONCEITO.....	12
6.NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO.....	13
7.HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO.....	15
8.CASAMENTO RELIGIOSO COM EFEITOS CIVIS.....	18
9. IMPEDIMENTOS OU CAUSAS IMPEDITIVAS.....	19



### 1.FILIAÇÃO. RELAÇÕES DE PARENTESCO.

1. FILIAÇÃO é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda, ser uma relação **socioafetiva** entre pai adotivo e filho adotado ou advindo de inseminação artificial **heteróloga**. FILIAÇÃO É A PRINCIPAL RELAÇÃO DE PARENTESCO. *Como se acha o grau? Que é linha reta e linha colateral, também chamada de transversal ou reflexa? Que é parentesco por afinidade e por consaguinidade?*

2. Já vimos relações de parentesco, mas impende acrescentar que o parentesco pode ser tomado em dois sentidos, **estrito e amplo**.

2.1.**Estrito**: parentesco apenas **consanguíneo**, ou seja, pessoas que descendem umas das outras ou de um **mesmo tronco**;

2.2.**Amplo**: compreende também o parentesco por **afinidade, por adoção e de outra origem**, como algumas modalidades de técnicas de reprodução medicamente assistida, que, nos países de língua francesa, é chamada de *procréation médicalement assistée*.

3. Segundo o art. 1.593 do CCB, existe o parentesco **natural** e o **civil**. **Natural** é o parentesco por **consanguinidade**. **Civil** é o parentesco **criado pela lei**, como o parentesco por **afinidade** ou **outra origem** como a adoção, por exemplo. Segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (obra já referida), ao utilizar o legislador a expressão **outra origem** “abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que, embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo”. O afeto que une pais e filhos é mais importante do que a origem biológica-genética, reconhece, **hodiernamente**, a nossa realidade jurídica.

**4. O parentesco tem importância até certo grau porque, a partir de determinado grau, os laços de sangue vão se apagando, tornando-se tênues demais para manter essa ligação.**

4.1. os parentes têm direito à sucessão e alimentos e não podem casar uns com os outros, na linha **reta** e, **em certo grau**, na linha **colateral**.

4.2. o juiz não pode atuar em processos em que funcione como advogado da parte seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta ou, na linha colateral, até o segundo grau(CPC, art. 134,IV).

4.3. o juiz não pode atuar em processo em que seja parte seu cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau(CPC, art.134, V).

4.4. Não poderá ser feita a citação, a não ser para evitar perecimento do direito, ao cônjuge ou a qualquer parente do morto, consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na linha colateral em segundo grau, no dia do falecimento e nos sete dias seguintes(CPC, art. 217,II).

4.5. São impedidos de depor, como testemunhas, “o cônjuge, bem como o ascendente e o descendente em qualquer grau, ou colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público, ou, tratando-se de causa relativa ao **estado da pessoa**, não se puder obter de outro modo a prova, que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito”(CPC, art. 405, § 2º, inciso I).

4.6. HÁ OUTROS EXEMPLOS DE NATUREZA ELEITORAL E PENAL. PESQUISEM.

---

## 2. DIREITO DE FAMÍLIA: NOÇÃO, IMPORTÂNCIA, ABRANGÊNCIA E FINALIDADE.

1. O Código Civil **não** define o que vem a ser a família. Só a doutrina.

2. O Direito Civil considera **família** as pessoas unidas por relação conjugal ou de parentesco em uma definição mais **restrita**. *Lato sensu*, isto é, em uma definição mais ampla, “*família* abrange todas as pessoas ligadas pelo vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins”(GONÇALVES, Carlos Roberto.*Direito Civil Brasileiro*. 6ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, v. VI, 2009, p. 1).

3. Em síntese, **o direito de família** estuda as relações das pessoas unidas pelo matrimônio, as relações dos que convivem em uniões sem o casamento, a situação dos filhos e relações dos filhos com os pais, da proteção dos filhos por meio da **tutela** e dos incapazes por meio da **curatela**. *A propósito, V. sabe a diferença entre tutela e curatela, no que se refere às pessoas que são postas nessa situação?*

4. O direito de família possui forte **conteúdo moral e ético**, considerando-se as relações patrimoniais secundárias. *Por isso, ninguém deveria casar por interesse...*

5. O **casamento** é ainda o **núcleo** em torno do qual gravita o direito de família, mas **as uniões sem casamento**, já há algum tempo, **têm recebido ampla proteção do Estado**.

6. Temos, como já dito, um **conceito amplo** para considerar a família como o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar, compreendendo os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge que são denominados parentes por afinidade ou afins. *A propósito, V. acha que cônjuge é considerado parente? Assim, marido e mulher são parentes?*

7. Em conceito restrito, família abrange apenas o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o **pátrio poder**, hoje **poder familiar**.

8. Voltando ao tema da família, relevantíssimo ressaltar o que estatui um mandamento constitucional:

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

*Por quê? Porque a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado. É o núcleo fundamental em que se sustenta toda a organização social. É um instituição necessária e sagrada.*

9. Com a **Constituição de 1988**, não são apenas as uniões pelo casamento passaram a ter a proteção do Estado e reconhecimento como entidades familiares. Também, como dito, as uniões sem o casamento passaram a ser consideradas entidades familiares, gozando proteção do Estado. *Vide*, a respeito, o estatuído no § 3º do artigo acima da CF:

“Para efeito de 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.”

10. Entretanto, a Constituição foi mais além. Não apenas as uniões sem o casamento passaram a ter a proteção do Estado como **entidades familiares**. *Vide* o que reza o § 4º do art. 226 da Carta Maior:

“Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

É a chamada **família monoparental**. *Uma mãe solteira que viva apenas com seu filho é uma entidade familiar, ou seja, é considerada família? Sim. A Lei Magna alterou o conceito de família para proteger não apenas a família que se origina do casamento, mas também a constituída pela união estável e a formada por qualquer dos pais e seus descendentes(família monoparental).*

**ATENÇÃO:** SEGUNDO M.H.D.( op.cit.), existem as seguintes espécies de família::

1. família matrimonial baseada no casamento.
2. família não-matrimonial oriunda de relações extraconjugais(união estável).
3. família adotiva estabelecida por adoção, que, juntamente com a guarda e tutela, configurará a família substituta..
4. a família monoparental formada por um dos genitores e a prole.

\*\*\*\*\*

### **RECAPITULANDO...**

1. Direito de família é o mais importante de todos os ramos do direito porque está ligado intimamente à própria vida já que as pessoas provêm, em geral, de um organismo familiar ao qual continuam vinculadas ainda que venham a formar nova família. Dispõe o *caput* do art. 226 da Constituição Federal: *A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.*

2. Tem a família total proteção do Estado porque:

- é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado;
- é o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.
- é vista como instituição necessária e sagrada.

3.*Lato sensu*, o vocábulo família compreende:

- a) os cônjuges( relação conjugal),
- b) os parentes( unidos pelo sangue)
- c) e os afins( relação por afinidade entre um cônjuge e os parentes do outro).

4. As leis em geral dizem respeito mais à chamada **pequena família** constituída pelos pais e sua prole, isto é, mães, pais e filhos(*stricto sensu*).



5. O objeto do direito de família regula as relações existentes entre os seus diversos membros e as influências que exercem sobre as pessoas e bens.

6. O direito de família constitui o ramo do direito civil que trata:

- a) do casamento,
- b) da união estável
- c) e da família monoparental. Trata das relações pessoais e patrimoniais entre os cônjuges e os companheiros, das relações entre pais e filhos, definindo-se as diversas espécies de filiação e o conceito de **poder familiar**, além de tratar da tutela e da curatela. Envolve, pois, relações **pessoais, patrimoniais e assistenciais**.

7. O Código Civil de 2002 dedica o Livro IV da Parte Especial ao direito de família( *Vide o Código*).

\*\*\*\*\*

#### **PARA ACEITAR OU REPELIR:**

*O casamento indissolúvel é dissolvido pelo divórcio, pela morte e pelo tédio. ( Carlos Drumond de Andrade)*

*Um casamento feliz é uma longa conversação que sempre parece breve demais. ( André Maurois)*

*Os grilhões do casamento são tão pesados que é preciso duas pessoas para carregá-los; às vezes, três. ( Dumas Filho)*

*O colo das mães é o primeiro banco de escola. ( Durkheim)*

*Vivi debruçado sobre os Códigos e posso dizer-vos que a sociedade e os Códigos não encontram solução para o problema do amor.(Humberto de Campos)*

\*\*\*\*

#### **UM POUCO DE LATIM ...**

“...vem, pelo procurador que **infra** assina, **ut** mandato incluso, nos termos dos arts. 135 **usque** 138 do Código de Processo Civil, requerer a Vossa Excelência se digne conceder...”

*infra*: abaixo; *ut*: conforme; *usque*: até.

**UM POUCO DE POESIA TAMBÉM:** “O POETA É UM FINGIDOR / FINGE TÃO COMPLETAMENTE / QUE CHEGA A FINGIR QUE É DOR/ A DOR QUE DEVERAS SENTE.”(Fernando Pessoa)

\*\*\*\*\*

NO QUE OS ALUNOS NÃO PRESTAM ATENÇÃO: **EXCEÇÃO**, MAS NO LUGAR DE MAIS, **HÁ**(FAZ) NO LUGAR DE **A**, COMEÇAR FRASE COM PRONOME OBLÍQUO ÁTONO E FAZEM E NÃO FAZ. Fazem três anos. E NÃO SE ESQUEÇAM:. ACENTOS GRÁFICOS EXISTEM PARA SER USADOS.

\*\*\*\*\*

### 3.PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA

Esse que é o mais humano de todos os ramos do direito rege-se pelos seguintes princípios:

a) **Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana** - Decorre do disposto no art. 1º, III, da Constituição Federal:

*Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

*I-(...);*

*II-(...);*

*III- a dignidade da pessoa humana;*

b) **Princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros** no que diz respeito aos seus direitos e deveres:

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

*(...)*

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

*Vide, ainda, o art. 1.568 do CC;*

c) **Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos:**

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.*

*(...)*

§ 6º. *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.*);

**d) Princípio da paternidade responsável e planejamento familiar:**

**Art. 226.(...)**

(...)

§ 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.*

*Vide, também, art. 1.565, § 2º, do CC;*

e) **Princípio da comunhão plena de vida** baseada na **afeição** entre os cônjuges ou conviventes, conforme art. 1.511 do CC. O que importa mesmo é a família **socioafetiva**, onde prevalecem os laços de afetividade sobre os elementos meramente formais.

f) **Princípio da liberdade de constituir uma comunhão de vida familiar.** (*Vide arts. 1.513, 1.565, 1642 e 1643, 1.639, 1634.* O reconhecimento da **união estável** como entidade familiar, instituído pela Constituição de 1988, no art. 226, § 3º, mostra que se respeitam aqueles casais que desejam estabelecer uma comunhão de vida baseada no relacionamento afetivo. O conceito de família foi ampliado para abranger as **relações monoparentais**:

**Art. 226. (...)**

(...)

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

\*\*\*\*\*

*Mais latim...*

**Faleceu AB INTESTATO. (sem testamento). A ação deve ser anulada AB INITIO. (desde o início)**

**MAGISTRI AMANT DISCIPULUS, QUIBUS STUDIUM PLACET.**

**( O professor ama os alunos que gostam de estudar.)**

**MAGISTRATUM LEGEM ESSE LOQUENTEM .**

**(O Magistrado é a lei que fala.)**

\*\*\*\*\*

**4.NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO DE FAMÍLIA.**

No Direito de Família, predominam as normas imperativas, isto é, **normas de ordem pública** que não podem ser abolidas ou anuladas pela vontade dos particulares. São **normas cogentes**. Só excepcionalmente prevalece a autonomia da vontade como, por exemplo, na questão da escolha do regime dos bens.

*Qual o objetivo?* Estabelecer um regime de certeza e estabilidade das relações jurídicas familiares. No Direito de Família, há mais deveres do que direitos.

Outra característica, os direitos de família têm **natureza personalíssima**. São **irrenunciáveis** ou **intransmissíveis** por herança. Assim:

*Eu posso, por exemplo, renunciar a minha condição de filho? Posso?*

*Eu posso transferir para uma outra pessoa a minha condição de filho? Posso ou não posso?*

*Se minha mulher tiver um filho e eu ficar sabendo que o filho é do vizinho, eu posso passar para outro o direito que eu tenho de contestar, negar essa paternidade ? Posso?*

*Brício tem direito de pleitear alimentos. Ele pode ceder a Tício esse direito?*

*Caio vai mover uma ação de investigação de paternidade em desfavor de Túlio porque Caio nasceu de uma relação de Túlio com sua mãe fora do casamento. Caio pode transferir esse direito de mover a ação em seu nome para outra pessoa?*

A resposta a todas essas perguntas é **NÃO**. *Por quê?* Porque são direitos **personalíssimos** e como tais **irrenunciáveis** e **intransmissíveis**.

\*\*\*\*\*

**PARA REFLETIR:**

*"A sociedade não é senão o desenvolvimento da família ; se o homem sai corrompido do meio dos seus parentes, entrará corrompido na sociedade."(Jean Baptista Lacordaire)*

*"É com o trabalho que se combate a ociosidade." (L. A. Sêneca)*

Mais latim:

**-ABSOLVERE DEBET JUDEX POTIUS IN DUBIO QUAM CONDEMNARE.**(Na dúvida deve o juiz antes absolver do que condenar.)

**-ACTORI ONUS PROBANDI INCUMBIT.**(Incumbe ao autor o ônus da prova.)

\*\*\*\*\*

## 5.CASAMENTO. CONCEITO.

1. Definições nunca satisfazem. Mas ajudam.

Washington de Barros Monteiro:

“Casamento é o contrato de direito de família que regula a união entre marido e mulher”.

2. Concisa e precisa também a definição de José Lamartine Corrêa de Oliveira para quem o casamento é

“ o negócio jurídico de Direito de Família por meio do qual um homem e uma mulher se vinculam através de uma relação jurídica típica, que é a relação matrimonial. Esta é uma relação personalíssima e permanente, que traduz ampla e duradoura comunhão de vida”.

3. Definição feliz também é a do Código Civil português de 1966, no seu art. 1.577:

“Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas de sexo diferente que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código”.

4. Segundo M.H.D.( *op.cit.*), é a mais importante e poderosa de todas as instituições de direito privado por ser uma das bases da família. *E o que é a família, como já vimos?* A família é a pedra angular da sociedade. M.H.D. define o casamento como sendo

“o 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”.

---

## 6.NATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO

1. *Casamento é um ato? É um contrato? OU É UMA MISTURA DOS DOIS?*

É uma mistura dos dois. Tem natureza eclética ou mista. Casamento é um **ato complexo** e é, ao mesmo tempo, **contrato** e **instituição**. É um **contrato especial**, um contrato de direito de família com elevados interesses morais e pessoais e não tem o simples interesse econômico dos demais contratos, dos demais negócios jurídicos, como o contrato de compra e venda, por exemplo. Não deixa de ser um contrato porque requer a manifestação de vontade de ambos os nubentes. Mas, como se disse, um **contrato especial, elevado, por sua importância, à categoria de instituição**.

2. *Quais as características desse contrato especial, desse ato complexo?*

São:

a) é ato eminentemente **solene**;

b) as normas que o regulamentam são de **ordem pública**;

c) **estabelece comunhão plena de vida**, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges( *Vide o art. 1.511 do CC*), implicando união exclusiva(*Vide o art. 1.566, I: fidelidade recíproca e o art. 1.565, ambos do CC*);

d) representa união permanente( *Sic*) ( não entre nós, já que a **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977**, instituiu a dissolubilidade do casamento mediante o divórcio). A Constituição de 1988 reduziu o prazo da separação, no chamado divórcio-conversão, para um ano e criou o divórcio direto na separação de fato por mais de dois anos;

e) exige diversidade de sexos; *permite-se o casamento de homossexuais?* Não.

f) não admite termo ou condição;

g) permite a liberdade de escolha do nubente( *Vide art. 1.514 do CC*).

3. *Quais seriam as finalidades do casamento, isto é, para que se casa? Seria a procriação e educação dos filhos? Seria a satisfação sexual, o prazer do sexo? Seria a de dar o nome ao outro cônjuge? Seria a de dar o nome de ambos os cônjuges aos filhos? Seria para legalizar estados de fato?*

Todas elas são finalidades do casamento, mas, apesar de importantes, são finalidades secundárias. Na verdade, **a finalidade principal do casamento é estabelecer comunhão plena de vida**( *Vide o art. 1.511 do CC*).

Leiamos, com atenção, o que nos ensina SÉRGIO RESENDE DE BARROS para quem a família<sup>2</sup>

**é uma espécie de afeto que, enquanto existe, conjuga intimamente duas ou mais pessoas para uma vida em comum. É o afeto que define a entidade familiar. Mas não um afeto qualquer. Se fosse qualquer afeto, uma simples amizade seria família, ainda que sem convívio. O conceito de família seria estendido com inadmissível elasticidade. (...) o que identifica a família é um afeto especial, com o qual se constitui a diferença específica que define a entidade familiar. É o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno,**

<sup>2</sup> A ideologia do afeto, *Revista Brasileira do Direito de Família*, v. 14, p. 8 *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005, v. VI, p. 31.

em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum, que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição, até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico. Este é o afeto que define a família: é o *afeto conjugal*. (g.n.)

\*\*\*\*\*

*PARA REFLETIR:*

*"A sociedade não é senão o desenvolvimento da família ; se o homem sai corrompido do meio dos seus parentes, entrará corrompido na sociedade."*(**Jean Baptista Lacordaire**)

*"Se o fumante fizesse as contas de quanto gasta em cigarros e charutos, ficaria horrorizado, mas, talvez não deixasse de fumar. O mais provável é que passasse a pedir cigarros aos amigos."*(**Barão de Itararé**)

**EXPRESSÕES LATINAS DE USO COMUM**( As palavras latinas não têm acento gráfico):

-*Data maxima venia* : com o devido respeito.

-*Dura lex, sed lex* : a lei é dura, mas é lei.

-*In totum*: totalmente.

-*Ab initio* : desde o começo.

-*In albis*: em branco, sem manifestação

**PARA EDUCAR A SENSIBILIDADE: UM SONETO DE VINÍCIUS DE MORAES**

*SONETO DE FIDELIDADE*

De tudo, ao meu amor serei atento  
Antes, e com tal zelo, e sempre, e tanto  
Que mesmo em face do maior encanto  
Dele se encante mais meu pensamento.

Quero vivê-lo em cada vão momento  
E em seu louvor hei de espalhar meu canto  
E rir meu riso e derramar meu pranto  
Ao seu pesar ou seu contentamento.

E assim, quando mais tarde me procure  
Quem sabe a morte, angústia de quem vive  
Quem sabe a solidão, fim de quem ama

Eu possa me dizer do amor que tive:  
Que não seja imortal, posto que é chama  
Mas que seja infinito enquanto dure.

\*\*\*\*\*

**7.HABILITAÇÃO PARA O CASAMENTO**

*1. O que vem a ser o processo de habilitação para o casamento?*

O processo de habilitação compreende as formalidades preliminares, isto é, iniciais que devem ser atendidas para que as pessoas estejam aptas, isto é, habilitadas a se casarem. Essa habilitação é feita perante o oficial do Registro Civil, conforme consta do **art. 1.526 do CC**. *Vide* referido artigo.

*2. Qual a finalidade desse processo de habilitação?*

É para verificar se os nubentes atendem os requisitos legais para o casamento como:

- a) a capacidade;
- b) a inexistência de impedimentos matrimoniais;
- c) a necessidade de dar a maior publicidade possível desse desejo dos nubentes de se casarem.

O **art. 1.525 do CC** diz como os nubentes devem proceder e quais documentos são necessários para iniciar esse processo de habilitação. *Vide* referido artigo.

*3. Qual o requisito **fundamental**, isto é, essencial para ser possível o casamento?*

O **art. 1.514 do CC** responde a essa pergunta: tem que ser homem e mulher, ou seja, **diversidade de sexo**. Casamento de homem com homem ou mulher com mulher não é permitido pelo nosso ordenamento jurídico. Pelo menos, por enquanto. Mas pode mudar. Por enquanto, casamento entre pessoas de mesmo sexo é considerado **inexistente**.

Outros requisitos existem: consentimento dos nubentes, celebração do casamento na forma da lei, apresentação dos documentos referidos no **art. 1.525 do CC**.

*4. Onde os nubentes devem requerer a habilitação?*

Os nubentes devem requerer a habilitação no cartório de seu domicílio.

*5. E se um dos nubentes tem domicílio diferente do outro?*

Se diferente o domicílio, pode ser em qualquer um deles, mas o edital(os proclamas) deve ser afixado em ambos.

*6. E nubentes analfabetos, como fazem para assinar o requerimento?*

Se analfabetos, o requerimento é assinado a rogo, com duas testemunhas.

Os arts. 67 a 69 da LRP( Lei n. 6.015/73) tratam do procedimento da habilitação. Os proclamas são publicados em lugar visível no cartório e na imprensa do lugar, se houver( **Vide o art. 1.527, caput, do CC**).



A habilitação será homologada pelo juiz, depois que for ouvido a respeito o Ministério Público(CC, art. 1.526).

O edital (proclama) deverá ser publicado em cartório por quinze dias, no mínimo. Passados esses quinze dias, o oficial entregará aos noivos uma certidão que os habilita a casar-se dentro de noventa dias.

*7.E se os noivos não se casarem dentro desses noventa dias?*

*In casu*, essa certidão caduca.

*8. A publicação dos proclamas por quinze dias é sempre obrigatória ou comporta exceções?*

Em caso de urgência, pode ser dispensada a publicação dos proclamas( **Vide o art. 1.527, parágrafo único**). *Vide* a respeito também **o art. 1.540 do CC**.

*9. O oficial do registro tem a obrigação de informar os nubentes sobre os fatos que podem causar a invalidade do casamento e sobre os diversos regimes de bens para que os noivos escolham, de comum acordo, aquele que lhes convém?* Sim, trata-se de uma inovação( não havia antes) e está no **art. 1.528 do CC**.

Atentem para o art. 1.512 e seu parágrafo único do CC que regulamentou o art. 226, § 1º, da CF. Se um dos nubentes for divorciado no exterior, a habilitação para o casamento no Brasil depende de homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça(STJ), conforme a CF, art. 105, I, i), uma vez que produzirá efeitos aqui.

7. CAPACIDADE. *Vide* arts. 1.517 e 1.518 do CC.

8. SUPRIMENTO JUDICIAL DE IDADE: arts. 1.520 e 1.641, III, e S. 377(STF)

9.SUPRIMENTO JUDICIAL DO CONSENTIMENTO DOS REPRESENTANTES LEGAIS: arts. 1.517, parágrafo único, e art. 1.519. *Vide* também art. 1.641, III, e S. 377 do STF.

10. CELEBRAÇÃO. Por ser um negócio jurídico solene ( celebração *ad solemnitatem*) , o casamento obedece a normas de ordem pública, cercado de certo ritual a ser seguido obrigatoriamente com formalidades essenciais. Isso confere certeza de sua realização e facilita a prova em razão da ampla publicidade do ato. Sem o atendimento a esse rigor, o ato torna-se **inexistente**. Apenas no casamento nuncupativo e na conversão da união estável em casamento

não existe esse rigor. A presença de testemunhas é indispensável, não sendo testemunhas meramente **instrumentárias**, mas **participantes** de todo o ato como representantes da sociedade, podendo ter parentesco próximo com os nubentes. A **autoridade competente** para celebrar casamentos em nosso Estado é o **juiz de casamentos** do lugar onde se processou a habilitação( A CF prevê os juizados de paz de caráter eletivo) . A respeito da celebração em si e demais circunstâncias, *vide* arts. 1.514, 1.533, 1.534 e seus parágrafos, 1.535, 1.536, 1.537, 1.538, 1.539, 1.540, 1.541 e 1.542, todos do CC.

#### 8.CASAMENTO RELIGIOSO COM EFEITOS CIVIS.

11.1.Para o Cristianismo, o casamento é sacramento. Há povos em que prevalece o princípio de que a autoridade religiosa é a única competente para celebrar o casamento. No tempo do Império, no Brasil, havia apenas o casamento religioso, tendo validade, no princípio, somente o casamento católico já que o catolicismo era a religião oficial. Como havia pessoas que não pertenciam ao catolicismo, instituiu-se, por Decreto, o casamento entre pessoas de outras religiões. Dois meses após a proclamação da República, instituiu-se o casamento civil( Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890). A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, com a separação entre a Igreja e o Estado, dispôs, categoricamente: **“A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”**.

11.2. O Código Civil de 2002, ao contrário do Código de 1916, disciplina o casamento religioso, **exigindo a habilitação**, mas possibilitando duas opções:

a) que providenciem os nubentes a habilitação antes do casamento religioso(CC, art. 1.516,§1º);  
b) ou que seja feita a habilitação após a celebração religiosa(CC, art. 1.516,§2º). Assim, pode ser de duas espécies:

a) com **prévia habilitação**( art. 1.516, § 1º);

b) com **habilitação posterior à celebração religiosa** (art. 1.516, § 2).

11.3. O casamento religioso é equiparado ao casamento civil. Obtido o registro, o casamento religioso goza da equiparação *ex tunc*( art. 1.515). O efeito retroage ao momento em que foi contraído, o que indica a recepção total do casamento religioso. No tocante ao regime de bens, se não houve pacto, prevalece o da comunhão parcial de bens, exceto nos casos em que a lei impõe o regime da separação. *V. saberia dizer qual a grande vantagem de uma cerimônia única, presidida por autoridade religiosa, seja o padre, seja o pastor?*

12. CASAMENTO CONSULAR. É o celebrado por brasileiro no estrangeiro, perante autoridade consular brasileira, conforme art. 1.544 do CC.

13. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. É permitida pelo art. 1.726 do CC. É mais fácil o casamento do que a conversão já que a conversão só vale a partir da data em que se realizar o ato de seu registro. Desatende o art. 226, § 3º, da CF, que fala em **facilitar** a conversão da união em casamento.

\*\*\*\*\*

*PARA REFLETIR:*

*Todas as coisas mudam e nós com elas.*"(Matthias Bourbon)

*"... nunca escrevi, nem autorizei publicações anônimas contra quem quer que seja. Especialmente no que respeita ao exercício de minha profissão, acrescentarei, uma vez por todas, que não discuto senão nos autos, ou na imprensa consagrada à ciência do direito."*(Rui Barbosa)

*MAIS LATIM...*

*Jura novit curia*(o tribunal(o juiz) conhece os direitos(a lei.))

*Jus suum cuique tribuere*( a Justiça busca dar a cada um o que é seu.)

\*\*\*\*\*

## 9. IMPEDIMENTOS OU CAUSAS IMPEDITIVAS

1. *Que são impedimentos em relação ao casamento?*

R. Segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, “impedimentos são circunstâncias que impossibilitam a realização de determinado casamento”. Segundo CLÓVIS, impedimento é a “ausência de requisitos para o casamento”. Conforme CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “os impedimentos são, portanto, circunstâncias ou situações de fato ou de direito, expressamente especificadas em lei, que vedam a realização do casamento.

2. *Impedimento é o mesmo que incapacidade para o casamento?*

R. Não. Não se deve confundir **impedimento** com **incapacidade**.

O incapaz não pode casar-se com nenhuma pessoa, porque há um **obstáculo intransponível**. *Por exemplo, um menor de 10 anos não pode casar-se com nenhuma pessoa. É caso de incapacidade.*

Já o impedido apenas não está legitimado a casar com determinada pessoa. Assim, *o ascendente não pode casar com o descendente, mas pode casar com outra pessoa*. Trata-se, não de falta de capacidade, mas de legitimação, portanto, **impedimento**.

### 3. Qual o escopo dos impedimentos?

R. São finalidades de ordem moral e biológica. Assim, os impedimentos têm por objetivo preservar a **eugenia** (**Eugenia significa pureza da raça**) e a **moral familiar**, não permitindo a realização de casamentos entre parentes consangüíneos, por afinidade e adoção( CC, art. 1.521, I a V), a **monogamia**( art. 1.521, VI), proibindo o casamento de pessoas já casadas, além de evitar uniões que tenham **raízes no crime**( art. 1.521, VII).

### 4. Como se faz a distribuição dos impedimentos?

R. De acordo com o art. 1.521, I a VII, do CCB, distribuem-se em três categorias:

4.1. impedimentos resultantes do parentesco: I a V;

4.2. impedimento resultante de casamento anterior: inciso VI;

4.3. impedimento decorrente de crime( *impedimentum criminis*): inciso VII.

Por sua vez, os impedimentos resultantes do parentesco subdividem em:

a) impedimentos de consaguinidade( *impedimentum consanguinitatis*), entre ascendentes e descendentes e entre colaterais até o terceiro grau: incisos I e IV;

b) impedimento de afinidade( *impedimentum affinitatis*) que abrange os afins em linha reta: inciso II;

c) impedimentos de adoção: incisos III e V.

### 5. Explique a razão de ordem biológica para os impedimentos em relação ao parentesco próximo.

R. A falta de **vedação** do casamento entre parentes próximos por consanguinidade pode provocar o nascimento de filhos defeituosos. Por isso, o Código Civil não permite **núpcias incestuosas**. Trata-se de preocupação com a **eugenia**. Segundo San Thiago Dantas, “além das razões morais, existem outras, derivadas da eugenia, ciência que se ocupa da defesa da raça, pois é uma idéia mais ou menos aceita por quase todos os higienistas de hoje que a **endogamia** familiar favorece a decadência das raças e estimula a transmissão de taras familiares... A **exogamia** familiar, casamento contraído com pessoa de sangue diverso, favorece o desenvolvimento da raça, do mesmo modo que o casamento com pessoas do mesmo sangue favorece sua decadência”. Assim,

há, para essa proibição, **razões de ordem moral e biológica**. A **concupiscência**<sup>3</sup> provocaria desvios não desejáveis e o risco de agravamento de **malformações somáticas**<sup>4</sup>.

6. *Então, se o impedimento entre parentes consangüíneos alcança até o terceiro grau, um sobrinho não pode casar com a sua tia, nem o tio casar com a sua sobrinha, por mais apaixonados que estejam?*

R. De acordo com o Código Civil( art. 1521, IV), não. Mas tem uma saída. Esse impedimento de casamento entre tios e sobrinhos **não é absoluto** porque existe uma norma especial (**Decreto-Lei n. 3.200/41**) que permite esse casamento, não tendo sido revogada, **especificamente**, pelo atual Código Civil(**A proibição afrontaria o princípio da especialidade**) . Antes do Código Civil de 1916, o impedimento, entre parentes, ia até o segundo grau. O Código de 1916 estendeu o impedimento até o terceiro grau, em atendimento à doutrina. Mas o **Decreto-Lei n. 3.200/41** permitiu tal casamento desde que haja o preenchimento dos requisitos:

- a) os nubentes se submetam ao exame pré-nupcial;
- b) esse exame seja realizado por dois médicos nomeados pelo juiz, requerido no processo de habilitação; e
- c) o resultado seja favorável ao casamento pretendido.

Dispõe o art. 2º desse decreto-lei: **“Os colaterais do terceiro grau que pretendem casar-se, ou seus representantes legais, se forem menores, requererão ao juiz competente para a habilitação que nomeie dois médicos de reconhecida capacidade, isentos de suspeição, para examiná-los, a atestar-lhes a sanidade, afirmando não haver inconveniente, sob o ponto de vista da saúde de qualquer deles e da prole, na realização do matrimônio”**.

7. *O que vem a ser o parentesco por afinidade?*

R. Parentesco por afinidade é o que liga um cônjuge ou companheiro aos parentes do outro(CC, art. 1.595). Resulta, pois, tanto do **casamento**, quanto da **união estável**. Mas, de acordo com o § 1º desse artigo, “o parentesco por afinidade limita-se aos ascendentes, aos descendentes e aos irmãos do cônjuge ou companheiro”.

8. *Será que, se eu me apaixonar pela minha sogra e ficar viúvo, eu posso casar com ela?*

R. De jeito nenhum. A proibição se refere à **linha reta(CC, art. 1.521, II) e é para sempre**. OU SEJA, SOGRA É PARA SEMPRE. Assim, o viúvo não pode casar com a enteada, nem com a

<sup>3</sup> 1.Desejo intenso de bens ou gozos materiais. 2. Apetite sexual.

<sup>4</sup> Defeitos no corpo como, por exemplo, nascer sem o braço. Somático significa “referente ao corpo”(Aurélio)

sogra, porque a afinidade em linha reta não se extingue com a dissolução do casamento que a originou(CC, art. 1.595, § 2º).

*9. Então, eu também não posso casar com a minha cunhada ?*

R. Com a cunhada pode. A afinidade na **linha colateral** não impede o casamento, portanto, o cônjuge viúvo ou divorciado pode casar-se com a cunhada. Considerando que o art. 1.595 do CC de 2002 incluiu o companheiro no rol dos parentes por afinidade, não pode ele, dissolvida a união estável, casar-se com a filha de sua ex-companheira.

*10. Pergunta-se: de acordo com a lei, o tio de minha mulher, por ser irmão da minha sogra, é meu parente por afinidade? E a sogra do meu filho é minha parente por afinidade também?*

R. A afinidade não vai além da pessoa do cônjuge. Assim, os tios de minha mulher são meus tios por afinidade, na linha colateral, mas não são afins de meu irmão. A sogra de meu filho não é parente minha, só de meu filho. Por isso, um homem pode casar-se com a enteada de seu irmão, ou com a sogra de seu filho. O marido de minha irmã e a mulher do meu irmão nada são entre si.

*11. Por que haveria essa proibição de casamento de parentes em linha reta, ainda que seja por afinidade?*

R. É óbvio que não é por motivos biológicos(eugenia). A razão da proibição do incisos III e V do art. 1.521 do CC é de **ordem moral**, considerando o respeito e a confiança que devem reinar no seio da família. A adoção imita a família, daí a proibição.

*12. Será que a proibição do inciso VII do artigo 1.521 engloba tanto o homicídio doloso quanto culposo?*

R. A proibição do inciso VII do art. 1.521 abrange **apenas o homicídio doloso**. A razão do impedimento está baseada em um juízo ético de reprovação, não havendo necessidade de que o outro seja conivente ou esteja conluiado com o autor do **conjugicídio**, como ocorria na legislação pré-codificada e na de alguns países. A restrição alcança não só o autor do homicídio como também o mandante ou o autor intelectual, desde que condenado. O impedimento estende-se também à união estável por força do art. 1.723, § 1º, do CC.

\*\*\*

## 10.CAUSAS SUSPENSIVAS

1. **Causas suspensivas** são determinadas circunstâncias ou situações capazes de **suspender** a realização do casamento, se arguidas tempestivamente pelas pessoas legitimadas a fazê-lo, **mas**

**que não provocam, quando infringidas, a sua nulidade ou anulabilidade.** O casamento é apenas considerado **irregular**, tornando, porém, obrigatório o regime da separação de bens( CC, art. 1.641, I), como sanção imposta ao infrator. Visam a proteger interesses de terceiros, em geral da prole (herdeiros) do leito anterior(evitando a confusão de patrimônios e de sangue), do ex-cônjuge e da pessoa influenciada pelo abuso de confiança ou de autoridade exercida pelo outro (tutela e curatela). Podem, por isso, deixar de se aplicar pelo juiz, provando-se a inexistência de prejuízo para essas pessoas( CC, art. 1.523 e parágrafo único).

2. O art. 1.523 do atual Código qualifica as causas suspensivas como conselhos, dizendo “não devem casar”, ao contrário do artigo anterior que dizia “não podem casar”. São elas:

2.1. inciso I: para evitar confusão de patrimônios. Sanção: art. 1489, II. Pode-se aplicar o parágrafo único do art. 1.523.

2.2. inciso II: é causa suspensiva que se impõe somente à mulher. É para evitar a confusão de sangue ( *turbatio sanguinis*), isto é, dúvida sobre a paternidade que fatalmente ocorreria, considerando-se que se presumiria filho do falecido aquele que nascesse até trezentos dias da data do óbito ou da sentença anulatória ou que declare nulo o casamento. Não subsiste a proibição se a mulher provar “nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo”, conforme parágrafo único, *in fine*, do art. 1.523. Igualmente, se o casamento foi anulado por impotência **coeundi**, desde que absoluta e anterior ao casamento, ou quando resulta evidente das circunstâncias a impossibilidade física de coabitação entre os cônjuges.

2.3. inciso III: a mesma razão do inciso I : para evitar a confusão de patrimônio. O divórcio pode ocorrer sem a prévia partilha dos bens.

2.4. inciso IV: trata-se de causa suspensiva destinada a afastar a coação moral que possa ser exercida por pessoa que tem ascendência e autoridade sobre o ânimo do incapaz. O tutor é o representante legal do incapaz menor e o curador, do incapaz maior. A finalidade é a proteção do patrimônio do incapaz, evitando o locupletamento do representante ou de seus parentes a suas expensas.

## 11.LEGITIMAÇÃO PARA OPOSIÇÃO DE IMPEDIMENTOS E CAUSAS SUSPENSIVAS

1. A legitimação para a **oposição de impedimentos** regula-se pelo disposto no art. 1.522. São razões de ordem pública, dirigidas especialmente à proteção da família e que atendem aos interesses da própria sociedade.

2. Por isso, qualquer pessoa pode denunciar o obstáculo ao casamento de que tenha conhecimento. Para o juiz ou o oficial do registro é **obrigação** fazê-lo

3. **Prazo:** “até o momento da celebração”. *E se, apesar do impedimento, o casamento se realizar?* Poderá ser decretada a sua **nulidade**, a qualquer tempo, por iniciativa de qualquer interessado ou do Ministério Público( CC, art. 1.549).

#### 4. QUEM PODE ARGUIR CAUSAS SUSPENSIVAS:

4.1. O art. 1.524 do CC enumera, **taxativamente**, as pessoas que podem arguir as **causas suspensivas**. Causas suspensivas não são de ordem pública, mas interessam apenas à família e eventualmente a terceiros.

4.2. **Prazo:** durante o processo de habilitação, até o decurso do prazo de quinze dias da publicação dos proclamas.

#### 5. FORMA PARA OPOSIÇÃO TANTO DE IMPEDIMENTOS QUANTO CAUSAS SUSPENSIVAS:

CC, art. 1.529(declaração escrita e assinada, com as provas ou a indicação do lugar onde estão essas provas). O oficial do registro informará aos nubentes ou a seus representantes sobre a oposição, revelando os fundamentos, as provas e o nome de quem fez essa oposição(CC,art. 1.530, *caput*).

6. OPOSITOR DE MÁ-FÉ: os nubentes podem requerer prazo para fazer prova contrária e responsabilizar, civil e criminalmente, quem agiu de má-fé (CC, art. 1530, Parágrafo único).

\*\*\*\*\*

### 12.CASAMENTO NULO E ANULÁVEL

1. A doutrina inclui, no gênero **casamento inválido** três espécies: **casamento inexistente, nulo e anulável**.

.....



2. O Código Civil não se refere ao casamento **inexistente** porque se trata de mero fato, **insuscetível de produzir efeitos jurídicos**. Há apenas a aparência de um casamento. A inexistência não está sujeita a prescrição ou decadência. Hipóteses de inexistência do casamento: casamento entre pessoas do mesmo sexo( a CF só admite uniões de pessoas de sexo diferente); ausência total de consentimento( não é caso de erro ou coação, em que o casamento existe, mas não é válido, e sim anulável); ausência de celebração na forma da lei( inobservância do conjunto de formalidades reguladas nos arts. 1.535 *usque* 1.536 do CC).

3. Casamento **nulo**: **art. 1.548**. Pode ser promovida por qualquer interessado ou pelo Ministério Público( art. 1.549). A nulidade produz efeitos *ex tunc*: art. 1.563.

4. Casamento **anulável**: **arts. 1.550, 1.556 e 1.558**. O casamento anulável produz todos os efeitos enquanto não anulado por decisão judicial transitada em julgado. A sentença tem efeitos retrooperantes, fazendo com que os cônjuges retornem à condição anterior, como se jamais o tivessem contraído. Há, entretanto, uma corrente que sustenta ser *ex nunc* os efeitos da sentença anulatória. *Vide* art. 1.561, § 2º, do CC. Em todas as hipóteses de anulabilidade há um tratamento menos severo da lei, uma vez que não há interesse social no desfazimento do matrimônio, como sucede no caso de nulidade absoluta. A **legitimidade ativa** para a propositura da **ação anulatória** é reservada, **exclusivamente**, às partes diretamente interessadas no ato, conforme arts. 1.552, 1.555 e 1.559 do CC. A anulação visa proteger o interesse individual, como o de pessoas que se casaram, por exemplo, em virtude de erro ou coação. Como inexiste afronta aos interesses gerais da sociedade, convalida definitivamente o casamento se essas pessoas não promoverem, no prazo dado, o pedido de anulação. EXCEÇÃO À ANULAÇÃO POR DEFEITO DE IDADE: art. 1.551. CASOS DE ANULAÇÃO POR “ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE”( *ERROR IN PERSONA*) : art. 1.557. PRAZOS: ART. 1.560. SEPARAÇÃO DE CORPOS: ART. 1.562. SANÇÕES PREVISTAS PARA O CÔNJUGE CULPADO PELA ANULAÇÃO: ART. 1.564.

.....

### 13.ERRO ESSENCIAL SOBRE A PESSOA DO OUTRO CÔNJUGE

1. Vide CC, art. 1.557.

2. O erro consiste, em geral, em uma falsa representação da realidade. Não é qualquer erro que pode anular o casamento. Há que ser um erro **substancial**, isto é, um erro tal que, caso conhecido antes do casamento, não teria havido o casamento por parte da pessoa que foi enganada.

3.Leituras extraídas da obra de GONÇALVES, Carlos Roberto.*Direito Civil Brasileiro*. 6ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, v. VI, 2009, pp. 146/157:

**EXCERTO N. 1:** “Parece inegável a possibilidade de o transexual, após a cirurgia plástica e a alteração do nome e do sexo no registro civil, casar-se com pessoa pertencente ao seu anterior sexo (...), com a ressalva de que essa possibilidade não exclui eventuais anulações por erro essencial, se o outro nubente ignorava os fatos antes do casamento e a descoberta levou à insuportabilidade da vida em comum.”

**EXCERTO N. 2:** “O Código Civil de 2002, contrariamente ao que dispunha o inciso IV do art. 209 do diploma de 1916, não considera motivo para anulação do casamento o defloramento da mulher ignorado pelo marido (*error virginitatis*), tendo em vista que a virgindade deixou de ser, na sociedade moderna, requisito da honorabilidade feminina. A hipótese, denominada por alguns *adultério precoce*, exigia a propositura da ação anulatória, no exíguo prazo decadencial de dez dias, pelo cônjuge enganado. Não se exigia a prova do mau comportamento da mulher, bastando a do desvirginamento anterior, mesmo que a mulher houvesse sido vítima de estupro, supondo-se que o marido não a desposaria, se a soubesse deflorada.”

**EXCERTO N. 3:** “O defloramento da mulher, anterior ao casamento, deixou de ser causa autorizadora de anulação, visto que a virgindade era obrigação imposta apenas à esposa e agora, pela Constituição de 1988, ambos os cônjuges são iguais em direitos e deveres (art. 226, § 5º) (*RT*, 711/172).”

**EXCERTO N. 4:** “(...) Nessa trilha “(quando se trata de erro sobre a identidade do outro cônjuge, sua honra e boa fama), “têm os tribunais concedido a anulação do casamento quando: a mulher descobre ter desposado cônjuge toxicômano, sendo tal circunstância apta a inviabilizar o projeto de convivência sustentável em padrões naturais ou aceitáveis de coabitação; o cônjuge varão contrai núpcias com a mulher em razão de sua gravidez e vem a descobrir posteriormente que o filho pertence a terceiro, anulando-se o casamento independentemente de a esposa ter ou não agido dolosamente; o réu está envolvido com prática de ilícitos penais e age de modo zombeteiro em relação à esposa, demonstrando desvio de comportamento; a mulher mantém relações sexuais anômalas, confessando a prática de lesbianismo; o marido ignorava que a esposa se encontrava apaixonada por outro indivíduo, dando-se conta disso somente na lua-de-

mel, quando passou a ser rejeitado sexualmente; a mulher se recusa ao pagamento do débito conjugal; o relacionamento sexual do casal é anormal, por falta de libido do marido em relação à esposa, sendo o quadro patológico e de difícil solução clínica; o marido exercia a profissão de odontólogo e, após o casamento, transforma-se em outra pessoa, dedicando-se ao misticismo e deixando de manter contato sexual com a mulher etc.”

4.O inciso III do art. 1.557 fala em DEFEITO FÍSICO IRREMEDIÁVEL. *Que vem a ser?*

Um dos fins do casamento é o **encontro e satisfação dos sexos**. *E se o homem ou a mulher sofrerem de impotência coeundi impedindo o coito?* Temos o caso de um marido que conviveu com a mulher dois anos, sem a desvirginar: *a mulher obteve a procedência da ação de anulação porque provou que casou sem saber dessa circunstância.*

5. O inciso I do mesmo artigo se refere “à sua identidade, sua honra e boa fama”, mas exige que esse conhecimento se dê depois do casamento e que, *ipso facto*, isso “torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado”. O Tribunal julgou um caso(RT, 182/231) de uma moça que, vivendo em cidade do interior, se prostituía. Veio para a Capital, mudou seu comportamento e convolou núpcias. O marido, ao tomar conhecimento desse fato depois do casamento, conseguiu a anulação do casamento.

6. O artigo 1.558 trata da **coação** que pode anular o casamento. Mas não é qualquer coação. Por exemplo, a moça que se casa com o rapaz por quem o pai simpatiza apenas por **temor reverencial** do pai não pode dizer que sua vontade foi viciada e teria direito a anular o casamento. Não tem. Agora, se o pai ameaça a filha, que não tem como se manter sozinha, de expulsá-la de casa se não casar com o rapaz por ele escolhido, aí sim se pode falar em **coação psicológica** capaz de anular o casamento por vício de sua vontade. Já não seria o mesmo caso se a moça fosse culta, experiente, capaz de manter-se sozinha.

7. Importante saber o seguinte: *enquanto tramita a ação de nulidade ou anulação, como faz o cônjuge que tem medo de coabitar com o outro, enquanto espera a sentença?* Pode requerer a separação de corpos e o juiz, diante da prova de que é necessária a medida, a concederá com brevidade.

8. Para a ação de anulação existe prazo. O artigo 1.560 do CC traz esses prazos conforme o caso. Vamos ver esses prazos.

9. O artigo 1.564 do CC fala das sanções impostas ao cônjuge culpado pela anulação. Vamos saber quais são.

---

**PARA REFLETIR:**

*"A diferença entre o dinheiro miúdo e o dinheiro graúdo é que este, naturalmente, fala mais alto." (Millôr Fernandes)*

*"Em política, quanto mais ela muda, mais é a mesma coisa." (Alphonse Karr)*

*"Não se pode exigir da extrema juventude a exata ponderação das coisas; não há como impor a reflexão ao entusiasmo." (Machado de Assis)*

---

#### 14.CASAMENTO PUTATIVO

1. *Que efeito produz o casamento declarado nulo?* Nenhum efeito porque, como fere a ordem pública, é a própria sociedade que se insurge contra ele, impedindo que produza qualquer efeito no campo do direito.

2. Por ter efeito retroativo, a sentença de nulidade extingue qualquer relação jurídica entre o homem e a mulher, transformando essa relação em concubinato.

3. *Mas seria justo castigar, punir pessoas que não tinham intenção de contrair matrimônio nulo por não saberem do impedimento, como por exemplo, aquela pessoa que ignorava a existência de parentesco em grau proibido?* Ora, atendendo a **boa-fé** dessas pessoas, ao princípio de **equidade**<sup>5</sup> e a razões humanitárias, o ordenamento jurídico confere ao casamento anulado e até mesmo ao casamento nulo todos os efeitos do casamento válido, até a data da decretação da nulidade. Eis o que se chama **casamento putativo**.

4. Quanto aos filhos, seja na nulidade seja na anulabilidade, preservam-se os efeitos civis conforme art. 1.561, § 2º, do CC, como, v.g., a presunção de paternidade.

5. **Conceito: Casamento putativo** ( de *putare*, que significa **imaginar, pensar**) é o casamento reputado ser o que não é. *Vide* art. 1;561, *caput* e §§ 1º e 2º do CC, 2002.

---

<sup>5</sup> Respeito à igualdade de direito de cada um, que independe da lei positiva, mas de um sentimento do que se considera justo, tendo em vista as causas e as intenções.

6. *Em que momento se reclama essa boa-fé?* No momento do casamento. Mesmo que depois do casamento os cônjuges venham a saber do impedimento, ainda assim pode ser declarada a putatividade.

7. *Que espécie de erro é apto a possibilitar a declaração de putatividade? O erro de fato ou o de direito?* Segundo a opinião da maioria, ambos podem levar à declaração da putatividade, sendo que, no primeiro caso, deve-se presumir a boa-fé dos cônjuges e, no segundo caso, compete aos cônjuges provar sua boa-fé.

---

### 15.ESPONSAIS<sup>6</sup>

1. Geralmente, antes do casamento, há o noivado, esponsais ou promessa recíproca que fazem o homem à mulher de se casarem, futuramente. Os **esponsais** consistem num compromisso de casamento entre duas pessoas desimpedidas, de sexo diferente, com o escopo de possibilitar que se conheçam melhor, aquilatem suas afinidades e gostos. Não há qualquer obrigação legal de cumprimento dos esponsais, não gerando qualquer obrigação. Trata-se de um ato preparatório do matrimônio.

2. *O inadimplemento dos esponsais por si só gera, hodiernamente, direito a perdas e danos?* A resposta é negativa. O noivado é um idílio sem consequência jurídica. Não há qualquer obrigação legal de se cumprirem os esponsais e muito menos autorização normativa para propor qualquer ação para cobrança de multas contratuais por sua inexecução. Antigamente, sim. Os esponsais tinham natureza contratual e seu descumprimento resolvia-se em perdas e danos. Com a Lei de Casamento Civil de 1890, o Código de 1916 e o de 2002, o compromisso pode ser rompido até mesmo por ocasião da cerimônia nupcial, sem direito a indenização.

3. *Quando é que a ruptura injustificada do noivado acarreta responsabilidade extracontratual, com base no artigo 186 do CC, dando lugar a uma ação de indenização?* A obrigação de reparação, nesse caso, existirá quando a pessoa, em uma atitude imprudente, tola ou malvada, estabelece esponsais, despertando a confiança de um próximo matrimônio a tal ponto que a outra pessoa realize despesas com vistas a esse fim, e retira-se depois sem motivo plausível, caracterizando uma atitude culposa e causadora de prejuízos.

---

<sup>6</sup> Anotações de acordo com DINIZ, Maria Helena. 20ª ed. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º volume (Direito de Família)**. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 47/51. ATENÇÃO: NÃO DEIXE DE LER O TEMA NA OBRA ORIGINAL.

4. Para que se configure a responsabilidade, mister que:

**4.1. A promessa de casamento tenha sido feita, livremente, pelos noivos e não por seus pais;**

**4.2. Tenha havido recusa em cumprir a promessa esponsalícia por parte do noivo arrependido e não de seus genitores, desde que esta tenha chegado ao conhecimento da outra parte.** Essa ruptura deve ser **clara e expressa**, mas pode ser **tácita**: contrair outro noivado; viajar, por longo tempo, sem dar notícias; etc;

**4.3. Haja ausência de motivo justo, isto é, haja culpa. Sem culpa não haverá responsabilidade ALGUMA.** A culpa pode ser **grave**(erro essencial, infidelidade, sevícia, injúria grave ou abandono); **leve**(prodigalidade, condenação por crime desonroso, situação econômica ou social diversa da apresentada, aversão ao trabalho, falta de honestidade, excessiva irritabilidade etc.); **levíssima**(mudança de religião, grave enfermidade, ruína econômica que ponha em risco a estabilidade matrimonial, constatação de impedimentos ignorados pelos noivos etc.).

**4.4.** Exista dano, pois, comumente, o desfazimento dos esponsais traz repercussões psicológicas, pecuniárias e morais. É perfeitamente possível que o noivo venha a sofrer prejuízo com a quebra do compromisso se cair em estado de depressão ou se fez gastos com o preparo dos documentos, com a preparação da cerimônia, com a viagem de núpcias, com a aquisição de moradia ou de objetos destinados a servir somente por ocasião do casamento etc. Assiste ao prejudicado obter judicialmente o ressarcimento desses danos morais e prejuízos decorrentes das despesas feitas e das obrigações contraídas ao tempo de noivado e com vistas ao matrimônio, desde que prove a culpa do arrependido e a ausência de razão justa.

\*\*\*\*

**PARA REFLETIR:**

*Toda violência é inútil. Só há uma força capaz de construir: o amor.( Getúlio Vargas)*

*O remorso o que é? É a reação da virtude contra o crime. (Camilo C. Branco)*

*Das definições possíveis de homem, uma só é verdadeira: o homem é o animal que disputa.(Alexandre Herculano)*

*Se não houvesse sofrimento, o homem não sentiria a sensação da felicidade. ( Mário Gonçalves Viana)*

**LATIM:**

*Ave, César!* ( Salve, César). *Vade mecum.*( Vai comigo.) *Verba volant, scripta manent.*( as palavras voam, os escritos ficam.) *Vanitas vanitatum et omnia vanitas.*( Vaidade das vaidades e tudo é vaidade.)

\*\*\*\*\*

## 16.EFICÁCIA DO CASAMENTO. EFEITOS JURÍDICOS.

1. O casamento constitui uma **relação jurídica** porque confere direitos e impõe obrigações.
2. Mas não é só uma relação jurídica. É também uma relação de ordem moral, espiritual. **Constitui uma comunhão plena de vida em que direitos e deveres são os mesmos para ambos (CC, art. 1.511).** Um exemplo dessa igualdade é **poder** qualquer dos nubentes **acrescentar** o seu sobrenome ao do outro(CC, art. 1.565, § 1º). O que a lei veda é um deles **retirar** o seu sobrenome para colocar o do outro. Pode também qualquer deles continuar com o sobrenome de solteiro.
3. O casamento produz consequências ou efeitos jurídicos de três ordens:
  - 3.1. social;
  - 3.2. pessoal;
  - 3.3. patrimonial.

### 4. SOCIAL- alguns exemplos:

- 4.1. Ninguém pode interferir na criação da família(CC, art. 1.513);
- 4.2. Passa a haver parentesco por **afinidade** entre cada cônjuge e os parentes do outro cônjuge(CC, art. 1.595, §§ 1º e 2º);
- 4.3. Se menor de idade, torna-se plenamente capaz, emancipando-se(CC, art. 5º, parágrafo único, II);
- 4.4. Optar o casal pelo número de filhos que quiser, sem coação de quem quer que seja(CC, art. 1.565,§2º: planejamento familiar).
- 4.5. Confere aos cônjuges perante a sociedade o **status** de casados(CC, art. 1.565, *caput*).

### 5. PESSOAL- alguns exemplos:

- 5.1. Ambos passam, **ut** artigo 1.566 do CC, a ter os deveres de
  - I- fidelidade recíproca;
  - II- vida em comum, no domicílio conjugal;
  - III- mútua assistência;

IV-sustento, guarda e educação dos filhos. O dever de sustento compreende alimentação, vestuário, habitação, medicamentos e tudo o mais que for necessário à sobrevivência. Guarda é, ao mesmo tempo, **dever e direito** dos pais, continuando mesmo após o divórcio, já que não perde o poder familiar em relação aos filhos menores do leito anterior(CC, art. 1.579);

V- respeito e consideração mútuos.

5.2. Ambos passam a exercer a direção da sociedade conjugal(CC, art. 1.567 e 1.570). No CC de 1916, isso competia ao marido.

5.3. Ambos fixam de comum acordo o domicílio da família(CC, arts. 1.634V, e 1.690). No CC de 1916, era o marido quem mandava.

5.4. Ambos devem colaborar nos encargos(CC, arts. 1.565 e 1.568).

5.5. Ambos suprem as necessidades básicas da família, em colaboração com o outro(CC, art. 1.643).

5.6. Aquela que teve seu casamento anulado ou for viúva, não pode casar-se antes de decorridos 10 meses, exceto se antes do término do prazo der à luz um filho.

5.7. Se viúvo qualquer deles, para casar, deve fazer o inventário e partilha de bens antes.

## 6. PATRIMONIAL:

Conforme o **regime de bens**, que veremos logo, os bens podem continuar separados após o casamento, podem ser comuns apenas os bens depois do casamento ou podem ser comuns, isto é, pertencerem a ambos tanto os trazidos antes do casamento quanto os adquiridos após o consórcio. Ou podem, ainda, contratar de forma diferente como ficarão os bens entre os dois. Podem escolher entre os seguintes regimes: COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS, COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, SEPARAÇÃO DE BENS E PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS. Há casos em que não poderão escolher o regime de bens. Veremos isso mais tarde. O regime de bens, em regra, é **imutável**, começa a vigorar desde a data do casamento, mas pode ser alterado, mediante os seguintes requisitos cumulativos: *autorização judicial, pedido motivado de ambos os cônjuges, procedência desses motivos, ressalva de direitos de terceiros*(CC, art. 1.639, §§ 1º e 2º).

---

### VAMOS AO LATIM:

*AD ARGUMENTANDUM TANTUM*: somente para argumentar.

*AD CAUTELAM*: por cautela, por precaução, para prevenir.

*IN EXTREMIS VITAE MOMENTIS*: nos derradeiros momentos da vida; hora extrema.

### PARA REFLETIR:



“Justiça é o desejo firme e contínuo de entregar a cada um o que lhe é devido.”(Justiniano)

“É comum perder-se o bom para querer o melhor.”(Shakespeare)

---

## 17.DIREITOS E DEVERES DOS CÔNJUGES

1. Já vimos os deveres estampados no art. 1.566 do CC.

2. FIDELIDADE RECÍPROCA(I): Decorre do caráter **monogâmico** do casamento. Se houver infração a esse dever, causa a separação judicial litigiosa porque configura **adulterio**. Esse dever determina exclusividade das prestações sexuais. Namoro e encontros em locais suspeitos configuram infração a outro dever: respeito e consideração mútuos(inciso V). Está também nessa situação a chamada “infidelidade virtual”, praticada pela internet. Para caracterizar a falta de fidelidade, tem que haver o encontro carnal com terceiro ou terceira, caso seja o marido, caso seja a mulher. Adulterio não é mais crime porque o artigo 240 do CP foi revogado pela Lei n. 11.106, de 28.3.2005.

3. VIDA EM COMUM, NO DOMICÍLIO CONJUGAL(II): É o dever de **coabitação** para ter uma comunhão de vidas. Se um dos cônjuges se ausenta do lar por muito tempo, mas para exercer sua profissão ou por estar doente, não caracteriza o abandono do lar. O que caracteriza é o *animus*, isto é, a intenção de não mais permanecer no lar. Também não caracteriza o abandono do lar, se houver justa causa como, por exemplo, um dos consortes está sendo maltratado, sem o devido respeito e consideração.

4. MÚTUA ASSISTÊNCIA(III): Um cônjuge deve prestar ao outro socorro material, moral e espiritual, principalmente nas horas amargas. O Direito Canônico diz que forma o casal uma só carne ou um só corpo: **caro uma**. A violação do dever de assistência moral e/ou material configura injúria grave, causa de ação de separação judicial nos termos do art. 1.573,III.

5. SUSTENTO, GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS(IV): É de ambos os cônjuges. Guarda é dever e direito dos pais. Configura a sua violação perda do poder familiar bem como fundamento para a ação de alimentos, podendo ser, também, causa de separação judicial (CC, art. 1.572). Educação compreende a instrução fundamental e complementar, de acordo com as condições sociais e econômicas dos pais, sem esquecer que cabe aos pais dar educação moral, intelectual e física também. Reforça o que está no art. 1.634, incisos I e II do CC.

6. RESPEITO E CONSIDERAÇÃO MÚTUOS: É decorrência do princípio visto no art. 1.511 do CC. Inspira-se na dignidade da pessoa humana. Quando falta esse respeito e consideração, como, por exemplo, ficar falando mal do cônjuge para terceiros, expor o outro cônjuge a companhias degradantes, levá-lo a ambientes de baixa moral, de acordo com as circunstâncias pode dar ensejo à separação judicial litigiosa.

#### 7.DIREITOS E DEVERES DE CADA CÔNJUGE:

7.1. Antes o marido era o chefe da família, tendo o direito de administrar os bens comuns e particulares da mulher, fixar o domicílio da família e o dever de sustentar a família. Isso no CC de 1916.

7.2. Agora, no CC de 2002, os dois, em colaboração, dirigem a sociedade conjugal, buscando sempre o interesse do casal e dos filhos(CC, art. 1.567,*caput*). Se houver conflito, o juiz vai decidir visando sempre ao interesse do casal e dos filhos(Parágrafo único do mesmo artigo).

7.3. Também são ambos “obrigados a concorrer, na proporção de seus bens e dos rendimentos, para o sustento da família e a educação dos filhos, qualquer que seja o regime patrimonial”(CC, art. 1.568).

7.4. Caso qualquer dos consortes estiver sumido ou preso por mais de 180 dias, interditado judicialmente ou privado, temporariamente, de consciência, em razão de doença ou acidente, “o outro exercerá com exclusividade a direção da família, cabendo-lhe a administração dos bens”(CC, art. 1.570).

#### VAMOS AO LATIM:

*IPSIS VERBIS* : com as mesmas palavras, exatamente igual.

*JUS EX FACTO ORITUR*: o direito nasce do fato.

*POST SCRIPTUM* : depois de escrito, nota, observação.

#### PARA REFLETIR:

“Dói na alma e no coração ver um governador sair direto do palácio para a cadeia. Há quem chegue às maiores alturas para fazer as maiores baixezas”( *MIN. AYRES BRITTO* do STF ao se manifestar no seu voto contrário à concessão de *habeas-corpus* impetrado pelo Gov. Arruda em 3/3/2010)

“É tempo de perceber-se a eficácia da ordem jurídica e a atuação das instituições pátrias. Paga-se um preço por viver-se em um Estado de Direito - sendo módico e estando, por isso mesmo, ao

alcance de todos: o respeito irrestrito às regras estabelecidas.”( MIN. MARCO AURÉLIO , no mesmo julgamento acima)

---

## 18 .REGIME DE BENS

1. Nosso ordenamento jurídico contempla **quatro** regimes de bens:

1.1.REGIME DA COMUNHÃO **PARCIAL** DE BENS;

1.2. REGIME DA COMUNHÃO **UNIVERSAL** DE BENS;

1.3. REGIME DA **SEPARAÇÃO** DE BENS e

1.4. REGIME DA **PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS**.

2. Os nubentes são livres para escolher o regime que lhes agradar. Essa escolha deverá ser feita antes do casamento.(CC, art. 1.639).

3. O regime começa a vigor a partir da data do casamento e só pode ser modificado se preencher determinados requisitos legais que nós já vimos(CC, art. 1639). No CC anterior(de 1916), ele era imutável.

4. A escolha é feita, lavrando-se uma escritura pública no Cartório de Notas, assinada pelos cônjuges e registrada no C.R.I. do domicílio dos consortes. Essa escritura é denominada PACTO ANTENUPCIAL. *E se o pacto não for feito por escritura pública ou o casamento não se realizar?* O art. 1.653 do CC diz que no primeiro caso é **nulo** e no segundo caso é **ineficaz**.

5. É certo que os nubentes são livres para escolher o regime de bens, mas há certos casos previstos na lei em que esse regime é **imposto**. O artigo 1.641 diz que “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 sessenta anos;

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

Critica-se o disposto no inciso II porque seria uma ingerência indevida em bens de particulares, atentando contra a liberdade individual.

6. Se os noivos optarem pelo REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS, não precisa fazer o pacto porque esse é o regime comum da lei. Também assim será se não disserem que regime escolhem ou se a escolha feita for **nula** ou **ineficaz**(CC, art. 1.640, *caput*).

7. BENS COMUNICÁVEIS E BENS INCOMUNICÁVEIS: Conforme o regime de bens escolhido ou imposto, há bens que pertencem a apenas um dos cônjuges e há bens que passam a pertencer a ambos, antes ou depois do casamento. Os bens que pertencem a apenas um deles são chamados de BENS INCOMUNICÁVEIS. Os bens que pertencem a ambos são chamados de COMUNS ou COMUNICÁVEIS.

#### REGIME DA COMUNHÃO PARCIAL DE BENS

Comunicam-se, isto é, passam a pertencer em comum aos dois consortes todos os bens adquiridos na constância do casamento(CC, art. 1.658, com as exclusões do art. 1.659 do CC. Uma dessas exclusões é a que está no inciso I. Assim, os bens que um cônjuge já possuir e os que vierem na constância do casamento por doação ou sucessão, isto é, herança, não se comunicam. Também não se comunicam os bens que forem adquiridos com o dinheiro desses bens vindos por herança ou doação, isto é, os sub-rogados. Os bens adquiridos onerosamente durante o casamento, ainda que por um só dos cônjuges, também passam a pertencer a ambos em comum. Também entram na comunhão os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso do trabalho ou despesa anterior, como por exemplo, um dinheiro ganho na loteria(CC, art. 1.660, incisos I e II).

#### REGIME DA COMUNHÃO UNIVERSAL DE BENS

Quando os nubentes adotam esse regime, todos os bens, tanto os trazidos antes do casamento, quanto os bens que forem adquiridos depois do casamento, são COMUNICÁVEIS, isto é, pertencem a AMBOS. Os que se casam sob esse regime têm que fazer o PACTO ANTENUPCIAL. Assim, bens presentes e futuros pertencem a ambos. Também as dívidas passam a ser de ambos. Mas há exceções previstas no art. 1.668 do CC de bens e dívidas que não entram na comunhão. Antes da Lei do Divórcio de 1977, quem se casava por esse regime não precisava fazer o pacto porque era o regime comum.

### REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS

1. Nesse regime, tanto os bens antes como os vindos, a qualquer título, depois do casamento, pertencem, com exclusividade, a cada um dos cônjuges, não se comunicando. Nesse regime, formam-se dois patrimônios distintos, um da esposa, outro do esposo.

2. Há duas formas:

2.1. **regime da separação de bens convencional ou absoluto:** quando os cônjuges, livremente, resolvem optar por ele, mediante o pacto antenupcial;

2.2. **regime da separação de bens obrigatório ou legal :** quando ele é imposto pela lei, nas hipóteses do art. 1.641 do CC.

### REGIME DE PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

Não havia esse regime no Código anterior (de 1916). **Aquestos** são todos os bens adquiridos na vigência do casamento. Nesse regime, durante o consórcio, cada cônjuge conserva seus bens particulares existentes antes do casamento e aqueles adquiridos durante o casamento, tanto a título **oneroso** (compra e venda), quanto a título **gratuito** (doação, herança). Formam-se, assim, dois patrimônios separados, um do homem e outro da mulher. Ao se separarem, fazem a conta do montante dos **aquestos**, dividindo na metade esse patrimônio (meação), ficando, porém, de fora:

I- os bens anteriores do casamento e os que em seu lugar se sub-rogaram; e

II- os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade (isto é, a título gratuito, como doação, por exemplo).

III- as dívidas relativas a esses bens. Vide art. 1.674 do CC. Para adotar esse regime, tem que fazer o PACTO ANTENUPCIAL.

### OUTRAS OBSERVAÇÕES IMPORTANTES SOBRE DIREITO PATRIMONIAL ENTRE OS CÔNJUGES:

1. Atos que um cônjuge pode praticar livremente, sem autorização do outro: CC, arts. 1.642 e 1.643.

2. Atos que um cônjuge só pode praticar com a autorização do outro: CC, art. 1.647.

3. O cônjuge, sem motivo justo, nega a autorização, ou é impossível concedê-la, o juiz a supre: CC, art. 1.648.

4. Se um cônjuge nega a autorização e o juiz não a supriu ou não fica sabendo que o ato foi praticado sem seu consentimento, o ato é anulável, tendo o outro cônjuge até dois anos depois de terminada a sociedade conjugal para requerer essa anulação(CC, art. 1.649).

---

#### DOAÇÕES ANTENUPCIAIS(ANTES DO CASAMENTO)

1. Se a pessoa for casada com outra sob o regime da comunhão universal de bens, diz o inciso IV do art. 1.668 do CC que “são excluídos da comunhão: I-...II...III...IV- as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;”

2. Também terceiros podem fazer doação chamada de *propter nuptias*, isto é, tendo em vista a realização de um casamento; nesse caso, como **condição suspensiva**, a validade dessa doação depende da realização do casamento.

3. Mesmo os cônjuges podem fazer doação um ao outro com duas observações: se o regime for o da comunhão de bens, essa doação é inócua pois os bens são comuns; se o regime for o da separação obrigatória de bens, essa doação é vedada pela lei. Também podem fazer doação para fins de casamento, sendo negócio condicional.

4. Se a doação for de bens imóveis **deve** ser feita por escritura pública e se a doação for de bens móveis, **pode** ser feita por instrumento particular.

5. A doação não requer a concordância do donatário e não pode ser subordinada à condição de só valer após a morte do doador. Antes podia.

---

#### VAMOS AO LATIM:

**POST TENEBRAS SPERO LUCEM** : depois das trevas, espero luz.

**TARDE VENIENTIBUS OSSA**: para quem vem tarde, os ossos.

**ANIMUS NECANDI**: intenção de matar; **ANIMUS FURANDI**: intenção de furtar; **ANIMUS LAEDENDI**: intenção de ferir; **ANIMUS ABUTENDI**: intenção de abusar.

---

#### 19.DIVÓRCIO (E SEPARAÇÃO?)

ATENÇÃO PARA ESSA ATUALIZAÇÃO AFETA AO DIREITO DE FAMÍLIA:

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

(...)

~~6º — O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.~~

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

*Mudanças no que já estudamos sobre divórcio:*

**O que diz a emenda?**

Um casal não precisa mais esperar prazos (de um ou dois anos) para pedir o divórcio a partir do momento em que decide encerrar sua vida conjugal. A emenda também retira da Constituição o termo “separação”.

**A medida vale para todo divórcio?**

Sim, para os consensuais e os litigiosos, feitos pela via da Justiça ou no cartório. MAS A SEPARAÇÃO AINDA EXISTE?

---

## DIVÓRCIO

1. A **sociedade conjugal** finda pela morte de um dos cônjuges, pela nulidade ou anulação do casamento ou pelo divórcio(CC, art. 1.571). Não há mais separação. Não há mais que se esperar qualquer tempo decorrido do casamento para divorciar. Apenas as separações feitas antes da modificação constitucional é que podem ser convertidas em divórcio, mas sem aquele ano de espera que havia antes. Não há mais restabelecimento da sociedade conjugal quando os cônjuges estavam separados, a não ser as separações anteriores à modificação. Divorciou, se quiser voltar, tem que casar novamente.

2. A **morte** compreende tanto a **morte real** como a **morte ficta**, isto é, **presumida do ausente**. Alguém desaparece, não dá mais notícias. Procede-se quanto aos bens conforme o disposto nos artigos 1.159 *usque* 1.169 do CPC. Abre-se a **sucessão provisória** e pode ser requerida a conversão em **sucessão definitiva** nos seguintes casos: **a)** há certeza da morte; **b)** ou passaram-se dez anos do trânsito em julgado da sentença da abertura da sucessão provisória; **c)** ou o ausente conta com oitenta anos e não há notícias sobre ele nos últimos cinco anos(CPC, art. 1.167). Entretanto, o cônjuge do ausente não precisa esperar tanto tempo para casar novamente. Basta requerer o **divórcio**, pedindo para citar o ausente por edital.

3. IMPORTANTE: O vínculo matrimonial só se rompe, isto é, o casamento só se desfaz e permite novo casamento nos casos de morte, nulidade ou anulação e **divórcio**. A **separação não** permitia novo casamento, já que o **vínculo matrimonial permanecia intacto**, só permitindo a dissolução da sociedade conjugal.

4. Antes era DESQUITE. A Lei do Divórcio(L.6.515/77) substituiu por **separação judicial**.

5. A separação judicial dissolvia a sociedade conjugal, mas não rompia o vínculo do casamento.

### DIVÓRCIO POR MÚTUO CONSENTIMENTO

#### 1.REQUISITOS:

1.1. manifestarem **concordância** perante o Juiz e

1.2. o juiz **homologar**. *Pode não homologar?*

2. Se houver filhos menores ou incapazes, o Ministério Público deverá dar seu parecer antes de homologar.

3. Não precisa, na petição conjunta, expor o motivo.

#### DUAS OBSERVAÇÕES IMPORTANTES:

1ª. A sentença **homologatória**, transitada em julgado, deverá ser averbada no Cartório do Registro onde os nubentes convolveram núpcias, expedindo-se nova certidão de casamento;

2ª. Se houver partilha de imóveis, deve ser extraída CARTA DE SENTENÇA para o C.R.I. da circunscrição onde o imóvel está matriculado;

### DIVÓRCIO CONSENSUAL EXTRAJUDICIAL(NO CARTÓRIO)

1.Permite o divórcio consensual extrajudicial no Cartório, lavrando-se uma escritura pública.

#### 2.REQUISITOS:

2.1. prova de casamento;

2.2. manifestação de vontade espontânea e isenta de vícios de não mais manter o casamento e desejar o casal o divórcio conforme as cláusulas ajustadas que expressam;



2.3. ausência de filhos menores ou incapazes do casal;

2.4. assistência das partes por advogado de cada uma ou comum aos dois;

2.5. dispensa a homologação do Juiz e parecer do Ministério Público.

OBSERVAÇÃO: Separação de corpos não é admitida por escritura pública.

---

PARA REFLETIR:

“Dêem-me, acima de todas as liberdades, a liberdade de saber, de falar e de discutir livremente, de acordo com a minha consciência.”(MÍLTON)

“O SEGREDO DA VIDA é a VONTADE constante no trabalho, a FÉ na vitória, a FORÇA em superar obstáculos e adversidade.” (ENRICO FERRI)

“Casamento é loteria/ pra quê, pra quê que eu fui casá/ solteiro tem dinheiro/ passeia o ano inteiro/ casado só tem dívida pra pagá.”(Antiga marchinha de carnaval)

---

DIVÓRCIO NÃO-CONSENSUAL OU LITIGIOSO

2. REQUISITOS:

2.1. pode ser requerido por qualquer um dos cônjuges;

2.2. pode ser proposto a qualquer tempo, até mesmo logo após o casamento.

2.3. o **pedido tem que ser motivado, isto é, o cônjuge deve expor e provar que o outro cometeu um ato que importou em grave violação dos deveres do casamento, o que tornou a vida em comum insuportável.**

2.4. nesse caso, o Juiz **não homologa**, mas **decide**.

IMPORTANTE: Por ser processo **contencioso**, em que a emoção é um componente que gera intenso conflito, muitas vezes com acusações mútuas, em que se “lava roupa suja fora de casa”, o advogado, convencido da impossibilidade de reconciliação, deve aconselhar divórcio consensual.

3. FALTA DE DEVERES QUE AUTORIZA O DIVÓRCIO NÃO-CONSENSUAL:

3.1. SANÇÃO. Um dos cônjuges imputa ao outro algum ato que implique **grave violação dos deveres matrimoniais**, de forma que a vida em comum se tornou insuportável, principalmente, conforme art. 1.573, *caput*, do CC:

I- adultério;

II- tentativa de morte;

III- sevícia ou injúria grave;

IV- abandono voluntário do lar;

V- condenação por crime infamante;

VI- conduta desonrosa.

Além disso, o juiz pode levar em conta outros fatos que deixam claro que o casal não tem mais como ter vida em comum(Parágrafo único).

**ADULTÉRIO:** Representa violação à “fidelidade recíproca”. É difícil de provar porque decorre da **cópula** entre duas pessoas de sexo diferente, que não é praticada às claras, mas às ocultas.Basta uma só vez.

**SEVÍCIA E INJÚRIA GRAVE:**A falta ao dever de “mútua assistência” pode ser uma das formas desse motivo. O vocábulo **sevícias** vem do francês *sevices*, do verbo *servir*, que quer dizer maltratar, castigar severamente, praticar ofensas físicas graves. É o caso, por exemplo, do marido de mau instinto que espanca a mulher ou arranca-lhe cabelos ou dá-lhe bofetões, ou derruba-a no chão, enfim, qualquer ato de violência física. Basta uma só vez. **Injúria grave** não é só a caracterizada por palavras ofensivas à honra, reputação e dignidade do cônjuge, como chamá-la de palavras de baixo calão(“puta”, p. ex.), como também toda violação dos deveres conjugais e até a tentativa de adultério. Também pode caracterizar a ausência do cônjuge com frequência do lar, permanecendo em bares bebendo com os amigos, demonstrando “desprezo afetivo” pela mulher.

**ABANDONO VOLUNTÁRIO DO LAR CONJUGAL.** Exige os requisitos: a) saída do domicílio conjugal; b) voluntariedade do ato; c) ausência de consentimento do outro; d) intenção de não mais voltar; e) decurso de um ano. Os outros dispensam comentários.

**3.2.FALÊNCIA:** Basta provar o cônjuge que está separado de fato do outro há mais de um ano e que não há possibilidade de reconciliação(CC, art. 1.572, § 1º). Não importa a razão, nem quem por ela é culpado. **ORLANDO GOMES** chama essa causa de “perturbação objetiva do casamento”.

**3.3.REMÉDIO:** Basta que o cônjuge prove:

a) que o outro cônjuge está com grave doença mental, surgida após o casamento;

b) que, decorridos dois anos da enfermidade, a perícia médica atestou que a cura é improvável;

c) que, *ipso facto*, impossível a continuação da vida em comum(CC, art. 1.572, §2º).

ATENÇÃO: São casos de doença mental *in casu*: psicose maníaco-depressiva, paranóia, estado fóbico, histérico ou neurastênico, neurose traumática, psicoses endotóxicas por desvio visceral ou por desvio do metabolismo ou do endocrinismo. *Indaga-se: não seria falta de caridade?*

---

VAMOS AO LATIM:

**CONTUMACIA EST ACTUS SPERNENDI LEGES**: contumácia é o ato de desprezar as leis.

**CONFESSIO EST REGINA PROBATIONUM**: a confissão é a rainha das provas.

**HONESTE VIVERE, NEMINEN LAEDERE, SUUM CUIQUE TRIBUERE**: viver honestamente, não lesar ninguém, dar a cada um o que é seu.

PARA REFLETIR:

“Dois presidiários conversam na cadeia:

- Por que você está aqui? Pergunta um deles ao outro.
- Por causa da minha mulher. E você?
- Por causa do meu advogado.” (*anônimo*)

---

MAIS OBSERVAÇÕES SOBRE O DIVÓRCIO

1. O DIVÓRCIO põe termo à sociedade conjugal(CC, art. 1.571,IV), mas, ao contrário da separação judicial ou extrajudicial, **rompe** o vínculo matrimonial e permite novo casamento.
2. Daí se poder concluir que o divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, a extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante **sentença judicial**, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias.
3. Segundo o artigo 1.581 do CCB, “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens”.
4. Consoante o artigo 1.582, *caput*, por ser um direito personalíssimo, o divórcio somente poderá ser requerido pelos cônjuges, obviamente representados advogado, a não ser que ocorra a hipótese do parágrafo único desse mesmo artigo(incapacidade).

---

EFEITOS JURÍDICOS DO DIVÓRCIO

1.EFEITO PRIMORDIAL: o divórcio põe fim ao casamento e aos efeitos civis do matrimônio religioso, quando for o caso. Permite novo casamento civil. Deve ser feita a averbação no REGISTRO CIVIL competente e extrair nova certidão de casamento. *Qual seria o competente?*

## 2. OUTROS EFEITOS:

2.1. cessam os deveres recíprocos entre os cônjuges;

2.2. partilha dos bens, que pode ser feita depois.

2.3. não permite reconciliação; se quiser voltar, tem que casar de novo;

2.4. pode pedir quantos divórcios quiser, sem limite;

2.5. **excepcionalmente**, divorciados podem adotar desde que preencham os requisitos do art. 42, § 4º, do ECA, que são: acordem sobre a guarda e o regime de visitas, o estágio de convivência tenha iniciado quando ainda não divorciados, seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda;

2.6. direitos e deveres dos pais em relação aos filhos sem alteração, podendo haver modificações quanto à guarda e alimentos; os filhos continuam herdeiros dos pais, mas o ex-cônjuge perde essa condição, como ocorre com a separação;

2.6. continuação do dever de assistência por parte do cônjuge que moveu a ação de divórcio, nos casos legais;

2.7. extinção da obrigação alimentar do ex-cônjuge devedor se o ex-cônjuge credor contraiu novo casamento;

2.9. direito ao uso do nome do ex-consorte, salvo se o contrário estiver disposto na sentença(CC, art. 1.571, § 2º).

---

## 20.SEPARAÇÃO DE CORPOS

1. O suporte legal, no Código Civil, encontra-se no art. 1.562.

*2. POR QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA, EM DETERMINADOS CASOS, A SEPARAÇÃO DE CORPOS?*

Para proteger a integridade física e psicológica do casal, bem como para comprovar o *dies a quo*(dia de início do prazo) para o pedido de conversão em divórcio(CC, art. 1.580).

### **3. O QUE TEM QUE PROVAR?**

A necessidade que pode ser feita por todos os meios de prova em direito admitidos. No caso de agressão, o B.O. tem sido documento comprobatório válido quando um dos cônjuges pede que o agressor seja afastado do lar. Se o cônjuge que pedir for o que vai afastar-se, o juiz costuma conceder sem precisar provar o motivo, bastando dizer que vai requerer a separação judicial ou o divórcio direto ou, ainda, que a separação ou o divórcio já está em tramitação.

### **4. QUAL A DIFERENÇA ENTRE MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS PREPARATÓRIA E INCIDENTAL?**

4.1. PREPARATÓRIA: antes de entrar com a ação principal (divórcio, por exemp), tendo 30 dias para essa ação principal;

4.2. INCIDENTAL: quando já está em curso a ação principal.

### **5. QUAL O PRAZO PARA CONTESTAR E SE O JUIZ PODE CONCEDER A MEDIDA INAUDITA ALTERA PARS?**

O prazo para contestar é de cinco dias e o juiz pode conceder a medida, em caráter liminar, isto é, de plano, sem ouvir a parte contrária.

Os procedimentos estão, principalmente, nos artigos 796, 797, 801 e 802 do Código de Ritos.

### **6. É POSSÍVEL SEPARAÇÃO DE CORPOS TAMBÉM ENTRE COMPANHEIROS?**

Sim, diante do que estatui a CF, art. 226, § 3º, que reconhece a união estável como entidade familiar.

### **7. É POSSÍVEL MESMO QUANDO OS CÔNJUGES CONTINUEM A VIVER SOB O MESMO TETO?**

Sim, pois faz cessar a prestação do *debitum conjugale* e protege o requerente de eventual ação de divórcio litigioso por sua culpa.

### **8. QUEM DEVE SER AFASTADO DE CASA, O HOMEM OU A MULHER?**

Em geral, é a mulher que requer que o marido seja afastado, quando vítima de agressões. Em regra, o marido é afastado porque tem maiores probabilidades de obter nova morada. Já a mulher, principalmente quando fica com os filhos, teria maiores dificuldades. Entretanto, não há preferência. Na separação de corpos, é possível pedir alimentos provisórios.

---

VAMOS AO LATIM:

**IMPOTENTIA COEUNDI** : impossibilidade de copular.

**IMPOSSIBILIUM NULLA OBLIGATIO** : ninguém é obrigado a fazer o impossível.

**IMPROBUS LITIGATUR** ; aquele que, mesmo sabendo não ter direitos, demanda a outrem com o intuito de lhe causar prejuízos morais ou materiais.

PARA REFLETIR:

“Eu concordaria de bom grado em dizer que as mulheres são superiores a nós ... se isso pudesse fazê-las desistir de pretender igualar-nos” (*Sacha Guitry*)

“Os cabelos brancos são arquivos do passado”.(*Edgar Allan Poe*)

“Já que têm de ser gravadas rugas em nossa testa, não deixemos que elas gravem em nosso coração: o espírito não deve envelhecer.” ( *James A. Garfield*)

---

\*\*\*\*\*

## 21. MEDIAÇÃO FAMILIAR

### 1. REFLITA SOBRE ESTES QUESTIONAMENTOS:

*1.1. V. acha que os conflitos familiares gerados divórcio, judicial ou extrajudicial, envolvem apenas problemas jurídicos ou também contêm problemas de natureza psíquica, por envolverem sentimentos e emoções entre pais e filhos menores?*

*1.2. V. acha que o Judiciário, quando decide essas questões e impõe uma solução, o faz de forma satisfatória para todos os envolvidos?*

2. Não há dúvida de que a mediação é a melhor forma de resolver problemas familiares não só de forma mais satisfatória, mas também mais rápida e sem maiores traumas. O mediador, representado por um profissional qualificado, procura, favorecendo o diálogo entre as partes em conflito, levar o casal a refletir sobre suas responsabilidades em relação aos filhos, evitando disputas intermináveis, acusações recíprocas, extravasamento de ressentimentos e raiva, até que ambos cheguem a um acordo que atenda às necessidades de todos: pai, mãe, filhos.

3. Assim, se expressa MARIA HELENA DINIZ(*Curso de Direito Civil Brasileiro. 24ª ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, v.5 , p. 361*):

“(...) a mediação procura transformar a crise familiar e a “falência” do casamento em uma relação estável parental, abrindo caminhos para uma reconstrução satisfatória da vida; para tanto, precisará ser aceita pelos protagonistas, acatando a intervenção do mediador, que terá a difícil tarefa de escutar os problemas, esclarecendo pontos controvertidos e restabelecendo o diálogo, ao fazer o cliente entender que a separação judicial e o divórcio, na verdade, não dissolvem a família, uma vez que a reorganizam, mostrando não só os novos papéis desempenhados pelo pai e pela mãe, voltados ao melhor interesse e ao bem-estar da criança e do adolescente, como também a importância da guarda compartilhada e da conversão do direito de visita em direito de convivência, para que a relação entre pais e filhos sofra um aumento de qualidade, possibilitando um crescimento pessoal, voltado ao respeito humano e social, à dignidade do ser humano, à liberdade e aos limites no conviver(...)”

4. A mesma MARIA HELENA( *idem*, pp. 361/362) faz a diferenciação entre mediação e conciliação, explicando:

“(...) Imprescindível será a utilização da técnica da mediação em litígios judiciais na seara familiar, por ser uma espécie do gênero conciliação. Na conciliação, o terceiro(conciliador) atua ativamente e chega a apresentar sugestões, ao passo que na mediação o mediador, como vimos, apenas presta assistência técnica às partes, sem nada sugerir, pois procura abrir espaço, mediante orientação imparcial e diligente, para a comunicação conducente a um “acordo” que satisfaça a todos os envolvidos por ser, na verdade, uma autocomposição do conflito. O mediador não soluciona nada, procura induzir os interessados a resolver o conflito pelo consenso(...)”

---

VAMOS AO LATIM:

**ACTIO AUTEM NIHIL ALIUD EST QUAM JUS PERSEQUENDI IN JUDICIO QUOD SIBI DEBEATUR:** a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido.

**ADULTERUM EST AD ALTERUM THORUM VEL UTERUM ACCESSIO:** adultério é a acessão ao leito ou útero de outrem.

**DA MIHI FACTUM, DABO TIBI JUS:** dá-me o fato, que te darei o direito.

PARA REFLETIR:

“A ignorância é a noite da mente, mas uma noite sem lua nem estrelas.”(*Confúcio*)

“Nada mais perigoso que um amigo ignorante; é preferível um inimigo sábio.”(*La Fontaine*)

“ A inteligência é a força motriz de todas as nações, a condutora de todos os exércitos, a artilharia de todas as guerras.” (*Papini*)

---

## 22. FILHOS. CONSIDERAÇÕES GERAIS.

1. ANTES havia **discriminação**: os filhos nascidos fora do casamento eram chamados de **ilegítimos**. Os **ilegítimos**, como já vimos, distinguiam-se em **naturais** e **espúrios**. Os **naturais** eram nascidos de pessoas não casadas, mas que não tinham impedimento para se casarem. Os espúrios eram **incestuosos** (nascidos de pessoas de parentesco proibido) ou **adulterinos**( nascidos de pessoas casadas com outras pessoas). ASSIM, POR EXEMPLO, O FILHO ADULTERINO NÃO PODIA PROPOR AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CONTRA SEU POSSÍVEL PAI ENQUANTO FOSSE CASADO.

2. A Constituição Federal de 1988 pôs fim a toda e qualquer discriminação ao estatuir, no artigo 227, §6º, que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Ou seja, **essa igualdade é absoluta**. O Código Civil de 2002 veio ratificar esse tratamento igualitário no art. 1.596. Omitiu-se, entretanto, o legislador ao não se referir à união estável, entidade familiar hoje protegida pelo Estado. Urge corrigir isso.

---

## 23.DIREITO DE GUARDA. GUARDA UNILATERAL E COMPARTILHADA.

1. Eis uma questão tormentosa:

*QUEM TEM DIREITO DE FICAR COM O FILHO QUANDO DIVORCIADOS OS PAIS?  
COM O PAI? COM A MÃE? COM OS DOIS?*

2.Em havendo **divórcio consensual**, não há **conflito**. Vale o que os cônjuges acordaram sobre a guarda e proteção da prole. Entende-se que os pais são os maiores interessados no bem-estar de seus filhos menores e maiores inválidos. Então, irão dispor de forma que seus filhos fiquem protegidos. O juiz apenas homologa esse acordo, com o parecer favorável do Ministério Público.

3. Em havendo conflito, compete ao juiz **decidir**.



4. De acordo com o art. 1.583 do CCB, em sua redação determinada pela Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, temos duas formas de guarda:

4.1. UNILATERAL e

4.2. COMPARTILHADA

5. GUARDA UNILATERAL é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua(art. 1.584,§5º).

6. GUARDA COMPARTILHADA é aquela em que a responsabilização é conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto é de ambos.

7. A GUARDA UNILATERAL(ut § 2º do art. 1.583), “será atribuída ao genitor que revelar melhores condições de exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:

I- afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;

II- saúde e segurança;

III- educação.”

O § 3º reza que, quando unilateral, o pai ou a mãe, que não detiver a guarda, não tem apenas o poder ou o direito, mas, o **dever** de “supervisionar os interesses dos filhos”. Fiscalizar se o filho está sendo bem cuidado é uma obrigação sua.

8. Antigamente, a lei mandava atribuir a guarda a quem **não** tivesse culpa na separação. Hoje, o juiz pode atribuir a guarda até mesmo ao cônjuge culpado pela separação, ou até a uma terceira pessoa, **já que o interesse da criança deve estar acima de qualquer outro interesse**. Prevalece essa regra até mesmo quando houver acordo. O juiz, se entender que os interesses dos filhos ou dos cônjuges não estão preservados, poderá recusar a homologação(CC, art. 1.574, parágrafo único). O § 5º do art. 1.584, com a nova redação da Lei 11.698/2008, confere ao juiz amplo poder para preservar os interesses do filho menor.

9. Quanto à GUARDA COMPARTILHADA, tão importante para que pai e mãe, em conjunto, participem do crescimento e desenvolvimento do filho, evitando futuros traumas, deve ser incentivada pelo juiz conforme se depreende do §1º do art. 1.584, que assim dispõe:

“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”.

As sanções, que se aplicam também quando a guarda for unilateral, estão delineadas no § 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, inclusive quanto ao número de convivência com o filho”.

10. Até mesmo pode, **quando possível**, ser imposta pelo juiz a guarda compartilhada conforme estatui o § 2º do artigo em estudo:

“Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”.

11. Entendendo o legislador a limitação do juiz, que não tem como entender de tudo, vem em seu socorro o § 3º que estatui:

“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”.

12. Até agora, falamos dos adultos. *E a vontade da criança não pesa?* Claro que conta. Sempre que possível, o juiz deve ouvir a criança para até, se perceber que não foi influenciada, atender a sua vontade. Contudo, deve ser observado que, nessas questões, o juiz é investido dos mais amplos poderes para dar a solução que melhor atenda ao interesse dos filhos, conforme estabelece o art. 1.586 do CC.

13. Outra questão importante é a manutenção do *statu quo* quando algum dos cônjuges, na separação de fato, estiver com o filho no caso de uma separação judicial. O juiz não deve alterar essa situação, deixando para resolver o problema quando da decretação da separação. Se o outro entra, por exemplo, com uma cautelar de busca e apreensão do filho, o juiz só deve atender e alterar esse estado se houver prova de motivos graves que aconselhem essa alteração. Na verdade, até mesmo no caso de novo casamento daquele que detém a guarda, *ut* art. 1.588, essa guarda deve ser mantida, justificando seja modificada se houver prova de que o filho não é tratado “convenientemente”.

14. A guarda nunca é definitiva, comportando, tal como ocorre com a fixação de alimentos, modificação no interesse do menor. **Não faz coisa julgada material, apenas formal, a concessão de guarda**, desde que ocorra mudança na situação. Aplica-se o princípio *rebus sic stantibus*, isto é, não se modifica uma determinada situação se não houver motivo para isso; se mudar a situação, modifica-se.

15. *Será que homossexual tem esse direito?* O Tribunal de Justiça já decidiu ser admissível pedido de guarda formulado por homossexual. Como se trata de medida de natureza provisória, poderá ser revogada se se constatar qualquer desvio na formação psicológica do menor(RT-747/258).

15. FINALMENTE, NESSAS QUESTÕES DE FAMÍLIA, CONFORME JÁ POSTO, QUANDO SURGE CONFLITO, IMPORTANTE PAPEL EXERCE A **MEDIAÇÃO**. RESSUSCITA-SE O VETUSTO DITADO DE QUE “MAIS VALE UM MAU ACORDO DO QUE UMA BOA DEMANDA”, PRINCIPALMENTE QUANDO SE TRATA DE PROBLEMA TÃO DELICADO COMO O QUE ENVOLVE FILHOS.

---

#### 24.DIREITO DE VISITA

1. O artigo 1.589 do CCB é claro:

“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. “

2. Assim, por ser um direito, o cônjuge, ainda que seja culpado pela separação, ainda que esteja devendo pensão alimentícia, não pode ser privado desse direito. Já houve caso de se condicionar a visita à partilha de bens, o que é ilegal. *Deve pensão?* Existe a execução, sob pena de prisão. Jamais negar esse direito, a não ser em casos em que esse contato de pai ou mãe e filho seja totalmente desaconselhável.

3. O juiz não pode negar a homologação do divórcio por falta dessa regulamentação, que pode ser feita *a posteriori*.

4. Se for homologada a separação com a regulamentação de visitas, qualquer modificação de guarda ou alteração de visitas só poderão ser feitas em ação própria, autônoma, nunca nos mesmos autos.

5. *Será que os avós têm também esse direito de visita?* Na lei não consta, mas a jurisprudência vem garantindo esse direito aos **progenitores**. Os avós participam, mesmo que indiretamente, da criação e formação dos netos. Há afeto e carinho entre ambas as partes. É a lei natural da solidariedade familiar que deve ser seguida. Até mesmo ao **tio** já foi garantido esse direito, em casos excepcionais.

6. Como fecho a essa questão, cumpre dizer que, conforme art. 1.590 do CCB, as mesmas disposições se aplicam aos **maiores incapazes**.

---

#### VAMOS AO LATIM:

INTERROGATUS NON RESPONDENS HABETUR PRO CONFESSO: tem-se por confesso o interrogado que não responde.

ITER CRIMINIS: as etapas do crime; atos que se encadeiam na execução do crime.

JUDEX SECUNDUM ALLEGATA ET PROBATA JUDICARE DEBET: o juiz deve julgar segundo o alegado e provado.

#### PARA REFLETIR:

“Quem decide um caso sem ouvir a outra parte não pode ser considerado justo, ainda que decida com justiça.”( *Sêneca*)

“A leitura é para o intelecto o que o exercício é para o corpo.”(*Joseph Addison*)

“Quem mente precisa ter boa memória.”(*Corneille*)

---

## 25.ALIENACÃO PARENTAL

### LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010.

[Mensagem de veto](#)

Dispõe sobre a **alienação parental** e altera o art. 236 da **Lei** nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte **Lei**:

Art. 1º Esta **Lei** dispõe sobre a **alienação parental**.

Art. 2º Considera-se ato de **alienação parental** a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de **alienação parental**, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade **parental**;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Art. 3º A prática de ato de **alienação parental** fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade **parental** ou decorrentes de tutela ou guarda.

Art. 4º Declarado indício de ato de **alienação parental**, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.

Art. 5º Havendo indício da prática de ato de **alienação parental**, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial.

§ 1º O laudo pericial terá base em ampla avaliação psicológica ou biopsicossocial, conforme o caso, compreendendo, inclusive, entrevista pessoal com as partes, exame de documentos dos autos, histórico do relacionamento do casal e da separação, cronologia de

incidentes, avaliação da personalidade dos envolvidos e exame da forma como a criança ou adolescente se manifesta acerca de eventual acusação contra genitor.

§ 2º A perícia será realizada por profissional ou equipe multidisciplinar habilitados, exigido, em qualquer caso, aptidão comprovada por histórico profissional ou acadêmico para diagnosticar atos de **alienação parental**.

§ 3º O perito ou equipe multidisciplinar designada para verificar a ocorrência de **alienação parental** terá prazo de 90 (noventa) dias para apresentação do laudo, prorrogável exclusivamente por autorização judicial baseada em justificativa circunstanciada.

Art. 6º Caracterizados atos típicos de **alienação parental** ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

- I - declarar a ocorrência de **alienação parental** e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade **parental**.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

Art. 8º A alteração de domicílio da criança ou adolescente é irrelevante para a determinação da competência relacionada às ações fundadas em direito de convivência familiar, salvo se decorrente de consenso entre os genitores ou de decisão judicial.

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. (VETADO)

Art. 11. Esta **Lei** entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 26 de agosto de 2010; 189º da Independência e 122º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DASILVA  
*Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto*  
*Paulo de Tarso Vannuchi*  
*José Gomes Temporão*

## 26.RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE/MATERNIDADE.

### PRESUNÇÃO LEGAL DE PATERNIDADE

1. Suponhamos a seguinte situação esdrúxula: *Deontino está felicíssimo. Casados há cento e oitenta dias(seis meses), sua adorada esposa, Deontina, deu à luz uma linda criança chamada Lontina. O que é que a lei presume?* Que Leontina é filha de Deontina e Deontino. *E se não for? E se for do vizinho?* Não interessa. A lei reza que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal”( CC, art. 1.597, I). De acordo com dados científicos, cento e oitenta dias é o prazo mínimo para a gestação de um ser humano. *E se o filho nascer antes desse prazo?* Cabe ao marido a **faculdade** de reconhecer ou não o filho. Se não reconhecer, afasta a presunção legal de que é seu filho porque nasceu antes dos seis meses.

2. Suponhamos uma segunda situação esdrúxula: *Deontino está felicíssimo. Casados há onze meses, sua adorada esposa, a viúva Deontina, deu à luz uma linda criança chamada Lontina. O que é que a lei presume?* Que Leontina é filha de Deontina, que era viúva, e Deontino. *E se nascesse essa criança dentro dos dez meses?* Presumir-se-ia, pela lei, que essa criança é filha do morto, de quem Deontina era esposa. Aqui, presume-se que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de casamento, são do marido do casamento anterior(CC, art. 1.597, II) porque esse é o prazo máximo, considerando dados científicos, para uma gestação humana. Se nasceu depois desse prazo, como no exemplo, já não existe essa presunção legal.

3. Suponhamos uma terceira situação esdrúxula: *Deontina está felicíssima. Embora seu marido já tenha morrido, deu à luz uma linda criança chamada Lontina. Essa fecundação foi conseguida por inseminação artificial com uso de material genético(sêmen e óvulo) dos dois, quando seu marido ainda era vivo. O que é que a lei presume?* Que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido(CC, art. 1.597, III).

4. Suponhamos uma quarta situação esdrúxula: *Deontina e Deontino estão felicíssimos. Com problemas de gerar filho, foi aproveitado, depois de muito tempo, um embrião excedentário e nasceu uma linda criança, a quem deram o nome de Lontina.* No caso, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. Juridicamente, considera-se excedentário o embrião fecundado fora do corpo(*in vitro*). PESQUISEM, CARAS CAUSÍDICAS E CAROS CAUSÍDICOS, NOS LIVROS INDICADOS PARA SABEREM MAIS...(CC, art. 1.597, IV)

5. Suponhamos uma quinta situação esdrúxula: *Deontino está felicíssimo. Casados há anos, só agora sua adorada esposa, a viúva Deontina, deu à luz uma linda criança chamada Lontina. O problema é que Deontino tinha impotência **generandi**. Então, ele autorizou que fosse feita fecundação com material genético(sêmen) de uma terceira pessoa.* Nesse caso, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. **Heteróloga:** fecundação realizada com material genético de pelo menos um terceiro, aproveitando ou não os gametas(sêmen ou óvulo) dos próprios cônjuges(CC, art.1.587, V).

#### VAMOS AO LATIM:

**IS PATER EST QUEM JUSTAE NUPTIAE DEMONSTRAT:** pai é quem o prova pelo legítimo casamento.

**LEGIS VIRTUS HAEC EST: IMPERARE, VETARE, PUNIRE, PERMITTERE:** a virtude da lei é esta: ordenar, vedar, punir, permitir.

**LEGUM OMNES SERVI SUMUS, UT LIBERI ESSE POSSIMUS:** somos todos escravos da lei, para podermos ser homens livres.

#### PARA REFLETIR:

*"A mulher representa grande energia, pois ela é o lar, quer dizer, o caráter, a escola, o espírito, de toda a humanidade. (A. Austregésilo)*

*"Abre chaga no seio da sociedade o bacharel corrupto." ( Prof. Goffredo Telles Jr.)*

*"Se quiser ser amado, ame.(Sêneca)*



1. A presunção de *pater is est* (o pai é certo) é *iuris tantum*, isto é, pode ser afastada por prova em contrário, mediante a **ação negatória ou contestatória de paternidade**. Contestar significa contrariar e equivale a negar, opor-se. Trata-se de ação **imprescritível**( CC, art. 1.601). Usa-se aqui o critério **biológico** e não o **socioafetivo**. Critério **socioafetivo** se usa quando alguém, *mesmo sabendo que não é o pai*, reconhece o filho voluntariamente e, depois, arrependido, quer revogar sua paternidade. Aí não pode mais. É irrevogável.

2. Essa ação exige prova complementar, não bastando “a confissão materna para excluir a paternidade”(CC,art.1.600), nem “o adultério da mulher, ainda que confessado”(CC, art.1.602), pois trata-se de **direitos indisponíveis**(CPC, art. 351) que dizem respeito ao interesse maior dos filhos.

3. Temos dois tipos de impotência:

3.1. **generandi** : impotência para gerar filhos e

3.2. **coeundi**: impossibilidade de haver o coito, a cópula.

4. Diz o art. 1.599 do CC que “a prova da impotência do cônjuge de gerar, à época da concepção, ilide a presunção de paternidade”. Não é necessário que essa impotência **generandi** seja absoluta, diante da prova do DNA, do qual falaremos adiante. Já a impotência **coeundi**(para o coito) **não** ilide essa presunção porque pode-se extrair o sêmen para fins de inseminação artificial. Assim, a mutilação, chamada de impotência instrumental, impossibilita a fecundação natural, mas não a inseminação instrumental. Demais, o simples atrito do pênis **inerétil** ou diminutíssimo (infantilismo absoluto) pode bastar para expulsão do esperma. CONCLUSÃO: tem que ser impotência **generandi**, isto é, “impotência do cônjuge de gerar” e “à época da concepção”.

---

#### ACÇÃO NEGATÓRIA DE MATERNIDADE

1. Os romanos diziam que *mater in jure semper certa est* a fim de proteger a família constituída pelo casamento. Daí ser uma ação rara. No entanto, o art. 1608 do CCB faz uma exceção à presunção acima quando diz que a mãe pode contestar a maternidade “provando a falsidade do termo ou das declarações nele contidas”. O mesmo que se disse sobre contestação da paternidade pelo pai vale aqui no que concerne à contestação da maternidade.

2. A ação negatória só pode ser proposta pelo marido ou pela mulher. Já a ação de impugnação da paternidade ou da maternidade pode ser ajuizada pelo próprio filho, por interesse moral ou até

mesmo por questão sucessória, para provar que não é seu pai ou mãe a pessoa que consta como tal no registro civil, bem como pelo pai e mãe verdadeiros, com citação dos pais presumidos. Conforme o art. 1.604 do CC, “ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando erro ou falsidade do registro”. Esse erro pode provir, por exemplo, da troca de bebês. Até mesmo os irmãos da pessoa registrada como filho têm legitimidade para propor essa ação.

3. O reconhecimento, quando voluntário, é irrevogável porque não estaria, nesse caso, contestando, mas retratando-se. Para revogar reconhecimento voluntário, há que se provar que houve erro, dolo ou coação. O Código Civil não incluiu a união estável no regime das presunções legais, apenas os nascidos do casamento. Odiosa discriminação vedada pela Constituição. Mister imediata revisão.

#### 28.PROVA DE FILIAÇÃO e OBRIGATORIEDADE DO REGISTRO

1. A filiação, *ut* art. 1.603 do CCB, “prova-se pela certidão do termo do nascimento registrada no Registro Civil”. O registro torna público o nascimento e estabelece a presunção de veracidade das declarações feitas. A filiação pode ser provada também pelos meios de prova referidos no art. 1.609 do CCB, como modos de reconhecimento voluntário dos chamados filhos extramatrimoniais. Veremos adiante esses modos. O art. 1.605 faz referência a outros meios de prova de filiação: provas documentais, periciais e testemunhais. Esse artigo, no entanto, está superado diante do exame do DNA.

2. O REGISTRO DE TODO NASCIMENTO OCORRIDO NO TERRITÓRIO NACIONAL É OBRIGATÓRIO. É exigência dos arts. 50 e 51 da LRP(Lei n. 6.015/73). Deve ser feito no lugar em que houver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, em quinze dias. Em primeiro lugar, é obrigação do pai. Na sua falta ou impedimento, da mãe. Sucessivamente, deve ser feito pelo parente mais próximo, pelos administradores de hospitais ou médicos ou parteiras, por pessoa idônea da casa onde ocorrer o parto e pela pessoa encarregada da guarda do menor.

VAMOS AO LATIM:

***NOCENTEM ABSOLVERE SATIUS EST QUAM INNOCENTEM DAMNARE***: é preferível absolver cem culpados a condenar um inocente.

***DORMIENTIBUS NON SUCCURRIT IUS***: o direito não ajuda os que dormem.

***MENS SANA IN CORPORE SANO***: mente sã em corpo sadio.

PARA REFLETIR:

“Quando não temos o que amamos, devemos amar o que temos.” (*Bussy-Rabutin*)

“Se quiser conhecer verdadeiramente um homem, dê-lhe autoridade”. (*Edison*)

“Algumas mulheres enrubescem quando são beijadas; algumas chamam a polícia; algumas praguejam; algumas mordem. Mas as piores são as que sorriem.” (*Anônimo*)

## 29. RECONHECIMENTO DOS FILHOS

1. FILIAÇÃO EXTRAMATRIMONIAL. O filho havido fora do casamento, antigamente, era chamado de **ilegítimo**. PERGUNTA-SE:

1.1. *A quem compete a ação de prova de filiação?* Vide art. 1.606.

1.2. *Os herdeiros também podem propor a ação?* Vide art. 1.606, par. único.

1.3. *A mãe, não casada, pode exigir que o Cartório registre o filho também em nome do pai se ela disser que tem certeza de quem é o pai?* Sem a presença do pai ou sem uma procuração com poderes específicos, não. Para lançar o nome da mãe, não há restrição porque ***mater semper certa est.***

2. HÁ DOIS MODOS DE RECONHECIMENTO DE FILHOS HAVIDOS FORA DO CASAMENTO:

2.1. **voluntário**: é também chamado de perfilhação e exige capacidade plena ou relativa, não podendo ser feito pelos absolutamente incapazes;

2.2. **judicial**: é feito através da **ação de investigação de paternidade**; é uma ação declaratória porque não cria a paternidade, mas apenas declara uma realidade, sendo seus efeitos ***ex tunc***.

3. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO E ESPONTÂNEO. Leiamos no art. 1.609 do Código Civil os quatro modos de reconhecimento voluntário e espontâneo. O inciso II inclui o **codicilo**.

4. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO, MAS “NÃO” ESPONTÂNEO. Não está no Código Civil, mas no art. 2º da Lei n. 8.560/92. Eis o procedimento:

4.1. A mãe comparece ao Cartório e indica ao oficial o pai;

4.2. O oficial é obrigado a enviar ao juiz a identidade do suposto pai com a certidão integral do registro;

4.3. O suposto pai é chamado em juízo e três situações podem ocorrer:

a) se o suposto pai comparecer e admitir a paternidade, lavrar-se-á o termo de reconhecimento para ser averbado pelo oficial junto ao assento de nascimento;

b) se o suposto pai comparecer e negar a paternidade, os autos serão remetidos ao MP para a promoção da competente ação de investigação de paternidade, quando, então, o suposto pai poderá defender-se;

c) se o suposto pai não atender à notificação, procede-se também como na situação da letra b).

5. Não se fará, nos registros de nascimento, qualquer referência à natureza da filiação. Discriminação é vedada, conforme já vimos.

6. O reconhecimento pode ser feito antes do nascimento, mas o reconhecimento depois do falecimento do filho, só se ele tiver deixado descendentes(CC, art. 1.609, parágrafo único).

7. *O FILHO PODE OPOR-SE AO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO?* De acordo com o art. 1.614 do CC sim. A oposição, nos quatro anos, pode ser feita por meio da ação de contestação ou impugnação de reconhecimento. Pode ingressar com ação enquanto menor desde que esteja representado ou assistido, conforme o caso. É o contrário da investigação da paternidade. Todo gênero de provas é admitido nessa ação.

---

### 30.RECONHECIMENTO JUDICIAL: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE.

1. Quando o reconhecimento não é voluntário, o filho pode intentar o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, através da ação de investigação de paternidade, que é ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível(não há limite de tempo).

2. *QUEM TEM LEGITIMIDADE ATIVA PARA ESSA AÇÃO?* Por ser um direito personalíssimo, só o filho pode ajuizar essa ação. Se for menor de 16 anos ou maior incapaz, será representado pela mãe, tutor ou curador. Se for maior de 16 e menor de 18 anos, será assistido pela mãe. Não é correto a mãe, em seu nome, ajuizar a ação. Se o filho morrer antes de iniciar a ação, seus herdeiros e sucessores ficarão impedidos de ajuizá-la, exceto se ele tiver morrido menor ou incapaz, conforme art. 1.606 do CC. Caso já tenha dado início à ação, seus herdeiros e sucessores poderão continuá-la, exceto se julgado extinto o processo(CC, art. 1.606, par. Único).

3. *EXISTE LEGITIMIDADE PARA O NASCITURO?* Sim, representado pela mãe, o nascituro pode ajuizar a ação, inclusive para pleitear um direito novo: alimentos gravídicos que veremos

adiante. Essa pretensão faz parte dos direitos da personalidade e da necessidade de integral proteção à criança, conforme art. 227, *caput*, da Carta Magna:

**É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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. (HONESTAMENTE FALANDO, HÁ O CUMPRIMENTO DESSE DEVER? E O CASO JOÃO HÉLIO, HEIM?)**

#### 4. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES:

4.1. *O filho adotivo está impedido de intentar ação de investigação de paternidade em desfavor do pai biológico?* Entende-se que não. É seu direito conhecer seus verdadeiros pais até por necessidade psicológica.

4.2. *A mãe ou tutora do menor pode desistir da ação já em tramitação?* Por ser o direito ao reconhecimento da paternidade **indisponível**, a resposta é negativa.

4.3. *E se o demandado já for falecido, a ação deve ser dirigida em desfavor de seus herdeiros ou do espólio?* Em face de seus herdeiros porque o espólio não tem personalidade jurídica, sendo apenas um acervo de bens.

4.4. *E se a mãe manteve relações sexuais com dois ou mais homens no período provável da concepção?* **In casu**, o filho pode promover a ação de investigação de paternidade, separada ou conjuntamente, contra um ou contra todos. Por economia processual, recomendável reunir a discussão em um só processo. Requer exame de DNA de todos para que se busque a verdade.

4.5. *Qualquer filho extramatrimonial pode mover a ação?* Dispõe o art. 27 do ECA: **O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.**

---

#### 31 MEIOS DE PROVA NA INVESTIGAÇÃO: DNA

##### A IMPORTÂNCIA DO DNA

1. Todos os meios de prova, desde que lícitos, são permitidos nas ações de filiação, mormente as biológicas, sendo, atualmente, consideradas as mais importantes. Entre essas provas biológicas, a prova pericial do **DNA** ocupa lugar proeminente.

2. Quando não havia o **DNA**, havia outros métodos científicos como o exame hematológico do **HLA** que, quando dava negativo, excluía a paternidade, mas quando dava positivo, apenas dizia ser “possível” a paternidade, num percentual de 60%. Isto é, não dava certeza da paternidade. Em muitos casos, a ação de investigação de paternidade resultava improcedente pela oposição do réu do *exceptio plurium concubentium* (exceção do concubinato plúrimo).

3. A partir do **DNA**, o chamado **teste pelo ácido desoxirribonucléico**, que é uma impressão digital genética, fazendo uma analogia com a impressão digital datiloscópica, os outros métodos ficaram obsoletos. Assim, o exame de DNA, que afirma, quando positivo, um grau de certeza de paternidade quase absoluta, sendo, pois, a prova mestra, central, alcançando **99,9999...%**, é o mais seguro para provar definitivamente a maternidade e a paternidade, podendo ser feito mesmo antes do nascimento, fazendo-se retirada do sangue fetal. Esse exame é possível também depois da morte do investigado, pois o DNA pode ser reconstruído por amostras de sangue de parentes próximos, raiz de fio de cabelo etc. Mesmo sendo um exame conclusivo, são necessários alguns cuidados: cautela na interpretação do resultado, cautela na realização do exame, cautela na escolha do laboratório, cautela para não haver troca de sangue etc. É recomendável que as partes indiquem assistentes técnicos para acompanhar essa prova.

4. Importante, no que diz respeito a essa prova pericial genética, isto é, o DNA, escutar o que ensina o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no REsp 397.013-0 –MG, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighy, v.u. 11.11.2003:

“Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, a valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais; e c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas”.

5. Quando o investigando é vivo, a melhor fonte para o DNA é o sangue, ainda que em pequena quantidade(2,5 ml bastam). Outros materiais como cabelo, unhas são imprestáveis, pois trata-se de tecidos desvitalizados. Se o suposto pai é morto, o primeiro e preferencial caminho é a prole, isto é, os descendentes do investigando. Na falta de descendentes, estudam-se os ascendentes. Outra forma, é a **exumação** do suposto pai, mas deve ser uma exceção usada à falta de outros meios. Se esse for o caminho, aconselha-se material obtido com ossos como fêmur, tíbia, ulna(o cúbito: osso longo situado na face interna do antebraço).

6. Na ausência de DNA, admitem-se outros meios de prova: documentos, testemunhas. Provar, por exemplo, que havia concubinato ou houve rapto ou comprovar que houve relações sexuais coincidentes com a concepção ou confissão da mãe que levava uma vida recatada. ***In casu***, até parentes próximos podem servir de testemunhas porque os fatos dizem respeito ao estado das pessoas, mas tais testemunhos devem ser recebidos com cautela. ENFIM, SE NÃO FOR POSSÍVEL A PROVA PERICIAL CAPAZ DE DAR CERTEZA QUASE ABSOLUTA DA PATERNIDADE, É FIRME A JURISPRUDÊNCIA EM ADMITIR INDÍCIOS E PRESUNÇÕES, DESDE QUE ROBUSTOS, FORTES E CONVINCENTES PARA COMPROVAR A PATERNIDADE. ATÉ MESMO A SEMELHANÇA FÍSICA ENTRE O INVESTIGANTE E O INVESTIGADO(POR FOTOS JUNTADAS AOS AUTOS) SERVE PARA AJUDAR A CONVENCER O MAGISTRADO. EU MESMO ASSUMI UM CASO EM QUE FOI JUNTADA UMA FOTOGRAFIA EM QUE O INVESTIGANTE ERA A “CARA” DO INVESTIGADO. OS DEMAIS FILHOS DO INVESTIGADO NÃO SE PARECIAM TANTO COM ELE COMO O FILHO AUTOR DA AÇÃO.

7. ***O RÉU PODE SER OBRIGADO A SUBMETER-SE AO EXAME?*** É óbvio que não. Ninguém pode ser constrangido a fornecer amostras de seu sangue para a perícia. Mas essa recusa pode ser interpretada pelo juiz como comprovação de que é o pai, principalmente se houver outras provas como o de que houve relacionamento amoroso entre a mãe do autor e o investigado. Além disso, temos o artigo 231 e o 232 do Código Civil. Não bastasse, temos, ainda, a Súmula 301 do STJ: “Em ação de investigação, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção ***iuris tantum*** de paternidade”.(LEIAM MARIA HELENA DINIZ PARA SE INTEIRAREM MAIS SOBRE DNA)

8. Uma questão controvertida e polêmica é a de se saber se há possibilidade de afastar a coisa julgada nas ações negatórias de paternidade em que se exige o exame de DNA quando na ação

investigatória ajuizada anteriormente foi reconhecida a paternidade sem esse exame. Sabe-se que a ação rescisória para rescindir uma ação tem o prazo de dois anos. Há um entendimento de que somente haverá coisa julgada material nas ações de investigação e contestação de paternidade quando tiverem sido produzidas todas as provas documental, testemunhal, pericial, **notadamente o exame genético do DNA** e depoimento pessoal. Assim, mesmo depois de dois anos, pode-se intentar a ação negatória. Há um projeto no Congresso propondo que a ação de investigação de paternidade, realizada sem a prova do pareamento cromossômico(DNA) NÃO FAZ COISA JULGADA.

### EFEITOS OU CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO

1. Voluntário ou judicial, o filho reconhecido tem seus direitos garantidos, inclusive no que concerne à herança, desde o nascimento ou mesmo de sua concepção. São efeitos *ex tunc* e não *ex nunc*.
2. Estabelece o vínculo de parentesco entre o filho e seus pais. Atribui *status* familiar ao filho, devendo constar do Registro Civil, mas sem qualquer discriminação, o nome do pai, mãe e dos avós maternos e paternos.
3. *Será que o pai que reconheceu o filho pode levá-lo, ainda que casado com outra mulher, para morar com eles?* O art. 1.611 responde.
4. O art. 1.612 do CC deve ser visto com muita cautela. É preciso cuidado para não atribuir a guarda ao pai que reconheceu o filho **coativamente** e quer vingar-se do filho, maltratando-o. Tratando-se de menor, deve o juiz agir com muita cautela, muita prudência.
5. Os filhos reconhecidos têm, como **herdeiros necessários** que são, os mesmos direitos dos demais filhos em relação ao autor da herança. A recíproca é verdadeira.
6. O filho reconhecido de pai que deixou bens pode propor **ação de petição de herança**, pedindo, caso a ação de investigação esteja em andamento, reserva de bens, ou, se já foi feita a partilha, propor a **nulidade da partilha** para que seja também aquinhoado.

VAMOS AO LATIM:

**MATER SEMPER CERTA EST, PATER AUTEM INCERTUS:** a mãe é sempre certa; o pai, porém, incerto.



**PRETIUM DOLORIS:** preço da dor.

**VERBA VOLANT, SCRIPTA MANENT:** as palavras voam, os escritos permanecem.

\*\*\*\*\*

### 32.DO PODER FAMILIAR: EXERCÍCIO, SUSPENSÃO E EXTINÇÃO

#### GENERALIDADES

1. Segundo CARLOS ROBERTO GONÇALVES( *Direito Civil Brasileiro*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. VI(Direito de Família), p. 372), “poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuído aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores”. Esse poder é **irrenunciável** e **indelegável** porque se trata de um **múnus público**, imposto pelo Estado aos pais, a fim de que zelem pelo futuro de seus filhos. É, também, **imprescritível**(os pais não perdem o direito por não exercitarem esse poder) e **incompatível com a tutela**(só pode nomear tutor para menor cujos pais tiveram suspenso o poder familiar ou dele foram destituídos, isto é, perderam esse poder familiar por sentença judicial). O artigo 1.630 do CCB, sem definir, simples e sinteticamente, dispõe: **Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores**. Estão sujeitos ao poder familiar os filhos menores não emancipados, havidos ou não no casamento, ou resultantes de outra origem, desde que reconhecidos, bem como os adotivos.

2. **COMO ERA ANTES?** O Código Civil de 1916 denominava o poder familiar de **pátrio poder**(*patria potestas*) porque o marido era o chefe da família e o poder era por ele exercido, ficando a mulher em segundo plano. Apenas como curiosidade, na Roma antiga, esse poder era tão amplo que o pai tinha o direito de punir o filho, podendo vendê-lo e até matá-lo.

3. **COMO É ATUALMENTE?** A mudança para **poder familiar** foi consequência da igualdade constitucional entre o homem e a mulher, conforme o disposto no art. 226, § 5º, da Carta Magna atual, que diz: **Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher**. Por sua vez, o ECA( Lei n. 8.069/90), deixou assentado, no art. 21, que: **O pátrio poder**( hoje: poder familiar) **será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência**. No mesmo sentido, o Código Civil de 2.002, no artigo 1.631, *caput* e parágrafo único.

4. A Separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável **não** modificam o poder familiar. Apenas, a guarda, que é só uma parcela desse poder, é que pode ser alterada, ficando o

menor com um deles, conforme o artigo 1.632 do CCB. Importante atentar também para o art. 1.633.

### EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

#### *1. QUAIS OS DIREITOS E DEVERES QUE COMPETEM AOS PAIS, QUANTO À PESSOA DOS FILHOS MENORES?*

Estão no artigo 1.634 do CCB:

##### **“I- dirigir-lhes a criação e educação;**

(É o mais importante de todos. Os pais são obrigados a sustentar os filhos, cuidar de sua formação, torná-los úteis para si, para a família e para a sociedade. A infração a esse dever configura o **crime de abandono material**, capitulado no **art. 244 do CP**. Constitui também causa para perda do poder familiar, conforme art. 1.638, II, do CCB. A infração ao dever de educação fundamental caracteriza o **crime de abandono intelectual** tipificado no **art. 246 do CP**.)

##### **II- tê-los em sua companhia e guarda;**

(Os pais podem reclamar os filhos de quem ilegalmente os detenha mediante a **ação de busca e apreensão**. A companhia (com quem o filho está) vai ditar a responsabilidade pelos danos causados a terceiros pelos filhos. É a chamada culpa *in vigilando*. O artigo 1.703 do CC dispõe que ambos os pais devem contribuir para o sustento dos filhos, **na proporção de seus recursos**. A falta de meios próprios para sustentar o filho não será, por si só, motivo de perda da guarda, nem do poder familiar, segundo o art. 23 do ECA.)

##### **III- conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;**

##### **IV- 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;**

##### **V- representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;**

##### **VI- reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;**

**VII- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.**

(Embora o ideal seja sempre o diálogo e a paciência, podem os pais castigar os filhos até fisicamente, mas com moderação para não configurar o crime de maus tratos(CP, art. 136) que também é causa de perda do poder familiar, conforme art. 1.638, I, do CC. Observação quanto a palmadas e outros contatos físicos com os filhos. Quanto ao trabalho, conforme o art. 7º, inciso XXXIII, da CF, observar que é vedado o trabalho de menor fora do lar até os 16 anos, a não ser como aprendiz a partir dos 14. Antes dos 14, em hipótese alguma. Dos 16 aos 18 anos, vedado é o trabalho noturno, perigoso ou insalubre.)

## **2. E QUANTO AOS BENS DOS MENORES?**

Dispõe o art.1.689 do CCB que **o pai e a mãe, enquanto no exercício do poder familiar:**

**I- são usufrutuários dos bens dos filhos;**

**II- têm a livre administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade.**

(Os pais têm o dever de preservar os bens dos filhos, não praticando atos que possam diminuir esse patrimônio. Para alienar ou gravar os bens de ônus real(hipoteca, por exemplo), indispensável a prévia autorização do juiz, mediante a demonstração de **necessidade ou evidente interesse da prole**, conforme art. 1.691, caput, do CCB.)

## **EXTINÇÃO E SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR**

**1. EXTINÇÃO, ISTO É, PERDA DO PODER FAMILIAR**, também chamada de destituição do poder familiar. Segundo o art. 1.635, extingue-se o poder familiar:

**I- pela morte dos pais ou do filho;**

(Essa é a perda por fatos naturais.)

**II- pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;**

**III- pela maioridade;**

**IV – pela adoção;**

Esses três incisos, II, III e IV, ocorrem de pleno direito. Revejam o artigo 5º, parágrafo único. O filho menor com 16 anos pode ser emancipado pelos pais, devendo ser homologado pelo juiz. Quanto à adoção, essa perda se dá em relação aos pais consanguíneos que passa para os adotivos)

**V – por decisão judicial, na forma do art. 1.638.**

( Trata-se de medida muito mais grave e imperiosa do que a suspensão, que é menos grave. Vejam o art. 1.638 que remete, no inciso IV, ao art. 1.637 do CC.)

2. SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. É **medida temporária** e pode ser revogada a critério do juiz porque só perdura enquanto necessária. Não há limite de tempo. Não constitui sanção aplicada aos pais, mas medida que visa à proteção do menor. Um só acontecimento pode ser motivo para a suspensão, como, por exemplo:

- o pai, tendo bebido, quis matar o filho;
  - o pai arriscou no jogo parte ou toda a importância recebida da venda dos bens do filho menor.
- São apenas alguns exemplos concretos. OS CASOS DE SUSPENSÃO ESTÃO NO ART. 1.637 DO CCB.

3. No que concerne à SUSPENSÃO, pode ser ela **total** ou **parcial**. Suspendendo-se o poder familiar em relação a um dos pais, o outro o exercerá. Se esse outro não puder exercê-lo ou tiver morrido, o juiz nomeia **tutor**. A suspensão poderá ser decretada **liminar** ou **incidentalmente**, confiando-se o menor a pessoa idônea *ut* art. 157 do ECA.

4. *PODE HAVER RECUPERAÇÃO DO PODER FAMILIAR?* Sim, desde que, em procedimento judicial contencioso, os pais comprovem a cessação das causas que a determinaram. Importante ver, também, o art. 1.636 do CC.

\*\*\*

***VELLE EST POSSE: querer é poder.***

\*

*Estudante, eis um título que apenas abandonamos no túmulo. (Jean Guilton)*

\*

Código de Ética e Disciplina da OAB:

**Art. 2º.** O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

\*\*\*\*\*

**33.DA ADOÇÃO**

1. ADOÇÃO é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, **na qualidade de filho**, pessoa a ela estranha. Tem caráter *fictio iuris* porque cria entre o adotante e o adotado relação fictícia de paternidade e filiação. *Que é fictio iuris?*

2. Com a edição da Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, a adoção passou para o ECA. Assim, o art. 1.618 do CCB dispõe:

**A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990-Estatuto da Criança e do Adolescente.**

O art.seguinte, o 1.619, diz que “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 n. 8.069, de 13 de julho de 1990- Estatuto da Criança e do Adolescente.”

3. A adoção é medida excepcional e irrevogável, devendo ser tomada apenas quando não houver possibilidade de manter a criança ou o adolescente na família natural ou na família extensa. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. A adoção por procuração é proibida. Confirmam os arts. 39 e 25 do ECA.

4. O adotando deve contar com, no máximo, 18 anos à data do pedido, salvo se já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais (ECA, arts. 40 e 41)).

4.1 Para adotar, mister que os adotantes tenham 18 anos, independentemente do estado civil.

4.2.Os ascendentes e os irmãos do adotando não podem adotá-lo.

5. O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

6. Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

7. Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, desde que:

7.1. acordem sobre a guarda e o regime de visitas;

7.2. o estágio de convivência com o adotando tenha tido início na constância do período de convivência do casal;

7.3. seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

8. A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

9. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos.

10. Enquanto não prestar contas de sua administração, o tutor ou o curador não pode adotar o pupilo ou o curatelado.

11. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.

12. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que o juiz fixar. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da adoção. A simples guarda de fato não autoriza, por si, a dispensa da realização do estágio de convivência. Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de, no mínimo, 30 dias. O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que apresentará um relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

13. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado judicial do qual não se fornecerá certidão. A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes. O mandado judicial, que será

arquivado, cancelará o registro original do adotado. A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência. A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome, com a oitiva do adotando.

14. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada, após completar 18 anos de idade. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 anos, a seu pedido, assegurada orientação jurídica e psicológica. A morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais.

15. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção. Só a pessoa que não revele incompatibilidade com a natureza da medida ou ofereça ambiente familiar adequado será deferida inscrição como interessado em adoção. Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. *E o caso daquela procuradora aposentada do Rio?*

16. A autoridade judiciária providenciará, no prazo de 48 horas, a inscrição das crianças e adolescentes em condições de serem adotados que não tiveram colocação familiar na comarca de origem, e das pessoas ou casais que tiveram deferida sua habilitação à adoção nos cadastros estadual e nacional, sob pena de responsabilidade.

17. A adoção internacional somente será deferida se, após consulta ao cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção, mantido pela Justiça da Infância e da Juventude na comarca, bem como aos cadastros estadual e nacional referidos não for encontrado interessado com residência permanente no Brasil.

18. Enquanto não localizada pessoa ou casal interessado em sua adoção, a criança ou o adolescente, sempre que possível e recomendável, será colocado sob guarda de família cadastrada em programa de acolhimento familiar.

19. A alimentação do cadastro e a convocação criteriosa dos postulantes à adoção serão fiscalizadas pelo Ministério Público.

20. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente quando:

- a) se tratar de pedido de adoção unilateral;
- b) for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
- c) oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de três anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 do ECA.

\*\*\*

***HOMO FORENSIS: o advogado.***

\*

***É melhor calar e que suspeitem de tua pouca sabedoria do que falar e eliminar qualquer  
dúvida sobre isso.( Abrahan Lincoln)***

\*

**Código de Ética e Disciplina da OAB:**

**Art. 2º. (...)**

**Parágrafo único.** São deveres do advogado:

- I - preservar, em sua conduta, a honra, a nobreza e a dignidade da profissão, zelando pelo seu caráter de essencialidade e indispensabilidade;
- II – atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé;
- III - velar por sua reputação pessoal e profissional;
- IV - empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional;
- V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;
- VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;
- VII - aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

\*\*\*\*\*

### **34.DOS ALIMENTOS. FILHOS, CÔNJUGES E PARENTES. MEDIAÇÃO.**

#### ***1. QUE SÃO, JURIDICAMENTE, ALIMENTOS?***



São prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las. Segundo JOSSERAND, a obrigação alimentar é *le devoir imposé juridiquement à une personne d'assurer la subsistance d'une autre personne*. No campo do direito, abrange não só o sustento, mas o necessário à manutenção da condição social e moral do alimentando. Compreende não só os alimentos propriamente ditos, mas vestuário, habitação, assistência médica, instrução e educação. É o que reza o artigo 1.694, *caput*, do CCB:

**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. *Aí está a necessidade, mas e a possibilidade de quem é obrigado a prestar os alimentos?***

**2. EM QUE SE FUNDA ESSE DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS?** Funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou os parentes. Quanto aos filhos e pais, funda-se no art. 1696 essa obrigação no dever de sustento inerente ao poder familiar:

**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 na falta de outros.**

**3. POR QUE O ESTADO OBRIGA O SEU CUMPRIMENTO SOB PENA DE PRISÃO?** Para não aumentar o número de pessoas carentes e desprotegidas que deverão, caso não sejam fornecidos alimentos, sustentadas pelo próprio Estado.

**4. EM QUE PRESSUPOSTOS SE LASTREIA A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS?**  
Lastreia-se:

- 4.1. na existência de um vínculo de parentesco ou conjugal;
- 4.2. na necessidade do reclamante ou alimentando;
- 4.3. na possibilidade da pessoa obrigada, isto é, do alimentante;
- 4.4. na proporcionalidade entre a **necessidade do alimentando** e a **possibilidade do alimentante**, conforme o § 1º do art. 1.694, que estatui:

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

O JUIZ, QUANDO FOR FIXAR OS ALIMENTOS POR NÃO TER HAVIDO ACORDO, QUE DEVE SER SEMPRE TENTADO(mediação), DEVE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO ESTE BINÔMIO:

### **NECESSIDADE X POSSIBILIDADE**

5. Os alimentos assim concedidos são chamados de **legais ou legítimos**.

6. Os alimentos, processualmente falando, podem ser:

6.1. DEFINITIVOS: são os de caráter permanente, estabelecidos na sentença pelo juiz ou em acordo das partes devidamente homologado. Esses alimentos podem ser revistos, mediante uma AÇÃO DE REVISÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA OU DE EXONERAÇÃO. É o que está no art.1.699 do CCB:

**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.**

A sentença de alimentos não faz coisa julgada material, apenas formal, daí poder ser alterado o valor pago para mais, para menos ou nada pagar.

6.2. PROVISÓRIOS: são os fixados liminarmente, quando requeridos, no despacho inicial proferido pelo juiz na ação de alimentos, que segue o rito especial estabelecido pela Lei 5.478/68(LEI DE ALIMENTOS). Deve ser feita prova pré-constituída do parentesco, casamento ou companheirismo.

6.3. PROVISIONAIS ou *AD LITEM*: são os determinados em medida cautelar, preparatória ou incidental, de ação de separação judicial, de divórcio, de nulidade ou anulação de casamento ou de alimentos. Dependem dos requisitos inerentes a toda medida cautelar: *fumus boni iuris*(fumaça do bom direito) e *periculum in mora*(perigo na demora: “o estômago não pode esperar”).

7. Para quem não paga alimentos correspondentes aos últimos três meses anteriores ao ajuizamento da ação e os que se vencerem no curso da ação está destinada a prisão de 1 a 3 meses, podendo ser preso novamente pelo mesmo motivo ainda que cumpra a prisão. *Por quê?* Não se trata de pena, prisão punitiva, de caráter penal, mas prisão civil, administrativa, **com o fim de coagir**, obrigar o alimentante a cumprir a sua obrigação. *Por quê?* É solto assim que paga

os alimentos ou nem é preso se pagar antes. Mas antes de ser preso, o devedor é citado para, em três dias:

a) efetuar o pagamento;

b) provar que o fez

c) ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo, sob pena de prisão de 1(um) a 3(três) meses. Está no art. 733 do CPC.

8.A execução de alimentos que ultrapassar os três meses anteriores ao ajuizamento da ação deverá ser feita pelo artigo 732 do CPC(pagará se houver bens para ser penhorados).

9. *O CÔNJUGE SEPARADO JUDICIALMENTE PODE PLEITEAR ALIMENTOS?* Sim, conforme o art. 1.704 do CCB.

10. *SE DECLARADO CULPADO, NÃO TEM, ENTÃO, DIREITO A ALIMENTOS?* O parágrafo único do art. 1.704 abre uma exceção para prever os chamados **alimentos humanitários**: o cônjuge inocente pagará um valor a ser fixado pelo juiz que seja indispensável à sua sobrevivência desde que presentes as situações ali consignadas.

11. *E OS IRMÃOS TAMBÉM SÃO OBRIGADOS A PRESTAR ALIMENTOS?* Sim, de acordo com o art. 1.697, mas em último lugar.

12. *E OS AVÓS?* Sim, ocorrendo a situação do art. 1.698 combinado com o art. 1.696 do CCB.

13. *E SE O PARENTE, QUE DEVE ALIMENTOS EM PRIMEIRO LUGAR, NÃO ESTIVER EM CONDIÇÕES DE SUPORTAR TOTALMENTE O ENCARGO?* **Consultemos o artigo 1.698 do CCB.**

14. CONCLUSÃO:

14.1. A ação de alimentos tem rito especial, com espeque na Lei 5.478/68.

14.2. Atualmente, os juízes têm designado uma audiência de MEDIAÇÃO. *Por quê?* Não obtido êxito, designa audiência de instrução e julgamento.

14.3. O direito à prestação ou pensão alimentícia tem os seguintes caracteres: é personalíssimo, transmissível só em relação ao devedor(CC, art. 1.700), irrenunciável, incessível em relação ao credor, incompensável, impenhorável(CC, art. 1.707), imprescritível, atual, irrestituível, variável(CC, art. 1.699) e divisível entre os parentes do necessitado, exceto se o alimentando for idoso, visto que a obrigação passará a ser solidária *ex lege*, cabendo-lhe optar entre os prestadores(Lei 10.741/2003, art. 12).

14.4. São causas de extinção da obrigação alimentar: a) morte do alimentando; b) desaparecimento de um dos pressupostos do **art. 1.695** do CC e casos do artigo **1.708** também do Código Civil.

14.5. Geralmente, para dispensar a atualização prevista no art. 1.710 do CC, a pensão alimentícia é fixada em salário mínimo. *Federal ou estadual?*

#### ALIMENTOS GRAVÍDICOS

#### **LEI Nº 11.804, DE 5 DE NOVEMBRO DE 2008.**

**Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.**

Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

[Art. 3º \(VETADO\)](#)

[Art. 4º \(VETADO\)](#)

[Art. 5º \(VETADO\)](#)

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Art. 7º O réu será citado para apresentar resposta em 5 (cinco) dias.

[Art. 8º \(VETADO\)](#)

[Art. 9º \(VETADO\)](#)

[Art. 10º \(VETADO\)](#)

Art. 11. Aplicam-se supletivamente nos processos regulados por esta Lei as disposições das [Leis nºs 5.478, de 25 de julho de 1968](#), e [5.869, de 11 de janeiro de 1973](#) - Código de Processo Civil.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

\*

***HODIE MIHI, CRAS TIBI: hoje para mim, amanhã para ti.***

\*

***Nunca deveis utilizar uma palavra nova, a não ser que ela tenha estas três qualidades: seja necessária, inteligível e sonora. (Voltaire)***

\*

Código de Ética e Disciplina da OAB:

**Art. 6º.** É defeso ao advogado expor os fatos em Juízo falseando deliberadamente a verdade ou estribando-se na má-fé.

**Art. 7º.** É vedado o oferecimento de serviços profissionais que impliquem, direta ou indiretamente, inculcação ou captação de clientela.

\*\*\*\*\*

### 35.DA UNIÃO ESTÁVEL E CONCUBINATO

1. O QUE VEM A SER A UNIÃO ESTÁVEL? É a relação afetivo-amorosa entre homem e mulher, consistente na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o propósito de constituir família, *ut* artigo 1.723 do CCB.

2. RELAÇÃO ADULTERINA OU INCESTUOSA CONSTITUI UNIÃO ESTÁVEL? Não porque viola os impedimentos do artigo 1.521. Assim, os impedimentos do art. 1.521 do CC, que impedem o casamento, também impedem o reconhecimento da união estável, também denominada “casamento de fato”. Excetua-se, no entanto, o inciso VI caso a pessoa seja casada com outra, mas já esteja separada de fato ou judicialmente de seu cônjuge e viva com outra pessoa(CC,art.1.723,§1º).

3. Já as causas suspensivas (CC, art. 1.523) não impedem a constituição de união estável, mas apenas os impedimentos do art. 1.521 com a observação quanto ao inciso VI acima explicitado(CC, art.1.723,§2º).

4. Quando há uma relação adulterina(pessoa casada que tem ligação amorosa com terceira, vivendo com as duas ao mesmo tempo) e quando a pessoa tem mais de uma união de fato, a jurisprudência trata como concubinato impuro ou, simplesmente, concubinato. *Por quê?* Porque o adulterino está infringindo o dever de fidelidade que existe no casamento e na união estável. Aliás, o art. 1.724 do CC dispõe: “As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos”. Por outro lado, diz o art. 1.727 do CC: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

Obs.: A existência de uma comborça ou um comborço fere o princípio da monogamia, assim como a existência de mais de uma relação de fato.(Leiam o conto “Missa do galo” de Machado de Assis).

5. Antes do Código Civil de 2002, a Constituição de 1988, no art. 226,§3º, já dizia que “para efeito de 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.”

6. Antes da Constituição de 1988, que deu o passo decisivo, já havia outras leis editadas com relação à união estável:

6.1. **Lei 8.971,de 29 de dezembro de 1994**, que falava em “companheiros” e considerava união estável “a união comprovada entre o homem e a mulher, desde que solteiros, separados judicialmente, divorciados ou viúvos, por mais de cinco anos, ou com prole”.

6.2. **Lei 9.278,de 10 de maio de 1996**, que falava em “conviventes” e já não mencionava tempo, nem requisitos pessoais.

7. COMO NÃO HÁ PRAZO E É INFORMAL, PODE-SE AFIRMAR QUE A UNIÃO ESTÁVEL SURGE A PARTIR DO INSTANTE EM QUE O HOMEM E A MULHER PASSAM A VIVER JUNTOS, OU NO DIA SEGUINTE, OU LOGO APÓS? Óbvio que não é assim. Há requisitos de ordem subjetiva e requisitos de ordem objetiva.

7.1. São requisitos de ordem subjetiva: a) convivência **more uxório** (convivência como marido e mulher) e b) **affectio maritalis** (ânimo ou propósito de constituir família).

7.2. São requisitos de ordem objetiva: a) diversidade de sexo; b) publicidade e notoriedade; c) estabilidade ou durabilidade da relação; d) continuidade; e) inexistência de impedimentos matrimoniais, exceto se a pessoa for casada, mas estiver separada de fato ou de direito e f) relação monogâmica.

8. As mesmas regras sobre alimentos devidos na separação judicial também se aplicam no caso de dissolução da união estável, inclusive o direito de utilizar-se o companheiro do rito especial da Lei de Alimentos (5.478/68).

9. Ao se ajuizar uma ação para dissolver uma união estável, deve-se atentar para dois requisitos:

9.1. o nome da ação é **AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL**;

9.2. há necessidade de se provar a união estável para pedir a sua dissolução. Essa prova se faz por qualquer meio lícito admitido em direito, sendo a mais comum a prova oral, isto é, por testemunhas que atestem ter havido essa união estável.

10. Para efeitos patrimoniais, a união estável foi integralmente equiparada ao casamento realizado no regime da comunhão parcial de bens, *ut* artigo 1.725 do CCB; assim, os bens adquiridos a título oneroso (por compra e venda ou troca, por exemplo) na constância da união estável pertencem a ambos os companheiros e devem ser partilhados ao meio em caso de dissolução da união estável. Nada impede, porém, que os conviventes ou companheiros celebrem um contrato dispondo de forma diferente, desde que seja feito por escrito. Assim, podem celebrar um **contrato de convivência**, afastando o regime da comunhão parcial de bens e adotando, por exemplo, um contrato semelhante ao da comunhão universal ou separação absoluta, ou outras regras quanto aos bens. Tem que ser feito por escrito, como já dito.

11. V. **SABE O QUE É CONTRATO DE NAMORO?** Permite-se que um casal celebre um contrato escrito, viajando juntos, hospedando-se nos mesmos quartos de hotel, sem qualquer intenção de constituir família, sem a **affectio maritalis** e sem qualquer compromisso entre eles, representando um simples namoro. Declaram, nesse contrato, que o relacionamento deles esgota-se em si próprio, não se achando ligados por qualquer outro objetivo, especialmente o de constituir família, obrigando-se um a nada reclamar do outro caso o namoro termine. Entretanto,

é preciso que fique bem claro: esse denominado “contrato de namoro” tem valor relativo porque não pode ser um modo de descaracterizar a união estável, contrariando normas de ordem pública. Assim, de nada valerá esse “contrato de namoro” se as aparências e notoriedade do relacionamento público mostrarem que se trata, na realidade, de uma união estável, servindo o referido contrato apenas para neutralizar a incidência de normas cogentes. União estável é um fato jurídico e como tal tem efeitos jurídicos que o “contrato de namoro” não pode afastar em hipótese alguma.

## ***12.É POSSÍVEL O CONTRATO DE CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL OU HOMOAFETIVA?***

Ler o artigo da Consulex, n. 323, de 1º de julho de 2010, pp. 40 e 41, de autoria de CHISTIANO CASSETARI, que assim se expressa no preâmbulo:

“Comungamos o entendimento de que o contrato de convivência homossexual pode ser celebrado, seja por instrumento particular ou escritura pública, em razão do princípio da autonomia privada das partes. Por ser a escritura um ato declaratório, não poderá o tabelião se recusar a celebrá-lo se as partes, maiores e capazes, optarem pela forma pública”.

Essa matéria ainda não está pacificada na jurisprudência razão por que as partes têm que ser avisadas de que os efeitos do documento podem ser contestados em juízo.

\*\*\*\*\*

***RISUS ABUNDAT IN ORE STULTORUM: O riso abunda na boca dos idiotas.***

\*

***A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis consentem.(Montesquieu)***

\*

Código de Ética e Disciplina da OAB:

**Art. 8º.** O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda.

**Art. 9º.** A conclusão ou desistência da causa, com ou sem a extinção do mandato, obriga o advogado à devolução de bens, valores e documentos recebidos no exercício do mandato, e à pormenorizada prestação de contas, não excluindo outras prestações solicitadas, pelo cliente, a qualquer momento.

**Art. 10.** Concluída a causa ou arquivado o processo, presumem-se o cumprimento e a cessação do mandato.

---

## **36.DOS DOIS INSTITUTOS JURÍDICOS DE CARÁTER ASSISTENCIAL :**

### **TUTELA E CURATELA**

#### **1. DIFERENÇA ENTRE TUTELA E CURATELA:**



1.1. Se uma pessoa é menor e seus pais faleceram ou foram julgados ausentes ou, ainda, mesmo se forem vivos, foram destituídos do poder familiar, é nomeada uma pessoa capaz, que é o tutor, para cuidar não só da pessoa desse menor, mas também administrar seus bens(CC, art. 1.728). Substitui o poder familiar e tem caráter assistencial.

1.2. Se uma pessoa é maior, mas devido a perturbações mentais, surdo-mudez, prodigalidade, ausência, ou, ainda, por não ter nascido(nascituro), não consegue cuidar de sua pessoa e de seus bens, ou cuidar de sua pessoa, mas não consegue cuidar de seus bens, essa pessoa é interdita judicialmente, sendo-lhe nomeado alguém, que é o curador, para cuidar de sua pessoa e de seus bens ou apenas de seus bens(CC, art. 1.767).

OBSERVAÇÃO: Quando falamos em menor de idade, referimo-nos ao menor de 18 anos. Entretanto, se o menor de 18 e maior de 16 anos for incapaz, nesse caso há necessidade de ser interdito e nomeado curador e não tutor. *Por quê?* Até os 16 anos, o tutor representa o menor; após os 16 anos, antes dos 18, o tutor assiste o menor.

2. SEMELHANÇA ENTRE TUTELA E CURATELA: A tutela se parece com a curatela porque ambas têm caráter assistencial e buscam proteger pessoas incapazes, sejam menores, sejam maiores de idade. Por isso, o artigo 1.774 do CC estatui que “aplicam-se à curatela as disposições concernentes à tutela”, com as modificações dos artigos ali referidos.

### TUTELA

1. *A TUTELA É OBRIGATÓRIA?* Sim, pois o tutor exerce um múnus público, isto é, o Estado, não podendo exercer essa função assistencial de criar, educar e cuidar dos bens do menor, delega(transfere) essa obrigação para uma terceira pessoa, ou seja, o tutor.

2. *O TUTOR PODE ESCUSAR-SE DESSA FUNÇÃO?* Sim, desde de que o faça no prazo de dez dias da designação(CC, art. 1.738), mas apenas se ocorrerem as hipóteses dos artigos 1.736 e 1.737 do CCB. Se o juiz não aceitar a escusa, aplica-se o art. 1.739 do CC.

3. HÁ TRÊS ESPÉCIES DE TUTELA:

a) a testamentária(CC, art. 1.729);

b) a legítima(CC, art. 1.731) e

c) a dativa(CC, art. 1.732).

4. Observem esta mudança com relação às crianças e adolescentes: “Art. 1.734. As crianças e os adolescentes cujos pais forem desconhecidos, falecidos ou que tiverem sido suspensos ou destituídos do poder familiar terão tutores nomeados pelo Juiz ou serão incluídos em programa de colocação familiar, na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.” [\(Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009\)](#)

5. Temos, ainda, a tutela ***ad hoc***, também chamada provisória ou especial: uma pessoa é nomeada tutora para a prática de determinado ato, sem destituição dos pais do poder familiar, como, por exemplo, para consentir no casamento porque os pais se encontram em local ignorado. Também se denomina tutor ***ad hoc*** ou **curador especial** nomeado pelo juiz quando os interesses do incapaz colidirem ou conflitarem com os do autor(CC, art. 1.692).

6. Há, também, pessoas que não podem ser nomeadas tutores e serão exoneradas caso já a exerçam: CC, art. 1.735.

7. Faculta-se ao juiz também nomear um PROTUTOR para fiscalizar os atos do tutor: CC, art. 1.742.

8. DEVERES DO TUTOR: CC, artigos 1.740, 1.741, 1.747 e 1748.

9. *EM HAVENDO BENS OU RENDIMENTOS DO MENOR, DEVE SER EXIGIDA CAUÇÃO DO TUTOR?* CC, art. 1.745, par. único. A caução pode ser real ou fidejussória. Se o tutor for de reconhecida idoneidade, o juiz poderá dispensar essa caução.

*10. O TUTOR PODE:*

*10.1. ADQUIRIR BENS DO TUTELADO OU PUPILO?* Não.

*10.2. NEM AUTORIZADO PELO JUIZ?* Nem autorizado pelo juiz. CC, 1.749. Se praticar o ato, essa venda estará eivada de nulidade.

*10.3. VENDER BENS IMÓVEIS DO TUTELADO?* Sim, desde que, cumulativamente: a) haja manifesta vantagem para o menor; b) haja prévia avaliação judicial e c) o juiz autorize. CC, art. 1.750.

*11. O JUIZ PODERÁ SER RESPONSABILIZADO POR PREJUÍZOS CAUSADOS AO MENOR?*

Sim, sendo essa responsabilidade direta e pessoal no caso do art. 1.744, I, e subsidiária no caso do art. 1.744, II.

## 12. OUTRAS CONSIDERAÇÕES IMPORTANTES SOBRE TUTELA:

*12.1. O tutor responde pelos prejuízos que causar ao tutelado?*

*12.2. O tutor tem direito a receber, pelo que despende no exercício da tutela?*

*12.3. Os tutores são obrigados a prestar contas de sua administração?*

Respostas e demais explicações nos artigos 1.752, 1.755 a 1.762.

*13. COMO SE DÁ A CESSAÇÃO DA TUTELA?* Artigo 1.763 a 1.766 do CC. O procedimento para a nomeação, remoção e dispensa de tutor, bem como de curador, está no CPC (arts. 1.187 a 1.198).

## CURATELA

### 1. VEJAM O QUE DIZ A LEI “Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil;

II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade;

III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental;

V - os pródigos.”

### 2. Em outras palavras, a curatela destina-se

2.1. ao maior de **18** anos que seja **incapaz**;

2.2. ao maior de **16** e menor de **18** anos que seja incapaz que precise ser representado e não assistido como se dá com o maior de 16 e menor de 18 anos que não tenha problema mental e será assistido por tutor. *Por quê?*

2.3. aos pródigos. Nesse caso, a **curatela é apenas para cuidar dos bens daquele que dissipa seu patrimônio desvairadamente, não de sua pessoa**. Entre os **pródigos** existem:

**a) onemaníaco**: desejo mórbido de fazer compras; **b) dipsômanos**: impulso a beber, dissipando o que possuem; **c) depravados de qualquer espécie**: dilapidam a fortuna ou o patrimônio em diversões, mulheres, luxo, doações, empréstimos etc.

### 3. Também ao **nascituro** será dado curador, mas **apenas** quando:

3.1. o pai faleceu e a mulher está grávida, mas não tem o poder familiar;

3.2. o pai faleceu e a mulher, grávida, também é incapaz; nesse caso, o mesmo curador da mulher será o do nascituro.

4. Igualmente, será dado curador “a requerimento do enfermo ou portador de deficiência física, ou, na impossibilidade de fazê-lo, de qualquer das pessoas a que se refere o art. 1.768”, (...) “para cuidar de todos ou alguns de seus negócios ou bens”. Eis aí outra diferença entre **tutela** e **curatela**: a **tutela**, que pode ser deixada por testamento, com nomeação do tutor pelos pais, é para cuidar da pessoa e dos bens do menor; já a **curatela**, QUE SÓ SERÁ NOMEADA PELO JUIZ MEDIANTE A COMPETENTE AÇÃO DE INTERDIÇÃO, pode ser para cuidar da pessoa e dos bens ou só dos bens, podendo a interdição ser **absoluta**(total) ou **relativa**(parcial).

5. O ARTIGO 1.768 DO CC DIZ QUEM TEM LEGITIMIDADE PARA PROMOVER A INTERDIÇÃO.

6. ESSA ENUMERAÇÃO É TAXATIVA, MAS NÃO PREFERENCIAL. Ou seja, qualquer das pessoas ali enumeradas pode promover a ação de interdição, inclusive o companheiro ou companheira na união estável diante do que reza a Constituição.

7. E em caso de doença mental grave, se não existir ou não promover a ação de interdição alguma das pessoas designadas nos incisos I e II do artigo 1.768, ou, se existindo, forem incapazes as pessoas mencionadas, aí caberá ao MINISTÉRIO PÚBLICO promover a interdição(CC, art. 1.769).

8. Se a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará um advogado para atuar como defensor do suposto incapaz; se a ação não for promovida pelo Ministério Público, será o Ministério Público seu defensor, pois o Promotor de Justiça tem essa função também de ser curador de incapaz em ações em que ele é parte(CC, art. 1.770).

9.O procedimento(chamado de jurisdição voluntária) para a ação de interdição está nos artigos 1.177 a 1.186 do CPC(Da curatela de interditos), devendo o juiz, ao receber a ação de interdição, mandar citar o interditando para contestar, marcar interrogatório a fim de ouvir o interditando e determinar o exame pericial(CC, art. 1.771).

10. Decretada a interdição, o juiz vai nomear o curador e estabelecer os limites dessa interdição (se total, se parcial, de acordo com o estado ou o desenvolvimento mental do interdito(CC, art. 1.772)). O pródigo, por exemplo, só fica privado de praticar certos atos(CC, art. 1.782). Além disso, sendo temporária, essa interdição poderá ser levantada, mediante uma ação judicial, se provado que a causa que a determinou já não existe mais. A sentença que decreta a interdição produz efeitos de imediato, ainda que sujeita a recurso(CC, art. 1.773).

11. As mesmas disposições que se aplicam à tutela também se aplicam à curatela com as modificações constantes dos artigos que digam respeito, especificamente, à curatela(CC, 1.774).

12. *QUEM PODERÁ SER NOMEADO CURADOR?* Em primeiro lugar, o cônjuge ou companheiro, não separado judicialmente ou de fato(CC, art. 1.775). Não havendo ou não podendo, vem o pai ou a mãe; na sequência, os descendentes, devendo os mais próximos preceder os mais remotos; em não havendo ou não podendo quaisquer das pessoas acima(curatela legítima), caberá ao juiz escolher um curador(curatela dativa). V. CC, arts. 1.775, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º.

13. Curador, a exemplo do tutor, também deve prestar contas de sua administração. Apenas no caso de o curador ser o cônjuge e o regime de bens for o da comunhão universal de bens, não haverá essa obrigação de prestação de contas, exceto se houver determinação judicial nesse sentido(CC, art. 1.783).

\*

***NULLUM JUS SINE ACTIONE: não há direito sem ação.***

\*

***Tantas pessoas que escrevem e tão poucas que leem!(André Gide)***

\*

**Código de Ética e Disciplina da OAB:**

**Art. 11.** O advogado não deve aceitar procuração de quem já tenha patrono constituído, sem prévio conhecimento deste, salvo por motivo justo ou para adoção de medidas judiciais urgentes e inadiáveis.

**Art. 12.** O advogado não deve deixar ao abandono ou ao desamparo os feitos, sem motivo justo e comprovada ciência do constituinte.

**Art. 13.** A renúncia ao patrocínio implica omissão do motivo e a continuidade da responsabilidade profissional do advogado ou escritório de advocacia, durante o prazo estabelecido em lei; não exclui, todavia, a responsabilidade pelos danos causados dolosa ou culposamente aos clientes ou a terceiros.

**Art. 14.** A revogação do mandato judicial por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, bem como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente, em face do serviço efetivamente prestado.

**Art. 19.** O advogado, ao postular em nome de terceiros, contra ex-cliente ou ex-empregador, judicial e extrajudicialmente, deve resguardar o segredo profissional e as informações reservadas ou privilegiadas que lhe tenham sido confiadas.

**Art. 20.** O advogado deve abster-se de patrocinar causa contrária à ética, à moral ou à validade de ato jurídico em que tenha colaborado, orientado ou conhecido em consulta; da mesma forma, deve declinar seu impedimento ético quando tenha sido convidado pela outra parte, se esta lhe houver revelado segredos ou obtido seu parecer.

**Art. 21.** É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado.

\*\*\*\*\*

*CAROS ACADÊMICAS E ACADÊMICOS:*

*Terminamos o estudo de Direito de Família. Começaremos o estudo de Direito das Sucessões. Tenho duas mensagens finais:*

*“Sê todo em cada coisa. Põe quanto és*

*No mínimo que fazes” (Fernando Pessoa)*

*QUEREM VENCER?*

*ENTÃO, ESTUDEM, ESTUDEM E ESTUDEM...*

*SÃO SEBASTIÃO DA GRAMA, JOSÉ LUIZ MOLINA*

@ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ @ FIM